

§ 4 Durchsetzungselemente des konkreten Verfahrens

Die bedeutende Rolle prozessualer Regelungen selbst bei verfahrensunabhängigen Akzeptanzsicherungsmechanismen lässt nur erahnen, welchen Stellenwert das Verfassungsprozessrecht hat, um konkrete Entscheidungen zu effektuieren. Gleichwohl steht man bei der Frage des Verhältnisses von Verfassungsprozessrecht und Durchsetzung vor einem nicht unerheblichen Problem, das bereits angeklungen ist: Einen systematisch ausgewiesenen Abschnitt zur Durchsetzung, geschweige denn der Vollstreckung im engeren Sinne, gibt es im BVerfGG nicht. Die Durchsetzung auf § 35 BVerfGG zu reduzieren ist allerdings zu unterkomplex. Das setzt sich auch bei den konkreten durchsetzungsbedürftigen Entscheidungen fort. Somit ist eine Standortbestimmung der normativen Grundlagen des Durchsetzungsverfahrens erforderlich. Ausgehend von der Frage, was das Prozessrecht des Bundesverfassungsgerichts leisten muss und wie es ausgestaltet wird, befasst sich dieses Kapitel im Anschluss mit den verfahrensabhängigen Instrumenten, die das Prozessrecht einerseits vorsieht und die sich andererseits im Zuge der Rechtsprechungsentwicklung geformt haben. Am Ende des Kapitels soll deutlich geworden sein, auf welches Instrumentarium das Gericht zurückgreifen kann, um seinen Entscheidungen Wirkkraft zu verleihen.

A. Funktionen des Verfassungsprozesses

Ausgangspunkt des Verhältnisses von Verfassungsprozessrecht zur Durchsetzung konkreter Entscheidungen ist damit der Prozess selbst. Einzelne prozessrechtliche Normen können nämlich nicht losgelöst von ihrem größerem Funktionszusammenhang betrachtet werden.⁴⁰⁶ Diese vor allem bezüglich der zivilprozessualen Regelungen getroffene Aussage, gilt umso mehr für das Verfassungsprozessrecht. Aufgrund seines beschränkten Normenfundus im Vergleich zur Zivilprozessordnung weist das BVerfGG eine bedeutend geringere Regelungsdichte auf. Anders als in Rechtsordnungen

⁴⁰⁶ Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 41 ff.; das gilt wohlgemerkt nicht nur für den Verfassungsprozess, sondern für das Prozessrecht allgemein.

mit einer in die Fachgerichtsbarkeit integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit kann das Bundesverfassungsgericht jedenfalls nicht unmittelbar auf deren umfassend kodifizierten Prozessordnungen zurückgreifen.⁴⁰⁷ Ein Funktionszusammenhang verfassungsprozessualer Normen ergibt sich deswegen weniger in einer systematischen Gesamtbetrachtung der Normen des BVerfGG, sondern maßgeblich anhand einer teleologischen Einordnung des Zwecks eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens. Entsprechend ist zunächst die Funktion des Verfassungsprozessrechts relevant, bevor anschließend untersucht wird, wie das BVerfGG ergänzt durch die verfahrenstechnischen Maßgaben der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung den Verfassungsprozess konkret ausgestaltet. Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auch auf der Einordnung des Vollstreckungsverfahrensrechts in die Funktion des Verfassungsprozessrechts. Es stellt sich also die Frage, was das Prozessrecht des Bundesverfassungsgerichts leisten muss, damit das Gericht seiner dargestellten Rolle gerecht werden kann. Insbesondere ist zu ergründen, ob die prozessualen Regelungen nur eine der Durchsetzung grundgesetzlicher Regelungen dienende Funktion haben oder ob sie einen darüberhinausgehenden Zweck verfolgen. Das Ergebnis dieses teleologischen Zugriffs auf gerichtliche Prozesse lässt nämlich maßgebliche Rückschlüsse über die Auslegung der normierten prozessualen Regelungen zu.⁴⁰⁸ Aufgrund der Heterogenität verfassungsgerichtlicher Verfahren ist eine allgemeingültige Definition des bezweckten Erfolgs eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens kaum möglich.⁴⁰⁹ Entsprechend können die folgenden Funktionen auch lediglich als Teilaspekte verstanden werden, die aber für die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidung einen besonderen Stellenwert haben.

I. Die funktionale Perspektive auf den Prozess

Funktionale Erklärungsansätze des Prozesszwecks betrachten das Verfahrensrecht als Instrument der Verwirklichung materiellen Rechts. Das leuchtet ein, werden gerichtliche Verfahren doch nicht als Selbstzweck geführt,

407 Zu dem Rückgriff auf die Prozessordnungen der Fachgerichtsbarkeit etwa in Japan Hatajiri in: Jestaedt/Suzuki (Hrsg.), *Verfassungsentwicklung* II, 2019, S. 29 (29 f.).

408 Hagen, *Allgemeine Verfahrenslehre*, 1971, S. 12 f.; Klein in: Badura/Dreier (Hrsg.), *FS 50 Jahre BVerfG*, Bd. 1, 2001, 507 (511 f.).

409 Detterbeck, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht*, 1995, S. 319.

sondern weil die Verfahrensbeteiligten eine Entscheidung in der Sache erwirken wollen. Die Frage, die sich bei einer funktionalen Betrachtung des Prozesses auftut, ist deswegen nicht, ob der Prozess materielles Recht fördern soll, sondern inwieweit Verfahrensrecht zum Zwecke der Förderung materiellen Rechts verändert werden darf, also inwiefern einem gerichtlichen Prozess neben der dem materiellen Recht dienenden Funktion ein Eigenwert zukommt. Die auf diese Frage hin gefundenen Erkenntnisse lassen sich daraufhin verdichten, wie das Bundesverfassungsgericht den Prozess nutzt, um seiner Rolle gerecht zu werden.

1. Dienende Funktion oder Eigenwert des Prozesses?

Nach einer das materielle Recht in den Mittelpunkt setzenden Perspektive soll gerichtlichem Prozessrecht eine lediglich dienende Funktion zukommen.⁴¹⁰ Der Prozess habe maßgeblich die Funktion, dem materiellen Recht zu einer möglichst umfassenden Geltung zu verhelfen.⁴¹¹ Bezogen auf den verfassungsgerichtlichen Prozess würde dies bedeuten, dass sein Zweck vornehmlich die effektive Durchsetzung der Regelungen des Grundgesetzes sei.⁴¹² Unerheblich ist dabei, dass es vor dem Bundesverfassungsgericht sowohl Verfahren gibt, mittels derer subjektive Rechte aus dem Grundgesetz durchgesetzt werden sollen als auch solche, die der Wahrung der objektiven grundgesetzlichen Rechtsordnung dienen. Denn in beiden Fällen sollen die materiellen grundgesetzlichen Regelungen gefördert werden. Dies würde in

410 BGH NJW 1953, 1826 (1828); dies darstellend *Prütting* in: *Münch* (Hrsg.), FS Henckel, 2015, S. 261 (263); *Lorenz*, Grundrechte und Verfahrensordnungen, NJW 1977, 865 (866); umfassende Nachweise bei *Kollmann*, Begriffs- und Problemgeschichte, 1996, S. 659; gleichwohl besteht kein Rangverhältnis zwischen formellem und materiellem Recht, die beiden Arten von Recht wirken vielmehr komplementär, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Auflage 1960, S. 236 f.

411 So etwa *Krüger*, Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung, NJW 1990, 1208; von einer „existenziellen Abhängigkeit des Prozeßrechts vom materiellen Recht“ spricht *Jauernig*, Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971, 329; *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage 1974, S. 3 ff. mit dem Hinweis, dass andere Prozesszwecke sich diesem Hauptzweck unterordnen.

412 Die effektive Durchsetzung der grundgesetzlichen Regelungen war auch Bundesjustizminister *Dehler* besonders wichtig, als er mit den Vorarbeiten zum BVerfGG befasst war, vgl. die Darstellung bei *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1984, S. XXVI f.; *Henckel* sieht ein funktionsfähiges Rechtsschutzsystem als essenziell für eine die Selbsthilfe begrenzende freiheitlich-rechtsstaatliche Ordnung an, vgl. *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 1988, S. 24 f.

der Konsequenz dann eine eher lose Handhabung prozessualer Regelungen rechtfertigen, wenn so der materielle Gehalt der streitrelevanten Rechtssätze besser verwirklicht werden kann.⁴¹³ Nach dieser Auffassung würden materiell-rechtliche Regelungen das Prozessrecht maßgeblich beeinflussen und vorzeichnen.⁴¹⁴

Ein solches Verständnis von der lediglich dienenden Funktion des gerichtlichen Verfahrensrechts und einem damit verbundenen untergeordneten Stellenwert wirft mit Blick auf dessen besondere Bedeutung zur Sicherung insbesondere der Grundrechte nicht nur für den Verfassungsprozess Zweifel auf. So können etwa einfachverfahrensrechtliche Normen bereits grundrechtliche Relevanz aufweisen.⁴¹⁵ Die Bedeutung der reinen Existenz eines Verfahrens bei strukturellen Über-Unterordnungsverhältnissen von Rechtssubjekten hat das Bundesverfassungsgericht bekräftigt, indem es in bestimmten Konstellationen für Sanktionen durch ein Unternehmen gegenüber einem privaten Nutzer ein Anhörungs- und Beschwerdeverfahren gefordert hat, um dem Gehalt von Art. 3 I GG hinreichend Rechnung zu tragen.⁴¹⁶ Durch die Forderung, Verfahrensregeln auch zwischen Privaten einzuhalten, hat das Bundesverfassungsgericht eindrücklich die Relevanz eines ordnungsgemäßen Verfahrens bei der Ausgestaltung von grundrechtsrelevanten Tätigkeiten unterstrichen. Eine ausschließlich dienende Funktion verfahrensrechtlicher Normen überzeugt vor diesem Hintergrund nicht. Das Prozessrecht kann dem materiellen Gehalt grundgesetzlicher Normen nicht derart untergeordnet werden, dass es der Beliebigkeit preisgegeben wird. Vielmehr haben prozessuale Regelungen einen eigenständigen Bedeutungsgehalt für die Förderung des materiellen Rechts. Der Anspruch des Gerichts, in jedwedem Lebensbereich Grundrechtsschutz zu gewährleisten, bedingt auch ein ordnungsgemäßes Verfahren.⁴¹⁷

413 Vgl. dazu etwa BGH NJW 1962, 1820 (1820 f.).

414 Für den Zivilprozess relativiert *Henckel* dies partiell, indem er darauf hinweist, dass die Durchsetzung materiellen Rechts mitunter an prozessualen Mitteln scheitert, *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 61 f. Überspitzt könnte man hier sagen, dass nicht das materielle Recht das Prozessrecht bestimmt, sondern umgekehrt das Prozessrecht das materielle Recht beschneidet.

415 BVerfGE 53, 30 (49 f. sowie 65) – Mühlheim-Kärlich (1979); dazu *Ossenbühl* in: *Müller et al.* (Hrsg.), FS Eichenberger, 1982, S. 183 (191).

416 BVerfGE 148, 267 (284 ff.) – Stadionverbot (2018).

417 Nach *Kulick/Vasel* versteht das BVerfG den Staat als „omnipräsent[en] [...] Garant[en] individueller Freiheit“, der die Letztverantwortung für Grundrechtsschutz trägt und deshalb diesen auch bei privatrechtlichen Machtgefällen durch Vorgaben

Dieser erheblichen Bedeutung des Verfahrensrechts widerspricht der normhierarchische Unterschied zwischen dem verfassungsgerichtlichen Prozessrecht und grundgesetzlichen Regelungen nur dem ersten Anschein nach.⁴¹⁸ Einfachrechtliche Verfahrensnormen seien zwar notwendig, um grundrechtlichen Anforderungen an hoheitliches Verhalten gerecht zu werden, man dürfe sie nach normhierarchisch fixierter Lesart aber nicht mit den förderungsbedürftigen Regelungen des Grundgesetzes vermischen. Vor dem Hintergrund einer auf die tatsächliche Umsetzung seiner Entscheidungen bedachten Verfassungsgerichtbarkeit ist dies aber zu kurz gedacht. Besonders die Eigenschaft des Bundesverfassungsgerichts als nicht nur die Rechtsordnung, sondern gleichzeitig auch die Gesellschaft maßgeblich prägende Institution und seiner damit verbundenen erhöhten politischen Anfälligkeit spreche dafür, dem Verfassungsprozessrecht eine lediglich ordnende Funktion in Bezug auf die Durchsetzung materiellen Rechts zuzusprechen.⁴¹⁹ Eine solche ordnende Funktion kann das Prozessrecht aber nur einnehmen, wenn es Gewähr für Verlässlichkeit bietet. Es ist notwendig, dass der Umgang mit prozessualen Regelungen und damit der Ablauf des Prozesses selbst absehbar bleibt. Diese Voraussetzung wäre nicht erfüllt, wenn das Prozessrecht dem materiellen Recht dergestalt untergeordnet wäre, dass es außer Acht gelassen werden könnte, wenn dadurch nur verfassungsrechtliche Gehalte besser umgesetzt würden. Damit tut sich für den Prozess ein Spannungsfeld zwischen Grundrechtseffektuiierung und Vertrauensschutz auf. Eine lediglich dienende Funktion nimmt das Prozessrecht also nur unter Vorbehalt ein.

an die mächtigen Privatrechtssubjekte gewährleisten muss, *Kulick/Vasel*, Das konservative Gericht, 2021, S. 75 f.

418 Zu diesem Argument *Ossenbühl* in: *Müller et al.* (Hrsg.), FS Eichenberger, 1982, S. 183 (192 ff.); zur aktuellen Debatte um die Hochzonung verfassungsprozessualer Normen in das GG vgl. aber dazu *Duden*, Richterwahl und parteipolitische Einflussnahme, *RabelsZ* 84 (2020), 637 (644 ff.); *ders.*, Schützt das Bundesverfassungsgericht!, *VerfBlog* v. 7.2.2024, <https://verfassungsblog.de/schuetzt-das-bundesverfassungsgericht/> (Stand: 30.03.2025); *Michl*, Schutz des BVerfG, *ZRP* 2024, 33.

419 *E. Klein* in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, 507 (512).

2. Der Prozess als selbstkontrollierter Filter und Multiplikator des BVerfG

Die ordnende Funktion des (Verfassungs-)Prozesses bedingt auch den verfolgten Zweck, die Funktionsfähigkeit des Gerichts zu sichern.⁴²⁰ Vor diesem Hintergrund lässt sich zunächst das kontinuierliche Bestreben, das Bundesverfassungsgericht mithilfe prozessualer Mittel zu entlasten, verstehen.⁴²¹ Um einer Überlastung des Gerichtes entgegenzuwirken, hat das Bundesverfassungsgericht zusätzliche Zulässigkeitskriterien etabliert.⁴²² Das Streben nach Effektivität kann dadurch zwar auch die Durchsetzung der Rechtsposition eines einzelnen Beschwerdeführers unmöglich machen.⁴²³ Auch läuft das Bundesverfassungsgericht sogar Gefahr, dass durch überhöhte Zulässigkeitskriterien Prozessparteien oder Gerichte davor zurückschrecken, Verfahren zum Bundesverfassungsgericht zu bringen.⁴²⁴ Im Gesamtkontext zielt das Verfassungsprozessrecht allerdings darauf ab, vornehmlich Grundsatzentscheidungen über materiell verfassungsrechtliche Fragen herbeizuführen, an denen sich andere Rechtsteilnehmer orientieren können.⁴²⁵ So ermöglicht das Bundesverfassungsgericht, dass in einer größtmöglichen Zahl an Einzelfällen die Beteiligten die Vorgaben des materiellen Verfassungsrechts für ihren jeweiligen Fall in einer Weise

420 BVerfGE 69, 122 (125 f.); Klein in: Heun/Starck (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, 2008, S.147 (150); Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage, 2020, Rn. 39 f.

421 Umfassend dazu Faller in: Klein (Hrsg.), FS Benda, 1995, S. 43 ff.; Barczak, Das Bundesverfassungsgericht an der Belastungsgrenze, RuP 2021, Beiheft 9, 86 (88 ff.); zum Beispiel des Annahmeverfahrens etwa Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 4. Auflage 2024, § 93d Rn. 10; K. Graßhof in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 93a, Rn. 1f.; kritisch u.a. R. Zuck, Vom Winde verweht, NJW 1997, 29, der auch eindrücklich darlegt, wie aufgrund entsprechender Entlastungsbestrebungen die Durchsetzung materiellen Verfassungsrechts einbüßt; Kroitczsch, Wegfall der Begründungspflicht, NJW 1994, 1032 (1034 f.); befürwortend hingegen Benda, Gegenwind und Kreuzseen, NJW 1997, 560 (561).

422 Beispiele hierzu sind etwa das Subsidiaritätserfordernis bei der Verfassungsbeschwerde oder die hohen Begründungsanforderungen an die konkrete Normenkontrolle; zur prozessualen Steuerung durch Begründungsanforderungen P. Lange, Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2012, S.184 ff.; kritisch auch Hillgruber, Ohne rechts Maß, JZ 2011, 861.

423 Hans Hugo Klein macht darauf aufmerksam, dass unterschiedliche Prozessfunktionen miteinander konfligieren können, H. H. Klein in: Heun/Starck (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, 2008, S.147 (150).

424 Vgl. dazu Pschorr, Die Fachgerichtsbarkeit zwischen Vorlagepflicht und Entscheidungserheblichkeit, JZ 2025, 102 (103).

425 F. Kirchhof, Strukturen der Rechtsprechung, NVwZ-Beilage 2013, 13 (15).

ableiten können und die Regelungen des Grundgesetzes faktisch wirken, dass die Kapazitäten des Gerichts nicht überstrapaziert werden.

Zu dem Aspekt der Entlastung wirkt es nur auf den ersten Blick konträr, wenn das Bundesverfassungsgericht gleichzeitig durch prozessuale Mittel wie etwa die Erweiterung der Beschwerdebefugnis hinsichtlich eines „Grundrechts auf Demokratie“ aus Art. 38 I GG i.V.m. Art. 20 GG,⁴²⁶ oder der Grundrechte aus der Grundrechtecharta der Europäischen Union,⁴²⁷ die Zahl der potenziell zu bearbeitenden Verfahren erhöht. Dieses Vorgehen erschließt sich allerdings sobald man sich vergegenwärtigt, dass die Möglichkeiten eines Gerichts, materielles Recht zu effektuieren, maßgeblich davon abhängt, mit welchen Einzelfällen es von Rechtssuchenden befasst wird.⁴²⁸ Durch die Ausweitung der rügefähigen Rechtsvorschriften des Grundgesetzes hat sich das Bundesverfassungsgericht eine bessere Kontrollmöglichkeit in europarechtlichen Fragen geschaffen, sodass es die materiellen Gehalte des Grundgesetzes in diesem Bereich besser schützen kann.⁴²⁹

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts orientiert sich an seiner Rolle als Hüter des Grundgesetzes auch mit der Folge, dass es die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde prozessual öffnet. Dass das Gericht nicht nur der Rügefähigkeit grundgesetzlicher Vorschriften, sondern auch den Prüfungsmaßstab um die Unionsgrundrechte erweitert, bedarf allerdings weitergehender Begründung. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert zwar, dass aufgrund eines fehlenden Individualrechtsbehelfs auf Unionsebene sein Tätigwerden für effektiven Grundrechtsschutz erforderlich sei, damit der Einzelne nicht gänzlich schutzlos gestellt ist.⁴³⁰ Die Unionsgrundrechte für sich betrachtet sind allerdings kein Teil des Grundgesetzes, deren Förderung der Verfassungsprozess nach einem rein materiell-rechtliche Wertungen fördernden Ver-

426 BVerfGE 89, 155 (171 ff.) – Maastricht (1993); BVerfGE 123, 267 (328 ff.) – Lissabon (2009), wo zusätzlich Art. 146 GG operationalisiert wird; dazu umfassend *Grefrath*, Exposé eines Verfassungsprozessrechts von den Letztfragen?, AöR 135 (2010), 221 ff.

427 BVerfGE 152, 152 (179 ff.) – Recht auf Vergessen I (2019); E 152, 216 (236) – Recht auf Vergessen II (2019).

428 *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 146 f.

429 Wichtig zu sehen ist hierbei aber, dass insbesondere durch das Lissabon-Urteil keine neuen materiell-rechtlichen Gehalte in Gestalt zusätzlicher subjektiver Rechte entstehen, sondern nur bereits bestehende Gehalte effektuiert werden, vgl. *Grefrath*, Exposé eines Verfassungsprozessrechts von den Letztfragen?, AöR 135 (2010), 221 (234 f.).

430 BVerfGE 152, 216 (240 ff.) – Recht auf Vergessen II (2019).

ständnis bewirken soll. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert hier mit der Integrationsverantwortung. So wird durch die Entscheidung zwar nicht der materielle Gehalt des *grundgesetzlichen* Grundrechtskataloges gefördert, allerdings effektuert die Entscheidung Art. 23 I GG in Bezug auf das Bundesverfassungsgericht.⁴³¹ Die prozessuale Entscheidung des Gerichts ermöglicht folglich, dass eine materielle Regelung des Grundgesetzes, nämlich der Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts als Bundesorgan, befolgt werden kann.

3. Zwischenergebnis

Insgesamt hat das Prozessrecht einen verfassungsrechtlich verankerten Eigenwert. Sein Zweck liegt nicht allein darin, materielle grundgesetzliche Regelungen zu effektuierten, sondern dem Gericht zu ermöglichen, seiner Rolle als Ordner von Recht und Gesellschaft gerecht zu werden. Durch ein sicher handhabbares Prozessrecht sind gerichtliche Verfahren absehbar und das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht wird aufgrund eines höheren Maßes an Transparenz bestärkt. Das hat zur Folge, dass das verfassungsgerichtliche Prozessrecht nicht gänzlich materiell-verfassungsrechtlichen Normen untergeordnet werden darf, da das Bundesverfassungsgericht ansonsten an Transparenz verlöre. Gleichzeitig ist der Verfassungsprozess aber auch das Hauptinstrument des Gerichts, verfassungsrechtliche Wertungen zu schützen. Deswegen muss der Verfassungsprozess auch ein gewisses Maß an Flexibilität aufweisen können, um dem Bundesverfassungsgericht Zugriff auf zentrale verfassungsrechtliche Fragen zu gewähren und ihm so zu ermöglichen, seiner Rolle gerecht zu werden. Somit kommt dem Verfassungsprozess zwar auch eine dienende Funktion zu, ohne dass er – und das zugehörige Prozessrecht – aber an Eigenwert einbüßen. Der Verfassungsprozess und das Prozessrecht sichern die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts ab und fördern somit die Durchsetzung der Verfassung. Der Zweck des Prozesses ist aber nicht die Verwirklichung materiellen Rechts um jeden Preis, sondern sichert vielmehr die für alle Betroffenen nachvollziehbare Rechtsfindung und damit verbundene Anerkennung der Entscheidung ab.

431 BVerfGE 152, 216 (238 f.) – Recht auf Vergessen II (2019); treffende Kritik zur Aktivierung der Integrationsverantwortung *Preßlein*, Grundgesetz vs. Grundrechtecharta?, EuR 2021, 247 (260 ff.).

II. Die legitimatorische Perspektive auf den Prozess

Diese Erkenntnis leitet zu einer legitimatorischen Perspektive auf den verfassungsgerichtlichen Prozess über. Die vorgenannten Beobachtungen weisen zwar nach, dass das Prozessrecht materiell-rechtliche Regelungen des Grundgesetzes fördert und dem Bundesverfassungsgericht ermöglicht, seine Funktion selbstbestimmt wahrzunehmen. Eine rein funktionale Betrachtung des Prozesszwecks ist dennoch zu unterkomplex.⁴³² Über die dienende und steuernde Funktion des (verfassungs-)gerichtlichen Prozesses hinaus kommen ihm auch eigenständige materielle Funktionen zu, die bei seiner Ausgestaltung zu beachten sind. Die Gründe der Anerkennung einer Entscheidung sind vielschichtig. Das Bundesverfassungsgericht wird nicht nur akzeptiert, weil es arbeitsfähig ist. Deswegen ergänzt der Blick auf die Legitimationsfunktion eines (verfassungs-)gerichtlichen Prozesses das Bild von den Leistungsanforderungen an das verfassungsgerichtliche Prozessrecht.

1. Legitimationsfunktion des Prozesses

Ein effektiver Prozess dient demnach nicht allein der Durchsetzung materiellen Rechts als Selbstzweck. Hiergegen spricht bereits, dass es nicht zwangsweise eines gerichtlichen Prozesses bedarf, um materielles Recht zu verwirklichen.⁴³³ Betrachtet man etwa die prozentual geringe Anzahl an für verfassungswidrig erklärten Gesetzen, lässt sich leicht schließen, dass der Gesetzgeber die Vorgaben des Grundgesetzes bei der Gesetzgebung weit überwiegend einhält. Ein verfassungsgerichtliches Verfahren hat dann zwar einen feststellenden Charakter und bietet Gewissheit über die Vereinbarkeit mit materiellem Verfassungsrecht. Für dessen Beachtung ist das gerichtliche Verfahren aber nicht *conditio sine qua non*. Die Effektivität hoheitlichen Handelns stellt vielmehr auch eine Bedingung für die Legitimität staatlicher Aufgabenerfüllung dar.⁴³⁴ Diese legitimitätsstiftende Funktion ist erforderlich, da das Bundesverfassungsgericht im Wege der *judicial review* von Gesetzen demokratische Mehrheitsentscheidungen aufheben kann, ohne dem Volk im Nachhinein durch Wiederwahl verantwortlich zu sein.⁴³⁵ Un-

432 Vgl. Vasquez, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2016, S. 209.

433 C. Möllers in: Münch/Thiele (Hrsg.), GS Heun, 2019, S. 149 (156 ff.).

434 Heun, Staatshaushalt und Staatsleitung, 1989, S. 101.

435 Vocke, Verfassungsinterpretation und Normbegründung, 1995, S. 118 f.

abhängig von der Einzelentscheidung soll durch die Verfahrensförmigkeit hoheitlichen Handelns eine breite Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen bewirkt werden.⁴³⁶

Damit hängt die Auffassung zusammen, dass der Verfassungsprozesses primär den tauglichen Prozessstoff selektiere, indem durch den Prozess die klärungsbedürftigen und klärungsfähigen verfassungsgerichtlichen Streitigkeiten identifiziert werden.⁴³⁷ Das Prozessrecht verfolgt hierbei das Ziel, nur solche Konflikte von einem Gericht entscheiden zu lassen, für die kein Konsens zwischen den Beteiligten erreicht werden kann und die damit einer verfahrensförmigen und aufgrund der Rechtskraft dauerhaften Auflösung bedürfen.⁴³⁸ Der Entscheidungsausspruch muss dabei faktisch durchsetzbar sein, damit die befriedende Funktion einer Entscheidung in Streitfragen tatsächlich erreicht werden kann.⁴³⁹ Im verfassungsgerichtlichen Kontext bedeutet dies, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Prozess eine für alle Seiten akzeptanzfähige Lösung produzieren muss. Funktion und Voraussetzung des wirkungsvollen Prozesses sind dadurch eng miteinander verknüpft.

Durch die Selektion des Prozessstoffes nach prozesstauglichen und prozessuntauglichen Gegenständen plausibilisiert das Gericht seinen Anspruch, über eine Streitigkeit zu entscheiden und verschafft sich so Legitimation.⁴⁴⁰ Damit ist gleichzeitig auch eine wichtige Bedingung der Akzeptanz der Inanspruchnahme einer Entscheidungskompetenz angesprochen, nämlich die Plausibilität seiner Herleitung. Zwar schreibt das Gericht sich nicht die Kompetenz zu, eigenmächtig neue Verfahrenszuständigkeiten zu schaffen.⁴⁴¹ Indem es Sachentscheidungsvoraussetzungen mitunter einzelfallbezogen definiert, steuert das Gericht jedoch gleichsam die Selektion

436 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 30 f.

437 *C. Möllers* in: *Münch/Thiele* (Hrsg.), GS Heun, 2019, S. 149 (158); *J. Bethge* stellt fest, dass „der Sachverhalt das Ergebnis einer Anwendung von Prozessrecht“ sei, *J. Bethge*, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, 2020, S. 18 f.; dass dies auch für die Öffentlichkeit aufbereitet werden muss, verdeutlicht noch die Interviewaussage u. vor Fn. 875.

438 Vergleichbar die zivilrechtliche Perspektive bei *Prütting* in: *Münch* (Hrsg.), FS Henckel, 2015, S. 261 (264 f.); zum Zweck der Rechtskraft *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, 1974, S. 483 f.

439 Zur Notwendigkeit der Herbeiführung eines vollstreckungsfähigen Urteils für das Zivilrecht bereits *Burckhardt*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 1948, S. 128; die befriedende Funktion des Prozesses hebt *Bettermann* hervor, *Bettermann*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, JBl. 1972, 57 (68).

440 *C. Möllers* in: *Münch/Thiele* (Hrsg.), GS Heun, 2019, S. 149 (163).

441 *Zembsch*, Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 63.

des Prozessstoffes.⁴⁴² Hierbei lassen sich in der Rechtsprechung des Gerichts zwar zuweilen Muster erkennen, sodass sich über die Zeit eine gewisse Dogmatik der ursprünglich einzelfallbezogenen Ausnahmen entwickeln kann.⁴⁴³ Eine Prognose über die Zulässigkeit eines (verfassungs-)gerichtlichen Verfahrens kann so dennoch selbst für den kundigen Rechtswissenschaftler nie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getroffen werden. Für die Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen ist es allerdings erforderlich, ein bestimmtes Maß an Absehbarkeit des verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu haben.⁴⁴⁴ Eine lückenhafte Kodifizierung des BVerfGG steht einer legitimationsstiftende Wirkung des Prozesses trotzdem nicht entgegen.⁴⁴⁵ Das BVerfGG ist nicht als abschließende Prozessordnung ausgestaltet, sodass legitimitätsstiftende prozessuale Normen auch aus anderen Rechtsquellen herrühren können.⁴⁴⁶ Für die Legitimität staatlichen Handelns kommt es maßgeblich auf die Akzeptanz der Rechtsunterworfenen an.⁴⁴⁷ Zu einer solchen Akzeptanz trägt eine vorab genau normierte Verfahrensordnung sicherlich bei. Mehr noch verhilft aber eine empfundene prozedurale Fairness und Effektivität von Hoheitsträgern zur Anerkennung

-
- 442 Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 487; Beispielhaft hierfür ist die Gewichtung des Kriteriums der Selbstbetroffenheit eines Beschwerdeführers im Falle dessen Todes. Die dogmatisch erforderliche noch bestehende Selbstbetroffenheit ist mit dem Todesfall nicht mehr gegeben. Dennoch hat das BVerfG in der Vergangenheit von dem Kriterium der noch-bestehenden Selbstbetroffenheit abgesehen, um eine Rechtsfrage mit allgemeiner Bedeutung klären zu können, vgl. etwa BVerfGE 124, 300 (318) – Wunsiedel (2009).
- 443 Hinsichtlich des Todes eines Beschwerdeführers exemplarisch *Rauber*, Tod des Beschwerdeführers, DÖV 2011, 637 (639 ff.).
- 444 Menger in: *Külz/Naumann*, Staatsbürger und Staatsgewalt, II, 1963, S. 427 (435 f.); *Fröhlinger*, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 82; *P. Lange*, Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2012, S. 198.
- 445 So aber *Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 99 (136 f.).
- 446 Zu den Rechtsquellen des Verfassungsprozessrechts etwa *T. Schmidt*, LER – Der Vergleich vor dem BVerfG, NVwZ 2002, 925 (926); *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2020, Rn. 31 ff.; *Neutz*, Verfassungsprozessrecht, 1990, S. 63 ff.; zur genaueren Ausgestaltung des Prozessrechts durch das BVerfG s.u. S. 144 ff.
- 447 Nach *Suchman* wird dies durch eine grundsätzliche Übereinstimmung hoheitlichen Handelns mit den Erwartungen der Rechtsunterworfenen erreicht, *Suchman*, Managing Legitimacy, The Academy of Management Review, 20 (1995), 571 (574); maßgeblich ist, dass die Akzeptanz der Rechtsunterworfenen sich in einer gewissen Geltungserfahrung ausdrückt, *Kielmansegg*, Legitimität als analytische Kategorie, PVS 12 (1971), 367 (368).

durch die rechtsunterworfenen Bevölkerung.⁴⁴⁸ Ein Prozess kann allerdings nur als fair anerkannt werden, wenn die Prozessbeteiligten die einzelnen Schritte des Prozesses nachvollziehen können.⁴⁴⁹ Somit kann es zu einer größtmöglichen Akzeptanz beitragen, den Prozessstoff genau zu identifizieren, wenn dies für die Prozessbeteiligten sowie Dritte transparent und damit nachvollziehbar ist.⁴⁵⁰ Die erforderliche Absehbarkeit setzt deswegen, wie auch soeben dargestellt, keine vollumfängliche Normierung voraus, sondern verbietet lediglich eine gänzlich beliebige Handhabung des Prozessrechts zum Zwecke der Durchsetzung materieller Rechtsgehalte.

Besonders relevant für die empfundene Fairness des Verfahrens ist dabei auch die Begründung der verfahrensabschließenden Hauptsacheentscheidung. Durch eine umfassende Begründung, die alle Argumente berücksichtigt und gegeneinander abwägt, signalisiert das entscheidende Gericht den Prozessparteien seinen Respekt ihnen gegenüber und verdeutlicht die ihnen zukommende Gleichheit vor dem Gesetz.⁴⁵¹ Das bedeutet aber zugleich, dass das Gericht sich die Tatsachengrundlage für eine tragfähige Entscheidungsbegründung aneignen muss. Dies gelingt nur im Rahmen des Prozesses.

Daraus ergibt sich als Funktion des Prozesses, aus einer legitimationsbegründenden Perspektive betrachtet, mithin nicht nur die Selektion tauglichen Prozessstoffes und damit einhergehend des Entscheidungsmaterials, sondern auch die Transparenz des dorthin führenden Verfahrens.⁴⁵² Allerdings suggerieren Untersuchungen zum Zusammenhang von Legitimität und Transparenz hoheitlicher Organe, dass allein ein transparentes Verfahren nicht pauschal als Lösung von Legitimationsproblemen herangezogen

448 Glöckner in: *Herbst/Zucca-Soest* (Hrsg.), *Legitimität des Staates*, 2020, S. 47 (57 f.).

449 Zum Gebot effektiven Rechtsschutzes hierdurch *Bauer*, *Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie*, 1973, S. 87; nur schwer nachzuvollziehen ist die Auffassung, nicht durch Nachvollziehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen würde ihre Akzeptanz gesteigert werden, sondern ein gerichtlicher Arkanbereich steigere die legitimitätsstiftende Würde des BVerfG, so *Hillgruber/Goos*, *Verfassungsprozessrecht*, 5. Auflage, 2020, Rn. 53.

450 *Bartmann*, *Beweisrecht*, 2020, S. 25.

451 *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, 2013, S. 77.

452 Interessant zu einem möglichen Mehrwert einer transparenten Entscheidungsberatung für die Akzeptanz von Gerichtsentscheidungen allgemein *Bröhmer*, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, 2004, S. 281 f.; vor diesem Hintergrund ist es auch problematisch, wenn die Entscheidungen in „fundamental bedeutsame[n] Entscheidungen in einer Krisensituation“, an denen die Öffentlichkeit also ein erhebliches Interesse zeigt, eine mündliche Verhandlung nicht stattfindet, vgl. dazu *Degenhart*, *Entscheidung unter Unsicherheit*, NJW 2022, 123 (123 f.).

werden kann, sondern eine Vielzahl von Faktoren betrachtet werden muss, etwa auch die Effektivität und Zugänglichkeit der entsprechenden Stelle.⁴⁵³

2. Verfassungsprozessrecht als Kommunikationsrahmen?

Mit dem Aspekt der Zugänglichkeit ist eine weitergehende mögliche Funktion des Verfassungsprozesses angeschnitten. Zugänglichkeit darf in dem Rahmen nicht lediglich als die Möglichkeit verstanden werden, überhaupt ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu führen. Sie wird vielmehr aus einer dem Individuum vorgelagerten Perspektive untersucht, nämlich inwieweit gesamtgesellschaftliche Einflüsse in das Verfahren des Gerichts Einzug finden.⁴⁵⁴ Die Aufgabe, vor der das Prozessrecht hierbei steht, sei es, gesellschaftlichen Kräften Instrumente zur Information und Partizipation an die Hand zu geben.⁴⁵⁵ Das Prozessrecht werde so zu einem Medium der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“.⁴⁵⁶ Vor diesem Hintergrund ließe sich das Verfassungsprozessrecht als Mittel einordnen, um einen gesellschaftsbezogenen Kommunikationsrahmen zu etablieren.⁴⁵⁷ Weil es auch die Grundstruktur der Gesellschaft regelt, lasse das Bundesverfassungsgericht deren Vertreter an seinen Prozessen teilhaben und öffne sein Prozessrecht somit der Gesellschaft.⁴⁵⁸ Durch eine pluralistische Ordnung, die eine Einbeziehung möglichst vieler Gruppen fördere, stärke das Bundesverfassungsgericht damit gleichzeitig das Gemeinwohl.⁴⁵⁹ Dies habe eine Wechselwirkung mit der Gesellschaft zur Folge, durch eine umfangreichere Einbeziehung wende sich die Gesellschaft vermehrt

453 Richter, Zur Wirkung von Transparenz auf die Legitimität öffentlicher Verwaltung, PVS 2017, 234 (249 f.); ob diese Studie zur öffentlichen Verwaltung ohne weiteres auf die Verfassungsgerichtsbarkeit übertragbar ist, wäre Gegenstand einer eigenständigen empirischen Untersuchung des Bundesverfassungsgerichts.

454 Partizipation ist demnach lediglich Teilhabe an dem Entscheidungsfindungsprozess, Engelmann, Prozessgrundsätze im Verfassungsprozessrecht, 1977, S. 58.

455 Häberle, Verfassungsgericht zwischen Politik und Rechtswissenschaft, 1980, S. 66.

456 Häberle, Verfassungsgericht zwischen Politik und Rechtswissenschaft, 1980, S. 67.

457 So auch Völzmann, Gesellschaftliche Teilhabe über den Zugang zu Gericht, JZ 2024, 903 (906).

458 Häberle in: Ooyen/M. Möllers (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 31 (40 f.).

459 Häberle, „Gemeinwohlfudikatur“ und Bundesverfassungsgericht, AöR 95 (1970), 86 (112 f.).

dem Bundesverfassungsgericht zu.⁴⁶⁰ Unabhängig vom Ergebnis fördere die Möglichkeit der Mitbestimmung und Integration in das Prozessgeschehen die Akzeptanz des Ergebnisses.⁴⁶¹ Der pluralistischen Partizipation komme somit ein legitimierendes Element zu, das das Individuum losgelöst vom bisherigen Referenzpunkt der Legitimation, nämlich dem Volk, in den Blick nimmt.⁴⁶²

Dies wirft verfassungsrechtlich die Frage nach einer Vereinbarkeit mit der in Art. 20 II 1 GG statuierten Volkssouveränität auf. Die Funktion des Verfassungsprozesses so in einer eigenständigen Legitimation hoheitlichen Handelns zu erblicken, zielt darauf ab, einen autarken Legitimationsstrang zu etablieren, der von der vom Bundesverfassungsgericht angewandten Legitimationkettendogmatik unabhängig besteht.⁴⁶³ Weil aber auch der Verfassungsprozess Rechtssetzung darstellt,⁴⁶⁴ muss er sich auf das Volk als Legitimationssubjekt zurückführen lassen. Gemeint sind hiermit nicht einzelne Staatsangehörige, sondern das Volk als Gesamtheit deutscher Staatsbürger.⁴⁶⁵ Eine Kommunikationsordnung durch Partizipationsrechte zu etablieren, bindet zwar Teile des Volkes mit ein, indem sie Gelegenheit zur Äußerung vor dem Gericht bekommen. Allerdings wird hier einerseits nicht das Volk, sondern die Gesellschaft insgesamt als Referenzpunkt der Partizipation genommen und somit zum Legitimationssubjekt erhoben.⁴⁶⁶ Die Gesellschaft ist aber nicht deckungsgleich mit dem Volk, sondern ist

460 Häberle, Verfassungsgericht zwischen Politik und Rechtswissenschaft, 1980, S. 67; ders. in: Ooyen/M. Möllers (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 31 (39).

461 Stürner in: Münch (Hrsg.), FS Henckel, 2015, S. 359 (371).

462 Zeccola/Pfleiderer, Legitimation durch Partizipation?, DÖV 2021, 59 (63 ff.) m.w.N.; zur Legitimationsdimension von Pluralismus im Brokdorf-Beschluss Lepsius in: Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius (Hrsg.), Brokdorf-Beschluss, 2015, S. 113 (142 ff.).

463 Zum Kontrast zwischen einer pluralistischen Demokratietheorie und der Legitimationkettendogmatik vgl. Ooyen in: ders./M. Möllers, Verfassungs-Kultur, 2016, S. 163, *passim*; zur Legitimationkettendogmatik beim BVerfG vgl. BVerfGE 49, 89 (125 f.) – Kalkar I (1978); E 83, 60 (71 ff.) – Ausländerwahlrecht II (1990); E 93, 37 (67 f.) – Mitbestimmungsgesetz SH (1995); vgl. auch Böckenförde in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 16.

464 Kelsen in: Jestaedt (Hrsg.), Allgemeine Staatslehre, 2019, S. 125.

465 Murswiek, Paradoxa der Demokratie, JZ 2017, 53 (54).

466 Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297.

hinsichtlich ihrer Mitglieder weiter gefasst, sodass vom grundgesetzlich vorgegebenen Legitimationssubjekt abgewichen wird.⁴⁶⁷

Andererseits räumt die Ermöglichung pluralistischer Partizipation nur partikular ein Teilhaberecht am Prozess ein. So können sich nur am Prozess Beteiligte zu dem Streitgegenstand äußern. Dies vermag zwar zu einer Befriedung inter partes in kontradiktorischen Verfahren führen. Verfassungsgerichtliche Verfahren mit der Möglichkeit einer Kassation von Rechtsnormen und der damit verbundenen abstrakt-generellen Rechtssetzung sind jedoch anders gelagert. Die auf der Volkssouveränität beruhende Legitimation hoheitlichen Handelns setzt voraus, dass dieses sich auf das Volk als Gesamtheit zurückführen lässt. Es verzerrt die demokratische Gleichheit der Staatsbürger, wenn besonders präsente gesellschaftliche Gruppen ihr Anliegen geschickt in den Prozess einbringen können, gesellschaftlich weniger beleuchtete Themen hingegen mangels Advokaten nicht artikuliert werden und hoheitliches Handeln sich deshalb nur auf einen Teil des Volkes bezieht.⁴⁶⁸ Deswegen kann eine pluralistische Einbeziehung in verfassungsgerichtliche Rechtssetzung kein Teil der legitimationsstiftenden „demokratisch-partizipatorisch[en] Herrschaftsteilhabe“ sein.⁴⁶⁹ Der in den Grundrechten fußende Pluralismusgedanke ist wesensverschieden zu der demokratischen Legitimation hoheitlicher Gewalt und vermag diese nicht eigenständig zu legitimieren.⁴⁷⁰

Bereits die Anwendung der Legitimationskettendogmatik reicht im Grundsatz zur Legitimation des Bundesverfassungsgerichts aus,⁴⁷¹ sodass der Gedanke eines auf Pluralismus abzielenden Verfassungsprozesses auch gar nicht zusätzlich aktiviert werden muss. Einen Kommunikationsrahmen durch den Verfassungsprozess zu schaffen, sollte deswegen nicht als eigenständige Funktion angesehen werden, sondern lediglich als Beitrag zur Transparenz und Möglichkeit, die Gesellschaft einzubeziehen. Dies wiegt aber nicht gleichschwer wie die demokratische Legitimation. Funktion des Verfassungsprozesses ist es deshalb vor diesem Hintergrund nicht,

467 Zum Verhältnis von Volk und Gesellschaft, *Isensee*, Grundrechte und Demokratie, 1981, S. 14.

468 Zur Steuerung der öffentlichen Meinung durch sog. Opinion leaders *Vanberg*, The politics of constitutional review in Germany, 2005, S. 45 ff.; dazu auch *Schröder*, Der sachkundige Dritte im Verfassungsprozess, DÖV 2023, 119 (123).

469 *Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976), 161 (186).

470 *Isensee*, Grundrechte und Demokratie, 1981, S. 15 ff.

471 So im Ergebnis *Honer/Rudloff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, DÖV 2020, 461.

möglichst viele Beteiligte zu hören und aus dem so gesammelten Material einen Kompromiss zu finden. Vielmehr muss es eine Entscheidung anhand des durch den Verfassungsgesetzgeber demokratisch legitimierten Grundgesetzes treffen.⁴⁷² Der Verfassungsprozess bezweckt somit, eine vor dem Gesetz objektiv, nicht aber vor den Beteiligten subjektiv richtige Entscheidung herbeizuführen.⁴⁷³ Das bedeutet nicht, dass bezogen auf die konkrete Entscheidung diskursive Elemente keine akzeptanzstiftende Wirkung entfalten würden.⁴⁷⁴ Es bedeutet aber, dass der Prozess nicht dadurch eine Legitimationsfunktion gewinnt, dass er eine umfassende und mit dem Gericht gleichgeordnete Partizipationsmöglichkeit an verfassungsgerichtlicher Rechtssetzung ermöglicht.

3. Zwischenergebnis

Aus einer legitimationsorientierten Perspektive auf die Funktion des Prozesses stechen Selektionsleistung und Transparenz der Entscheidungsfindung hervor. Ein verfassungsgerichtliches Verfahren ist erforderlich, um klärungsbedürftige und -fähige Sachverhalte zu identifizieren und so nachvollziehbare und damit akzeptanzfähige Entscheidungen zu produzieren. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, kommt es nicht lediglich darauf an, dass überhaupt der Zugang zum Bundesverfassungsgericht besteht, sondern auf die Art und Weise, wie das Verfahrensrecht konkret ausgestaltet ist und gehandhabt wird. Für die legitimationsstiftende Funktion des Prozesses mit dem Bezugsobjekt Bundesverfassungsgericht als solches ist es in dem Zuge zwar nicht erforderlich, dass der Prozess als Diskursplattform für gesellschaftliche Strömungen zur Verfügung steht. Gleichwohl muss das konkrete Verfahrensrecht so ausgestaltet sein, dass die für die Beteiligten maßgeblichen Kernpunkte der verfassungsrechtlichen Streitigkeit in ausreichendem Maße erörtert werden können, damit diese akzeptanzfördernd beigelegt werden. Die vorrangig legitimationsfördernden Elemente des Prozess finden sich demnach in der Ausgestaltung des Verfahrens.

472 So auch *Isensee*, Karlsruhe ist nicht mehr unangreifbar, FAZ v. 26.9.1996, S. 13.

473 Dahingehend auch *Vocke*, Verfassungsinterpretation und Normbegründung, 1995, S. 120 f.

474 S. dazu noch u. S. 247 ff.

III. Folgen für das Durchsetzungsverfahren

Die Funktionen des Verfassungsprozesses weisen jeweils einen Bezug zur verfassungsgerichtlichen Entscheidungsdurchsetzung auf. Eine funktionale Perspektive auf den Verfassungsprozess verdeutlicht den Beitrag des Verfahrensrechts, das materielle Verfassungsrecht transparent und damit akzeptanzfähig zu realisieren. Das Bundesverfassungsgericht hat durch die Art und Weise, wie es das Prozessrecht handhabt, einen erheblichen Einfluss darauf, welche verfassungsrechtlichen Fragen im Rahmen eines gerichtlichen Prozesses tatsächlich beantwortet werden. Ergänzt wird diese funktionale Perspektive durch die legitimatorische Funktion des Prozesses. Nicht nur soll das Verfahren ermöglichen, anhand des Grundgesetzes eine Entscheidung zu produzieren. Diese Entscheidung soll vielmehr auch die tatsächlich umstrittenen verfassungsrechtlichen Konflikte identifizieren und lösen. Damit der Prozess seine akzeptanzfördernde und damit legitimierende Wirkung entfalten kann, muss er dem Gericht ermöglichen, den verfassungsrechtlichen Problemen auf den Grund zu gehen und den Kern eines Streits herauszuarbeiten.

Die Funktionen des verfassungsgerichtlichen Prozesses insgesamt setzen sich im Durchsetzungsverfahren fort. Es reicht hierbei nicht aus, die Funktion des Vollstreckungsrechts darauf herunterzubrechen, die Hauptsacheentscheidung zu effektuieren. Anhand der Frage, ob die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen lediglich eine rein objektive Funktion verfolgt, die Rechtsordnung zu wahren, oder subjektive Rechte absichern soll,⁴⁷⁵ lassen sich die funktionalen und legitimatorischen Aspekte auf das Durchsetzungsrecht übertragen.

1. Umfassender Rechtsschutz durch subjektive Funktion

Der Wortlaut des § 35 BVerfGG lässt bei unbefangener Lektüre keine subjektive Funktion der Entscheidungsvollstreckung erkennen. Auch die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Sinn der Vollstreckungsregelung lässt bei erstem Lesen darauf schließen, dass es sich

⁴⁷⁵ Hierbei handelt es sich nicht nur um exkurshafte Fragen. Sofern der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen eine subjektive Funktion zukommt, gewähren Vollstreckungsregelungen einem Verfahrensbeteiligten dem Grunde nach einen Anspruch auf Durchsetzung, vgl. *Bredemeier*, Kommunikative Verfahrenshandlungen, 2007, S. 227.

bei § 35 BVerfGG eher um eine Kompetenznorm als ein subjektives Recht auf Durchsetzung der Entscheidungen handeln soll.⁴⁷⁶ Dies steht aber nur dem ersten Anschein nach einer subjektiven Funktion des Durchsetzungsrechts entgegen. Das subjektive Recht aus Art. 19 IV GG gebietet, dass der Gedanke eines umfassenden Rechtsschutzes nicht nur theoretischer Natur bleibt, sondern wenigstens die Möglichkeit beinhaltet, gerichtliche Entscheidungen praktisch zu realisieren.⁴⁷⁷ Sollen die gewährten Rechte materiell werthaltig sein, ist es nur logische Konsequenz, dem Hauptsacheverfahren auch ein akzessorisches Vollstreckungsverfahren an die Seite zu stellen.⁴⁷⁸ Insofern dient das Vollstreckungsverfahren den im Hauptsacheverfahren erkannten Rechtspositionen. Diese dem Verwaltungsprozessrecht entlehnte Lesart der Funktion gerichtlicher Vollstreckung lässt bereits eine subjektive Komponente des Vollstreckungsrechts erahnen. Funktional soll es individualrechtliche Positionen konsequent effektuieren können. Hinsichtlich des Verfassungsprozessrechts bedarf es allerdings noch einer weiteren Ergänzung, da die Rechtsweggarantie aus Art. 19 IV GG zum einen lediglich Rechtsschutz des Bürgers gegen exekutive Entscheidungen gewährleistet,⁴⁷⁹ zum anderen nicht nur grundrechtsberechtigte Prozessbeteiligte durch das Bundesverfassungsgericht effektiv geschützt werden müssen. Eine subjektive Funktion gewinnt die verfassungsgerichtliche Vollstreckung erst, wenn die auf Art. 19 IV GG basierenden Erwägungen durch den allgemeinen Justizgewährungsanspruch ergänzt werden.⁴⁸⁰ Dieser wesentliche Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips gewährt einen umfassenden Schutz gegenüber staatlichem Handeln.⁴⁸¹ In sachlicher Hinsicht besteht zwischen der Rechtsweggarantie aus Art. 19 IV GG und dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch kein Unterschied. Art. 19 IV GG ist vielmehr

476 BVerfGE 6, 300 (303) – Vollstreckungsanordnung KPD (1957).

477 Rupp, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung, AöR 85 (1960), 301 (326); Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, S. 164.

478 Waldhoff, Staat und Zwang, 2008, S. 59; zur ähnlichen Lage im Verwaltungsprozess Berkemann, Machtlose Verwaltungsgerichte?, DÖV 2019, 761 (763).

479 Dazu krit. Funke in: Dreier (Hrsg.), GG, I, 4. Auflage 2023, Art. 19 Abs. 4, Rn. 37 m.w.N. zur Auslegung des BVerfG.

480 Dazu einführend Voßkuhle/Kaiser, Der allgemeine Justizgewährungsanspruch, JuS 2014, 312; Papier in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, VIII, 3. Auflage 2010, § 176 Rn. 24.

481 Etwa BVerfGE 88, 118 (123) – Impliziter Einspruch (1993); E 93, 99 (107) – Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung (1995); E 107, 395 (401) – fachgerichtlicher Rechtsschutz/Plenum (2003).

eine Spezialregelung hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs.⁴⁸² Somit lassen sich die inhaltlichen Gewährleistungen des Art. 19 IV GG auf die Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht anwenden: Wer das Recht hat, das Bundesverfassungsgericht anzurufen, der hat auch einen Anspruch darauf, dass die Entscheidungen des Gerichts nicht lediglich theoretische Ausführungen sind, sondern dass diese auch praktisch umgesetzt werden können. Die subjektive Funktion der Durchsetzungsregelungen ergibt sich demnach aus dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten allgemeinen Justizgewährungsanspruch, konkretisiert durch Art. 19 IV GG, in Verbindung mit der die jeweilige Antragsberechtigung begründenden Norm.

Auch losgelöst von ihrer eingangs angedeuteten Unschärfe genügt die – nur dem ersten Anschein nach – zentrale Durchsetzungsvorschrift des § 35 BVerfGG nicht den Anforderungen, um dem Anspruch auf ein funktionales Durchsetzungsrecht zu entsprechen. Um tatsächliche Wirksamkeit zu erreichen, muss dieses Durchsetzungsrecht deswegen über den § 35 BVerfGG hinaus mit weiteren Instrumenten angereichert werden.

2. Legitimationsstiftende Wirkung durch objektive Funktion der Durchsetzung

Die legitimationsstiftende Funktion des Verfassungsprozesses setzt sich in einer objektiven Funktion der Durchsetzung prozessförmig produzierter Entscheidungen fort. (Verfassungs-)gerichtliche Entscheidungen müssen nicht nur faktisch wirken, damit die einzelnen grundgesetzlichen Vorschriften geschützt Geltung entfalten können, sondern auch damit den grundlegenden Anforderungen an das Rechtsstaatsprinzip im Ganzen genüge getan wird.⁴⁸³ Ein effektives Durchsetzungsrecht nimmt ein über das konkrete Verfahren hinausgehendes Ziel des Glaubens an die Geltung der Verfassungsordnung in den Blick. Dieser Glaube an die Geltung grundgesetzlicher Normen und die sie konkretisierenden Entscheidungen hängen davon ab, wie das Gericht die Entscheidungen sichtbar durchzusetzen vermag. Es besteht dadurch ein untrennbarer Konnex zwischen Durchsetzung und

482 K. Graßhof, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 225. EL Oktober 2024, Art. 20 Abs. 3 Nr. 139.

483 Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 65 f.

Legitimation der Institution.⁴⁸⁴ Das bedeutet gleichzeitig, dass die Durchsetzung einzelner Entscheidungen und die Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts als vorgelagerte Voraussetzung der Entscheidungsumsetzung in einem wechselseitigen Verhältnis zueinander stehen. Damit die einzelnen Entscheidungen effektiv umgesetzt werden können, bedarf es eines hinreichenden Maßes an Legitimation. Damit dieses Maß an Legitimation gewahrt ist, muss das Gericht aber die effektive Umsetzung auch der Einzelentscheidungen gewährleisten können. Die Rechtsordnung dient zwar immer auch dem Schutz individueller Rechtsgüter, doch stellt sie gleichzeitig eine darüberhinausgehende objektive Ordnung dar, von deren Einhaltung die Gesellschaft überzeugt sein muss.⁴⁸⁵ Das Durchsetzungsrecht des Bundesverfassungsgerichts hat somit zweierlei Funktionen. Zum einen den objektiven Schutz des Vertrauens in Rechtsordnung und Rechtsstaat, zum anderen aber auch die tatsächliche Gewährleistung subjektiver Rechte, die Voraussetzung der ersten Funktion ist. So konkretisiert das Durchsetzungsrecht die primäre Funktion des Prozessrechts, indem es Legitimität schafft.

Diese Funktion der Vollstreckung darf nicht um jeden Preis erzielt werden. Sie unterliegt Einschränkungen, die in der Rolle des Bundesverfassungsgerichts als Teil der Judikative begründet sind. Anders als etwa die Verwaltung oder Gesetzgebung sind Gerichte ausschließlich dem Recht und nicht auch politischen Gesetzmäßigkeiten unterworfen. Eine gerichtliche Vollstreckung darf deswegen nur auf Rechtmäßigkeitsaspekten, nicht aber Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen.⁴⁸⁶ Vor dem Hintergrund der politischen Auswirkungen verfassungsgerichtlicher Streitigkeiten ist die Annahme politischer Zweckmäßigkeitserwägungen nicht fernliegend, wenn Teilnehmer des politischen Prozesses das Bundesverfassungsgericht anrufen.⁴⁸⁷ Über solche Erwägungen muss das Gericht dennoch erhaben sein, wenn es seine Urteile durchsetzt. Insbesondere die mit der Rolle des Bundesverfassungsgerichts als staatstragendem Akteur einhergehende Erwartung, für den Staat kritische Zustände zu verhindern und sich so auch bei der Durchsetzung eines „judicial self-restraints“ zu bedienen (oder gar im Gegenteil einer extensiven Normsetzung), darf nicht dazu führen, dass das Bundesverfassungsgericht über die ihm obliegende Rechtsvoll-

484 Schuppert in: Collin (Hrsg.), *Justice without the State within the State*, 2016, S. 13 (14 f.).

485 Landau, *Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege*, NSTz 2007, 121 (126 f.).

486 Zu dieser Sonderstellung der Judikativen Friesenhahn in: Listl/Schambeck (Hrsg.), *FS Broermann*, 1982, S. 517 (522 f.).

487 Dazu bereits Bachof, *Grundgesetz und Richtermacht*, 1959, S. 14.

streckung hinausgehend eine Zweckmäßigkeitvollstreckung vornimmt.⁴⁸⁸ Die Erwartung der Teilnehmer des Verfassungsprozesses an eine zweckorientierte Rechtsdurchsetzung können aufgrund der Gesetzesbindung des Bundesverfassungsgerichts nur dann erfüllt werden, wenn sie mit rechtlichen Vorgaben im Einklang stehen und das Bundesverfassungsgericht seine funktionalen Grenzen einhält.⁴⁸⁹ Dadurch entsteht ein multipolares Interessenfeld für das Gericht. Einerseits muss es möglichst alle Entscheidungsgelände sowohl im Eigeninteresse als auch im Interesse der obsiegenden Prozesspartei durchsetzen. Andererseits kann eine solche Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in einen Konflikt mit der Folgenverantwortung für seine Entscheidungen treten, etwa wenn untragbare Zustände aufgrund der Entscheidung eintreten würden. Dieses Spannungsfeld muss man mitdenken, wenn man prozessuale Regelungen der Durchsetzung einordnet und auslegt.

B. Ausgestaltung durch BVerfG und Gesetzgeber

Das bundesverfassungsgerichtliche Prozessrecht bedarf also einer weitergehenden Ausgestaltung. Die lückenhaften Regelungen des BVerfGG werden durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgelegt und falls erforderlich ergänzt.⁴⁹⁰ Das Bundesverfassungsgericht nimmt prozessuale Vorschriften des Gesetzgebers nicht lediglich hin, sondern beteiligt sich aktiv daran, das Verfahren weiter auszugestalten. Im Vordergrund stehen dabei die Fragen, wie weit die Ausgestaltungsbefugnis des Gerichts reicht, welche Methodik das Gericht hierbei heranzieht und inwiefern es auf Regelungen der übrigen Prozessordnungen zurückgreifen kann. Dahinter verbirgt sich aber die Frage nach dem normativen Einfluss des Bundesverfassungsgerichts. Anhand der Ausgestaltung des Prozessrechts kann nämlich bestimmt werden, wer verfassungsgerichtliche Verfahren vorrangig steuern kann. Deswegen fällt der Blick im folgenden Abschnitt auf die Teilnehmer am Implementationsprozess von Verfahrensvorschriften. Von Interesse ist, wer die Ausgestaltung des verfassungsgerichtlichen Verfahrens

488 *Austermann*, Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2011, 267 (268); eingehend zu dieser „Chaos-Theorie“ noch u. S. 199 ff.

489 *Austermann*, Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2011, 267 (269).

490 Exemplarisch anhand eines Hängebeschlusses des BVerfG etwa *V. Weber/Wolff*, Die schlichte Schiebeanordnung als neue Erscheinung des Verfassungsprozessrechts, BayVBl 2021, 361 (365).

maßgeblich prägt, wer also der Herr des Verfahrens ist. Davon ausgehend lässt sich einordnen, inwiefern das Bundesverfassungsgericht sein Durchsetzungsverfahren in Bezug auf konkrete Entscheidungen eigenständig zu gestalten und betreiben vermag.

I. Methodik der Prozessrechtsgestaltung durch das Bundesverfassungsgericht

Prozessrecht umfasst in einem weiteren Sinne die Normen, die zum Verfahren der Entscheidungsfindung der Gerichte beitragen.⁴⁹¹ Neben dem BVerfGG beinhaltet auch das Grundgesetz Regelungen zum verfassungsgerichtlichen Verfahren.⁴⁹² Die dort normierten Vorschriften sind allerdings lückenhaft und genügen nicht, um ein gerichtliches Verfahren ausreichend zu regeln, sodass es der Ergänzung dieser Regelungen bedarf.⁴⁹³ Um die Ausgestaltung des Verfassungsprozessrechts zu verstehen, ist es deswegen entscheidend nachzuvollziehen, wie diese Ergänzung stattfindet. Zentral ist hierbei das Maß an autonomer Rechtsetzungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts. Die Beurteilung dessen reicht von der bloßen Zubilligung weiter Auslegungsspielräume geschriebener Normen bis hin zur Anerkennung einer umfassenden Verfahrensautonomie des Gerichts.

Die Lehre von der Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts hat *Günther Zembach* Anfang der 1970er Jahre aufgegriffen und soweit ersichtlich erstmals ausführlich untersucht.⁴⁹⁴ Die Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts meint die Fähigkeit, sein Verfahren eigenständig zu regeln.⁴⁹⁵ Diese rechtfertigt sich etwa in der Kompetenzübertragung in bestimmten Fällen des Verfassungsgesetzgebers an das Bundesverfas-

491 Einordnend *Neutz*, Verfassungsprozessrecht, 1990, S. 4.

492 *Klein* in: *Heun/Starck* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, 2008, S. 147 (147 f.).

493 *Neutz*, Verfassungsprozessrecht, 1990, S. 76; *Marsch*, Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde, AöR 137 (2012), 592 (601); *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2020, Rn. 206.

494 *Zembach*, Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, 1971; die Verfahrensautonomie des BVerfG greift *Lechner* bereits in seiner ersten Auflage des Kommentars zum BVerfGG kurz auf, *Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1. Auflage 1954, S. 130.

495 *Zembach*, Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 67; das BVerfG schreibt sich selbst auch eine solche Kompetenz zu, indem es sich als Herr des Verfahrens ansieht, vgl. etwa BVerfGE 13, 54 (94) – Neugliederung Hessen (1961); E 36, 342 (357) – Nds. Landesbesoldungsgesetz (1974); E 60, 175 (213 f.).

sungsgericht. Habe dieser nämlich Kompetenzen in einer Rechtssache zu entscheiden an das Bundesverfassungsgericht übertragen, dürfe der einfache Gesetzgeber diese nicht durch Verfahrensregeln zu stark einengen.⁴⁹⁶ Deswegen könnten aufgrund der Verfahrensautonomie zwar keine neuen Verfahrensarten – und damit Kompetenzen – geschaffen werden, die Ausgestaltung des Verfahrens selbst sei aber zulässig.⁴⁹⁷ Dabei seien autonom gebildete Verfahrensgrundsätze gerade keine herkömmliche richterliche Rechtsfortbildung *praeter legem*, da sie nicht an geschriebene Normen anknüpfen, sondern das Gericht selbst normsetzend tätig wird.⁴⁹⁸ Das Gericht wendet Recht hier nicht bloß an, sondern schöpft es selbst. Insbesondere dann, wenn eine explizite Ermächtigung, das verfassungsgerichtliche Verfahren zu konkretisieren, fehlt, greife die allgemeine Verfahrensautonomie, aufgrund derer Verfahrensgrundsätze und -methodik aufgestellt werden könnten.⁴⁹⁹ Das Gericht dürfe sein Verfahren dabei nach seinem Ermessen ausgestalten, da es selbst am ehesten dazu in der Lage sei, zweckmäßige Lösungen prozessualer Probleme zu finden.⁵⁰⁰ Ob das Gericht dabei auf allgemein Prozessgrundsätze zurückgreift oder sich einer neuartigen Verfahrensgestaltung bedient, sei unerheblich.⁵⁰¹

Mit der Lehre von einer Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts geht die Auffassung einher, dass das Verfassungsprozessrecht im Vergleich zu den übrigen Prozessrechtsordnungen eine besondere Eigen-

– Startbahn West (1982), in dem das BVerfG allerdings explizit auf den zu beachtenden rechtlichen Rahmen verweist.

496 Vasquez, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2016, S. 207.

497 So auch Achterberg, Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote, DÖV 1977, 649 (655); dagegen hatte Hans Kelsen im Rahmen seiner Tätigkeit als Richter des österreichischen Staatsgerichtshofes eine weitere Auffassung der Kompetenz von Verfassungsgerichten zur positiven Setzung von Verfahrensrecht. Aufgrund der Eigenschaft als Hüter der Verfassung müsse sich das jeweilige Verfassungsgericht notfalls selbst die entsprechenden Verfahrensregelungen geben, vgl. hierzu Techet, Verfassungsrichterliche Tätigkeit von Hans Kelsen, Der Staat 62 (2023), 299 (313 f.).

498 Neutz, Verfassungsprozessrecht, 1990, S. 80 ff.

499 Zembsch, Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 129 f.; für diese Untersuchung insbesondere deswegen interessant, da Zembsch dies explizit als Anwendungsfall der Lückenfüllung aufgrund der allgemeinen Verfahrensautonomie ansieht.

500 Fröhlinger, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 96 f.; dahingehend auch Engelmann, der die Ausgestaltung der GO-BVerfG bezüglich der Beteiligung materiell betroffener Dritter befürwortet, da sie die Voraussetzungen für eine wirklichkeitsnahe Verfassungsauslegung lieferten, vgl. Engelmann, Prozessgrundsätze im Verfassungsprozessrecht, 1977, S. 112 f.

501 Fröhlinger, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 98.

ständigkeit aufweise, weswegen es mehr noch als andere prozessuale Normenkomplexe vom Grundgesetz her ausgelegt werden müsse und sich insofern von diesen anderen Prozessrechtsordnungen distanzieren.⁵⁰² Dies zeigt sich laut *Häberle* beispielsweise darin, wie verfassungsprozessuale Partizipationsnormen gehandhabt werden, die der pluralistischen Struktur des politischen Gemeinwesens Rechnung tragen würden.⁵⁰³ In der verfassungstheoretischen Aufladung prozessualer Normen äußere sich ein Bedürfnis, die geringe Determinationskraft der geschriebenen Normen durch eine stärkere Aktivierung metajuristischer Aspekte zu kompensieren.⁵⁰⁴ Der Gedanke der Verfahrensautonomie ist stark von der Verfassungsorganqualität des Bundesverfassungsgerichts beeinflusst. Auch ohne explizite Ermächtigung im Grundgesetz kommt Verfassungsorganen aufgrund der verfassungsrechtlichen Selbstorganisationsfähigkeit eine Geschäftsordnungsautonomie zu.⁵⁰⁵ Diese gilt allerdings nur im Bereich des organschaftlichen Binnenrechts und für das Bundesverfassungsgericht nur in den Grenzen von Grundgesetz und BVerfGG.⁵⁰⁶

Eine autonome Gestaltung verfahrensrechtlicher Regelungen würde dem Bundesverfassungsgericht zwar helfen, einzelfallgerechte Lösungen rechtlicher Streitigkeiten zu finden und somit seiner Rolle als Garant effektiven (Grund-)Rechtsschutzes gerecht zu werden. Ebenfalls würde eine weitestgehend autonome Ausgestaltung der verfahrensrechtlichen Regelungen zur Folge haben, dass damit verbundene Einwirkungsmöglichkeiten auf das

502 *Häberle*, Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, JZ 1976, 377 (379); dazu auch *ders.*, Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts, JZ 1973, 451.

503 *Häberle*, Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, JZ 1976, 377 (383).

504 *Achterberg*, Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote, DÖV 1977, 649 (651 f.).

505 *T. Schmidt*, Geschäftsordnungen der Verfassungsorgane, AöR 123 (2003), 608 (620); *Detterbeck* in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 10. Auflage 2024, Art. 94 Rn. 9; seit dem 20.12.2024 findet sich in Art. 93 IV GG die Geschäftsordnungsautonomie auch explizit im GG verankert, BGBl 2024, I, Nr. 439. Zu der Rechtslage vorher vgl. *C. Schröder*, Konstitutionalisierung als Sicherungsmechanismus für das Bundesverfassungsgericht, DÖV 2025, 96 (102 f.).

506 *Ax*, Prozeßstandschaft im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, 1994, S. 26; *Sauer* sieht durch die Neufassung des Art. 93 GG eine Geschäftsordnungsautonomie des BVerfG hingegen erst geschaffen, *Sauer*, Selbstorganisation des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2025, 12 ff., dort insgesamt krit.

Gericht den durch das Gericht kontrollierten Organen entzogen sind.⁵⁰⁷ Dennoch birgt es erhebliche Probleme, dem Gericht eine derart weitreichende selbstverantwortliche Verfahrensgestaltung zu überlassen. So agiert das Gericht insbesondere bei Zulässigkeitsfragen oftmals eher pragmatisch orientiert an der Verfahrenslast, als eine dogmatisch stringente Lösung zu produzieren.⁵⁰⁸ Dies setzt die verfassungsgerichtliche Judikatur zuweilen dem Vorwurf der Beliebigkeit aus.⁵⁰⁹ Aufgrund seiner allgemeinen Rechtsgebundenheit verbietet sich eine solche verfahrensrechtliche Beliebigkeit allerdings.⁵¹⁰ Vom Bundesverfassungsgericht wird erwartet, dass es neutral und rechtsgeleitet entscheidet. Solche Beliebigkeiten können dieses Bild erschüttern, wenn etwa der Eindruck erweckt wird, das Bundesverfassungsgericht sei aufgrund eines nicht hinreichend normierten Verfahrens der Gefahr verfahrensfremder Einflussnahme ausgesetzt.⁵¹¹ Das legitimatorische Problem der Verfahrensautonomie ist nicht zwingend die fehlende Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, die mit dem Fehlen eines durch den *Gesetzgeber* normierten Verfahrens einhergeht.⁵¹² Das macht trotzdem ein in irgendeiner Ausgestaltung formalisiertes Verfahren, das gleichzeitig die notwendige Möglichkeit zur Anpassung an sich verändern-

507 Man denke in diesem Kontext etwa an die Justizreformen in Polen, wo das Verfassungsgericht durch Änderungen des Verfahrensrecht erheblich an faktischen Kontrollmöglichkeiten eingebüßt hat, vgl. dazu etwa *Hainthaler*, Die Sicherung der Werteunion, 2024, S. 102 ff.; zur Lage der polnischen Justiz insgesamt *Blanke/Sander*, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher, EuR 2023, 54 (65 ff.); *Zoll* in: *Perne* (Hrsg.), Funktionsbedingungen unabhängiger Verfassungsgerichtsbarkeit, 2017, S. 61 – 75; gleichwohl wäre das BVerfG damit nur vor Vorgaben hinsichtlich der Arbeitsweise geschützt, nicht aber vor dem eigentlich drängenderen Problem der manipulativen Einflussnahme auf die Gerichtsverfassung, vgl. dazu *Duden*, Richterwahl und parteipolitische Einflussnahme, RabelsZ 84 (2020), 637 (644 ff.).

508 *P. Lange*, Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2012, S. 185 f.

509 *Ax*, Prozeßstandschaft im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, 1994, S. 26 f.; *Basty*, Die sachliche Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 2010, S. 89.

510 *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2020, Rn. 209.

511 Dies aufwerfend, im Ergebnis aber verneinend *Posser*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, 1993, S. 375; *Klein* in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, 507 (513).

512 So aber *Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 99 (137); *ders./Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Auflage 2021, Rn. 57.

de Gegebenheiten liefert, nicht obsolet.⁵¹³ Durch ein solches Verfahren wird der verfassungsgerichtliche Prozess nicht nur besser absehbar, sondern belässt der Wissenschaft, als einer der relevantesten Kontrolleure des Bundesverfassungsgerichts, seine relativ festen Kontrollmaßstäbe.⁵¹⁴ Das Gericht hat den Erlass prozessualer Normen niemals ganz selbst in der Hand, sondern es legt lediglich prozessualer Vorgaben aus und entwickelt diese fort.⁵¹⁵

Bestand in den Anfangszeiten des Gerichts aufgrund seiner Neuartigkeit noch das Bedürfnis, das Verfassungsprozessrecht vergleichsweise offen zu gestalten,⁵¹⁶ schwindet dieses Bedürfnis immer mehr, je länger das Bundesverfassungsgericht judiziert. Dem Gericht kommt somit keine Verfahrensautonomie zu, sondern es verfügt lediglich über weite Auslegungsspielräume positiver Normen.⁵¹⁷ Diese positiven Normen finden sich, sofern nicht im BVerfGG oder Grundgesetz normiert, in den übrigen Prozessrechtsordnungen. Insofern besteht keine Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts, sondern dessen Besonderheiten und Eigenheiten sind lediglich in die Grundsätze des allgemeinen Prozessrechts eingebettet.⁵¹⁸ Das bedeutet, dass das Bundesverfassungsgericht bei der Auslegung prozessualer Normen in anderen deutschen Prozessrechtsordnungen entwickelte Grundsätze heranzieht und sie in den Kontext der Besonderheiten der deutschen Ver-

513 Ax, Prozeßstandschaft im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, 1994, S. 29 f.; Posser, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, 1993, S. 372; dessen Verfahrensregeln müssen, wenn ad hoc gebildet, wenigstens nachvollziehbar sein, Klein in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, 507 (507).

514 Dazu *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2020, Rn. 214 f.; zur Kontrollfunktion der Wissenschaft bereits o. Fn. 196; *Michl* weist allerdings zu Recht darauf hin, dass die Rechtswissenschaft durch die Rezeption und darauf basierende Publikationstätigkeit eine erhebliche Deutungsmacht über die gerichtlich aufgestellten Wertungen erlangt, *Michl* in: *Mülder et al.*, Richterliche Abhängigkeit, 2018, S. 379 (387 ff.).

515 Am Beispiel der Darlegungs- und Substantiierungspflicht *Schorkopf*, Die prozessuale Steuerung des Verfassungsrechtsschutzes, AöR 130 (2005), 465 (466, sowie 484 ff.).

516 *Wolff*, Vergleichsvorschlag, EuGRZ 2003, 463 (464 f.); Klein in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, 507 (508).

517 Klein in: *Heun/Starck* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, 2008, S. 147 (157).

518 H. Bethge in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, Vorb. Rn. 218; beispielhaft hierfür ist etwa die Prozessfähigkeit, die im BVerfGG selbst nicht geregelt ist, vgl. BVerfGE 72, 122 (132 f.) – Minderjährige im Verfassungsbeschwerdeverfahren (1986).

fassungsgerichtsbarkeit einordnet.⁵¹⁹ Das vergegenwärtigt, dass das Bundesverfassungsgericht nicht nur Verfassungsorgan, sondern auch trotz allem immer noch ein Gericht ist, das gleich den anderen deutschen Gerichtsbarkeiten an prozessuale Grundsätze gebunden ist.⁵²⁰ Die Lösung verfahrensrechtlicher Probleme, die nicht bereits durch das BVerfGG adressiert werden, leitet das Bundesverfassungsgericht somit regelmäßig im Wege der Analogie zu übrigen Prozessrechtsordnungen her.⁵²¹ So kann das Gericht gewährleisten, dass ein notwendiges Maß an gesetzgeberischen Wertungen hinsichtlich prozessualer Fragen gewahrt wird und Verfahrensbeteiligte unter Berufung auf bekannte Grundsätze anderer Prozessordnungen nicht auf den Erfindungsreichtum des Bundesverfassungsgerichts angewiesen sind.⁵²² Methodisch betrachtet muss das Bundesverfassungsgericht sein Prozessrecht also fortbilden, indem es – sofern GG und BVerfGG Lücken lassen – sich behutsam am übrigen Prozessrecht orientiert und dabei die Besonderheiten der jeweiligen Verfahrensart berücksichtigt.⁵²³

-
- 519 So etwa geschehen in BVerfGE 32, 288 (290 f.) – Grundrechtsverwirkung Herausgeber DNZ – Ablehnung Schlabrenndorff (1972); E 50, 381 (384) – Nachträglich ausgestellte Prozessvollmacht (1979); R. Zuck sieht dies als selbstverständlich an, gelten doch für alle Prozessrechtsordnungen die Besonderheiten des jeweiligen materiellen Rechts, vgl. R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Auflage 2017, Rn. 375 ff.
- 520 Clemens in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS Zeidler, 1987, Bd. 2, S. 1261 (1284); Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkung im Öffentlichen Recht, 1995, S. 303; Heun sieht in der Funktion als Gericht die vorrangige Funktion von Verfassungsgerichten, vgl. Heun, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 286 (286).
- 521 Dazu Marsch, Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde, AöR 137 (2012), 592 (601 f.). Das BVerfG hat dies bereits früh in seiner Rechtsprechung hergeleitet, vgl. BVerfGE 1, 109 (110 f.) – Armenrecht I (1952); E 33, 247 (261) – Allgemeines Kriegsfolgengesetz (1972); E 50, 381 (384) – Verfassungsbeschwerde ohne schriftliche Vollmacht (1979).
- 522 Dies droht aber umso mehr, wenn man mit Basty dem BVerfG ein Wahlrecht zwischen Analogie und Verfahrensautonomie zubilligt, solange nur das materielle Verfassungsrecht bestmöglich gefördert wird, vgl. Basty, Die sachliche Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 2010, S. 94 f.
- 523 Bereits an dieser Stelle sei aber darauf hingewiesen, dass das BVerfG sich in der Fortbildung des Prozessrechts nicht darauf beschränkt, Teile anderer Verfahrensordnungen analog anzuwenden, sondern sein Verfahren auch auf selbst geschaffene informelle Instrumente stützt, vgl. noch u. S. 168 ff.

II. Teilnehmer der Normimplementation

Die nicht bestehende Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts hat zur Folge, dass es nicht alleine den Verfassungsprozess gestalten kann. Unabhängig von der Fortentwicklung (verfassungs-)prozessualer Normen durch einen weiten Auslegungsspielraum des Gerichts können auch neue Normen in das Prozessrecht eingefügt werden. Dadurch sind auch andere Organe daran beteiligt, Prozessrecht zu gestalten. Denkbar ist etwa, dass der parlamentarische Gesetzgeber solche neuen verfassungsprozessualen Regelungen implementiert. Auch können nicht positiv normierte Regelung durch ständige Übung Normativität erlangen.⁵²⁴ Letztere Variante bedingt, dass nicht lediglich der Gesetzgeber als Implementationsteilnehmer prozessualer Normsetzung auftritt, sondern alle, die an der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsfindung wenigstens mittelbar mitwirken und so einen Input in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung liefern können. Um die Auswirkungen auf Durchsetzungsregelungen des Verfassungsprozesses besser zu verstehen, lohnt sich ein Blick auf die Implementationsteilnehmer und eine Beurteilung, wie viel Einfluss die einzelnen Teilnehmer darauf haben, normativ wirkende Durchsetzungsregelungen zu etablieren. Während für positiv normierte Regelungen hierfür die Gesetzgebungsmaterialien zur Verfügung stehen, die jedenfalls in Teilen Rückschlüsse über den Einfluss verschiedener Implementationsteilnehmer zulassen, erscheint es schwieriger, ungeschriebene Regelungen nachzuvollziehen. Sofern das Gericht nicht seine Erwägungen zum Erlass durchsetzungsprozessualer Maßnahmen in seinen Entscheidungen darlegt, ist die Transparenz gerichtlicher Entscheidungen eingeschränkt.⁵²⁵

1. Positivierte Normen

Der Bundestag hat seit dem erstmaligen Erlass des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes eine Reihe von Änderungsgesetzen verabschiedet, die nicht

524 Zu diesem informellen Aspekt eines „Vollstreckungs-Soft-Laws“ Waldhoff/C. Jahn, Vollstreckung der Verfassung?, ZRP 2018, 121 (122).

525 In diesem Kontext nutzt Darnstädt den Begriff der „black box“, Darnstädt, Ver schlusssache Karlsruhe, 2018, S. 14; zur ähnlich gelagerten Problematik beim EuGH Koppensteiner, Black Box EuGH?, EuR 2022, 711, auf S. 722 ff. mit Lösungsansätzen; kritisch zum Begriff der *black box* hingegen Kranenpohl, Beratungsgeheimnis, 2010, S. 17.

ausschließlich – aber auch – die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen betreffen. Bei diesen Gesetzgebungsvorhaben nimmt das Bundesverfassungsgericht stets eine besondere Rolle im Gesetzgebungsverfahren ein. Bereits bei den ersten Änderungen des BVerfGG hat die Bundesregierung erkannt, dass strukturelle Reformen und eine Anpassung der Gerichtsorganisation nur in engem Austausch mit dem Bundesverfassungsgericht möglich seien.⁵²⁶ Dem Gericht kommt deswegen ein hohes Maß an mittelbarer Gestaltungsmöglichkeit zu, oftmals beruhen Regelungen auf dessen Vorschlägen⁵²⁷ oder setzen eine bereits etablierte Gerichtspraxis um.⁵²⁸ Der zweite Fall erweitert die Einflussmöglichkeit der Implementation verfassungsprozessualer Normen auf solche Beteiligten, die zwar am Gesetzgebungsprozess nicht mitwirken können, wohl aber durch Teilnahme am verfassungsgerichtlichen Verfahren eine mittelbare Einflussmöglichkeit auch auf den ordentlichen Gesetzgebungsprozess erhalten.⁵²⁹ Positivierte und nicht positivierte Verfahrensnormen können insofern in einer Wechselwirkungsbeziehung zueinander stehen. Indem Stellungnahmen der Gerichtsmitglieder in die Ausschussarbeit des Bundestages einbezogen werden, gewinnt das Bundesverfassungsgericht noch zusätzlichen Einfluss.⁵³⁰ Auch wenn nicht alle Anregungen des Gerichts umgesetzt werden,⁵³¹ kommt ihm bei der Implementation kodifizierter Normen dennoch eine zentrale Stellung zu. Diese Stellung ist nicht zufällig, sondern erscheint von den übrigen an der Gesetzgebung beteiligten Organen gewollt.⁵³² Sofern

526 BT-Drs. II/1662, S. 6; auch R. Zuck, Die Fünfte Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, NJW 1986, 968 (970).

527 Vgl. dazu BT-Drs. II/1662, S. 7, 10 f.; zum Annahmeverfahren des BVerfG BT-Drs. IV/1224, S. 6.

528 So etwa beim Erlass des § 27a BVerfGG (BGBl., I, 1998, S. 1823); vgl. zu dem Einfluss des Gerichts auf diese Vorschrift BT-Drs. 13/7673, S. 10.

529 Dazu sogleich sub. 2.

530 Vgl. etwa Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Fünften Änderungsgesetz zum BVerfGG vom 29.10.1985, BT-Drs. 10/4105, S. 11; dazu auch Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat, 1984, S. 49 f.

531 R. Zuck, Die Fünfte Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, NJW 1986, 968 (970 f.); in BVerfGE 123, 267 (355) – Lissabon (2009) etwa hat das BVerfG ein Verfahren zur Einhaltung der Integrationsgrenzen angeregt, was vom Gesetzgeber aber nicht aufgegriffen wurde. Dazu Wolff, De lege ferenda: Das Integrationskontrollverfahren, DÖV 2010, 49 (51 ff.).

532 Deutlich wurde dies etwa, als eine Kommission zur Reform des Verfassungsprozesses fast zur Hälfte mit Mitgliedern oder ehemaligen Mitgliedern des BVerfG oder eines LVerfG besetzt wurde und der Vorsitz dem ehemaligen Gerichtspräsidenten Benda überantwortet wurde. Zur sog. Benda-Kommission etwa R. Zuck, Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1997, 95 f.

das Bundesverfassungsgericht die Implementation positiver Regelungen als erforderlich erachtet, um die Durchsetzung seiner Entscheidung zu verbessern, kommt der parlamentarische Gesetzgeber dem jedenfalls in Grundzügen nach.⁵³³ Der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts an der Umsetzung gesetzgeberischer Implementationsbestrebungen wird hieran offenkundig. Es wäre sinnlos, dem Gericht ein Durchsetzungsinstrument an die Hand zu geben, ohne sich eng mit ihm abzustimmen und die artikulierten Bedürfnisse, die das Gericht gerade durch seine Arbeit erkennt, umzusetzen.

Gleicht man die positivierten Durchsetzungsregelungen mit den Durchsetzungsmitteln des Bundesverfassungsgerichts ab, fällt auf, dass sie sich nicht – wie man vielleicht zunächst erwarten könnte – auf die expliziten Anordnungen nach § 32 BVerfGG oder § 35 BVerfGG beschränken, sondern auch informelle Mittel der Durchsetzung beeinflussen.⁵³⁴ Die Einrichtung von Kammern bewirkt etwa die Reproduktion und Verfestigung einmal durch den jeweiligen Senat gefundener Maßstäbe,⁵³⁵ sodass die Regelungen der §§ 93a ff. BVerfGG das noch zu erörternde Durchsetzungsmittel einer selbstreferentiellen Entscheidungspraxis begünstigen.⁵³⁶ Deutlich wird daran insbesondere, dass auch solche positiven Normen, die intuitiv nicht dem Durchsetzungsrecht zugeordnet werden, eine durchsetzungsrechtliche Dimension haben. Im Umkehrschluss bedingt dies ein Erfordernis die durchsetzungsrechtlichen und -tatsächlichen Folgen einer Änderung des verfassungsgerichtlichen Prozessrechts stets mit in den Blick zu nehmen.

Eine nachgeordnete, aber nicht unerhebliche Rolle spielen auch Vertreter der Wissenschaft. So können Wissenschaftler in den Gesetzgebungsprozess im Rahmen einer Anhörung im zuständigen Ausschuss oder eine

533 Dies liegt wohl auch an dem erheblichen Vertrauen, das der Gesetzgeber in das BVerfG hat. Vgl. zur Förderung des gegenseitigen Vertrauens durch Vernetzung o. S. 106 ff.

534 Umfassend zu den unterschiedlichen Durchsetzungsinstrumenten im konkreten Verfahren s.u. S. 161 ff.

535 Dazu Mahrenholz in: *Fürst/Herzog/Umbach* (Hrsg.), FS Zeidler, 1987, Bd. 2, S. 1361 (1364).

536 Dazu noch u. S. 169; die damalige Richterin des BVerfG *Jaeger* hat festgestellt, dass die Einführung der Kammern nach §§ 93a ff. BVerfGG zum Teil das Fehlen echter Vollstreckungsorgane kompensiert und es diese Normen somit eine vollstreckungsrechtliche Dimension haben, *Jaeger*, Erfahrungen mit Entlastungsmaßnahmen, EuGRZ 2003, 149 (152); dies war vom Gesetzgeber wohl auch so intendiert, vgl. BT-Drs. 10/2951, S. 7; vgl. aber auch das Zitat o. vor Fn. 359, welches deutlich macht, wie die Kammerbesetzung dazu beitragen kann, der Senat gegenläufige Entscheidungslinien zu perpetuieren.

entsprechende Kommission aktiv eingebunden werden.⁵³⁷ Von Bedeutung sind auch wissenschaftliche Äußerungen zu bestehenden Gesetzgebungsvorhaben und verbliebenen Lücken ebendieser, anhand derer die Wissenschaft als ständigem Begleiter des Bundesverfassungsgerichts das Verfassungsprozessrecht beurteilt und einordnet.⁵³⁸ Anders als dem Bundesverfassungsgericht kommt den Vertretern der Wissenschaft allerdings keine faktische Initiativposition hinsichtlich der Einführung neuer prozessualer Regelungen zu. Außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens im engeren Sinne beschränkt sich der staatsrechtswissenschaftliche Einfluss auf positive Normen dann auf reaktive Unterstützung der Willensbildung von Fraktionen beispielsweise durch eine gutachterliche Tätigkeit.⁵³⁹ Die (Staats-)Rechtslehre ist dann zwar nicht unbeteiligt an der Fortentwicklung verfassungsprozessualer Normen, ihr Wirkbereich verlagert sich aber auf den nicht positivierten Bereich.

Auch die Länder haben über ihr Initiativrecht durch den Bundesrat hinaus Einfluss auf die Implementation verfassungsprozessualer Normen. Der Bundesgesetzgeber bezieht nämlich mitunter landesgesetzliche Regelungen in den Gesetzgebungsprozess ein und nimmt diese zum Vorbild für neu zu schaffende Normen des Verfassungsprozessrechts.⁵⁴⁰ Wohlgermerkt erhalten die Länder so keine aktive Rolle in der Gestaltung verfassungsprozessualer Regelungen, vielmehr sind sie darauf angewiesen, dass die landesrechtlichen Regelungen aufgegriffen und implementiert werden. Man kann insofern bei den Ländern nur von mittelbaren Implementationsteilnehmern sprechen.

Obwohl das Bundesverfassungsgericht am ordentlichen Gesetzgebungsverfahren formal nicht beteiligt ist, kommt ihm die zentrale Stellung in dem Normsetzungsprozess hinsichtlich positivierten Verfassungsprozessrechts zu. Der parlamentarische Gesetzgeber setzt zwar nicht alle prozes-

537 Vgl. etwa den Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages zum Entwurf über das 4. Änderungsgesetz zum BVerfGG, 26.11.1970, BT-Drs. VI/1471, S. 6.

538 Vgl. etwa R. Zuck, Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1997, 95 (96 ff.); Rupperecht, Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, NJW 1971, 169 (172 f.); Ulsamer, Regelungen zur Entlastung und Sicherung der Funktionsfähigkeit, EuGRZ 1986, 110 ff.; die wissenschaftlichen Äußerungen weisen zuweilen allerdings auch eine gewisse Nähe zum Gericht auf, so wie etwa der Festschriftbeitrag aus dem Verwaltungsunterbau des BVerfG von Wöhrmann in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS Zeidler, 1987, Bd. 2, S. 1343 ff.

539 Dies aber unter erheblichen Transparenzeinbußen, vgl. Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 182 f.

540 So etwa im Fall der Einführung einer Missbrauchsgebühr nach dem Vorbild des bayrischen Verfassungsgerichtshofs, BT-Drs. 10/2951, S. 7.

sualen Mittel um, die das Gericht als sinnvoll erachtet. Allerdings steht er in engem Austausch mit dem Gericht und vertraut darauf, dass vor allem das Bundesverfassungsgericht weiß, welche prozessualen Instrumente erforderlich sind, damit es seiner Arbeit effektiv nachkommen kann. Andere Teilnehmer an diesem Implementationsprozess nehmen eine lediglich nachgeordnete Rolle ein. Sie werden im Prozess gehört und der Gesetzgeber setzt sich mit ihnen auseinander. Ihre Bedeutung ist aber im Vergleich zu der des Bundesverfassungsgerichts gering. Bereits hieran wird deutlich, dass das Gericht nicht lediglich dadurch den Prozess gestaltet, dass es gegebene Normen weit auslegt, sondern sich auch an der Normsetzung beteiligt.

2. Nicht positivierte Normen

Das Verfassungsprozessrecht wird auch dadurch verändert, dass sich nicht positivierte prozessuale Normen etablieren. Im Gegensatz zu einer Änderung des geschriebenen Prozessrechts ist diese Form der Normimplementierung in erheblich geringerem Maße formalisiert. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht keine Verfahrensautonomie im engeren Sinne hat und es lediglich einen weiten Auslegungsspielraum ausnutzen kann, sind der Fortentwicklung des Prozessrechts hierdurch doch nur sehr weite Grenzen gesetzt. Damit geht einher, dass der Kreis an potenziellen Implementationspartnern nicht von vornherein beschränkt ist.

Wie auch bei positivierten Verfahrensregelungen nimmt das Bundesverfassungsgericht hierbei eine zentrale Stellung ein. Das Gericht ist in diesem Fall allerdings nicht aufgrund der Gesetzgebungshoheit des Bundestages auf dessen Bereitschaft angewiesen, die prozessualen Vorstellungen des Gerichts in Gesetzesform zu realisieren. Vielmehr kann es durch die Ausgestaltung der Durchsetzungsinstrumente in seiner Rechtsprechung selbstständig prozessuale Regelungen etablieren und perpetuieren. Die Fortentwicklung nicht positiver Normen verschafft dem Bundesverfassungsgericht also ein erhöhtes Maß an Normsetzungsautonomie.

Trotzdem steht es bei der Fortentwicklung seines Prozessrechts nicht unabhängig von sonstigen Beteiligten beziehungslos für sich. Weil die Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen im Wesentlichen auf freiwilliger Basis beruht, orientiert das Gericht sein Durchsetzungsrecht zwangsweise auch daran, es mit sonstigen potenziellen Beteiligten des Prozesses fortentwickeln zu können. Das Bundesverfassungsgericht kann seine

prozessualen Maßstäbe beispielsweise nur schärfen, wenn es durch ein Verfahren mit einer entsprechenden Frage befasst ist. Beantragt ein Beschwerdeführer im Verfassungsbeschwerdeverfahren etwa eine Durchsetzungsanordnung gem. § 35 BVerfGG im Nachgang zur Hauptsacheentscheidung,⁵⁴¹ kann das Bundesverfassungsgericht in diesem Rahmen die inhaltlichen Grenzen des § 35 BVerfGG näher konkretisieren und fortentwickeln oder bestehende Maßstäbe festigen.⁵⁴² Dabei unterliegt es auch der Hoheit des Gerichts, darüber zu entscheiden, welche der eingegangenen Fälle als geeignet erscheinen, die gerichtlichen Wertungen zu transportieren.⁵⁴³ Je mehr die Prozessparteien in diesem Zuge Ausführungen zu der Anwendung von Durchsetzungsmechanismen machen und je stärker das Bundesverfassungsgericht auf diese eingeht und sie begründet, desto konkreter setzt das Gericht prozessuale Normen.

Betrachtet man die Implementationsbeteiligten genauer, muss man einerseits zweifelsfrei das Bundesverfassungsgericht als Gesamtheit sehen, wenn es etwa durch seine Urteile und Beschlüsse als Organ entscheidet. Vollständig ist das Bild der Implementationsbeteiligten im Hinblick auf das Bundesverfassungsgericht allerdings nur, wenn auch die Einflüsse der einzelnen Richter des Bundesverfassungsgerichts miteinbezogen werden. Gerichtsintern bestehen nicht kodifizierte Normen über den Ablauf der Entscheidungsfindung und Beratung, die mitunter schon einen „habitualisierten Vorgang“ darstellen.⁵⁴⁴ Durch eine ständige Übung perpetuieren sich so Verfahrensmechanismen. Zwar bezieht sich diese Beobachtung *Kranenpohls* zunächst lediglich auf das Erkenntnisverfahren. Dass im Durchsetzungsprozess vergleichbare Muster bestehen, ist allerdings nicht fernliegend.⁵⁴⁵

Auch den Fachgerichten, die sich mit verfassungsgerichtlichen Entscheidungen auseinandersetzen oder diese antizipieren, kommt eine eigenstän-

541 So etwa im Rahmen von BVerfGE 154, 17 – PSPP (2020), durch den Prozessvertreter *Dietrich Murswiek*, vgl. *Murswiek*, Antrag auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung, 7.8.2020 (abrufbar unter: <http://www.dietrich-murswiek.de/files/Antrag-auf-Vollstreckungsanordnung-2020-08-07-oU.pdf> Stand: 30.3.2025).

542 Auf den Antrag auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung im PSPP-Verfahren vgl. BVerfGE 158, 89 – PSPP-VollstreckungsAO (2021).

543 *Luetjohann*, Nicht-normative Wirkungen des Bundesverfassungsgerichts, 1991, S. 16 ff.

544 *Kranenpohl*, Beratungsgeheimnis, 2010, S. 441 ff.

545 Zu diesem Aspekt eines Vollstreckungs-Soft-Laws vgl. o. Fn. 524. Zur konkreten Ausgestaltung im Einzelnen vgl. noch u. § 5.

dige Rolle im Normsetzungsprozess des Gerichts zu.⁵⁴⁶ Durch die Antizipation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen perpetuieren sie nämlich die Wertungen des Bundesverfassungsgerichts und liefern gleichzeitig eine Möglichkeit der Korrektur.⁵⁴⁷ Wendet sich etwa ein belasteter Prozessbeteiligter im Wege der Verfassungsbeschwerde gegen das fachgerichtliche Urteil, kriegt das Bundesverfassungsgericht die Gelegenheit, seine grundrechtlichen Wertungen zu bestätigen oder weiter zu konkretisieren. Indem die Fachgerichtsbarkeit sich selbst faktisch auferlegt hat, die Wertungen des Bundesverfassungsgerichts auch außerhalb der Bindungswirkung von § 31 BVerfGG in seine Rechtsprechung einzubeziehen, hat sie eine Norm im Durchsetzungsprozess verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung gesetzt. Die Akzeptanz der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen insgesamt bedingt also die nicht geschriebene Durchsetzungsnorm, verfassungsgerichtliche Wertungen bei der Auslegung einfachen Rechts zu berücksichtigen.

Diese Form der freiwilligen Befolgung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen macht ein korrigierendes Eingreifen des Gerichts allerdings nicht obsolet. So besteht längst keine absolute Folgebereitschaft aller Fachgerichte. Dies äußert sich etwa in einem variierenden Verständnis von der Reichweite der Bindungswirkung aus § 31 I BVerfGG.⁵⁴⁸ Damit das Bundesverfassungsgericht die Kontrolle über die Umsetzung seiner Entscheidungen beibehält, ist es deswegen umso wichtiger, den Dialog mit den Fachgerichten aufrechtzuerhalten. Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts bedient sich in diesem Kontext einer *trial and error*-Methode, was eine aktive Beobachtung der Rezeption verfassungsgerichtlicher Entscheidungen erforderlich macht.

546 Zur Antizipation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen insb. durch das BVerwG *Luetjohann*, Nicht-normative Wirkungen des Bundesverfassungsgerichts, 1991, S. 85 ff.

547 Zum Zusammenwirken von BVerfG und Verwaltungsgerichten auch der ehemalige Richter sowohl der BVerwG als auch des BVerfG *Eichberger*, Die Rechtsschutzgarantie von Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht, NVwZ-Beilage 2013, 18 (19); diese Orientierung an einem „drohenden“ Verfassungsprozess ist bereits in der juristischen Ausbildung verankert. Während im Zivilrecht und im Strafrecht einer höherinstanzlichen Überprüfung lediglich eine randständige Bedeutung zukommt, wird in den ersten Semestern im öffentlichen Recht regelmäßig die Perspektive der Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Auslegung und Kassation einer Norm oder Normauslegung gelenkt. So wird bereits früh eine grundsätzliche Folgebereitschaft in der Rechtsauslegung verankert.

548 Dazu von *Ungern-Sternberg*, Normative Wirkungen von Präjudizien, AöR 138 (2013), 1 (20 f.).

Um ungeschriebene Normen zu setzen, ist das Bundesverfassungsgericht demnach oft auf das Zusammenspiel mit anderen Implementationsteilnehmern angewiesen. Insbesondere die freiwillige Befolgung seiner Entscheidungen lebt von dem Zusammenwirken mit den Fachgerichten. Gleichwohl kann die Setzung durchsetzungsprozessualer Normen auch allein aus dem Gericht heraus kommen. Entweder perpetuiert es bestehende Maßstäbe und Mechanismen durch seine Entscheidungen oder im deliberativen Prozess der einzelnen Richter. Der konkreten Ausgestaltung dieser Methodik widmet sich die Untersuchung eingehend an späterer Stelle.⁵⁴⁹

3. Das BVerfG als abhängiger Herr des Durchsetzungsverfahrens

Auch wenn bei der Implementation prozessualer Normen eine Mehrzahl möglicher Beteiligter mitwirken, übt das Bundesverfassungsgericht in herausgehobener Position Einfluss auf die Fortentwicklung aus. Wegen der letztverbindlichen Auslegungshoheit geschriebener Normen und deren Fortentwicklung, die ungeschriebene Normen letztendlich festsetzt, ist die Bezeichnung als Herr des Verfahrens gerechtfertigt.⁵⁵⁰ Diese Eigenschaft geht aber noch weiter, als lediglich die Auslegungshoheit über bestehende prozessuale Normen zu definieren. Das Bundesverfassungsgericht hat auch einen erheblichen Einfluss auf das Gesetzgebungsverfahren geschriebener Normen, etwa wenn es Bedürfnisse für die effektivere Aufgabenwahrnehmung an den Gesetzgeber kommuniziert und dieser hierauf eingeht.

Gleichwohl bewirkt die Pluralität an Implementationsteilnehmern, dass die Bezeichnung als Herr des Verfahrens einer Einschränkung bedarf. Das Gericht kann nur dort Normen fortentwickeln, wo es mit einem passenden Sachverhalt befasst wird. Auch ist es für die Veränderung des positiven Verfahrensrechts darauf angewiesen, dass der Gesetzgeber tätig wird und es mit seiner argumentativen Überzeugungskraft auf ihn einwirken kann. Deswegen ist es ein von anderen Implementationsteilnehmern abhängiger Herr des Verfahrens. Diese Abhängigkeit bedingt als Voraussetzung einer erfolgreichen Implementation von Durchsetzungsnormen ein vertrauensvolles Zusammenarbeiten der verschiedenen Implementationsteilnehmenden. Dazu zählt etwa der Austausch zwischen Bundesverfassungsgericht und anderen am Gesetzgebungsprozess beteiligten Verfassungsorganen oder die deutli-

549 Vgl. dazu u. Kap. § 5.

550 Vgl. zu dieser Bezeichnung auch o. Fn. 495.

che Kommunikation prozessualer Auslegungsmöglichkeiten an andere Prozessbeteiligte, damit diese hierauf reagieren können.⁵⁵¹ Die Fortentwicklung des Durchsetzungsrechts unterliegt somit einem Kooperationserfordernis des Gerichts mit den übrigen Implementationsteilnehmern und wird nicht autark durch das Bundesverfassungsgericht bestimmt.

Dies setzt sich auch darin fort, inwiefern prozessuale Normen verändert werden können, wenn sie sich einmal etabliert haben. Auf anderen Prozessrechtsordnungen entspringende Grundsätze Bezug zu nehmen, gewährleistet keine kontinuierlich gleiche Behandlung rechtlicher Fragen. Damit das Bundesverfassungsgericht verfahrensrechtliche Grundsätze entwickeln kann, ist es also relevant, wie es die Kontinuität seines Prozessrechts gewährleistet und wann es dieses fortentwickelt. Es ist nämlich denkbar, dass das Gericht nicht nur von anderen Implementationsteilnehmern abhängig ist, sondern auch von den eigens gesetzten prozessualen Maßstäben. Die Abhängigkeitsfrage hängt deswegen auch mit der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zusammen.

Obwohl § 31 BVerfGG alle Verfassungsorgane des Bundes und alle Gerichte – somit zumindest dem Wortlaut nach also auch des Bundesverfassungsgerichts selbst – an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bindet, kann aus der Vorschrift keine Selbstbindung in prozessualen Fragen hergeleitet werden. Ungeachtet der Frage, inwiefern eine Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts überhaupt durch § 31 BVerfGG möglich sein soll,⁵⁵² erstreckt sich ihr Regelungsgehalt jedenfalls nur auf materiell-rechtliche Fragen zur Auslegung des Grundgesetzes.⁵⁵³ Auch wenn verfahrensrechtlichen Normen ein eigener materieller Gehalt zukommt, erhebt sie dies noch nicht zu grundgesetzlichen Regelungen, deren verbind-

551 Zur Kooperationspflicht aufgrund des Grundsatzes der Verfassungsorgantreue grundlegend *Schenke*, Die Verfassungsorgantreue, 1977, S. 26 ff.; *Erichsen*, Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Hochschulpolitik, NVwZ 1990, 8 (16).

552 Dazu etwa *H. Bethge* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 31 Rn. 118 ff.; von *Ungern-Sternberg* in: *Walter/Grünwald* (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 18. Ed., 1.12.2024, § 31, Rn. 41 m.w.N. aus der Rspr.; *Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 286 (296 f.); eine Selbstbindung befürwortend *Lechner/R. Zuck*, BVerfGG, 8. Auflage 2019, § 31, Rn. 29.

553 *Hoffmann-Riem*, Beharrung oder Innovation, Der Staat 13 (1974), 335 (337); auch *Detterbeck*, der grundsätzlich eine Erstreckung auf prozessuale Normen annimmt erkennt an, dass dies nur gelten dürfe, wenn sich die prozessualen Regeln unmittelbar aus dem GG ergeben, vgl. *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkung im Öffentlichen Recht, 1995, S. 363 f.

liche Auslegung § 31 BVerfGG abzusichern bezweckt.⁵⁵⁴ Dennoch ist es gerechtfertigt, ein gewisses Maß an Kontinuität der eigenen prozessrechtlichen Rechtsprechung auch vom Bundesverfassungsgericht zu verlangen. Die freie richterliche Entscheidungsfindung steht in einem Spannungsverhältnis zum akzeptanzfördernden Element der Absehbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Seine Entscheidungen zu verfahrensrechtlichen Problematiken erlangen demnach keine Gesetzeskraft. Dennoch stellen sie Richterrecht dar, das aufgrund seiner Überprüf- und Revidierbarkeit eine sanftere Alternative der Selbstbindung ist.⁵⁵⁵ Richterrecht und Dogmatik stehen in keinem Alternativverhältnis zueinander, sondern es ist Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, innerhalb des Richterrechts eine Dogmatik zu etablieren und so Grenzüberschreitungen in den Bereich der Politik entgegenzuwirken.⁵⁵⁶ Um Einzelfallgerechtigkeit herzustellen haben Höchstgerichte wie das Bundesverfassungsgericht zwar einerseits das Bedürfnis, von gefestigten prozessualen Grundsätzen abzuweichen.⁵⁵⁷ Andererseits sind sie aber auch an den Gleichheitssatz gebunden, sodass sie zwar grundsätzlich nicht von einer gefestigten Rechtsprechungslinie abweichen dürfen, dies aber bei ausreichender Begründung und einer gewissen Vorhersehbarkeit können.⁵⁵⁸ Insofern entfaltet verfassungsgerichtliche Rechtsprechung für das Bundesverfassungsgericht selbst lediglich eine präsuntive Verbindlichkeit, die Abweichungsmöglichkeiten des Gerichts offen lässt.⁵⁵⁹ Eine Änderung wird dadurch berechenbar, dass das Gericht seine gefestigte Rechtsprechung nicht auf Zweckmäßigkeitgesichtspunkte stützen darf, sondern die Änderung anhand der hergebrachten rechtswissenschaftlichen Methodik begründen muss.⁵⁶⁰ Neue verfassungsprozessuale Grundsätze kann das Gericht deswegen nicht ohne weiteres entwickeln, in-

554 Zum Zweck des § 31 BVerfGG von Ungern-Sternberg in: Walter/Grünewald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 18. Ed., 1.12.2024, § 31 Rn. 1.

555 Hoffmann-Riem, Beharrung oder Innovation, Der Staat 13 (1974), 335 (362).

556 Vgl. Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik II, JZ 1988, 62 (74); P. Huber, Die Politik muss dem Recht angepasst werden, FAZ vom 16.12.2021, S. 8; ders., Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, JZ 2022, 1 (4 f.).

557 Vgl. etwa mit Nachweisen aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund von Zumutbarkeitserwägungen Warmke, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, 1993, S. 44 ff. u. 64 ff.

558 Beaucamp, Rechtssicherheit als Wert, DÖV 2017, 699 (705); es reicht aus, wenn die Rechtsprechungsänderung in Bezug auf den konkreten Fall hinreichend begründet ist, Brocker, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, NJW 2012, 2996 (2997).

559 Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 59 f.

560 Beaucamp, Rechtssicherheit als Wert, DÖV 2017, 699 (704).

dem es sich einzelfallabhängig an den übrigen Prozessordnungen bedient. Es muss darauf achten, seine prozessualen Entscheidungen in ein in sich kohärentes System einzugliedern. Das so entstandene Verfahrensrecht ist zwar nicht abschließend determiniert und kann angepasst werden. Eine Veränderung einmal getroffener Verfahrensgrundsätze ist aber stets begründungsbedürftig. Das Bundesverfassungsgericht ist also ebenfalls nur so weit „Herr des Verfahrens“, wie es sich nicht zu sich selbst in einen Widerspruch setzt oder einen solchen zumindest gut begründen kann.

III. Zwischenergebnis

Das Bundeversfassungsgericht genießt keine uneingeschränkte Verfahrensautonomie, sondern lediglich einen weiten Spielraum bei der Auslegung prozessualer Regeln. Dieser ist auch nicht verfassungsgerichtlicher Beliebigkeit oder Zweckmäßigkeitgesichtspunkten anheimgestellt. Das Gericht muss durch seine prozessrechtliche Rechtsprechung eine gewisse Dogmatik schaffen, um den Verfassungsprozess für die Beteiligten absehbar zu gestalten, sodass seine legitimationsstiftende Funktion gewahrt bleibt. Eine Änderung dieser rechtsprechungsgetragenen Dogmatik ist zwar möglich, setzt aber eine sorgfältige Abwägung und Begründung voraus, die sich auf die Grundsätze juristischer Methodik stützen müssen, damit sie Art. 3 I GG hinreichend Rechnung trägt. Das gilt insbesondere auch für das Vollstreckungsprozessrecht, durch das die besondere Bedeutung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen für Politik und Gesellschaft mitunter erst effektuert werden kann. Sein Durchsetzungsrecht kann das Bundesverfassungsgericht somit zwar ausgestalten. Auch darf – und muss – es auf sich wandelnde und intensivierende Problemlagen verfassungsgerichtlicher Entscheidungseffektuiierung reagieren. Der Rahmen methodisch nachvollziehbarer Dogmatik und deren Fortentwicklung begrenzen das Gericht hier allerdings. Im Kontext der Prozessrechtsentwicklung kommt dem Bundesverfassungsgericht die Aufgabe zu, Gesetzmäßigkeiten aufzustellen, um die Befolgung seiner Entscheidungen abzusichern, ohne sich selbst neue Kompetenzen zuzuweisen. Die Ausgestaltung des Prozessrechts erfolgt weder durch den Gesetzgeber noch das Bundesverfassungsgericht alleine, sondern im Zuge eines multipolaren Zusammenwirkens. Das Gericht nimmt dabei die zentrale Stellung ein.

C. Die verfahrensabhängigen Durchsetzungsregelungen des Bundesverfassungsgerichts

In diese vorangegangenen Erwägungen fügt sich nunmehr das Verfassungsvollstreckungsrecht ein. Indem die Funktionen des Prozessrechts und die Ausgestaltung ebendessen eingeordnet wurden, lassen sich Rückschlüsse darüber ziehen, wie ein verfassungsgerichtliches Durchsetzungsrecht auszugestalten ist, um den Funktionen des Prozesses gerecht zu werden. Dabei wird die tatsächliche Komplexität der Durchsetzungsnormen deutlich. Zwar ist das gesetzlich vorgesehene Vollstreckungsverfahren im Vergleich zur fachgerichtlichen Entscheidungsdurchsetzung außerordentlich dünn normiert. Die Vollstreckungsvorschrift des § 35 BVerfGG regelt die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in konkreten Verfahren aber nicht allein. Sie wird ergänzt durch verschiedene normierte und nicht normierte Durchsetzungsregelungen. Im folgenden Abschnitt rücken die verfassungsprozessualen Durchsetzungsinstrumente im konkreten Verfahren in den Mittelpunkt. Während die Anwendung der Vollstreckungsregelungen durch das Gericht in einem späteren Kapitel behandelt wird,⁵⁶¹ befasst der folgende Abschnitt sich mit der grundlegenden Systematik der Durchsetzungsinstrumente und deren zulässigem Inhalt. Weil das Gericht, mehr noch als andere Gerichte, auf die Akzeptanz seiner Entscheidungen angewiesen ist, um diese effektuieren zu können, genügt es nicht allein, auf das geschriebene Recht des BVerfGG abzustellen. Zur Akzeptanzsicherung tragen nämlich neben formalen Normdurchsetzungsregimen auch informelle Instrumente der Entscheidungsdurchsetzung bei.⁵⁶² Der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Wertungen liegt ein komplexes Verfahren zu Grunde.

I. § 31 BVerfGG als Ausgangspunkt der Durchsetzung

Zentrale Voraussetzungen dafür, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung befolgt wird, sind die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, § 31 I BVerfGG, sowie deren Gesetzeskraft gemäß § 31 II BVerfGG. Zwar ist die konkrete Reichweite der Bindungswirkung aus

561 Vgl. u. § 5.

562 Zum Zusammenwirken formaler und informaler Normdurchsetzung *Schuppert* in: *Collin* (Hrsg.), *Justice without the State within the State*, 2016, S. 13 (18).

§ 31 I BVerfGG umstritten.⁵⁶³ Blickt man aber aus der Perspektive auf diese Frage, dass das Bundesverfassungsgericht Hüter der Verfassung sein soll und dem gesellschaftlichen wie politischen Prozess einen Rahmen geben muss, spricht viel dafür, mit dem Bundesverfassungsgericht die tragenden Gründe seiner Entscheidung der Bindungswirkung zu unterwerfen.⁵⁶⁴ Denn allein die Aussage über eine Verfassungswidrigkeit oder -konformität eines hoheitlichen Verhaltens vermag noch nicht den verfassungsrechtlichen Rahmen zu liefern, der den Rezipienten verfassungsgerichtlicher Entscheidungen als Orientierung für weiteres verfassungskonformes Handeln dient. Um die Bedeutungsgehalte grundgesetzlicher Normen im Lichte der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ganz nachvollziehen zu können, müssen die Gründe studiert werden, sie bilden mit dem Tenor also eine einheitliche Rechtserkenntnisquelle. Die Bindungswirkung umfasst jedenfalls „alle Verbindlichkeitsformen, die den Gesetzeszweck der allseitigen Anerkennung der Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen zu erreichen geeignet sind“.⁵⁶⁵ Das bedeutet, dass § 31 I BVerfGG darauf abzielt, durch die Bindungswirkung eine effektive Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu ermöglichen und so den Vorrang der Verfassung zu sichern.⁵⁶⁶ Weil der Tenor für sich betrachtet keine ausreichenden Aussagen über die verfassungsgerichtlichen Vorgaben gibt, um diese anzuerkennen und beachten zu können, kann sich die Bindungswirkung nicht alleine auf den Tenor erstrecken. Damit sind sowohl der Tenor als auch die tragenden Gründe Gegenstand der auf § 31 I BVerfGG beruhenden

563 Einen Überblick über die vertretenen Auffassung liefert *Wischermann*, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1979, S. 41 ff.; für eine weite Auslegung in Gestalt der Erstreckung der Bindungswirkung auf die tragenden Gründe der Entscheidung etwa BVerfGE 1, 14 (37) – Südweststaat (1951); E 19, 377 (391 f.) – „Berliner Sache“ (1966); E 112, 268 (278) – Kinderbetreuungskosten (2005); BVerfG NVwZ 2020, 1744 (1745) st.Rspr.; zurückhaltender jedoch in BVerfG NVwZ-RR 2021, 737 (738), wo die Bindungswirkung die tragenden Gründe nur als Auslegungshilfe des Tenors heranzuziehen scheint; *Lechner/R. Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2019, § 31 Rn. 31 f.; *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkung im Öffentlichen Recht, 1995, S. 357 ff.; zur Kritik etwa *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Auflage 2021, Rn. 485 ff.; umfassend gegen eine Bindungswirkung der tragenden Gründe auch *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 411 ff.

564 Mit der Rolle als Hüter der Verfassung argumentiert auch *H. Bethge* in: *Coelln et al.* (Hrsg.), Konsistenz und Dogmatik des Rechts, 2024, S. 531 (537 f.).

565 Grundlegend *Sachs*, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977, S. 74.

566 *Heusch* in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 31 Rn. 13.

Befolgungspflicht und in der Konsequenz der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.

Durch die Erweiterung der subjektiven Rechtskraft bezweckt § 31 I BVerfGG, dass jeder Hoheitsträger – und nicht nur die Verfahrensbeteiligten – sich an die letztverbindliche Grundgesetzauslegung durch das Bundesverfassungsgericht hält.⁵⁶⁷ § 31 I BVerfGG untermauert die besondere autoritative Kraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.⁵⁶⁸ Ähnlich soll § 31 II BVerfGG bewirken, dass verfassungsgerichtliche Feststellungen über die Gültigkeit eines Gesetzes Allgemeinverbindlichkeit erlangen, ohne dass die Entscheidungen selbst die Qualität eines Gesetzes haben müssten.⁵⁶⁹ Die Regelung dient insofern der selbstvollziehenden Durchsetzung der Nichtigkeitsfeststellung verfassungswidriger Gesetze.⁵⁷⁰ Die Regelungen des § 31 BVerfGG stellen ihrem Wortlaut nach ausschließlich Sollensvorgaben dar, ohne jedoch Konsequenzen an die Nichtbefolgung zu knüpfen. Es ist Hoheitsträgern möglich, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts tatsächlich nicht zu befolgen, auch wenn sie rechtlich an diese gebunden sind.⁵⁷¹ § 31 BVerfGG ist zwar der an die übrigen Hoheitsträger gerichtete Befolgungsbefehl verfassungsgerichtlicher Rechtssetzung. Damit dient er als Ausgangspunkt, als Grundnorm des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsinstrumentariums. Er muss aber durch weitere Durchsetzungsmecha-

567 H. Bethge in: Heinrich (Hrsg.), FS Musielak, 2004, S. 77 (97 f.); dazu auch Heun in: Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil II, 2006, S. 173 (182).

568 Klatt, Autoritative und diskursive Instrumente des Bundesverfassungsgerichts, JöR 68 (2020), 63 (65).

569 Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977, S. 297 f.; H. Bethge in: Heinrich (Hrsg.), FS Musielak, 2004, S. 77 (101); Austermann, Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2011, 267 (269); die Geltung einer gesetzlichen Regel werde durch § 31 II BVerfGG zwar beseitigt, allerdings nicht im Sinne einer lex posterior-Regel, Grabenwarter in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 391 (409).

570 H. Schneider, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, NJW 1994, 2590 (2592); Gaier, Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, JuS 2011, 961 (964).

571 Ein vielbeachtetes Beispiel ist das des Falles „Stadthalle Wetzlar“, bei dem sich die Stadtverwaltung der Stadt Wetzlar trotz verfassungsgerichtlicher Entscheidung geweigert hat, die Stadthalle der NPD zwecks einer Versammlung zu überlassen, vgl. BVerfG NVwZ 2018, 819; zur Singularität des Falles Hecker, Verweigerung der Stadthallennutzung gegenüber der NPD, NVwZ 2018, 787 (789 f.); Horst Meier mahnt dennoch an, dass eine derartig offensive Missachtung des BVerfG besorgniserregend sei und diskutiert, ob sich hierdurch bereits „Risse im deutschen Rechtsstaat“ offenbaren, Meier, Politische Einheit im Dissens, 2022, S. 384.

nismen und Instrumente ergänzt werden, damit die Norm auch Geltung entfalten kann. Obwohl eine freiwillige Befolgung seiner Entscheidungen für die Autorität des Bundesverfassungsgerichts am förderlichsten ist, muss es entsprechend auch mithilfe rechtlicher Mittel „offenen Konfrontation[en]“ begegnen können.⁵⁷² Insofern ist fraglich, wie das Gericht die Bindungswirkung des § 31 BVerfGG effektiv absichert. Es wird sich zeigen, dass das Bundesverfassungsgericht sich hierfür sowohl informeller Mittel als auch – zumindest ihrer Rechtsgrundlage nach – positiver Maßnahmen bedient.

II. Gemeinsame Grenzen der Durchsetzungsinstrumente

Eine angesichts der besonderen Tragweite verfassungsgerichtlicher Streitigkeiten „adäquate Vollstreckungskompetenz“ zu fordern, mit der das Gericht seine Vollstreckung primär zweckmäßig ausrichtet und notfalls Zuständigkeiten übergeht, hätte eine nahezu grenzenlose Vollstreckungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts zur Folge.⁵⁷³ Um eine solche Häufung hoheitlicher Befugnisse in einem Organ zu verhindern, bestehen materielle Grenzen der verfassungsprozessualen Durchsetzungsinstrumente. Das Durchsetzungsverfahren darf nur solche Entscheidungen produzieren, die mit dem materiell-zulässigen Inhalt der Durchsetzungskompetenz übereinstimmen. Der zulässige Inhalt einer Durchsetzungsmaßnahme und damit das Ergebnis des Durchsetzungsverfahrens ermöglicht nämlich, Rückschlüsse auf das Verfahren selbst zu ziehen. Entsprechend der unterschiedlichen Durchsetzungsinstrumente und -intensitäten variieren auch Inhalt und Grenzen der Durchsetzungsmaßnahmen. Sowohl der positiv betrachteten Frage nach dem zulässigen Inhalt als auch negativ nach den Grenzen der Durchsetzungsmaßnahmen gehen die folgenden Ausführungen nach.

Gemeinsame Grenze aller Durchsetzungsinstrumente ist – dem Grundsatz *impossibilia nulla est obligatio* entsprechend – die rechtliche sowie tatsächliche Unmöglichkeit ihrer Befolgung.⁵⁷⁴ Ob das Gericht sich tatsächlich immer an dieser Vorgabe orientiert, ist angesichts der folgenden Interviewaussage jedenfalls fragwürdig:

572 Als solche sei laut *Rüdiger Zuck* die fehlende Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen regelmäßig zu bewerten, *R. Zuck*, Die Bindungswirkung von Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2018, 619 (621).

573 Dies fordert aber *Bockslaff*, Vollstreckung von bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen, 1987, S. 46.

574 *Lücke*, Die stattgebende Entscheidung, JZ 1983, 380 (381 f.).

„Im Senat tauchte nach einer komplizierten Beratung die Frage auf, wie denn bei Verfassungswidrigkeit des Gesetzes eine verfassungsmäßige Lösung aus der Hand des Gesetzgebers aussehen könne. Da wurde vom Berichterstatter des Verfahrens schulterzuckend gesagt, dass er sie auch nicht sähe, aber das sei eben Sache des Gesetzgebers. Und das war für mich ein Punkt, wo ich fand, das geht so nicht.“⁵⁷⁵

Bei einem Gesetzgebungsauftrag in Folge einer Unvereinbarkeits- oder Nichtigkeitserklärung soll sich das Bundesverfassungsgericht nach dieser offensichtlich nicht einheitlich vertretenen Auffassung auch im Rahmen seines Rechtsfolgenmanagements darüber Gedanken machen, inwiefern die Entscheidungsrezipienten die gerichtlichen Vorgaben tatsächlich befolgen können. Geschieht das nicht, entsteht die Gefahr, Frustrationserscheinungen bei Rezipienten zu evozieren und somit sich selbst zu delegitimieren. Hierbei genügt schon eine empfundene Unmöglichkeit der verfassungskonformen Neuregelung.

„Der Gesetzgeber fragt das Gericht ja auch manchmal, was er tun soll. Nicht in dem Sinne, dass er übereifrig ist, sondern um rechtsstaatlich hundertprozentig sicher zu gehen. [...] Ich glaube vier Mal haben wir das Gesetz gekippt. Das ist ja so eine Nachsitzensituation, über die man sich als Politiker in der Öffentlichkeit nicht sehr freut. Und dann hat das Ministerium gefragt, wie sie es denn nun machen sollen. Wir haben es abgelehnt, Vorgaben zu machen. Wenn wir nämlich etwas konkret sagen, werden wir vom Kontrolleur eines bereits erzeugten Gesetzes zum Akteur.“⁵⁷⁶

Das Gericht hat sich hier zwar aus Gründen der Gewaltenteilung einer Aussage über mögliche Alternativregelungen verwehrt. Der dadurch hervorgerufenen politisch diffizilen Situation für den Entscheidungsrezipienten war man sich gerichtsintern allerdings bewusst. Insgesamt ist das Verbot, etwas rechtlich und tatsächlich Unmögliches anzuordnen, kein Selbstzweck, sondern sichert die Akzeptanz für Entscheidungen ab. Dies schwingt auch in der gerichtsinternen Beratung über durchsetzungserhebliche Aspekte mit. Das Gericht muss bei seinen (durchsetzungsbezogenen) Entscheidungen nicht nur darauf achten, objektiv mögliche Verhaltensweisen zu fordern, sondern auch darauf, dass diese möglichen Verhaltensweisen für die Durchsetzungsverpflichteten subjektiv erkennbar sind. Dafür

575 Interview Nr. 5.

576 Interview Nr. 2.

ist ein gewisses Maß an politischem Gespür erforderlich. Zwar zeigt das Gericht die rechtlichen Grenzen eines Regelungszusammenhangs auf. Die tatsächliche Umsetzung muss es allerdings wenigstens mit in den Blick nehmen.

Insbesondere die Grenze der tatsächlichen Unmöglichkeit darf nicht dazu führen, dass diese Unmöglichkeit durch ein Verhalten der Umsetzungsverpflichteten nach der Hauptsacheentscheidung absichtlich herbeigeführt wird. Der Grundsatz der Organtreue verbietet den Einsatz unmittelbaren Zwangs gegenüber anderen Verfassungsorganen und begrenzt die Durchsetzung seitens des Gerichts darauf, mittelbaren Druck auszuüben.⁵⁷⁷ Auf der gleichen Grundlage muss aber auch von den zur Durchsetzung Verpflichteten erwartet werden können, dass diese die Durchsetzung nicht behindern, indem sie die Möglichkeit zur Umsetzung verstreichen lassen.⁵⁷⁸ Andersherum wirken sich Durchsetzungsmaßnahmen auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Hoheitsträger aus. Nehmen sie die Folgen einer Entscheidung in den Blick, handelt es sich nur um eine Möglichkeit der Folgenbewältigung. Bei Übergangsregelungen etwa gestaltet das Bundesverfassungsgericht zwar den Zeitraum nach Unvereinbarerklärung eines Gesetzes, nimmt aber nicht für sich in Anspruch, die einzig mögliche Ausgestaltung der Rechtsordnung zu präsentieren.⁵⁷⁹ Anhand der Durchsetzungsinstrumente muss das Gericht deswegen revidierbare Entscheidungen produzieren, damit andere Hoheitsträger mit eigenen Entscheidungsspielräumen diese später noch ausschöpfen können.⁵⁸⁰ Das Bundesverfassungsgericht darf also durch Regulationsanordnungen keine dauerhaft perpetuierte Rechtslage schaffen. Insofern erfährt die Verbindlichkeit zwischen

577 Dazu *Laumen*, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, 1997, S. 78 f.

578 Ein zumindest temporal umgekehrter Fall hat sich jüngst ereignet, als die Generalstaatsanwaltschaft Berlin eine Person zur Auslieferung nach Ungarn an die österreichischen Behörden übergeben habe, bevor das BVerfG über einen noch nicht erhobenen Antrag entscheiden konnte, vgl. dazu BVerfG, Beschl. der 1. Kammer d. Zweiten Senats v. 28.6.2024 – 2 BvQ 49/24; der Sachverhalt wird erläutert in BVerfG, Pressemitteilung 55/2024 vom 28.6.2024. Bevor das BVerfG überhaupt die Möglichkeit einer Entscheidung hatte – der Antrag auf Erlass einer e.A. wurde erst eingereicht, als die Person sich schon nicht mehr auf deutschem Hoheitsgebiet befand – wurde die spätere Durchsetzung faktisch unmöglich gemacht. Das sich hieraus allerdings eine Art Pflicht ergibt, auf potenzielle Entscheidungen des Gerichts in noch nicht anhängigen Verfahren zu warten, lässt sich bezweifeln.

579 Zum Rechtsfolgenmanagement durch Tenorierungsvarianten noch u. S. 196 ff. u. S. 266 ff.

580 *Pawlowski*, Die Rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur, DÖV 1976, 505 (509).

feststellendem Teil der Hauptsacheentscheidung und den vollstreckungsrechtlichen Regelungen Abstufungen.⁵⁸¹

Die verschiedenen Durchsetzungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts sind nicht gleichermaßen eingriffsintensiv, weswegen der zulässige Inhalt und weitere Grenzen variieren. Zwar kann die Intensität der Beeinträchtigung nur bedingt vorgezeichnet werden, indem man sich an den verschiedenen Arten von Durchsetzungsmaßnahmen orientiert. So kommt § 35 BVerfGG aufgrund der auf ihn gestützten „überschießenden Rechtsfolgenanordnungen“ etwa eine große prinzipielle Tragweite bei der Durchsetzung von Normenkontrollentscheidungen zu,⁵⁸² weswegen seine Anwendung in dem Falle lediglich die ultima ratio darstellen darf.⁵⁸³ Wenn das Gericht hingegen die vorübergehende Außervollzugsetzung sonstiger hoheitlicher Entscheidung auf § 35 BVerfGG stützt,⁵⁸⁴ ist die Beeinträchtigungsintensität im Vergleich dazu regelmäßig gering. Auch müssen informelle Instrumente des Gerichts nicht zwingend von nur geringer Eingriffsintensität sein, sondern können einen erheblichen Druck auf deren Adressaten ausüben.⁵⁸⁵ Daraus folgt, dass bei der Entscheidung, wie die Durchsetzungsinstrumente zu nutzen und zu gewichten sind, eine einzelfallabhängige Abwägung stattfinden muss. Mit wachsender Bedeutung des geschützten Rechtsguts steigt hier die zulässige Intensität der Durchsetzungsmaßnahmen.⁵⁸⁶

Dennoch ist eine grundsätzliche Differenzierung zwischen den verschiedenen Durchsetzungsmöglichkeiten hilfreich, um einen Ausgangspunkt für die Einzelfallprüfung zu erlangen. Dabei ist zwischen den informellen Maßnahmen einerseits und der expliziten Anordnung eines bestimmten Verhaltens aufgrund formeller Durchsetzungsinstrumente andererseits zu unterscheiden. Dazwischen finden sich die unterschiedlichen Tenorierungsvarianten, die weder eindeutig den informellen Instrumenten noch den formellen Maßnahmen zugeordnet werden können.

Die Auffassungen der Interviewpartner, ob diese Abwägung in einem eigenständigen Verfahrensabschnitt stattfindet, sind unterschiedlich. Wäh-

581 Ebd.

582 Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 238.

583 Laumen, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, 1997, S. 124 f.; zur richterlichen Selbstbeschränkung in dem Kontext s.u. S. 199 ff.

584 Etwa in BVerfGE 1, 14 (65 f.) – Südweststaat (1951); E 8, 42 (43, 46 f.) – Volksbefragung Hessen e.A. (1958); E 74, 7 – Neue Heimat e.A. (1986).

585 Zum Beispiel der obiter dicta Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 248 ff.

586 So etwa Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation, 1998, S. 126.

rend weitestgehend übereinstimmend verneint wurde, sich regelmäßig explizit mit der Vollstreckungsnorm aus § 35 BVerfGG befasst zu haben, gehen die Äußerungen zur sonstigen Ausgestaltung eines konkreten Durchsetzungsberatungsverfahrens auseinander. Hinsichtlich der Intensität der Entscheidungsfolgen etwa sagte ein Interviewpartner:

„Das Gericht macht sich stets Gedanken darüber, welche Folgen sich daraus ergeben, dass die geprüfte Norm nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Das ist Gegenstand eines eigenen Krisenmanagements. Und das ist auch ein eigener Entscheidungskomplex im Ablauf der Senatsberatung.“⁵⁸⁷

Diese Äußerung lässt zunächst vermuten, dass sich ein strukturiertes Verfahren an die Entscheidungsfindung in der Sache anschließt. Dem widerspricht allerdings die folgende Aussage eines anderen Interviewpartners:

„Ich erinnere mich nicht, dass wir systematisch im Senat über Regeln für die Durchsetzung der Entscheidungen gesprochen hätten. Wir haben diese Frage in einzelnen Fällen thematisiert, ohne auf spezifische Regeln abzustellen.“⁵⁸⁸

Diese differierenden Auffassungen sind nicht lediglich exemplarisch für eine Unschärfe in der Sache hinsichtlich der Grenzen der Durchsetzungsinstrumente, sondern insgesamt auch für Unschärfen, die auftreten können, wenn die Ausgestaltung der Durchsetzung bestimmt werden soll. Das Durchsetzungsrecht ist damit immer auch vom Vorverständnis der jeweiligen amtierenden Richter sowie den Dynamiken innerhalb der Senate abhängig. Die geringe Normdichte bindet das Durchsetzungsverfahren nicht von vornherein an eine bestimmte Schematik oder Dogmatik.

III. Informelle Instrumente

Dies zeigt sich deutlich bei der Entscheidungsdurchsetzung durch informelle Instrumente. Informelle Instrumente des Verfassungsprozessrechts sind zwar eine essenziell wichtige Komponente der Effektivierung verfas-

587 Interview Nr. 11.

588 Interview Nr. 6.

sungsgerichtlicher Entscheidungen.⁵⁸⁹ Ihren zulässigen Inhalt zu bestimmen, ist allerdings gerade aufgrund ihrer Informalität nicht immer trennscharf möglich. Weil sie nämlich nicht durch gesetzliche Regelungen umrissen sind, kann man informelle Instrumente in ihrer Beeinträchtigungsintensität nicht pauschalisieren. Vielmehr bringen sie eine große Bandbreite an denkbaren Maßnahmen mit sich, die jeweils für sich betrachtet gewichtet werden müssen. So stellt sich anfangs bereits die Frage, ob ein informelles Durchsetzungsinstrument für irgendeine Form von Rechtsgütern überhaupt Beeinträchtigungscharakter erlangt. Rechtlich betrachtet entfalten sie nämlich regelmäßig eine höchstens geringe Zwangswirkung. Faktisch tragen sie hingegen zur Autoritätssicherung des Gerichts maßgeblich bei.

1. Diffuser Anwendungsbereich aufgrund der Informalität

Die vielseitige Ausgestaltung informeller Instrumente erschwert es, den Anwendungsbereich genau zu definieren. Dies wird anhand folgender Schlaglichter deutlich. Berücksichtigen etwa die Fachgerichte die Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nicht, so liegt zunächst eine Verletzung einfachen Rechts – nämlich des § 31 I BVerfGG – vor, die mittels der Verfassungsbeschwerde nicht rügefähig ist.⁵⁹⁰ Die Verbindlichkeit vorangegangener Auslegungen seitens des Bundesverfassungsgerichts entsteht vielmehr dadurch, dass es sich nicht explizit auf die Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG beruft, sondern einmal herausgearbeitete Maßstäbe der Auslegung grundgesetzlicher Normen zur Beurteilung neuer Sachverhalte heranzieht. So verschafft das Gericht der eigenen Auslegung in der Rechtsordnung „dauerhafte Verbindlichkeit“.⁵⁹¹ Diese „Selbstreferentialität

589 *Waldhoff* merkt zutreffend an, dass zwangsweise Rechtsverwirklichung eine breite Grundakzeptanz der Rechtsordnung nicht ersetzen kann, *Waldhoff*, Staat und Zwang, 2008, S. 15.

590 *Hensel*, Bindungswirkung und Verfahren, Der Staat 50 (2011), 581 (593); eine faktische Erhebung der Bindungswirkung auf die Ebene des Verfassungsrechts, indem die Nichtbeachtung der Bindungswirkung als Verstoß gegen Art. 20 III GG und damit verbunden eine Verletzung von Art. 2 I GG gewertet wird – wie vom BVerfG in BVerfG NJW 2006, 672 (674) vorgenommen, würde allerdings die Abgrenzung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit leerlaufen lassen und überzeugt insofern nicht.

591 *Klatt*, Autoritative und diskursive Instrumente des Bundesverfassungsgerichts, JöR 68 (2020), 63 (80); *Hensel* belegt auch anhand der Rechtsprechung des BVerfG, wie das Gericht so eine explizite Bezugnahme auf § 31 I BVerfGG umgeht, *Hensel*, Bindungswirkung und Verfahren, Der Staat 50 (2011), 581 (593 f.); zur Rolle der

der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungspraxis“ ist ein maßgeblicher Faktor seiner Autorität innerhalb der Rechtsordnung.⁵⁹² Das Gericht nimmt dabei allerdings nicht nur Bezug auf die vorgefundene verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, sondern wirkt auch steuernd darauf ein, um sich Referenzpunkte aus der Rechtsprechung selbst zu schaffen:

„Ich habe als Berichterstatter zunächst für mich festgestellt, diese Rechtsprechungslinie müsse hinterfragt werden. Dafür habe ich die Zustimmung der Kammermitglieder gefunden. Anfang der 2000er-Jahre hat die Kammer in der Folge mehrere Entscheidungen dazu getroffen. Inhaltlich entsprach ihr Inhalt auch der Auffassung aller Senatsmitglieder. Um das zu verdeutlichen, wurde eine weitere Entscheidung in diesem Sinne vom Senat getroffen und in ihr wurden die vorher ergangenen Kammerentscheidungen ausdrücklich in Bezug genommen.“⁵⁹³

Die selbstreferentielle Entscheidungspraxis bindet das Gericht damit zwar. Es schränkt das Gericht aber nicht ein, weil es die Referenzpunkte selbst planvoll setzen kann. Die Selbstreferentialität liefert eine vermeintlich kohärente verfassungsgerichtliche Rechtsprechung,⁵⁹⁴ und steigert so die Absehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen. Das fördert die Akzeptanz der Entscheidungen, ohne dass eine selbstreferentielle Entscheidungspraxis ein formalisiertes Instrument des Gerichts darstellen würde.

Eine bessere Prognostizierbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen trägt zwar dazu bei, dass diese auch im Nachgang der Entscheidungsverkündung den in ihren Erwartungen enttäuschten Prozessbeteiligten besser vermittelt werden können. Dennoch dürfen die an das Bundesverfassungsgericht gestellten Erwartungen, sich an seinen bisherigen Entscheidungen zu orientieren, nicht dazu führen, dass die Verfassungsinterpretation zu Normativsätzen mit „auf Dauer angelegte[r] Verbindlichkeit“ erstarken.⁵⁹⁵ Vielmehr stabilisiert die Selbstreferentialität die Entscheidungs-

Wissenschaft bei dieser Kanonisierung der Rechtsprechung, *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2. Auflage 2022, S. 473 (487).

592 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 448.

593 Interview Nr. 6.

594 *Kingreen* mahnt allerdings eine zum Teil fehlende „Zitierehrlichkeit“ des BVerfG an, wenn die Verweisketten, die eine Aussage bestärken sollen, diese nicht vollumfänglich stützen, *Kingreen*, Woher weißt Du das?, 2024, S. 130 ff.

595 *Klatt*, Autoritative und diskursive Instrumente des Bundesverfassungsgerichts, JöR 68 (2020), 63 (80).

erwartungen, garantiert sie aber nicht.⁵⁹⁶ Das korrespondiert auch damit, dass das Gericht selbstständig die Referenzpunkte seiner Entscheidungen bestimmen kann.

Der Diskurs mit der Öffentlichkeit zeigt sich auch mit der zunehmenden Öffentlichkeitsarbeit des Bundesverfassungsgerichts.⁵⁹⁷ Die Pressestelle des Bundesverfassungsgerichts wurde 1996 auch aufgrund der erheblichen Kritik an jüngeren Entscheidungen eingerichtet.⁵⁹⁸ Seitdem hat das Bundesverfassungsgericht unterschiedliche Formen der Öffentlichkeitsarbeit für sich getestet. Hierbei wird die unterschiedliche Beeinträchtigungsintensität informeller Instrumente offenbar. Bei Presseinformationen allgemeiner Natur und niedrigschwelliger Öffentlichkeitsarbeit kann man kaum von einer beeinträchtigenden Wirkung ausgehen. Genauer zu betrachten sind hingegen die informellen Instrumente, die sich auf ein konkretes Verfahren auswirken oder daran anknüpfen. So wird der Kontakt zur Presse nicht mehr nur zur Kommunikation allgemeiner Informationen gesucht, sondern um die Entscheidungen des Gerichts der Öffentlichkeit zu erklä-

596 Lepsius in: *Jestaedt et al.* (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 3. Auflage 2019, S. 159 (175).

597 Ein Indikator hierfür ist etwa die steigende Höhe der Ausgaben für die Öffentlichkeitsarbeit des Gerichts. Während diese Mittel für das Jahr 1998 noch nicht einmal eigenständige Posten in der Haushalts- und Vermögensrechnung des Bundes hatten, kam dem Posten „Sächliche Verwaltungsausgaben – Öffentlichkeitsarbeit“ im Jahr 2000 ein Betrag von 2476,72 DM bei veranschlagten 14.000 DM zu, vgl. BMF (Hrsg.), *Haushaltsrechnung und Vermögensrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2000*, S. 1198. Fünf Jahre später hat der Betrag sich bereits auf 6239,72€ erhöht, sich also (bei einem Wechselkurs zwischen DM und Euro von 1,98) nahezu verfünffacht, vgl. BMF (Hrsg.), *Haushaltsrechnung und Vermögensrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2005*, S. 1177, 2010 stiegen die Ausgaben immerhin noch auf 7832,98€, ebenfalls war ein eigener Posten für Messen und Ausstellungen vorgesehen vgl. BMF (Hrsg.), *Haushaltsrechnung und Vermögensrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2010*, S. 1307. Bemerkenswert ist der explosionsartige Anstieg der Ausgaben für Öffentlichkeitsarbeit bis 2015, wo der Posten über 195.000€ betrug, vgl. BMF (Hrsg.), *Haushaltsrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2015*, Bd. 2. S. 1511. Weitere fünf Jahre später sanken die Ausgaben zwar auf 115.000€ ab, vgl. BMF (Hrsg.), *Haushaltsrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2020*, Bd. 2. S. 1635. Die Entwicklung seit den späten 1990er Jahren bleibt dennoch bemerkenswert.

598 Diese Zusammenhang stellt das Gericht selbst her, vgl. https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Zeitstrahl/zeitstrahl_node.html (Stand: 3.2.2024); Plett, Nachruf auf Jutta Limbach (1934 – 2016), *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 36 (2016), 314 (317 f.); zur Beurteilung des Öffentlichkeitsarbeit durch die Interviewpartner vgl. noch u. S. 319 ff.; zur Veränderung der Pressearbeit in dem Zuge *Huff, Information*, NJW 2001, 2951 ff.

ren.⁵⁹⁹ Interessant ist dabei, dass das Bundesverfassungsgericht sich nicht lediglich auf Instrumente verlässt, deren Steuerung es selbst in der Hand hat wie beispielsweise die eigenen Pressemitteilungen oder Kanäle in den sozialen Netzwerken.⁶⁰⁰ Das Gericht verlässt sich auf seine durch die Justizpressekonferenz institutionalisierte Beziehung zur Presse. Hier erfolgt eine Aufbereitung der Entscheidungsgehalte für die breite Bevölkerung. Neben dieser institutionalisierten Beziehung bestehen noch weitere dauerhafte Einzelkontakte zwischen Richtern und bestimmten Journalisten. Dies äußert sich etwa in der folgenden Aussage eines Interviewpartners:

„Dieser Kreis [Anm. d. Verf.: der Journalisten], der sich in Karlsruhe gebildet hat, der war schon sehr wichtig. Die Kontakte da sind sehr gut. Nicht zu jedem Journalisten. Ich habe zum Beispiel nur den Kontakt zu zwei Journalisten gehabt. Und ich weiß, dass andere Richter das auch gehabt haben, dann eher zu anderen Journalisten. [...] Aber keiner von diesen Journalisten hat sich beeinflussen lassen. Da hat man diskutiert. Da trifft man sich zum Mittagessen und dann wird geredet.“⁶⁰¹

Es findet also in informellem Rahmen eine Kommunikation der Entscheidungsgehalte statt. Die damit zusammenhängende erläuternde Berichterstattung über Gerichtsverfahren macht diese in einer Art und Weise zugänglich, dass die Bevölkerung gerichtliche Erwägungen nachvollziehen kann.⁶⁰² Von der so gestärkten Transparenz könnte auch die breitere Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen profitieren.

599 *Voßkuhle*, Rechtsstaat und Demokratie, NJW 2018, 3154 (3158); *R. Schmidt*, Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts?, JZ 2022, 853 (858); kritisch insbesondere zum Umgang nicht der Justizpressekonferenz angehöriger Journalisten *Heldt/Klatt*, Die Privilegierung der Justizpressekonferenz durch das Bundesverfassungsgericht, NVwZ 2021, 684.

600 Zum kurzweiligen Auftritt des BVerfG bei *Instagram* vgl. *Schnetter*, Das Bundesverfassungsgericht als Influencer?, DÖV 2022, 251.

601 Interview Nr. 10.

602 *Deppe*, Richter sollten nicht nur durch Urteile sprechen, ZRP 2021, 100; dabei kann die Berichterstattung einerseits durch Vertreter der Presse erfolgen, andererseits können aber auch Richter des Bundesverfassungsgericht in Presseäußerungen die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung näher erläutern, so etwa *P. Huber*, Wir haben Applaus von der falschen Seite bekommen, Süddeutsche Zeitung online, 12.5.2020, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/ezb-urteil-bundesverfassungsgericht-anleihenkaeufer-peter-michael-huber-1.4905311?reduced=true> (Stand: 21. Januar 2022); das Bedürfnis nach einem Ausbau der Kommunikation mit der Öffentlichkeit zeigt sich auch mit der Veröffentlichung eines erweiterten Jahresberichts des BVerfG, in dem auch bedeutsame Entscheidungen seitens des Gerichts aufgearbeitet werden, vgl. dazu o. Fn. 397.

Zwar bleibt es dabei die Aufgabe der gerichtsexternen Journalisten, eine Entscheidung aufzugreifen und in die breite Öffentlichkeit zu kommunizieren.⁶⁰³ Das Gericht hat allerdings die Möglichkeit – und nutzt diese auch – die Presseaufmerksamkeit auf bestimmte Entscheidungen und Themenfelder zu richten.⁶⁰⁴ Dies setzt das Bundesverfassungsgericht der Kritik aus, es verfolge durch ein *agenda setting* seiner Entscheidungskommunikation eine diskurspolitische Agenda.⁶⁰⁵ Was also scheinbar der Transparenz des Gerichts und somit der Akzeptanzsteigerung dienen soll, schlägt schnell in den Vorwurf der institutionsfremden Politikgestaltung um. Hierdurch droht die akzeptanzsteigernde Wirkung informeller Instrumente ins Gegenteil verkehrt zu werden. Es wird deutlich, dass informelle Mittel durchaus das Potenzial haben, tiefgreifend in das gewaltenteilige Institutionengefüge des Grundgesetzes einzugreifen.

Zum Zweck der Akzeptanzförderung bedient sich das Gericht weiterer Mittel, die nicht nur autoritativen, sondern auch diskursiven Charakter aufweisen. Indem das Gericht in der Begründung seiner Entscheidungen deutlich macht, dass es auf verfassungsrechtliche Argumente eingeht und sich mit diesen auseinandersetzt, werden autoritative Elemente in seinen Entscheidungen abgedeckt, um so die Akzeptanz der unterlegenen Beteiligten zu fördern.⁶⁰⁶ Dafür weiß das Gericht etwa, seine Entscheidungen nach einem bestimmten Muster aufzubauen. In verschiedenen Interviews ist das Muster der „Ja, aber“-Rechtsprechung zur Sprache gekommen, die Interviewpartner haben die Bedeutung stark betont. Dabei legt sich das Gericht zwar auf eine Rechtsposition fest, schränkt diese aber ein, um so zu verhindern, dass es Maximalpositionen folgt. Ein Interviewpartner bewertet diese Rechtsprechungsmethodik wie folgt:

„Ich glaube, dass es die Integrationskraft der Entscheidungen, aber auch des Bundesverfassungsgerichts insgesamt eher fördert, wenn beiden Seiten das Gefühl vermittelt wird, dass sie mit ihrem Anliegen ernsthaft

603 Rath in: Ooyen/M. Möllers (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 403 (406); vgl. dazu noch u. S. 319 ff.

604 So etwa durch eine zunehmende Fokussierung der Pressemitteilung auf die als zentral eingeschätzten Entscheidungen, Rehder/Gröning in: Gawron/Lembcke/Ooyen (Hrsg.), Reform des Bundesverfassungsgerichts?, 2021, S. 153 (155 f.).

605 Rath wirft den Mitgliedern des Gerichts eine wenigstens billigende Inkaufnahme der Diskursmacht vor, Rath in: Ooyen/M. Möllers (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 403 (412).

606 Klatt, Autoritative und diskursive Instrumente des Bundesverfassungsgerichts, JöR 68 (2020), 63 (81 ff.).

gehört worden sind. Wir sind ja viel für unsere ‚Ja, aber‘-Rechtsprechung kritisiert worden, m. E. zu Unrecht, weil das ‚Ja, aber‘ genau diesen Mittelweg beschreibt, den eine gute Verfassungsgerichtsbarkeit gehen sollte, um die Gesellschaft, das Allgemeinwesen zu stabilisieren und zu integrieren und nicht zu polarisieren.“⁶⁰⁷

Die „Ja, aber“-Methodik ermöglicht es dem Gericht auch, geschlossen als Einheit aufzutreten und so die Autorität seiner Entscheidung zu unterstreichen. Denn indem hierdurch Maximalpositionen vermieden werden, versucht das Gericht intern, auch abweichende Meinungen zu verhindern und Einstimmigkeit zu bewirken. Dies zielt auf eine höhere Folgebereitschaft für einstimmige Entscheidungen ab. Aus den Interviews lässt sich eine im Gericht vertretene Einschätzung ableiten, dass Entscheidungen, die mit Gegenstimmen ergangen sind, auch nach außen hin das Ansehen des Gerichts beeinträchtigen. Im Umkehrschluss werden einstimmige Entscheidungen von Mitgliedern des Gerichts als weniger gefährdet betrachtet, von Rezipienten umgangen zu werden. Das führt dazu, dass bei Entscheidungen, bei denen die Richter, die im Kernbereich übereinstimmen, das Gericht eher zur Einstimmigkeit neigt, um der Entscheidung eine längerfristige Geltung zu verschaffen. Deutlich werden die Beweggründe an folgendem Zitat:

„Der politische Entscheidungsträger denkt sich: ‚Da wir eh nur drei Richter in den nächsten Jahren neu besetzen können, werden wir die Entscheidung nicht korrigieren können‘. Das erfolgt auch in der irrtümlichen Annahme, gewählte Richter würden im Sinne der vorschlagenden politischen Richtung entscheiden. Und diese Einschätzung spielt dann auch eine Rolle im Senat.“⁶⁰⁸

Informelle Instrumente des Bundesverfassungsgerichts können somit zwar auf den Einzelfall bezogen sein, etwa wenn ein Richter des Bundesverfassungsgerichts oder das Gericht insgesamt eine Entscheidung gegenüber der Presse erläutert. Oft dienen sie, der Einzelfallentscheidung übergeordnet, aber auch dem Zweck, eine generelle, abstrakte Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zu fördern und so die Wahrscheinlichkeit der freiwilligen Befolgung zu erhöhen.

Allerdings sollen informelle Instrumente die Akzeptanzgrundlage des Gerichts nicht in jedem Fall nur fördern, sondern können auch auf der

607 Interview Nr. 7.

608 Interview Nr. 10.

bestehenden Autorität aufbauen. Als etwa der damalige Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts *Ferdinand Kirchhof* in einem informellen Schreiben dem Regierungspräsidenten des Lahn-Dill-Kreises nahegelegt hat, seitens der Kommunalaufsicht die zukünftige Umsetzung der Gerichtsentscheidungen sicherzustellen,⁶⁰⁹ hat dies zweifelsfrei auf dem Selbstverständnis aufgebaut, dass Gerichte im Allgemeinen und das Bundesverfassungsgericht im Besonderen über eine Autorität verfügen, die die Befolgung von Entscheidungen als zwingend voraussetzt. Derartige Handlungen sind nicht lediglich eine Minusmaßnahme zur Anwendung formeller Vollstreckungsmaßnahmen, sondern bauen einen Befolgungsdruck auf die beteiligten Organe auf. So erlangen die Maßnahmen auch eigenständigen Beeinträchtigungscharakter, was eine Untersuchung der zulässigen inhaltlichen Reichweite erforderlich macht.

Es wird dabei insgesamt deutlich, dass sich informelle Instrumente der Entscheidungsdurchsetzung einem bestimmten Verfahrensabschnitt nicht eindeutig zuordnen lassen. Durch ihren Einsatz kann das Gericht eine bereits bestehende Rechtsauffassung etablieren und festigen, gleichzeitig aber auch die Akzeptanz für die konkrete Entscheidung durch eine diskursive Auseinandersetzung mit dem Beschwerdevorbringen fördern. Durch Pressemitteilungen bezweckt das Gericht, die Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen zu fördern, in Einzelfällen aber nutzt es Pressemitteilungen oder informelle Schreiben an Beteiligte jedoch auch, um einer Handlungsaufforderung zur Befolgung der Entscheidung Nachdruck zu verleihen. Insgesamt nutzt das Gericht informelle Instrumente, um die freiwillige Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sicherzustellen. Wegen ihrer wenig eingriffsintensiven Gestalt erwecken sie auf den ersten Blick nicht den Anschein eines Durchsetzungsmittels. Aufgrund ihrer Bedeutung für die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen müssen sie bei der Untersuchung des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens dennoch Einzug in den Instrumentenkanon des Bundesverfassungsgerichts finden.

609 Vgl. BVerfG, Pressemitteilung Nr. 26/2018 vom 20. April 2018; vgl. auch das Beispiel in Fn. 106.

2. Inhaltliche Ausgestaltung informeller Instrumente

Eine positive Feststellung des zulässigen Inhaltes informeller Handlungen ist kaum möglich. Zwar gibt es – wie soeben aufgezeigt – typische Handlungsformen, derer sich das Gericht regelmäßig bedient. Es liegt aber in der Natur der Informalität, dass diese nicht abschließend aufgezählt werden können. Die erörterten Maßnahmen weisen die Gemeinsamkeit auf, dass ihnen ein vergleichsweise – wenn auch nicht absolut betrachtet – geringer Beeinträchtigungscharakter zukommt, etwa weil die Auswirkungen auf Adressaten der Maßnahmen keine Zwangswirkung beinhalten oder das Gericht auf die Kooperation Dritter, wie beispielsweise der Presse, angewiesen ist. Informelle Durchsetzungsmaßnahmen werden also oft erst dann wirksam, wenn die Öffentlichkeit auf das verfassungswidrig handelnde Organ einwirkt.⁶¹⁰ Dies setzt voraus, dass der Inhalt der Durchsetzungsmaßnahme hinreichend rezeptionsfähig ist, das Gericht muss also seine Handlungserwartungen für die Adressaten deutlich machen.

Für das informelle Handeln ist es gerade wegen seines nicht abschließenden Charakters allerdings wichtiger, die inhaltlichen Grenzen aufzuzeigen. Entsprechend der regelmäßig geringen Beeinträchtigungsintensität sind diese relativ niedrig. Angesichts der umfassend formulierten Vollstreckungskompetenz des § 35 BVerfGG seien dessen Grenzen etwa entsprechend weit zu ziehen.⁶¹¹ Das Gericht dürfe zur Vollstreckung seiner Entscheidungen lediglich „kein unnötiges Mittel“ verwenden, es dürfe nicht willkürlich handeln und es habe „ein gebotenes Maß an Selbstbescheidung zu beachten.“⁶¹² Gelten diese Grenzen bereits für die eingriffsintensivere Durchsetzungsvariante einer Anordnung nach § 35 BVerfGG, so müssen sie sich erst recht auf weniger eingriffsintensive informelle Durchsetzungsinstrumente beziehen. Die Grenzen einer Anordnung nach § 35 BVerfGG sind deswegen gleichzeitig die äußersten Grenzen verfassungsgerichtlicher Durchsetzungsmaßnahmen insgesamt.

Während das Verbot eines „unnötigen Mittels“ sich positiv formuliert als Erfordernis einer geeigneten und erforderlichen Maßnahme verstehen lässt und auch das Willkürverbot hinreichend bestimmt ist, fragt sich, was für das Bundesverfassungsgericht ein „gebotenes Maß an Selbstbescheidung“

610 Vgl. dazu auch *Laumen*, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, 1997, S. 85.

611 *Bockslaff*, Vollstreckung von bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen, 1987, S. 46.

612 Ebd.

darstellt. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als politisch neutrales Verfassungsorgan liefert hierfür einen Anhaltspunkt. Anders als politische Entscheidungsträger darf das Bundesverfassungsgericht nicht zweck- sondern *normgebunden* handeln.⁶¹³ Damit einhergehend werden die methodischen Möglichkeiten der Entscheidungsfindung begrenzt und bedingen im Grundsatz einen verengten Inhalt der verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsmaßnahmen. Denn von Zweckmäßigkeitserwägungen geleitete Entscheidungsfindungsprozesse bringen ein breiteres Spektrum an möglichen Ergebnissen mit sich als die Anwendung vorgegebener Normativsätze.⁶¹⁴ Das Durchsetzungsrecht darf also nicht zur Entscheidungsumsetzung um jeden Preis führen. Es zielt nämlich nicht lediglich darauf ab, den verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgehalt zu effektuieren, sondern umfasst auch das Vollstreckungsschutzrecht, weil die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen eine *rechtmäßige* Durchsetzung meint. Gleichwohl bestehen, auch wenn sich das Gericht an normativen Vorgaben orientiert, mitunter mehrere Möglichkeiten einer rechtskonformen Durchsetzung. Die Ausgestaltung der Durchsetzung kann in diesem Fall zusätzlich von Zweckmäßigkeitserwägungen gelenkt sein. Im Rahmen einer Prognoseentscheidung bezieht das Gericht dafür die Folgen für solche Rechtsgüter mit ein, die in der Hauptsacheentscheidung unberücksichtigt gelassen werden müssen.⁶¹⁵ Lässt sich das Gericht hierbei nicht lediglich von rechtlichen Erwägungen leiten, sondern trifft eine Entscheidung anhand von Gemeinwohlerwägungen, liefert dies eine Einbruchsstelle für das Politische im Durchsetzungsrecht des Bundesverfassungsgerichts.⁶¹⁶

So hat das Gericht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, Zweckmäßigkeitserwägungen anzustellen. Daraus lässt sich aber nicht ohne weiteres auf deren generelle Zulässigkeit im Durchsetzungsverfahren schließen. Das

613 Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 199 f.; s. auch o. Fn. 486; hieran ändert auch die Einordnung der Normkassation als „negative Gesetzgebung“ nichts, weil sie anders als die positive Setzung kodifizierten Rechts durch die Legislative nicht aufgrund politischer Erwägungen, sondern wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht erfolgt. Dies verkennt Vollmeyer, Zweckprüfung und Zwecksetzung, DÖV 2009, 55 (57 f.).

614 Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 200 f.

615 Für Regelungen aufgrund von § 35 BVerfGG M. Graßhof, Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen. 2003, S. 161 f.

616 P. Kirchhof in: Trzaskalik (Hrsg.), Der Rechtsschutz in Steuersachen, 1995, S. 17 (37); mit Verweis auf die Doppelfunktion auch als Verfassungsorgan Lepsius, Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes, Der Staat 60 (2021), 609 (617).

„gebotene Maß an Selbstbescheidung“ nimmt also auch die Frage in den Blick, in welchem Umfang das Gericht sich von Zweckmäßigkeitserwägungen leiten lassen darf. Wird das Gericht losgelöst von einem formalisierten Verfahren tätig, erschwert dies die Kontrolle seines Handelns. Das ist auch bei der Entscheidung über die Zulässigkeit von an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientierten informellen Maßnahmen zu beachten. Auch wenn Zweckmäßigkeitserwägungen nicht gänzlich ausgeschlossen sind, wenn das Gericht Durchsetzungsmaßnahmen vornimmt, darf es diese lediglich restriktiv einbeziehen. Es handelt sich nicht um eine generelle Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts zu politischen Handlungen. Der legitime Zweck ist hier stets, verfassungsgerichtliche Entscheidungen insgesamt durchzusetzen, nicht aber ein bestimmtes Verfahren zu bevorzugen und hier besonders auf die effektive Durchsetzung hinzuwirken. Das Vertrauen in die Rechtsordnung als Ziel des Durchsetzungsrechts wird eher beschädigt als gefördert, wenn der Eindruck entsteht, das Gericht bediene sich informeller Instrumente um ausgewählte Entscheidungen bevorzugt zu realisieren.

Auch jenseits von Zweckmäßigkeitserwägungen werden Grenzen des Inhalts einer Durchsetzungsmaßnahme deutlich, wenn man andere betroffene Rechtsgüter in den Blick nimmt. Stehen etwa Verfassungsprinzipien oder Grundrechte der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen entgegen, so ist diese rechtlich unmöglich.⁶¹⁷ Ob das allerdings der Fall ist, kann nur durch einen Vergleich des Durchsetzungsinteresses mit den widerstreitenden Interessen festgestellt werden. Eine rechtmäßige Entscheidungsdurchsetzung erfordert somit eine normative Bewertung der betroffenen Rechtsgüter im Rahmen einer Abwägung. Der Abwägungsvorgang liefert Antworten sowohl auf die Frage des „Ob“ als auch des „Wie“ der Durchsetzung. Die Grenze der Durchsetzung mit informellen Instrumenten ist deswegen neben dem Willkürverbot der rechtstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Neben diesen externen Grenzen besteht auch ein interner limitierender Faktor bei der Anwendung informeller Instrumente. Einigen Interviews ist nämlich zu entnehmen, dass die Anwendung informeller Instrumente einer Kontrolle durch die übrigen Mitglieder des Gerichts unterliegt. Diese erfolgt nicht in einem systematischen Verfahren, sondern durch eine soziale Kontrolle, indem sich die Richter zumindest in tatsächlicher Hinsicht vor ihren Kollegen verantworten müssen. Deswegen haben Interviewpartner

617 Lücke, Die stattgebende Entscheidung, JZ 1983, 380 (382).

zum Teil geäußert, auch informelles Handeln mit ihren Senatskollegen vorher abzustimmen. Dies ist allerdings ebenfalls nicht unbestrittene Praxis, ein Interviewpartner äußerte sich im Kontext der Pressearbeit wie folgt:

„Die Richter sind nicht nur institutionell unabhängig, sondern als Mitglieder eines Verfassungsorgans auch keiner Weisung unterworfen. Für ein Interview fragen Richter des Verfassungsgerichts nicht um Erlaubnis, weder den Senat noch den Präsidenten. Auch der Präsident muss sich nicht durch den Senat oder das Plenum autorisieren lassen. Aber nach einer Äußerung kann es durchaus Rückfragen und Erörterungen im Gericht geben.“⁶¹⁸

Es wird deutlich, dass selbst gerichtsintern unklar ist, welche Schritte informellen Verfahrenshandlungen vorweggehen.

Die informellen Durchsetzungsinstrumente des Bundesverfassungsgerichts sind inhaltlich begrenzt durch das Verbot extensiver Zweckmäßigkeitserwägungen und den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Gericht darf sich nicht dem Eindruck aussetzen, es würde durch seine Durchsetzungsentscheidungen Politik machen. Es muss sich insofern stets der Frage nach der Wirkweise nach außen hin stellen, wenn es den Inhalt bestimmt. Gleichsam muss es die betroffenen Rechtsgüter abwägen. Auf der einen Seite steht hier stets das Durchsetzungsinteresse und damit verbunden das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat. Auf der anderen Seite kann eine Vielzahl an durch die Durchsetzungsmaßnahme beeinträchtigter Rechtsgüter stehen. Regelmäßig wiegt diese Beeinträchtigung mangels eines Zwangscharakters der informellen Durchsetzungsinstrumente allerdings weniger schwer.

IV. Explizite Anordnungen eines konkreten Verhaltens

Ordnet das Bundesverfassungsgericht für einen Sachverhaltsbeteiligten ein konkretes Verhalten an oder wird es unmittelbar rechtsgestaltend tätig, so stellt dies im Grundsatz den schwerwiegendsten Eingriff in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Hoheitsträgers dar. In dem Fall verbleibt nämlich nur ein sehr eng begrenzter Gestaltungsrahmen für dessen weiteres Verhalten. Derartige explizite Anordnungen sind beispielsweise denkbar beim Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG oder einer

618 Interview Nr. 5.

auf § 35 BVerfGG basierenden Vollstreckungsanordnung.⁶¹⁹ Der Wortlaut sowohl des § 32 I BVerfGG als auch des § 35 BVerfGG determinieren den Inhalt der Anordnungen nur schwach, weswegen die Normen dem Gericht ein hohes Maß an Gestaltungsbefugnis einräumen.⁶²⁰ Anordnungen nach § 32 BVerfGG und § 35 BVerfGG ergehen stets im Zusammenhang mit einem Hauptsacheverfahren.⁶²¹ Weil sie dessen Entscheidungsgehalt präventiv absichern beziehungsweise im Anschluss an das Verfahren effektuieren sollen, orientiert sich der zulässige Inhalt der Anordnungen an dem Rechtsschutzziel und dem Entscheidungsausspruch in der Hauptsache.⁶²² Das bedeutet aber nicht, dass mithilfe von § 32 BVerfGG und § 35 BVerfGG nur solche Entscheidungen effektuiert werden können, die selbst ein konkretes Verhalten anordnen, reine Feststellungsentscheidungen hingegen keiner aktiven Durchsetzung seitens des Bundesverfassungsgerichts unterliegen.⁶²³ Eine solche inhaltliche Beschränkung aufgrund der Akzessorietät zur Hauptsache entspricht nämlich nicht dem weiten Vollstreckungsbegriff des Verfassungsprozessrechts.⁶²⁴ Weil durch das verfassungsgerichtliche Durchsetzungsrecht die Bindungswirkung der Entscheidungen abgesichert werden soll,⁶²⁵ ist für die Zulässigkeit und Reichweite einer expliziten Anordnung seitens des Bundesverfassungsgerichts die Verbindlichkeit seiner Erkenntnisse maßgebend. Ein Feststellungsurteil ist ebenso verbindlich wie ein Verpflichtungsausspruch oder ein gestaltendes Urteil des Bundesverfassungsgerichts, sodass auch Feststellungsurteile expliziten Anordnungen zu-

619 Zu letzteren zählen auch die verfassungsgerichtlichen Übergangsregelungen, die aufgrund ihrer thematischen Zugehörigkeit zu den Tenorierungsvarianten dort untersucht werden, vgl. u. S. 212.

620 Zu § 32 BVerfGG *Schoch* in: *Ehlers/Schoch* (Hrsg.), Rechtsschutz im öffentlichen Recht, 2021, § 21 Rn. 76; *Gläß* in: *Donath et al.* (Hrsg.), Verfassungen, 2019, S. 263 (276).

621 Gleichwohl kann bereits vor der Antragserhebung in der Hauptsache eine einstweilige Anordnung ergehen, BVerfGE 108, 34 (40) – AWACS/Türkei e.A. (2003); E 113, 113 (119 f.) – Terminierungsbeschluss Untersuchungsausschuss (2005); *Wenglarczyk*, Grundzüge des Eilrechtsschutzverfahrens vor dem BVerfG nach § 32 BVerfGG, JuS 2021, 1024 (1025 f.).

622 BVerfGE 158, 89 (115 f.) – PSPP VollstreckungsAO (2021); *K. Graßhof* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 32 Rn. 159; *Schoch* in: *Ehlers/Schoch* (Hrsg.), Rechtsschutz im öffentlichen Recht, 2021, § 21 Rn. 76.

623 Vgl. etwa *Lücke*, Die stattgebende Entscheidung, JZ 1983, 380.

624 Vgl. hierzu o. S. 22.

625 Siehe dazu bereits o. S. 161.

gänglich sind.⁶²⁶ Es wird sich zeigen, dass trotz des formellen Charakters der Anordnungen sowohl § 32 BVerfGG als auch § 35 BVerfGG einem kreativen Bundesverfassungsgericht einen erheblichen Spielraum an Durchsetzungsmöglichkeiten für seine Entscheidungen einräumt.

1. Präventive Absicherung durch § 32 BVerfGG

Droht die Durchsetzung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung unmöglich zu werden – etwa durch Zeitablauf⁶²⁷ oder indem sich eine irreversible Lage vor Beendigung des Hauptsacheverfahrens manifestiert⁶²⁸ – kann das Gericht eine Anordnung zur vorläufigen Regelung eines Zustandes erlassen.⁶²⁹ Dabei dient § 32 BVerfGG nicht dem Zweck eines vorläufigen Streitentscheids, sondern lediglich der Gewährleistung eines Zustandes, der es ermöglicht, spätere verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu effektuieren und so die endgültige verfassungsgerichtliche Erkenntnis sichert.⁶³⁰ Nur wenn das Bundesverfassungsgericht eine Rechtsentscheidung treffen kann, statt eine „faktische Lösung“ des streitgegenständlichen Sachverhalts zu riskieren, wird seine Autorität aufrechterhalten.⁶³¹

a. Mittelbare und unmittelbare Wirkungen der einstweiligen Anordnung

Die im Rahmen des § 32 BVerfGG denkbaren Regelungen haben eine erhebliche inhaltliche Reichweite. Das ermöglicht es dem Gericht, reinen Entscheidungssadressaten in Aussicht zu stellen, eine einstweilige Anordnung zu erlassen, wenn sie Entscheidungsgehalte des Gerichts künftig nicht

626 BVerfGE 147, 50 (121 f.) – Parlamentarisches Fragerecht DB (2017); anders wäre dies bei verfassungsgerichtlichen obiter dicta, die gerade keine Bindungswirkung genießen.

627 Vgl. zum Fall Wetzlar R. Zuck, Die Bindungswirkung von Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2018, 619 (620); vgl. auch Fn. 578.

628 BVerfGE 82, 306 (308 f.) – Rechtsanwaltszulassung (1990); E 94, 166 (215) – Flughafenverfahren (1996).

629 Walter in: Walter in: ders./Grünwald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 18. Ed., 1.12.2024, § 32 Rn. 1.

630 Zu diesem Unterschied zur vorläufigen Vollstreckungsanordnung im Zivilrecht, Murach, Anwendbarkeit des § 945 ZPO bei einstweiligen Anordnungen, DÖV 2000, 631 (634); N. Huber, Einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG, 1999, S. 79 f.; Fuß, Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 1959, 201.

631 Merkel, Einstweilige Anordnung, 1975, S. 78 f.

befolgen. Interessant ist in diesem Kontext die Reaktion des Gerichts auf Nichtbeachtung der Bindungswirkung aus § 31 BVerfGG. Ausgehend von Fällen, in denen der Pressesenat des OLG Hamburg sowie das LG Berlin wiederholt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Grundsatz der Waffengleichheit missachtet haben,⁶³² sah das Bundesverfassungsgericht sich nicht nur dazu veranlasst, auf die Bindungswirkung aus § 31 I BVerfGG explizit hinzuweisen. Vielmehr erklärte es auch, bei zukünftigen Verstößen ein Feststellungsinteresse hinsichtlich einer Verfassungsbeschwerde oder einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 BVerfGG als gegeben anzusehen.⁶³³ Das Gericht wendet hierbei also § 32 I BVerfGG nicht unmittelbar an, um eine konkrete Entscheidung abzusichern, sondern operationalisiert die von dem potenziellen Erlass einer einstweiligen Anordnung ausgehende Drohwirkung, um die zukünftige Befolgung einer eigenen Rechtsprechungslinie sicherzustellen. Somit muss man auch die einstweilige Anordnung – einschließlich der bloßen Möglichkeit ihrer Anwendung – als Instrument der Durchsetzung verstehen. Auch hieran erkennt man, dass die Durchsetzungsdimension des BVerfGG nicht auf § 35 BVerfGG beschränkt ist, sondern auch andere Normen des geschriebenen Verfassungsprozessrechts zumindest auch die Durchsetzung der Entscheidungen absichern.

Besonders zurückhaltend handelt das Bundesverfassungsgericht allerdings, wenn es die Wirksamkeit eines Gesetzes vorläufig außer Kraft setzt, da es hierbei in einem empfindlichen Maße in den originären Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers eingreift.⁶³⁴ So hat das Gericht beispielsweise trotz weitreichender Folgen für grundrechtliche Positionen der Bürger davon abgesehen, die im Zuge der Coronapandemie erlassenen Ausgangsbeschränkungen gem. § 28b I 1 Nr. 2 IfSG in der Fassung vom 23.4.2021⁶³⁵ vorläufig außer Kraft zu setzen, um das gesetzgeberische Regelungskonzept zu schonen.⁶³⁶ Vor diesem Hintergrund wird nachvollziehbar, warum das Bundesverfassungsgericht sich nicht in jedem denkbaren Anwendungsfall einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG bedient, obwohl dies

632 Etwa OLG Hamburg, Beschl. v. 1.10.2019 – 7 W 89/19; LG Berlin, Beschl. v. 10.11.2020 – 27 O 380/20.

633 Zum OLG Hamburg BVerfG NJW 2022, 1083 (1085 f. – Rn. 33); ebenso in dem gleichgelagerten Fall bei BVerfG ZUM-RD 2022, 333 (337 – Rn. 42); zum Konflikt mit dem LG Berlin umfassend *Kirchner*, Wiederholte Weigerung, EuGRZ 2023, 410 ff.

634 BVerfGE 157, 332 (374) – ERatG e.A. (2021); BVerfGE 157, 394 (402) – Ausgangsbeschränkungen e.A. (2021); BVerfGE 160, 164 (174 f.) – Tierarztvorbehalt e.A. (2022).

635 BGBl. 2021, I, S. 802 f.

636 BVerfGE 157, 394 (415) – Ausgangsbeschränkungen e.A. (2021)

ohne vorhergehenden Antrag möglich ist.⁶³⁷ Auch wenn die Gefahr besteht, dass die Hauptsacheentscheidung nicht mehr effektuiert werden kann, prüft das Gericht nämlich anhand einer Folgenabwägung, ob der Schaden, der entsteht, wenn eine Anordnung bei tatsächlicher Begründetheit der Hauptsache versagt wird, schwerer wiegt als der hypothetische Nachteil einer erlassenen Anordnung, obwohl die Hauptsache sich später als unbegründet herausstellt.⁶³⁸ Bei einer solchen Folgenabwägung muss auch der Schaden für das Prinzip der Gewaltenteilung bei einem zu weitreichenden Eingriff in den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers miteinbezogen werden.

Die einstweilige Anordnung schützt nicht nur davor, dass die Hauptsacheentscheidung des Bundesverfassungsgerichts mangels Vollstreckbarkeit obsolet wird, sondern dient auch seiner Rolle als Hüter der Verfassung.⁶³⁹ Ist das Gericht nämlich nicht in der Lage, eine durchsetzbare Entscheidung zu produzieren, kann es seine verfassungsmäßig zugewiesenen Aufgaben nicht effektiv wahrnehmen.⁶⁴⁰ Die Kompetenz zum Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG gibt damit auf einer übergeordneten Ebene dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, den Vorrang der Verfassung zu sichern.⁶⁴¹ Dies ist gleichzeitig der Grund, warum durch die einstweilige Anordnung selbst das Hauptsacheverfahren nicht präjudiziert und in ihr nicht über die materiellen Fragen im Hauptsacheverfahren endgültig entschieden werden darf.⁶⁴² Durch die einstweilige Anordnung erhält das Bundesverfassungsgericht sich nämlich

637 K. Graßhof in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 32 Rn. 32; Walter in: *ders./Grünwald* (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 18. Ed., 1.12.2024, § 32 Rn. 29.

638 BVerfGE 80, 74 (79) – EG-Fernsehrichtlinie e.A. (1989); dazu auch *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2020, Rn. 1406.

639 Fuß, Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 1959, 201 (201 f.).

640 Insofern spricht Norbert Huber zutreffend von einer „statuswahrenden Funktion“, N. Huber, Einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG, 1999, S. 81 f.; dahingehend auch K. Graßhof in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 32 Rn. 6.

641 Tüittenberg, Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, 1968, S. 39.

642 BVerfGE 15, 77 (78) – Spiegel e.A. (1962); E 67, 149 (151) – Wahlwerbung/WDR (1984); E 147, 39 (47) – PSPP e.A. (2017); eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn die Hauptsacheentscheidung zu spät käme und ein ausreichender Rechtsschutz nicht gewahrt wäre, vgl. etwa BVerfGE 130, 367 (369) – Stimmenauszählung Bundesversammlung (2012).

lediglich einen Rahmen aufrecht, in dem es eine effektive Endentscheidung treffen kann, ohne aber eine vorläufige Entscheidung aufgrund einer summarischen Prüfung des Falles zu erlassen.⁶⁴³

Im Unterschied zu den informellen Handlungsformen, derer sich das Bundesverfassungsgericht bedient, knüpft eine einstweilige Anordnung – wie auch die noch zu untersuchende Vollstreckungsanordnung – stets an ein konkretes Verfahren an. Informelle Instrumente können zwar auch konkrete Entscheidungen effektuieren, werden aber oftmals genutzt, um eine allgemeine Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts zu steigern und so die freiwillige Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zu stützen. Die einstweilige Anordnung begegnet hingegen dem Risiko, dass die Sachverhaltsbeteiligten durch ihr Verhalten die spätere Befolgung im konkreten Fall unmöglich machen. Deswegen ist eine einstweilige Anordnung nicht notwendig, wenn die Beteiligten sich freiwillig bereit erklären, bis zur Entscheidung des Hauptsacheverfahrens sich nicht so zu verhalten, dass die Hauptsacheentscheidung nicht mehr effektuiert werden kann.⁶⁴⁴ Auch hier ist das Gericht aber darauf bedacht, möglichst schonend gegenüber den potenziellen Anordnungsadressaten aufzutreten. Die Stillhalteusage des Bundespräsidenten in der Rechtssache *Maastricht* etwa ist laut einem Interviewpartner dadurch zustande gekommen, dass der Berichterstatter in Absprache mit dem Senat sich mit dem Bundespräsidenten über die Außenwirkung einer solchen Anordnung ausgetauscht habe. Hier lässt sich erneut die These aufgreifen, dass die Instrumente des BVerfGG zwar zur Effektuierung des konkreten Einzelfalles beitragen, bei einer Gesamtbetrachtung die effektive Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sich allerdings auf Verhaltensweisen des Gerichts stützt, die nicht explizit normiert sind. Die formellen Durchsetzungsinstrumente werden zwar verwendet, mitunter entspricht die Verwendung aber nicht der ursprünglichen gesetzgeberischen Vorstellung.

643 Mit ähnlicher Argumentation spricht sich *Eckart Klein* auch gegen eine vollumfängliche Erstreckung der Bindungswirkung auf die einstweilige Anordnung aus, *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2020, Rn. 1419.

644 So etwa in BVerfGE 89, 155 (164 f.) – *Maastricht* (1993); dazu *K. Graßhof* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 32 Rn. 75.

b. Bestimmung des Inhalts unter dem Aspekt der Gebotenheit

Dem Bundesverfassungsgericht wird bei der Ausgestaltung des Inhalts einer expliziten Anordnung nach § 32 BVerfGG ein erheblicher Rahmen zugebilligt. So folgten sie hier keiner einheitlichen Systematik, sondern seien allein von der einzelfallabhängigen Ermessensentscheidung des Bundesverfassungsgerichts abhängig.⁶⁴⁵ Das Bundesverfassungsgericht selbst sieht sich nicht an den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gebunden.⁶⁴⁶ Es kann auch über den Regelungsgehalt der Hauptsache hinausgehen, eine Beschränkung ergebe sich lediglich aus Gemeinwohlgründen.⁶⁴⁷ Dies hat zur Folge, dass rechtliche Maßstäbe bei der einstweiligen Anordnung in den Hintergrund rücken und beispielsweise bei Normkontrollentscheidungen ein gesetzgeberisches Ermessen überproportional stark berücksichtigt wird.⁶⁴⁸ So entsteht auch durch die hohe Wirkkraft bei abgelehnten Eilanträgen eine Signalwirkung für den weiteren Verlauf der öffentlichen Debatte sowie des gerichtlichen Verfahrens.⁶⁴⁹ Dadurch droht ein negatives politisches Momentum gegen die Position des Antragstellers, welches das Bundesverfassungsgericht losgelöst vom materiellen Recht erzeugt hat. Nicht nur ist dies schwer mit seiner Rolle als dem politischen Prozess lediglich einen Rahmen gebender Akteur vereinbar, vielmehr droht eine derartige Einflussnahme auf den öffentlichen Prozess sich im Falle einer Stattgabe des Antrags negativ auf die Akzeptanz der eventuell anders ausfallenden späteren Entscheidung auszuwirken. Nutzt das Bundesverfassungsgericht also diese Gelegenheit der politischen Betätigung,⁶⁵⁰ handelt es nicht nur losgelöst von seiner Rolle, sondern gefährdet auch die spätere Akzeptanz der Hauptsacheentscheidung. Diesem Umstand muss auch der Inhalt einer Anordnung des Gerichts Rechnung tragen. Das Gericht darf sich nicht dem Verdacht aussetzen, aus politischen Gründen eine bestimmte Anordnung zu erlassen. Die Ausführungen verschiedener Interviewpartner belegen ein Bewusstsein hinsichtlich der politischen Relevanz der Verfahrensgestaltung:

645 K.-A. Schwarz, Verfassungsprozessrecht, 2021, S. 403.

646 Vgl. BVerfGE 166, 304 (324) – Gebäudeenergiegesetz (2023).

647 K. Graßhof in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 32 Rn. 167; K. Schneider in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 32 Rn. 409.

648 Lepsius, Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes, Der Staat 60 (2021), 609 (613).

649 Meickmann, Evidenzkontrolle und Folgenabwägung, DÖV 2022, 137 (144 f.).

650 Vgl. dazu bereits o. Fn. 616.

„Man versucht, das Ganze in ein vollzugsfreundliches Umfeld zu setzen, denn es ist natürlich vernünftig, bestimmte Voraussetzungen miteinzubeziehen. Also kurz vor einer Wahl reagiert ein Betroffener ganz anders als nach einer Wahl. Darum haben wir uns im Senat immer bemüht, politisch relevante Dinge nicht vor der Wahl, sondern immer erst nach der Wahl zu verkünden, weil das sonst beeinflusst, aber auch weil sonst der Angesprochene unbeweglich ist.“⁶⁵¹

Auch diese Verfahrensgestaltung ist allerdings nicht Konsens innerhalb des Gerichts:

„Also das Gericht kann auch mal überlegen, ob eine Entscheidung vor oder nach der Bundestagswahl verkündet wird im Hinblick auf praktische Folgen. Sowas ist allerdings nicht die Regel. Die Regel ist, dass das Gericht die Verfassung auslegt und den Fall möglichst zügig entscheidet. Aber bei hochpolitischen Materien, wo auf der Hand liegt, dass das den politischen Prozess beeinflusst – Beispiel haushaltswirksame Entscheidungen oder wo es um das Inkrafttreten völkerrechtlicher oder europäischer Verträge geht – da überlegt der Senat auch, wann die Entscheidung verkündet wird.“⁶⁵²

Während die erste Äußerung nahelegt, dass das Gericht immer auf den politischen Rahmen der Entscheidung achtet, bejaht die zweite Äußerung dies nur für hochpolitische Entscheidungen. Insgesamt versucht das Gericht aber, der Neutralitätserwartung gerecht zu werden.

Es muss deswegen darauf achten, in seinen Entscheidungen über explizite Anordnungen im einstweiligen Rechtsschutz nicht vorwiegend tatsächlich drohende Nachteile zu berücksichtigen, sondern gleichermaßen dem Tatbestandsmerkmal der „Gebotenheit“ eigenständig Rechnung zu tragen.⁶⁵³ Aus einer Durchsetzungsperspektive kann das Gericht dieses Tatbestandsmerkmal nutzen, um den Schutz des im Hauptsacheverfahren gegenständlichen Rechtsguts besonders zu gewährleisten und so der Funktion der einstweiligen Anordnung, nämlich der Absicherung des Hauptsache-

651 Interview Nr. 2.

652 Interview Nr. 5.

653 Das Tatbestandsmerkmal der Gebotenheit findet auch in der Literatur aktuell kaum eigenständig Anwendung, sondern wird stets nur in Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen so gelesen, als dass es durch den Begriff „notwendig“ ersetzt werden kann, vgl. *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 4. Auflage 2024, § 32 Rn. 35; in Bezug auf das Gemeinwohl auch *K. Schneider* in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 32 Rn. 276 ff.

cheverfahrens, Rechnung zu tragen. Zieht es lediglich die Folgenabwägung nach der Doppelhypothese als Entscheidungsgrundlage heran, obliegt ihm die Gewichtung der in Betracht kommenden Folgen, also gerade vorwiegend tatsächlicher Gegebenheiten.⁶⁵⁴ Bei einer bestehenden Wechselwirkung zwischen der Folgenabwägung und dem Inhalt der einstweiligen Anordnung ist allerdings auch eine isolierte normative Gewichtung des Rechtsschutzziels miteinzubeziehen.⁶⁵⁵ Primär rechtliche Maßstäbe, die nicht bloß virtuelle, sondern akut in Rede stehende Rechtsbeeinträchtigungen berücksichtigen, würden sonst in diese Beurteilung nicht in hinreichendem Maße einfließen können. Es bedarf deswegen einer normativen Einordnung des Ergebnisses einer im Rahmen der Doppelhypothese vorgenommenen Folgenabwägung, um die einstweilige Anordnung wieder dem originären Funktionenbereich des Gerichts, nämlich der normativen Beurteilung von gegenwärtig streitigen Sachverhalten, zuzuführen. Diese normative Einordnung bildet die äußere Grenze der Folgenabwägung. Die Frage nach dem Erlass und dem Inhalt einer einstweiligen Anordnung darf insofern nicht nur betrachten, welche Folgen für das eine Rechtsgut entstehen, wenn eine es schützende Anordnung entgegen des späteren Hauptsacheerfolges unterbleibt und diese in Relation zu den Folgen des Erlasses einer Anordnung für gegenläufige Rechtsgüter setzen, die nach den Ergebnissen des Hauptsacheverfahrens tatsächlich weniger schwer wiegen. Vielmehr muss das Gericht positiv die normative Frage stellen, ob das durch die Anordnung geschützte Rechtsgut ohne eine Anordnung so stark beeinträchtigt wäre, dass die Verfassungsordnung absolut betrachtet diesen Eingriff nicht hinnehmen kann.⁶⁵⁶ Eine solche verstärkte rechtliche Einordnung dient als Korrektiv für die weitreichenden Möglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts, auf § 32 BVerfGG basierend Anordnungen zu treffen und muss sich auch in dem Inhalt der Anordnung widerspiegeln.⁶⁵⁷

654 Walter in: *ders./Grünewald* (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 18. Ed., 1.12.2024, § 32 Rn. 55.

655 Zu dieser Wechselwirkung K. Graßhof in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 32 Rn. 114.

656 In diese Richtung K. Graßhof in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 32 Rn. 121; N. Huber, Einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG, 1999, S. 93 ff.

657 Eine vergleichbare Situation besteht auch im Verwaltungsprozess, wenn bei Normkontrollverfahren lediglich eine doppelte Folgenabwägung durchgeführt wird, eine Hauptsacheentscheidung allerdings lange Zeit später ergeht. Dann kann kaum noch eine normative Beurteilung der Streitigkeit erfolgen und effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden, *Frammersberger*, Der Hängebeschluss, NVwZ 2022, 1866 (1867).

Die im Rahmen der Doppelhypothese angestellten Erwägungen treten damit nicht gänzlich in den Hintergrund. So können etwa bei der Ausgestaltung der konkret angeordneten Maßnahme die Ergebnisse der Doppelhypothese eingebracht werden.⁶⁵⁸ Die normative Frage der Gebotenheit ist jedoch nicht lediglich Voraussetzung für den generellen Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG, sondern bedingt auch ihre inhaltliche Ausgestaltung. Sie dient als inhaltliche Begrenzung des weiten Gestaltungsspielraums des Gerichts beim Erlass einstweiliger Anordnungen. Das Bundesverfassungsgericht darf sich deshalb in seinen Eilrechtsschutzverfahren nicht darauf beschränken eine offensichtliche Unzulässigkeit oder offensichtliche Unbegründetheit sowie hypothetische Tatsachen in seine Entscheidung einzubeziehen, sondern muss auch die bereits bekannten Tatsachen einer normativen Wertung unterziehen, ohne dass diese Tatsachengrundlage im Hauptsacheverfahren Anspruch auf Vollständigkeit erheben würde.

2. Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG

Ähnlich ist es im Rahmen einer Vollstreckungsanordnung möglich, ihrem Adressaten ein konkretes Verhalten aufzugeben. Von den Regelungen des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsrechts ist § 35 BVerfGG die einzige Norm, die explizit von einer Vollstreckung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen spricht. Bei der Anwendung des § 35 BVerfGG handelt es sich zwar um einen eigenen Verfahrensabschnitt, dieser kann aber derart in das Hauptsacheverfahren eingelassen werden, dass die zur Vollstreckung notwendigen Anordnungen grundsätzlich auch mit dem Erlass der Hauptsacheentscheidung getroffen werden.⁶⁵⁹ Für das Verhältnis zu den übrigen Instrumenten der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist neben dem zulässigen Inhalt der Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG vor allem deren Anwendungsbereich maßgeblich.

658 So etwa in BVerfGE 162, 358 (376 f.) – Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen e.A. (2022).

659 H. Zuck/Eisele, Das Recht der Verfassungsbeschwerden, 6. Auflage 2022, Rn. 893.

a. Vollstreckungsfähigkeit jeder verfassungsgerichtlichen Wertung

Dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht seinen Vollstreckungsbegriff weiter fasst als den einfachgesetzlichen Vollstreckungsbegriff und neben Leistungs- und Duldungsurteilen auch Feststellungsurteile der Vollstreckung zuführt,⁶⁶⁰ erstreckt sich der Anwendungsbereich des § 35 BVerfGG im Grundsatz zumindest auf alle Entscheidungen des Gerichts, in denen es materielle Wertungen des Verfassungsrechts vornimmt.⁶⁶¹ So ist § 35 BVerfGG grundsätzlich anwendbar, wenn die in § 31 BVerfGG statuierte Bindungswirkung einer Entscheidung sicherungsbedürftige Pflichten an Hoheitsträger festlegt. § 31 I BVerfGG gewinnt damit eine zentrale Bedeutung für die konkrete Vollstreckung, anstatt nur abstrakt die Durchsetzung der Entscheidung vorzuzeichnen.⁶⁶² Die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen setzt sich folglich in der Vollstreckung nach § 35 BVerfGG fort. An dem Verhältnis von § 31 BVerfGG und § 35 BVerfGG wird die Grundannahme verfassungsgerichtlicher Entscheidungsdurchsetzung deutlich, dass die Bindungswirkung akzeptiert und die Entscheidung freiwillig befolgt wird. Der parlamentarische Gesetzgeber gibt dem Gericht eine Vollstreckungsanordnung gem. § 35 BVerfGG lediglich als ultima ratio an die Hand. Neben das weiche Durchsetzungsrecht als Regel tritt dann die harte Vollstreckungskompetenz als begründungsbedürftige Ausnahme.

Relativiert wird dieser zunächst weit anmutende Anwendungsbereich für alle verfassungsgerichtlichen Entscheidungen durch die Regelung des § 95 II BVerfGG, wonach das Bundesverfassungsgericht bei Urteilsverfassungsbeschwerden das Verfahren zurück an das zuständige Gericht verweist, nachdem es die Verfassungswidrigkeit festgestellt hat. Zwar bedient es sich typischerweise dieser Methodik, um seine Entscheidungen bei Urteilsverfassungsbeschwerden zu effektuieren.⁶⁶³ Dies schließt eine eigen-

660 BVerfGE 6, 300 (303 ff.) – Vollstreckungsanordnung KPD (1957); grundsätzlich zur Vollstreckbarkeit von Feststellungs- und Gestaltungsurteilen *M. Graßhof*, Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen, 2003, S. 60 ff.; zum Vollstreckungsbegriff vgl. auch o. Fn. 18.

661 Nicht umfasst sind hingegen prozessuale Entscheidungen, wie etwa die Auferlegung einer Missbrauchsgebühr gem. § 34 II BVerfGG, dazu *Burkiczak* in: *ders./Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 35 Rn. 7; zu den spezialgesetzlichen Regelungen *Sauer* in: *Walter/Grünwald* (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 18. Ed., 1.12.2024, § 35 Rn. 4.

662 So aber *Laumen*, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, 1997, S. 49 f.

663 So etwa in BVerfG NJW 1987, 770; vgl. dazu *Schwander*, Die Bindung Privater an verfassungsgerichtliche Entscheidungen, DÖV 2019, 1001 (1003).

ständige Bedeutung des § 35 BVerfGG im Rahmen einer einzelfallbezogenen Entscheidung aber nicht aus, so etwa wenn verfassungsgerichtliche Entscheidungen gegenüber privaten Dritten durchgesetzt werden müssen, von denen die Befolgung nicht gleichermaßen wie von Hoheitsträgern erwartet werden kann.⁶⁶⁴ Doch auch abseits von einer Verpflichtung nicht-staatlicher Adressaten einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung kann sich das Gericht der Möglichkeit einer Anordnung gem. § 35 BVerfGG bedienen, um einzelfallbezogene Entscheidungen durchzusetzen.⁶⁶⁵ Hat das Fachgericht, an das die Entscheidung zurückzuverweisen wäre, keinen Umsetzungsspielraum mehr, kann das Bundesverfassungsgericht für sich in Anspruch nehmen, auf § 35 BVerfGG gestützt in der Sache zu entscheiden.⁶⁶⁶ Ein Kompetenzkonflikt zwischen Fachgericht und Bundesverfassungsgericht ergibt sich dann nicht. Der Widerspruch zum Wortlaut des § 95 II BVerfGG ist nämlich aufgrund einer teleologischen Reduktion zulässig, wonach eine Rückverweisung nicht erforderlich sein soll, wenn eine Auslegung von Fachrecht mangels verbleibendem Spielraum ohnehin nicht mehr in Betracht kommt.⁶⁶⁷

Neben der Entscheidung über das zur Vollstreckung berufene Organ gem. § 35 Hs. 1 BVerfGG,⁶⁶⁸ kann das Gericht mittels einer Vollstreckungsanordnung den Vollzug eines für verfassungswidrig erklärten Einzelaktes vorläufig unterbinden.⁶⁶⁹ Obgleich hierin eine Parallele zu einfachgesetzlichen einstweiligen Anordnungen im Rahmen des vorläufigen Rechtsschut-

664 Vgl. dazu etwa BVerfG NJW 2019, 1935; *Schwander*, Die Bindung Privater an verfassungsgerichtliche Entscheidungen, DÖV 2019, 1001 (1003).

665 Einen Überblick liefert *Burkiczak* in: *ders./Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 35 Rn. 10 ff.; *H. Schneider* merkt allerdings an, dass das Gericht bis zur Entscheidung Schwangerschaftsabbruch II sehr restriktiv von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, *H. Schneider*, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, NJW 1994, 2590.

666 Bemerkenswert dazu die Entscheidung BVerfG NJW 2006, 672 (672, 677), in der das BVerfG auf § 35 BVerfGG gestützt die Freilassung eine Untersuchungsgefangenen angeordnet hat.

667 *M. Jahn*, Das Bundesverfassungsgericht und die überlange Untersuchungshaft, NJW 2006, 652 (653).

668 Vgl. die Entscheidungen in Fn. 584.

669 So etwa in BVerfGE 19, 394 – Berücksichtigung Ehe bei Ausweisung (1966); E 29, 312 – Anrechnung Auslieferungshaft (1970); E 35, 382 (408) – Ausländerausweisung (1973); BVerfG NJW 1995, 3048; BVerfG, Beschl. der 1. Kammer d. 2. Senats v. 3.2.2000, 2 BvR 66/00; man erkennt, dass beide Senate gleichermaßen auf § 35 BVerfGG zurückgreifen, um die weitere Vollziehung eines grundrechtswidrigen Zustandes zu unterbinden.

zes gezogen werden mag, unterscheidet sich diese Außervollzugsetzung aufgrund von § 35 BVerfGG doch von einer Regelung im Rahmen des § 32 BVerfGG, weil das verfassungsgerichtliche Verfahren hier schon mit einer Sachentscheidung abgeschlossen worden ist.⁶⁷⁰

Diese einzelaktsbezogenen Formen der Durchsetzung erscheinen als logische Konsequenz der verfassungsgerichtlichen Hauptsacheentscheidung. Hat das Gericht eine effektuierungsbedürftige Rechtslage festgestellt und läuft der weitere Vollzug einer fachgerichtlichen Entscheidung dieser Rechtslage zuwider, so gebietet es bereits die Bindungswirkung für das entsprechende Fachgericht, der festgestellten Rechtslage Rechnung zu tragen und die verfassungsgerichtlichen Wertungen umzusetzen. Hierbei bleibt aber das Fachgericht dafür zuständig, diese Wertungen auf das einfache Recht anzuwenden, weswegen das Bundesverfassungsgericht nicht ohne weiteres den Sachverhalt letztverbindlich entscheiden kann.⁶⁷¹ Bis die fachgerichtliche Entscheidung ergangen ist, würde ohne eine Vollstreckungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts, wie etwa der Außervollzugsetzung der belastenden hoheitlichen Maßnahme, die Beschwer jedoch nicht entfallen, sodass die Grundrechte des Beschwerdeführers konträr zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung weiter belastet würden.⁶⁷² Eine Vollstreckungsanordnung zu erlassen, ermöglicht an dieser Stelle also eine hinreichend effektive Grundrechtswahrnehmung, ohne in die Kompetenz der Fachgerichtsbarkeit einzugreifen.

Weitreichender ist die Anwendung von § 35 BVerfGG allerdings in Bezug auf Normkontrollentscheidungen.⁶⁷³ Neben den Weitergeltungsanordnungen⁶⁷⁴ stehen hier insbesondere die sog. Regelungsanordnungen heraus. Bei diesen ordnet das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Nichtigkeitserklärung eines Gesetzes Regelungen an, die gelten sollen, bis der Gesetzgeber ein verfassungskonformes Gesetz erlassen hat.⁶⁷⁵ Das Bun-

670 *Burkiczak* in: *ders./Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 35 Rn. 13.

671 *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 4. Auflage 2024, § 95 Rn. 33.

672 *Laumen*, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, 1997, S. 74 ff.

673 Ausführlich noch u. S. 195 ff. und S. 266 ff.

674 Bspw. BVerfGE 98, 169 (215) – Arbeitspflicht (1998); E 102, 197 (223) – Spielbankengesetz BW (2000); § 35 BVerfGG ermöglicht in dem Rahmen eine Überwindung der aus der Bindungswirkung resultierenden Anwendungssperre für das nichtige Gesetz, *H. Bethge* in: *Heinrich* (Hrsg.), FS Musielak, 2004, S. 77 (93).

675 So etwa in BVerfGE 2, 1 (77 f.) – SRP (1952); E 39, 1 (2 f., 68) – Schwangerschaftsabbruch I (1975); E 88, 203 (209 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II (1993); E 103, 111 (113, 141 f.) – Wahlprüfung Hessen (2001).

desverfassungsgericht weicht dabei vom grundsätzlichen Aufbau der Normenhierarchie ab, indem es auf derselben Stufe wie der parlamentarische Gesetzgeber Recht setzt.⁶⁷⁶

Dieses Verständnis von § 35 BVerfGG ist deswegen so interessant, weil die Regelungsanordnung nicht die unmittelbare Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Judikate regeln, sondern vielmehr die mit der Befolgung einhergehenden Konsequenzen bewältigen soll.⁶⁷⁷ Indem die Folgen einer verfassungsgerichtlichen Normenkassation abgemildert werden, versucht das Bundesverfassungsgericht die Akzeptanz der Entscheidung zu steigern und damit zur tatsächlichen Befolgung der normativen Bindungswirkung beizutragen. § 35 BVerfGG gewinnt so eine größere Tragweite, als wie gesetzgeberisch intendiert lediglich ultima ratio der Durchsetzung einer verfassungsgerichtlichen Bindungswirkung zu sein. Durch die mit den Übergangsregelungen verbundene Akzeptanzsteigerung wird die Grundlage der Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen gefestigt.

b. Negativbestimmung des zulässigen Inhalts

Genau wie bei einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG lässt sich der Inhalt einer Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG kaum systematisch oder gar verallgemeinernd einordnen.⁶⁷⁸ Zwar knüpft das Bundesverfassungsgericht den Inhalt der Vollstreckungsanordnung positiv an den Inhalt der Sachentscheidung sowie an die gegebenen Umstände, wie etwa das Verhalten des Adressaten nach Erlass der Entscheidung.⁶⁷⁹ Der Zweck des § 35 BVerfGG, dem Gericht eine umfassende Kompetenz anheim zu stellen, seine Entscheidung zu effektuieren und ihre Rechtsfolgen abzusichern, ist allerdings sehr weit gefasst. Ebenfalls umfasst sein Wortlaut – auch im Vergleich zu § 32 BVerfGG – kaum normierte Voraussetzungen des § 35 BVerfGG, sodass nahezu keine Vorgabe für die inhaltliche Ausgestaltung einer Durchsetzungsanordnung besteht. Auch bei Betrachtung

676 Grabenwarter in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, S. 391 (410); so etwa in BVerfGE 88, 203 (209 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II (1993); E 146, 71 (72) – Tarifeinheitsgesetz (2017); E 166, 1 (92) – Kinderehe (2023).

677 Lerche in: *Heinze/Schmitt* (Hrsg.), *FS Gitter*, 1995, S. 509 (510); dazu auch *Papier*, *Rechtsfolgen von Normenkontrollen*, EuGRZ 2006, 530 (531 f.).

678 Sauer in: *Walter/Grünwald* (Hrsg.), *BeckOK BVerfGG*, 18. Ed., 1.12.2024, § 35 Rn. 10.

679 BVerfGE 68, 132 (140) – Ehegattensplitting Vollstreckungsanordnung (1984); E 158, 89 (117) – PSPP – Vollstreckungsanordnung (2021).

des historischen Pendanten von § 35 BVerfGG aus der Weimarer Republik, Art. 19 II WRV, lässt sich die inhaltliche Ausgestaltung von Durchsetzungsmaßnahmen nur errahnen. Anders als in der aktuellen Rechtsordnung war in der Weimarer Republik gem. Art. 19 II WRV der Reichspräsident mit der Vollstreckung der Urteile des Staatsgerichtshofs beauftragt. *Gerhard Anschütz* hat in seiner Kommentierung zur Weimarer Reichsverfassung allerdings festgehalten, dass durch Art. 19 II WRV dem Reichspräsidenten als Vollstreckungsorgan keine Macht- oder Zwangsbefugnisse übertragen werden, die er nicht ohnehin schon innehat, sondern er sich hierfür anderer hoheitlicher Stellen als Vollstreckungsgehilfen bedienen müsste, die über entsprechende Befugnisse verfügen.⁶⁸⁰ Auch im historischen Kontext wird der Umfang der Vollstreckungskompetenz hinsichtlich verfassungs- bzw. staatsgerichtlicher Entscheidungen primär negativ definiert. Gleiches gilt für die Vollstreckungsregelung des BVerfGG. Der erste Zugriff um den theoretisch zulässigen Inhalt einer Anordnung nach § 35 BVerfGG zu bestimmen, muss über ihre Grenzen erfolgen. Diesen Inhalt weitergehend positiv auszugestalten, obliegt der Vorstellungskraft des Gerichtes.⁶⁸¹

Begrenzt wird die Wirkmacht der Vollstreckungsanordnung primär durch das Verbot, nachträglich über sich als Folge der Entscheidung ergebende Sachverhalte zu entscheiden. Eine Vollstreckungsanordnung darf die Hauptsacheentscheidung des Gerichts nämlich nicht „ändern, modifizieren, ergänzen oder erweitern“.⁶⁸² Das Bundesverfassungsgericht ist deswegen zur materiellen Kontrolle der Umsetzung seiner Entscheidung auf eine erneute Aktivierung durch Dritte angewiesen.⁶⁸³ Diese Begrenzung gilt allerdings lediglich in dem Fall, dass die begehrte Vollstreckungsentscheidung zeitlich nach der Hauptsacheentscheidung ergehen würde. Ergeht eine Vollstreckungsanordnung zeitgleich mit der Hauptsacheentscheidung, sieht sich das Bundesverfassungsgericht durch diese nicht begrenzt.⁶⁸⁴ Die auf Grundlage des § 35 BVerfGG ergangene Vollstreckungsanordnung ist dann vielmehr Teil der Hauptsacheentscheidung. In der Folge kann die im

680 *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1933, S. 174 f.

681 Dies ist angesichts fehlender Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Durchsetzungsanordnungen nach § 35 BVerfGG durchaus problematisch, vgl. dazu *L. Schneider*, Die Durchsetzung von Normenkontrollentscheidungen, 2022, S. 145 f.

682 BVerfGE 6, 300 (304) – Vollstreckungsanordnung KPD (1957); E 68, 132 (140) – Ehegattensplitting Vollstreckungsanordnung (1984); E 142, 116 (120) – R-Besoldung Sachsen-Anhalt Vollstreckungsanordnung (2016); zur Ausgestaltung s.u. S. 312 ff.

683 Dazu *L. Schneider*, Die Durchsetzung von Normenkontrollentscheidungen, 2022, S. 183.

684 Zu Beispielen s. sogleich S. 197.

Rahmen der Hauptsacheentscheidung erlassene Vollstreckungsanordnung inhaltlich weiter reichen als die nachträgliche Vollstreckungsanordnung. Der Erlasszeitpunkt wird so zu einem wesentlichen Kriterium für den materiellen Inhalt einer Durchsetzungsanordnung nach § 35 BVerfGG. Der Grund hierfür liegt in dem Grad der Beeinträchtigung für den Hoheits-träger, gegen den die Vollstreckungsanordnung ergeht. Eine verbindliche Vorgabe zur weiteren Ausgestaltung der Rechtslage ist einer Hauptsacheent-scheidung des Bundesverfassungsgerichts inhärent, vgl. etwa § 78 BVerfGG oder § 93 BVerfGG. Dieser Grad der Beeinträchtigung wird also vom Verfassungsprozessrecht in Kauf genommen. Bei einer zeitlich nach der Hauptsacheentscheidung erlassenen Durchsetzungsanordnung würde das Bundesverfassungsgericht die Entscheidungsimpementation der Hoheits-träger von Amts wegen beurteilen. Dies läuft dem Antragsprinzip zuwider, weil so ein neuer und damit eigenständiger Hoheitsakt überprüft werden würde.⁶⁸⁵ Dafür müsste das Gericht aber in einem neuen Verfahren an-gerufen werden. Eine nachträgliche Vollstreckungsanordnung, welche die sich aus der Hauptsacheentscheidung ergebenden Pflichten konkretisiert, nachdem der verpflichtete Hoheitsträger tätig geworden ist, läuft Gefahr, den Vollstreckungsverpflichteten über das durch die Prozessrechtsordnung zugebilligte Maß hinaus zu binden. Die Begrenzung nachträglicher Vollstre-ckungsentscheidungen bewirkt somit ein gewisses Maß an richterlicher Selbstbeschränkung. Ob dies die fehlenden positiven Maßstäbe zu kompensieren vermag, ist allerdings zweifelhaft.

3. Zwischenfazit: Wechselseitiges Zusammenspiel mit informellen Instrumenten

Bei § 32 BVerfGG sowie § 35 BVerfGG handelt es sich um die formel-len Vorschriften, die das normierte Verfassungsprozessrecht vorsieht, um die Wirkkraft von § 31 BVerfGG und damit der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen insgesamt abzusichern. Der Anwendungsbereich der Vor-schriften hat dabei eine zeitliche Komponente. Während § 32 BVerfGG die effektive Durchsetzungsfähigkeit einer späteren Hauptsacheentschei-dung in den Blick nimmt, erstreckt sich die Sicherungsfunktion des

685 Dies ist etwa in der Entscheidung zur 16. AtG-Novelle geschehen, BVerfGE 155, 378 – 16. AtG-Novelle (2020), die die Entscheidung des BVerfG zur 13. AtG-Novelle, BVerfGE 143, 246 (248, 382 ff.) – 13. AtG-Novelle (2016), umsetzen sollte.

§ 35 BVerfGG auf einen Zeitraum, nachdem das Gericht schon eine Entscheidung in der Sache getroffen hat.

Bei beiden Vorschriften ist die tatsächliche Wirkweise aber nicht auf ein formelles Verfahren zum Erlass einer einstweiligen Anordnung oder Vollstreckungsanordnung beschränkt. Das Bundesverfassungsgericht arbeitet etwa mit einer mittelbaren Wirkung, die allein durch die Möglichkeit, diese Instrumente anzuwenden, einen Befolungsdruck erzeugt. Auch nutzt es die Regelungen, um die Entscheidungsgehalte in einen befolungsbezüglichen Gesamtcontext einzubetten. Die tatsächliche Bedeutung der Vorschriften liegt demnach nicht lediglich darin, eine Rechtsgrundlage zum Erlass von Maßnahmen zu bieten, sondern ist Teil eines systematischen Zusammenspiels mit informellen Durchsetzungsinstrumenten. Statt einer strikten Trennung formeller und informeller Durchsetzungsinstrumente wirken beide Arten wechselseitig zusammen. Den formellen Durchsetzungsinstrumenten kommt insofern eine Ausstrahlungswirkung in das informelle Verfahren zu. Aufgrund dieser inhaltlichen Reichweite des Wortlauts müssen auf den Vorschriften basierende Anordnungen bedächtig angewendet werden. Hier hat das Gericht politisch kluge Selbstbeschränkung zu üben, um das auch hier primär anvisierte Ziel der Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen nicht zu gefährden.

V. Sonderfall: Tenorierungsvarianten

Das wechselseitige Zusammenspiel zwischen informellen Instrumenten und formellen Durchsetzungsmitteln in Gestalt expliziter Anordnungen findet in dem Sonderfall der Tenorierungsvarianten bei Normenkontrollentscheidungen eine besondere Ausprägung. Bei dieser prozessualen Praxis verwendet das Bundesverfassungsgericht abweichend von der in § 78 BVerfGG vorgesehenen Nichtigerklärung verfassungswidriger Gesetze alternative Entscheidungsaussprüche.⁶⁸⁶

686 Diese untersuchen etwa *Kreutzberger*, Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, 2007; *M. Graßhof*, Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen, 2003; *Blüggel*, Unvereinbarerklärung statt Normkassation, 1998; *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 211 ff.

1. Rechtsfolgenmanagement eines Normwegfalls durch Tenorierung

Diese alternativen Formen der Tenorierung liefern dem Bundesverfassungsgericht ein umfassendes Instrumentarium an Möglichkeiten, verfassungswidrige Rechtslagen abzuwickeln.⁶⁸⁷ So hat sich das Gericht etwa die Möglichkeit eröffnet, in bestimmten Fällen bei Gesetzen, die gegen das Grundgesetz verstoßen, diese lediglich für unvereinbar, nicht aber für nichtig zu erklären.⁶⁸⁸ Regelmäßig hat das zur Folge, dass ein Gesetz bis zu seiner Neuregelung zwar fortbesteht, aber grundsätzlich unangewendet bleibt.⁶⁸⁹ Die implizite Anweisung des Bundesverfassungsgerichts an die Fachgerichte, bei zu langer gesetzgeberischer Untätigkeit nach einer Unvereinbarerklärung die anhängigen Verfahren nicht lediglich auszusetzen, sondern vielmehr ohne eine Regelung des Gesetzgebers den Rechtsstreit verfassungskonform – also basierend auf der Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts – zu entscheiden, verleiht den verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgehalten ein größeres Maß an faktischer Autorität.⁶⁹⁰

Die Unvereinbarerklärung kombiniert das Gericht in Anbetracht potenzieller negativer Folgen seiner Entscheidung zuweilen aber auch mit der Anordnung einer weiteren Anwendbarkeit der verfassungswidrigen Norm (sog. *Weitergeltungsanordnung*).⁶⁹¹ Schließlich nutzt das Bundesverfassungsgericht die sog. *Appellentscheidungen*, um der Entwicklung einer noch verfassungskonformen Rechtslage hin zu einer verfassungswidrigen Lage präventiv entgegenzuwirken.⁶⁹² Großes Aufsehen haben insbesondere

687 Dazu umfassend *Kreutzberger*, Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, 2007.

688 Zu den Anwendungsfällen *Blüggel*, Unvereinbarerklärung statt Normkassation, 1998, S. 31 ff.

689 BVerfGE 37, 217 (261) – Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen (1974); E 82, 126 (155) – Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (1990).

690 *Papier*, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, EuGRZ 2006, 530 (532).

691 *Seer*, Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht, NJW 1996, 285 (287); BVerfGE 61, 319 (321, 356 f.) – Ehegattensplitting (1982); E 128, 326 (332) – EGMR Sicherungsverwahrung (2011), in letztgenannter Entscheidung stützt das BVerfG die Weitergeltung explizit auf § 35 BVerfGG.

692 So etwa in BVerfGE 54, 11 (39) – Renten-/Pensionsbesteuerung (1980); E 86, 369 (379) – Renten-/ Pensionsbesteuerung II (1992); dazu auch *Hömig* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 95 Rn. 74; *Siedler* weist zutreffend darauf hin, dass die Appelle des BVerfG grds. keinen Einzug in die Entscheidungsformel finden, weswegen man die Zuordnung zu den Tenorierungsvarianten bezweifeln kann, *Siedler*, Gesetzgeber und

die Entscheidungen erregt, in denen das Gericht im Tenor Übergangsregelungen geschaffen hat, die bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber gelten sollten.⁶⁹³

Zwar sind die unterschiedlichen Tenorierungsvarianten nicht explizit im Gesetz aufgeführt, sondern höchstens angedeutet,⁶⁹⁴ weswegen sie nicht als ein formelles Instrument der Entscheidungsdurchsetzung angesehen werden können. Gleichwohl ermöglichen sie dem Gericht die effektive Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Wertungen. All diese Tenorierungsvarianten tragen nämlich dem Umstand Rechnung, dass das Gericht auch die Folgen seiner Entscheidungen in den Blick nehmen muss. Sie anzuwenden, ist die Methode des Bundesverfassungsgerichts, ein effektives Rechtsfolgenmanagement im Zuge von Normkontrollverfahren zu betreiben. Unabhängig von der Frage, ob sie ihre Grundlage in § 35 BVerfGG finden⁶⁹⁵ oder auf allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen beruhen,⁶⁹⁶ dienen sie doch der Folgenbewältigung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und tragen dazu bei, dass diese durch die Akzeptanz der Bevölkerung realisiert werden können.⁶⁹⁷

Bundesverfassungsgericht, 1999, S. 176. Sie sind allerdings im Lichte dieser Bearbeitung vergleichbar mit den „echten“ Tenorierungsvarianten, da die Frage nach dem zulässigen Inhalt vorliegend ebenfalls eine Frage der Abgrenzung zwischen gesetzgeberischen und verfassungsgerichtlichen Normsetzungsprozessen ist.

693 Insbesondere ist hier auf die Übergangsregelungen in der Entscheidung zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs zu verweisen, etwa BVerfGE 88, 203 (209 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II (1993); in jüngerer Vergangenheit BVerfGE 146, 71 (72) – Tarifeinheitgesetz (2017).

694 Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 211; § 78 BVerfGG kennt zwar den Terminus der Unvereinbarkeit, sieht die Unvereinbarerklärung allerdings lediglich als Voraussetzung der Nichtigkeit, nicht aber als eigenständige Rechtsfolge.

695 So etwa M. Graßhof, Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen, 2003, S. 161 f.; für eine Weitergeltungsanordnung hat sich das BVerfG ebenfalls auf diese Norm berufen, vgl. BVerfGE 128, 326 (332 f.); zu Regelungsanordnungen des BVerfG etwa BVerfGE 39, 1 (2) – Schwangerschaftsabbruch I (1975); E 88, 203 (209 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II (1993); in der Entscheidung zur ersten gesamtdeutschen Wahl ging das BVerfG davon aus, dass es die Kompetenz gehabt hätte, aufgrund von § 35 BVerfGG vorläufige Regelungen bzgl. des Wahlrechts zu erlassen, BVerfGE 82, 322 (352) – Gesamtdeutsche Wahl (1990).

696 C. Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, S. 133.

697 Zu den Übergangsregelungen vgl. etwa Laumen, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, 1997, S. 102; zu den Voraussetzung des Erlasses einer Tenorierungsvariante s.u. S. 267 ff.

Das Durchsetzungsinstrument unterschiedlicher Tenorierungsvarianten kann das Bundesverfassungsgericht nur bei Normenkontrollentscheidungen nutzen.⁶⁹⁸ Sie kommen dann zum Einsatz, wenn das Gericht die Übereinstimmung einer Norm mit höherrangigem Recht verneint, die Nichtigkeitsfolge aber aus unterschiedlichen Gründen für nicht tragbar hält. Mitunter greift die Anwendung ungeschriebener Tenorierungsvarianten erheblich in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers ein, etwa wenn hierdurch das gesetzgeberische Ermessen betroffen ist.⁶⁹⁹ In diesen Fällen lässt sich die weiter oben getroffene Aussage, bei informellen Instrumenten handele es sich um die am wenigsten eingriffsintensiven, nicht halten. Anders als eine Anordnung nach § 35 BVerfGG muss diese Form der Durchsetzung bereits aus denklogischen Gründen im Rahmen der Hauptsacheentscheidung ergehen, eine nachträgliche Änderung des Tenors ist nicht möglich.⁷⁰⁰ Dies bringt ein höheres Prognoseerfordernis für das Gericht mit sich, weil es nicht erst beobachten kann, wie sich die Entscheidung auswirkt und tatsächlich befolgt wird. Eine solche Prognose hinsichtlich der Entscheidungsfolgen haben mehrere Interviewpartner bejaht:

„Es gibt Konstellationen, in denen man sich über das Folgenmanagement Gedanken machen muss. Häufig existieren mehrere Möglichkeiten zu reagieren: Im Falle der Verfassungswidrigkeit einer Norm kann man z.B. unter bestimmten Voraussetzungen die alte Rechtslage zunächst bestehen lassen und eine bestimmte Zeit zur Nachbesserung durch den Gesetzgeber einräumen. Der Rechtsfolgenausspruch kann insofern für die Praxis wichtiger sein als die eigentlich verfassungsrechtliche Prüfung der Norm.“⁷⁰¹

698 Rupp-von Brünneck weist jedoch zutreffend darauf hin, dass Normkontrollentscheidungen in unterschiedlichen Verfahren erfolgen können, sodass sich die Möglichkeit des Tenorierungsvarianten nicht auf die abstrakte oder konkrete Normenkontrolle beschränken, sondern auf all solche Verfahren erstrecken, die die Kontrolle einer Norm zum Gegenstand haben, Rupp-v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, AöR 102 (1977), 1 (4).

699 C. Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, S. 135 f.

700 Mitunter stützt auch das BVerfG seine Tenorierungsvarianten auf § 35 BVerfGG, vgl. o. Fn. 695. Wenn an dieser Stelle von Anordnungen nach § 35 BVerfGG gesprochen wird, ist deshalb von solchen über den Tenor hinausgehenden Anordnungen die Rede.

701 Interview Nr. 4.

Der erhebliche Stellenwert, der den Entscheidungsfolgen in der Beratung über die Entscheidung zukommt, verdeutlicht noch mehr folgender Interviewpartner:

„In den die Entscheidung vorbereitenden Voten pflegt der Berichterstatter oder die Berichterstatterin Ausführungen gegebenenfalls auch zu den sozialen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Ausgangsfalls einzubeziehen. Schon im Vorwege der Senatsentscheidung kann gegebenenfalls externer Sachverstand eingeholt werden. Die Voten enthalten dementsprechend vielfach auch Aussagen zur Bedeutung nicht-rechtlicher Kontexte und der möglichen Entscheidungsfolgen, deren Berücksichtigung für die gerichtliche Entscheidung wichtig sein können. Auf einer hinreichend breiten Grundlage kann dann im Senat diskutiert und gegebenenfalls eingewandt werden, das eine oder andere müsste man nochmal nachbessern, oder: da hätte ich gerne mehr gewusst. Der Blick auf die Kontexte und mögliche Folgen sind notwendige Bestandteile der Anwendung von Recht. Deshalb sollten Voten nicht nur die rechtliche Dimension in einem engen Sinne behandeln, sondern auch die möglichen Folgen einer Entscheidung einbeziehen.“⁷⁰²

Die Gewichtung der Folgenprognose für den Inhalt des Entscheidungstensors wird unterschiedlich beurteilt. Zwar wurde weitestgehend übereinstimmend genannt, das Gericht dürfe sich trotz ihrer Bedeutung nicht von den Folgen leiten lassen. Konkrete Maßgaben zum zulässigen Inhalt der Tenorierungsvarianten lassen sich daraus aber nicht erschließen. Sie ergeben sich erst aus den folgenden Erwägungen.

2. Inhaltliche Selbstbeschränkung zur Kompetenzzwahrung

Bei der Entscheidung, welche Tenorierungsvariante zu wählen ist, kann das Gericht die Beeinträchtigung des Gemeinwohls durch einen sofortigen Wegfall der verfassungswidrigen Norm aus der Rechtsordnung in den Blick nehmen oder dem Gesetzgeber – als Akt richterlicher Selbstbeschränkung – überlassen, den Verfassungsverstoß selbst zu beseitigen.⁷⁰³ Es droht ein Eingriff in den Gestaltungsbereich des Gesetzgebers, wenn das Gericht die

702 Interview Nr. 6.

703 M. Graßhof, Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen. 2003, S. 214; zur Gestaltungsfreiheit Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation, 1998, S. 35 ff.

Dichotomie von Nichtigkeit einer Norm mit dem Grundgesetz einerseits und ihrer Vereinbarkeit andererseits aufweicht, etwa wenn es selbstständige Übergangsregelungen erlässt.⁷⁰⁴ Deswegen hat es nicht nur zu prüfen, ob statt eines gestaltenden Tätigwerdens im Funktionsbereich des überprüften Organs eine den aktuellen Zustand konservierende Maßnahme eine vertretbare Lösung ist, bis dieses Organ selbst die verfassungswidrige Rechtslage behoben hat.⁷⁰⁵ Es stellt sich vielmehr generell die Frage nach dem zulässigen Gestaltungspotenzial der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsformel. Grundlage dieser Betrachtung ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Nichtigkeitsfeststellung und mit der Unvereinbarerklärung einhergehende Verpflichtung des Gesetzgebers zur Neuregelung.⁷⁰⁶ Das BVerfGG geht nämlich in § 78 BVerfGG davon aus, dass gegen das Grundgesetz verstoßende Gesetze grundsätzlich für nichtig zu erklären sind und es nach der Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgerichts des Zutuns eines anderen Organs nicht mehr bedarf. Hiervon bildet die Unvereinbarerklärung – ggf. verbunden mit einer Weitergeltungsanordnung oder Übergangsregelungen – die Ausnahme, da hier der verfassungswidrige Zustand durch den Gesetzgeber endgültig beseitigt werden muss. Aufgrund dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist ein Absehen von der Nichtigkeitsfolge begründungsbedürftig.

Wichtiger noch als im Rahmen der informellen Instrumente ist es hier zu betonen, dass das Bundesverfassungsgericht sich nicht an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientieren darf. Nutzt es nämlich Tenorierungsvarianten wie die Unvereinbarerklärung von Normen oder normvertretende Übergangsregelungen, rückt das Gericht funktional in die Nähe der Legislative. Entsprechend kann das Bundesverfassungsgericht von dem Grundsatz der Nichtigerklärung einer verfassungswidrigen Norm nicht aus rein pragmatischen Gründen abweichen, sondern nur aus verfassungsrechtlich gebotenen Gründen. Geht mit der Nichtigerklärung einer Norm etwa ein Verstoß gegen das Untermaßverbot einher, so würde ein Verfassungsverstoß

704 Früh bereits C. Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, S. 134 f.

705 Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation, 1998, S. 185 f.; Gerontas spricht insofern über die Entscheidungsvarianten als „wichtiges Instrumentarium richterlicher Selbstbeschränkung“, Gerontas, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1982, 486.

706 Dazu Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 212 ff.; Schwindt, Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze, 2014, S. 3.

mit dem Wegfall der Norm möglicherweise sogar intensiviert werden.⁷⁰⁷ Es wäre entsprechend gerade rechtlich geboten, dass die Norm fortbesteht. Versucht das Gericht durch Übergangsregelungen im Tenor ein „Chaos“ in der Rechtsordnung zu verhindern,⁷⁰⁸ so ist es gerade sein Ziel, die verfassungsmäßige Ordnung aufrecht zu erhalten. Das Bundesverfassungsgericht hat eine solche Chaossituation etwa darin gesehen, dass aufgrund der Unvereinbarerklärung der Regelungen zur Sicherungsverwahrung das bestehende zweispurige System der Strafe und der Maßregelung nachhaltig gestört werden würde, wenn die bis dahin geltenden Vorschriften zur Sicherungsverwahrung nicht für eine Übergangszeit modifiziert weitergelten würden.⁷⁰⁹ Es bezweckt also, durch die Unvereinbarerklärung einen rechtskonformen Zustand, als die Chaossituation darstellen würde, zu wahren. Jedoch stellt nicht jede Situation, in der eine gesetzliche Regelung entfällt und die so eine Normenlücke hinterlässt, eine solche Chaossituation dar. Das besagte Chaos erfordert eine „Grenzsituation“ des Verfassungslebens.⁷¹⁰ Zwar verneint *Ipsen* überhaupt die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts, eine Entscheidung zu treffen, die den Staat in eine solche Grenzsituation versetzen würde.⁷¹¹ Vielmehr müsse das Gericht die Entscheidung in diesem Fall entweder verweigern, das Verfahren bis zu einer Neuregelung aussetzen oder die verfassungswidrige Norm contra legem für verfassungskonform erklären.⁷¹² Diese Auffassung überzeugt jedoch nicht, denn all diese Alternativen würden dazu führen, dass das Gericht seine aus der Rolle als Hüter der Verfassung erwachsene Pflicht zur Beseitigung eines verfassungswidrigen Zustands nicht in ausreichendem Maß erfüllen könnte.

Wann eine solche Grenzsituation vorliegt, kann allerdings nur anhand einer Prognose der unterschiedlichen denkbaren Folgen beurteilt werden.⁷¹³ Diese Beurteilung ist dabei wertungsabhängig. Im oben genannten Beispiel der Sicherungsverwahrung und der damit einhergehenden tiefgrei-

707 BVerfGE 33, 303 (347 f.) – Numerus Clausus I (1972); *Blüggel*, Unvereinbarerklärung statt Normkassation, 1998, S. 63; *Kreutzberger*, Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, 2007, S. 140.

708 C. Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, S. 137.

709 BVerfGE 128, 326 (404 ff.) – EGMR Sicherungsverwahrung (2011).

710 *Laumen*, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, 1997, S. 106.

711 *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 254.

712 Ebd.

713 Zu Prognoseentscheidungen seitens des BVerfG bereits *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 56 ff.; dass das BVerfG nicht immer

fenden Herausforderung für die Strafrechtspflege kann man eine solche Grenzsituation durchaus annehmen. Ob das gleiche für gilt, wenn bei Steuerpflichtigen und Behörden aufgrund der Unvereinbarkeitserklärung des Einkommenssteuergesetzes Unsicherheiten über eine konkrete Ausgestaltung der Steuerpflicht hervorgerufen zu werden drohen, mag man bezweifeln.⁷¹⁴

Aus dem überwiegenden Teil der Interviews lässt sich entnehmen, dass das Gericht bei seiner Entscheidungsfindung auch die tatsächlichen Folgen umfassend miteinbezieht. Während sich vier Interviewpartner nicht ausdrücklich dazu geäußert haben, ob die Prognose der Grenzsituation sich nur auf rechtliche oder auch tatsächliche Aspekte bezieht, haben lediglich zwei den Chaoszustand auf die rein normative Lage bezogen. Sechs Interviewpartner haben berichtet, dass das Gericht hierbei auch die tatsächlichen Folgen des Normwegfalls einbeziehen.⁷¹⁵ Das Gericht muss in dem Entscheidungsverfahren zwischen Recht- und Zweckmäßigkeitserwägungen abgrenzen und eine umfassende Betrachtung der Folgen verschiedener Tenorierungsvarianten vornehmen. Auch wenn das Gericht in dem Zuge die tatsächlichen Auswirkungen eines Normwegfalls in den Blick nimmt, darf diese Folgenabwägung nicht gänzlich vom materiellen Recht entkleidet sein, damit sie sich nicht dem Vorwurf einer ergebnisorientierten Entscheidung ausgesetzt sieht.⁷¹⁶ Das Gericht kann zwar punktuell normsetzend tätig werden, nicht aber in einem Bereich insgesamt prägend wirken, also durch die Nutzung unterschiedlicher Tenorierungsvarianten eine Fortentwicklung der Rechtslage als Gesamtgefüge herbeiführen. Die wesentlichen gesetzgeberischen Entscheidungen muss der parlamentarische Gesetzgeber treffen.⁷¹⁷ So hat das Gericht zwar entsprechend seiner Rolle als dem politischen Prozess einen Rahmen gebender Akteur einen größeren Einfluss auf die Art und Weise der gesetzgeberischen Tätigkeit, also die Rahmenbedingungen des Gesetzgebungsprozesses. Die Entscheidung über die Ge-

eine umfassende Prognose zieht, moniert *Haupt*, Vollverzinsung, DStR 2022, 126 (127); vgl. auch unten S. 230 ff.

714 Dies war aber der Grund für eine Übergangsregelung in BVerfGE 73, 40 (101 f.) – 3. Parteispenden-Urteil.

715 Exemplarisch dazu die Aussage vor Fn. 587.

716 Diesen Vorwurf erhebt etwa *Lepsius* in Bezug auf die Entscheidung zur einstweiligen Anordnung bei der Bundesnotbremse, *Lepsius*, Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes, Der Staat 60 (2021), 609 (629).

717 Vor dem Hintergrund ist es begrüßenswert, wenn das Bundesverfassungsgericht Übergangsregelungen an bereits bestehenden gesetzlichen Regelungen orientiert. Vgl. dazu etwa BVerfGE 166, 1 (92) – Kinderehe (2023).

samtausrichtung des positiven Rechts muss hingegen beim Gesetzgeber verbleiben.⁷¹⁸ Der Grundsatz der Gewaltenteilung beschränkt das Bundesverfassungsgericht, wenn es funktional in die Nähe des Gesetzgebers rückt, deshalb auf die für die Durchsetzung seiner Entscheidungen unerlässlichen Maßnahmen.⁷¹⁹

3. Grundannahmen zur Beeinträchtigungsintensität

Welche Maßnahmen als unerlässlich gelten, ist zwar grundsätzlich das Ergebnis eines einzelfallbezogenen Vergleiches der unterschiedlichen Tenorierungsvarianten. Doch auch einem einzelfallbezogenen Vergleich können Grundannahmen zur Intensität einer Beeinträchtigung des Gesetzgebers durch unterschiedliche Tenorierungsvarianten vorangestellt werden. Diese variieren nämlich jeweils in Anwendungsbereich und Beeinträchtigungsintensität.

a. Intertemporaler Ansatzpunkt der Verfassungswidrigkeit

Die erste Frage, die sich das Bundesverfassungsgericht hierbei stellen muss, ist ein temporaler Aspekt der Verfassungswidrigkeit einer Norm. Das Gericht beschränkt sich in seiner Rechtsprechung nämlich nicht darauf, bereits verfassungswidrige Normen für nichtig oder unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären, sondern hat auch festgestellt, wenn Gesetze zwar zum Zeitpunkt der Entscheidung noch verfassungskonform sind, dies sich aber in absehbarer Zeit ändern kann und damit einen Appell an den Gesetzgeber verbunden, der drohenden Verfassungswidrigkeit entgegenzuwirken.⁷²⁰ Die Anpassung der verfassungswidrigen Gesetzeslage dem Gesetzgeber zu überlassen, scheint als ein die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit weitestgehend schonendes Mittel, um verfassungsrechtlich problematischer

718 Dazu im Kontext einer gestaltenden Funktion der Grundrechte *Rupp-v. Brünneck*, Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, AöR 102 (1977), 1 (14 f.).

719 Für das BVerfG besteht insofern ein Verbot, sich als Triebkraft des Fortschritts im Sinne einer „notwendigen Anpassung“ der Rechtslage zu gerieren, vgl. *Laumen*, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, 1997, S. 113 f.; ebenfalls dazu bereits oben S. 90; C. *Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, S. 133 f.

720 Vgl. bereits Fn. 692.

Normkonstellationen zu bewältigen, weswegen Appellentscheidungen „geradezu [als] eine Betätigung des vom Bundesverfassungsgericht geübten judicial self-restraint“ bezeichnet wurden.⁷²¹ Dies vermag im Ansatz zwar zu überzeugen, soll aber nicht davon ablenken, dass auch eine Appellentscheidung eine mindestens implizite Verpflichtung zur Neuregelung beinhaltet, die das gesetzgeberische Entschließungsermessen betrifft. Entscheidend sind also die Auswirkungen des Appells auf die Autonomie der legislativen Entscheidung. Appellentscheidungen stellen lediglich eine Regelungsobliegenheit dar, bei deren Nichtbefolgung in einem erneuten Verfahren die Nichtigkeit der noch-verfassungsgemäßen Entscheidung droht. Ob eine Norm verfassungswidrig ist, wird damit gerade noch nicht festgestellt. Anders als mit einer Neuregelungsfrist versehene Unvereinbarerklärungen verpflichten sie den Gesetzgeber hingegen nicht unter Androhung der späteren Nichtigkeit zu einer Neuregelung.⁷²² Im Ausgangspunkt beschränkt das Bundesverfassungsgericht also nicht das gesetzgeberische Entschließungsermessen.

Dieser Gedanke geht allerdings von der Grundannahme der temporalen Trennung zwischen einem noch-verfassungskonformen und einem verfassungswidrigen Zustand aus. Das gesetzgeberische Gestaltungsermessen könnte hingegen stärker beeinträchtigt sein, wenn diese zeitliche Trennung verwischt. Überträgt man etwa den vom Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts im Klima-Beschluss formulierten Gedanken, dass die durch ein Untätigbleiben eines Handlungsverpflichteten verursachten Rechtsbeeinträchtigungen in der Zukunft bereits gegenwärtig zu einer Handlungspflicht führen, um zukünftigen Entscheidungsträgern hinreichend Handlungsspielraum zu belassen,⁷²³ erscheinen auch Appellentscheidungen in einem anderen Licht. Bei dieser Lesart würde die Regelungsobliegenheit zu einer faktisch wirkenden Regelungsverpflichtung des aktuellen Gesetzgebers werden, damit die Handlungsoptionen des zukünftigen Gesetzgebers erhalten bleiben. Die Appellentscheidung erfüllt dann die Funktion, die dem Demokratieprinzip inhärente Revidierbarkeit demokratischer Ent-

721 Rupp- von Brünneck, in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), FS Müller, 1970, 355 (369).

722 Zur Neuregelungsverpflichtung bei der Unvereinbarerklärung Schomäcker, in: *D. Müller/Dittrich* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 6, 2022, S. 743 (749 ff.).

723 BVerfGE 157, 30 (130) – Klimaschutz (2021); dazu vgl. auch C. Möllers, *Freiheitsgrade*, 2020, S. 153 f.

scheidungen abzusichern.⁷²⁴ Gleichzeitig kann die kollektive Selbstbestimmung durch eine freie Entscheidung des Gesetzgebers zum Tätigwerden oder Untätigbleiben aufgrund der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nur noch eingeschränkt realisiert werden. Die weitreichenden Auswirkungen auf Demokratieprinzip und Gewaltenteilung, die mit Appellentscheidungen im Besonderen, aber auch Tenorierungsvarianten im Allgemeinen einhergehen, werden hier bereits in Ansätzen ersichtlich.

Der Gesetzgeber ist auf diese Art allerdings nur dann gebunden, wenn er einen verfassungswidrigen Zustand tatsächlich beheben muss. Im Falle des Klimaschutzbeschlusses führte gerade die intertemporale Freiheitskomponente zur Unvereinbarkeit des Klimaschutzgesetzes und begründet somit die Handlungspflicht des Gesetzgebers. Das Gericht war also nicht mehr mit der rein prognostischen Frage konfrontiert, ob eine Vereinbarkeit mit der Verfassung irgendwann wegfallen könnte, sondern bejaht dies bereits für die Gegenwart. Im Fall der Appellentscheidungen hängt die Verfassungswidrigkeit aber von noch nicht eingetretenen rechtlichen oder tatsächlichen Gegebenheiten ab, über die das Gericht eine Prognose treffen muss.⁷²⁵ Dies spricht maßgeblich dagegen, die Entscheidung zum Klimaschutzgesetz auf die Beurteilung einer Beeinträchtigung gesetzgeberischen Gestaltungsmessens durch Appellentscheidungen zu übertragen. Das bedeutet, dass temporaler Ansatzpunkt für die Appellentscheidungen stets ein vorverfassungswidriger Zeitraum der beanstandeten Norm ist. In diesem temporalen Bereich stellt der bloße Appell an den Gesetzgeber zur Gesetzesänderung auch die am wenigsten eingriffsintensive Maßnahme dar, die aber dennoch unerlässlich ist, um den Gesetzgeber zumindest auf die potenzielle Notwendigkeit des Tätigwerdens aufmerksam zu machen. Die Ausformulierung einer drohenden Verfassungswidrigkeit wirkt dann als präventives Mittel des Gerichts, einen verfassungskonformen Zustand zu sichern.

Weil das Gericht durch seine Entscheidung aber noch keinen verfassungswidrigen Zustand behebt, stellt sich die Frage, wie umfassend es dem Gesetzgeber in dieser Situation Vorgaben machen darf. Einerseits könnte man vertreten, es sei hier ein strengerer Maßstab anzulegen als an eine

724 Dazu vgl. Böckenförde in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 55; kritisch differenziert *Barczak*, Demokratische Zukunftsverantwortung zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, DÖV 2023, 925 (928 ff.).

725 Vgl. *Rupp- von Brünneck*, in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), FS Müller, 1970, 355 (374 f.).

mit einer Neuregelungsverpflichtung verbundene Unvereinbarerklärung, weil noch nicht einmal eine akut verfassungswidrige Situation besteht, sodass das Gericht sich in Anweisungen an den Gesetzgeber zurückhalten müsse. Dieses Argument ließe sich allerdings auch umkehren, mit dem Einwand, dass die Gesetzgebung an verfassungsgerichtliche Aussagen über die Zukunft ohnehin nicht gebunden ist.⁷²⁶ Der Appellentscheidung wohnt stets ein Ungewissheitsmoment inne, sodass ihr zulässiger Inhalt davon abhängt, mit welcher Wahrscheinlichkeit das Gericht die spätere Verfassungswidrigkeit zu prognostizieren vermag.⁷²⁷ Je sicherer das Eintreten der Verfassungswidrigkeit bestimmt werden kann – sowohl hinsichtlich der Frage des „Ob?“ als auch des „Wann?“ – desto konkreter können die Anweisungen des Bundesverfassungsgerichts an den Gesetzgeber ausgestaltet sein. Eine absolute Grenze ist lediglich dann erreicht, wenn dem Gesetzgeber sein Gestaltungsraum gänzlich genommen wird. Dies lässt sich auch auf die Ausgestaltung der Tenorierungsvarianten insgesamt und nicht nur der Appellentscheidungen übertragen. Das aus dem Grundsatz der „intertemporalen Freiheitssicherung“ abgeleitete Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit fordert als Bedingung legitimen staatlichen Handelns einen schonenden Ausgleich der Möglichkeit kollektiver Selbstbestimmung heutiger Generationen mit der Wahrung verfassungsrechtlicher Positionen künftiger Generationen.⁷²⁸ Wenn das Gericht den Tenor seiner Entscheidungen ausgestaltet, insbesondere auch im Rahmen einer Unvereinbarerklärung, die mit bestimmten Maßgaben zur Weiteranwendung oder Neuregelung versehen ist, darf es die Implementation seiner Wertungen nicht so stark determinieren, dass einem zukünftigen Gesetzgeber keine sinnvollen Gestaltungsalternativen mehr verbleiben.

b. Zeitliche Wirkung der Rechtsfolgenregelung

Neben dieser intertemporalen Komponente in Bezug auf die Verfassungswidrigkeit einer kontrollierten Norm haben die Rechtsfolgenregelungen

726 Siedler, Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1999, S. 193 f.

727 Zu dem Problem prognostischer Unsicherheit bei einer Fristsetzung im Rahmen von Appellentscheidungen Siedler, Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1999, S. 195.

728 D. Schwarz, Demokratische Nachhaltigkeit und intertemporale Legitimation, DÖV 2024, 11 (15) und *passim* zum verfassungstheoretischen Grundsatz demokratischer Nachhaltigkeit.

eines bereits als verfassungswidrig erkannten Gesetzes inhaltlich noch eine weitere zeitliche Dimension. Fragt man nämlich nach dem zulässigen Inhalt des Entscheidungsausspruchs, so muss die Geltungsdauer der Rechtsfolgenregelung miteinbezogen werden. Das Bundesverfassungsgericht kann im Falle einer Unvereinbarerklärung sowie einer damit verbundenen Weitergeltungsanordnung oder Übergangsregelung deren zeitliche Wirkung flexibel ausgestalten.⁷²⁹ Es fragt sich allerdings, wie das Gericht den Zeitraum zu bemessen vermag, für den es die Anordnung befristet und was passiert, wenn der Gesetzgeber die Nachbesserungsfrist verstreichen lässt.⁷³⁰

Indem das Gericht eine Frist setzt, stellt es sicher, dass der Gesetzgeber der Neuregelungsverpflichtung tatsächlich nachkommt, es macht sie „operabel“.⁷³¹ Die Frist trägt dem Umstand Rechnung, dass der Gesetzgeber nicht unmittelbar nach der Unvereinbarerklärung durch das Bundesverfassungsgericht ein neues Gesetz verabschieden kann, sondern ein gewisses Maß an Vorbereitungszeit benötigt, um eine verfassungskonforme Alternativregelung zu erlassen.⁷³² Die Befristung der Unvereinbarerklärung, einschließlich einer Weitergeltungsanordnung, dient also nicht nur überhaupt der Durchsetzung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung, sondern nimmt auch die Vorbereitungszeit in den Blick, die erforderlich ist, um ein durchdachtes Gesetz zu verabschieden. Sie orientiert sich am parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren.⁷³³ Entsprechend bezieht das Bundesverfassungsgericht die Qualitätsfaktoren der Entscheidungsumsetzung mit ein. Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass die Dauer der gesetzten Frist variiert.⁷³⁴ Kann der Gesetzgeber aufgrund des vorangegan-

729 Schomäcker, in: D. Müller/Dittrich (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 6, 2022, S. 743 (749); zu den terminologischen Differenzen in der Rechtsprechung des BVerfG Rixen, *Wie lange gilt die Übergangsregelung des Tarifeinheitsurteils?*, NVwZ 2018, 784 (785).

730 Zu der Frage in Ansätzen Berkemann, *Die Unfähigkeit des Bundesgesetzgebers*, DVBl. 2021, 151 (157 f.).

731 Schomäcker, in: D. Müller/Dittrich (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 6, 2022, S. 743 (752); M. Graßhof, *Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen*, 2003, S. 171.

732 M. Graßhof in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), *BVerfGG*, 2. Auflage, 2022, § 78 Rn. 75; zur Vorbereitungszeit im Gesetzgebungsverfahren BVerfGE 165, 206 (240 ff.) – Parteienfinanzierung – Absolute Obergrenze (2023).

733 Berkemann, *Die Entscheidungsformel des Klima-Beschlusses*, ZUR 2021, 585 (591).

734 So hat das Gericht dem Gesetzgeber etwa in BVerfGE 90, 263 (276 f.) – Ehelichkeitsanfechtung (1994) eine volle Legislaturperiode zur Neuregelung gegeben, während dieser in BVerfGE 138, 136 (251) – Erbschaftssteuer betriebliches Vermögen (2014) lediglich gut 1,5 Jahre zur Nachbesserung bekam.

genen Gesetzgebungsverfahren bereits auf mehrere Alternativen zu dem verfassungswidrigen Gesetz zurückgreifen, so muss er kein komplettes Gesetzgebungsverfahren neu durchlaufen, was eine kürzere Neuregelungsfrist bedingt.⁷³⁵ Um den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hinreichend zu berücksichtigen, darf allerdings auch dann, wenn sich aus dem vorhergegangenen Gesetzgebungsverfahren Alternativen der Neuregelungen ergeben, die Neuregelungsfrist so kurz bemessen sein, dass der Gesetzgeber dem parlamentarischen Deliberationsprozess nicht hinreichend Rechnung tragen kann. Sind hingegen weitere, sachverwandte Neuregelungen verfassungsrechtlich geboten, sodass der Neuregelungsprozess sich voraussichtlich als umfangreich und kompliziert darstellt, kommt eine längere Neuregelungsfrist in Betracht.⁷³⁶ Die Länge der Neuregelungsfrist ist also von einer Einzelfallprüfung abhängig, die insbesondere den notwendigen Aufwand eines erneuten Gesetzgebungsverfahrens in den Blick nimmt.⁷³⁷ Das Bundesverfassungsgericht muss im Rahmen der Hauptsacheentscheidung eine Prognose über den Aufwand der Implementation treffen, die sich unter anderem an der Komplexität der Regelungsmaterie und den verfügbaren Materialien des vorangegangenen Gesetzgebungsprozesses orientiert.

Hat das Gericht eine Frist bestimmt, stellt sich die Frage der Folgen eines Verstreichenlassens dieser Frist. Diese sind bislang nicht immer klar erkennbar in Erscheinung getreten.⁷³⁸ Eng damit verknüpft ist die Frage, welcher Beobachtungsmechanismen das Gericht sich bedient, um die Umsetzung der Nachbesserungspflicht zu kontrollieren. Sofern nämlich die Geltung der Norm nach dem Ablauf der Frist entfallen soll, fragt sich, wie das Bundesverfassungsgericht die Umsetzung hiervon sicherstellt.

Zwar ließe sich argumentieren, dass gem. § 31 II 3 BVerfGG auch eine Unvereinbarerklärung im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wird, sodass sich nach Ablauf der Frist die Nichtigkeit eines Gesetzes mit ausreichender Publizität hieraus ergibt. Dies setzt allerdings voraus, dass die Frist explizit im Tenor benannt wird, was regelmäßig nicht der Fall ist. Um eine etwaige

735 Deswegen hat das BVerfG beispielsweise für das Bewertungsgesetz hinsichtlich der Grundsteuer eine Neuregelungsfrist von gut 1,5 Jahren für angemessen erachtet, vgl. BVerfGE 148, 147 (211 f.) – Grundsteuer (2017).

736 Dies war in BVerfGE 90, 263 (276 f.) – Ehelichkeitsanfechtung (1994) der Grund für die großzügig bemessene Neuregelungsfrist.

737 Zu weiteren Aspekten auch *Schomäcker*, in: *D. Müller/Dittrich* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 6, 2022, S. 743 (756f.).

738 *Berkemann* attestiert dem Gericht das Fehlen eines prozessualen Rezepts, mit Fristverstößen umzugehen, *Berkemann*, *Die Entscheidungsformel des Klima-Beschlusses*, ZUR 2021, 585 (591 f.).

Nichtgeltung zu effektuieren, ist also ein weiteres Tätigwerden des Gerichts erforderlich. Somit sind die Folgen einer verstrichenen Nachbesserungsfrist für die Durchsetzung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung relevant.

Zuweilen wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dahingehend analysiert, dass ein Verstreichen der Neuregelungsfrist nur dann unmittelbar erheblich sei, wenn das Gericht in seiner Entscheidung weitere Rechtsfolgen hieran knüpft, so dass die beanstandete Norm nicht einmal ohne weiteres unanwendbar werde.⁷³⁹ Dies würde im Ergebnis aber dazu führen, dass die verfassungsgerichtliche Entscheidung über die Dauer der gesetzten Frist hinaus keine Wirkung entfalten würde und eine unterlassene Neuregelung weitestgehend sanktionslos bliebe. Gleichsam fügt sich aber auch die Nichtigkeit einer Norm ohne einen ausdrücklich die Norm aufhebenden Rechtsspruch seitens des Bundesverfassungsgerichts, der bei einer Unvereinbarerklärung ja grade nicht vorliegt, nicht ohne weiteres in die deutsche Rechtsordnung ein, sodass die Folge der unterlassenen Neuregelung zwischen diesen beiden Positionen zu suchen ist.⁷⁴⁰

Die Entscheidung über die Folgen einer nicht beachteten Neuregelungspflicht ist im Rahmen einer Abwägungsentscheidung zu treffen, die den Zweck der konkreten Unvereinbarerklärung miteinbezieht. Sprechen im konkreten Fall keine zwingenden Gründe dafür, dass der eigentlich verfassungswidrige Zustand nach Fristablauf fortbesteht, so hat die unterlassene Neuregelung die Nichtigkeit der Norm zur Folge, die seitens des Bundesverfassungsgerichts festgestellt werden muss.⁷⁴¹ Hierbei ist insbesondere fraglich, ob das Gericht die Nichtigkeit von Amts wegen feststellt oder ob es eines erneuten Antrages zur Kontrolle der Norm bedarf. Denkbar ist nämlich, die nachträgliche Nichtigerklärung nach Fristüberschreitung als Vollstreckungshandlung im Sinne des § 35 BVerfGG zu betrachten, die das Judikat der Unvereinbarerklärung effektuieren soll.⁷⁴² Andererseits könnte aber durch den Fristablauf auch eine veränderte Sachlage vorliegen, die eine erneute Überprüfung durch das Gericht ermöglicht und gegebenenfalls

739 Schomäcker, in: D. Müller/Dittrich (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 6, 2022, S. 743 (754) mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG.

740 Dazu Feick/Henn, *Neuregelung der Erbschaftssteuer*, DStR 2008, 1905 (1906 ff.).

741 Feick/Henn, *Neuregelung der Erbschaftssteuer*, DStR 2008, 1905 (1909).

742 Berkemann moniert hier allerdings, dass das Gericht dahingehende Vollstreckungsanträge in der Vergangenheit nicht immer behandelt hat und die Frist deshalb nicht effektiv durchsetzen konnte, Berkemann, *Die Entscheidungsformel des Klima-Beschlusses*, ZUR 2021, 585 (591 f.).

bedingt.⁷⁴³ Der Sachverhalt habe sich mit dem Ablauf der Neuregelungsfrist nämlich so verändert, dass die Rechtskraft der Entscheidung einem neuen Verfahren nicht entgegenstehe.⁷⁴⁴ Verfahrensgegenstand der Normkontrollverfahren ist allerdings der materielle Regelungsgehalt eines Gesetzes.⁷⁴⁵ Anders als bei der Appellentscheidung wurde die Verfassungswidrigkeit bereits für den gegenwärtigen Zeitpunkt festgestellt und nicht lediglich für die Zukunft prognostiziert, sodass ein gleich bleibendes Gesetz nicht einer erneuten inhaltlichen Überprüfung des Bundesverfassungsgerichts unterzogen werden muss, um seine Verfassungsmäßigkeit zu beurteilen. Der überprüfte Sachverhalt bleibt mithin der gleiche, was ein erneutes Hauptsacheverfahren in dieser Angelegenheit ausschließt. Vielmehr steht hier im Mittelpunkt, ob der Herbeiführung des verfassungsmäßigen Zustands durch eine effektive Umsetzung des Verfassungswidrigkeitsjudikats derartig negative Folgen entgegenstehen, dass von einer Nichtigkeit der Norm nach Ablauf einer Nachbesserungsfrist abgesehen werden muss.

Die Nichtigerklärung nach Überschreiten der Neuregelungsfrist stellt somit eine Durchsetzungshandlung gem. § 35 BVerfGG dar, der eine Abwägung zwischen dem grundsätzlich bestehenden Interesse an der Nichtigkeit einer verfassungswidrigen Norm einerseits und der damit verbundenen tatsächlichen Folgen für die von der Nichtigkeit Betroffenen andererseits vorangeht. Einzubeziehen ist hier insbesondere das Gebot effektiven Rechtsschutzes, das die effektive Durchsetzung der Entscheidung voraussetzt. Andernfalls, wenn das Gericht also nicht tätig werden würde, entfielen die durch die Unvereinbarerklärung vermittelte Anwendungssperre der Norm⁷⁴⁶ und die Beschwerdeführer könnten unter Umständen erneut be-

743 *Sachs*, Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, NVwZ 1982, 657 (659 f.); in die Richtung wohl auch *Kreutzberger*, Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, 2007, S. 165 f. mit Verweis auf BVerfGE 82, 126 (154 f.) – Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (1990).

744 *Sachs*, Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, NVwZ 1982, 657 (660); ähnlich dazu verläuft auch der Gedanke von *Pohle*, dass die Fristsetzung mit einer zeitlichen Befristung der Bindungswirkung aus § 31 BVerfGG einhergehe, weswegen das BVerfG nach Ablauf der Frist erneut angerufen werden könne, vgl. *Pohle*, Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, 1979, S. 163. Hiergegen spricht allerdings, dass dem Gedanke der Rechtssicherheit, der mit der Bindungswirkung einhergeht, bei einer zeitlich befristeten Bindungswirkung nicht Rechnung getragen werden würde.

745 *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkung im Öffentlichen Recht, 1995, S. 322.

746 Zur Anwendungssperre vgl. etwa BVerfGE 37, 217 (261) – Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen (1974); E 55, 100 (110) – Kinderzuschuss für Enkel (1980).

schwert werden. Nicht überzeugend ist hingegen die Auffassung, das Bundesverfassungsgericht könne im Rahmen des § 35 BVerfGG in Folge einer automatisch eintretenden Nichtigkeit weitergehende Rechtsanwendungsdi-
rektiven erlassen.⁷⁴⁷ Weil eine Vollstreckungsanordnung gem. § 35 BVerfGG die Entscheidungsgehalte der Hauptsacheentscheidung durchsetzt, nicht aber die Sachentscheidung ergänzen und erweitern kann, müssen die Folgen eines Wegfalls der verfassungswidrigen Norm bereits in der Hauptsacheentscheidung verankert sein.⁷⁴⁸ Würde das Gericht allerdings den Rechtsanwendern nachträglich vorschreiben, wie sie mit dem durch die Nichtigkeit der Norm entstehenden rechtsfreien Raum umzugehen haben, ohne dass dies bereits in den tragenden Gründen der Hauptsacheentscheidung erörtert worden wäre, würde diese materielle Grenze der Vollstreckungsanordnung überschritten werden.

Eine positive Feststellung der Nichtigkeit setzt somit ein aktives Tätigwerden des Bundesverfassungsgerichts voraus. Das Gericht muss zum Fristablauf überprüfen, ob die Entscheidung umgesetzt worden ist und gegebenenfalls bei der Nichtdurchsetzung eine Abwägungsentscheidung bezüglich weiterer Durchsetzungsmaßnahmen treffen. Die Idee *Matthias Möllers*, nach dem Fristablauf eine „Wiedervorlage“ des Verfahrens durchzuführen, in deren Rahmen der Stand der Umsetzung überprüft und gegebenenfalls weitere Maßnahmen getroffen werden, kann zur erfolgreichen Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen beitragen.⁷⁴⁹

c. Determinationskraft von Rechtsfolgenregelungen

Ein maßgeblicher Faktor der inhaltlichen Reichweite von Rechtsfolgenregelungen im Tenor der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ist dessen Determinationskraft für die Reaktion der adressierten Hoheitsträger. Je mehr der Entscheidungsausspruch des Gerichts den Gesetzgeber oder andere staatliche Organe in seinen späteren Handlungen determiniert, desto mehr muss sich das Gericht inhaltlich zurücknehmen, um nicht selbst gestaltend tätig zu werden. Die explizit im Tenor getroffenen Anordnungen fördern die Durchsetzbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen stärker als die aus den Entscheidungsgründen herauszulesenden Anordnungen

747 So aber *Bode*, Fristablauf, ZG 2021, 266 (278 f.).

748 BVerfGE 158, 89 (115 f.) – PSPP – Vollstreckungsanordnung (2021).

749 *Möller*, Spielräume, 2022, S. 301; vgl. zu diesem Aspekt im Kontext des Monitoringverfahrens u. S. 292 ff.

oder Handlungsaufforderungen. Ihre tatsächliche Umsetzung kann nämlich leichter überprüft werden, wodurch wiederum der Grad an Determinierung hoheitlichen Handelns steigt.⁷⁵⁰ Die Intensität der Determinationskraft innerhalb der verschiedenen Tenorierungsvarianten variiert dabei, was insbesondere im Fall der normkontrollierenden Verfahren deutlich wird. Anders als die Nichtigerklärung, die es dem Gesetzgeber überlässt, ob er ein neues Gesetz anstelle des kontrollierten Gesetzes erlassen möchte, ist die Unvereinbarerklärung stets mit einer Neuierungspflicht des Gesetzgebers verbunden.⁷⁵¹ Wie sehr diese Neuierungspflicht den Gesetzgeber allerdings in seinem Gestaltungsermessen beeinflusst, hängt davon ab, mit welchen weiteren Regelungen die Unvereinbarerklärung verbunden ist. So ist etwa die Anordnung der befristeten Weitergeltung eine Alternative zum Erlass eigener Regelungsansätze des Gerichts und stellt folglich regelmäßig eine für den Gesetzgeber schonendere Form der Rechtsfolgenregelung dar.⁷⁵² Gestaltend wird das Bundesverfassungsgericht hier nicht tätig, da es lediglich die nicht mit der Verfassung zu vereinbarende Gestaltungsentcheidung des Gesetzgebers zeitlich befristet fort dauern lässt, bis dieser eine neue eigene Gestaltungsentscheidung getroffen hat. Umgekehrt lässt sich bei verfassungsgerichtlichen Übergangsregelungen beobachten, dass der Gesetzgeber die angeordneten Regelungen im Gesetzgebungsprozess als (partielle) Vorlage für die spätere Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nimmt.⁷⁵³ Dies hat zur Folge, dass der Gestaltungsrahmen des Gesetzgebers zugunsten der Gestaltungsideen des Gerichts schwindet.⁷⁵⁴ Schwerer wiegt dies noch, wenn das Gericht lediglich eine

750 Ebsen in: T. Raiser/Voigt (Hrsg.), *Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen*, 1990, S. 167 (174 f.).

751 Siedler, *Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1999, S. 168.

752 Siedler, *Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1999, S. 162 f.

753 So etwa im Fall der zweiten Entscheidung zum Verbot des Schwangerschaftsabbruchs, BVerfGE 88, 208 (210) – Schwangerschaftsabbruch II (1993), wo die auf § 35 BVerfGG getroffene Anordnung Nr. 2 vom Gesetzgeber übernommen wurde, vgl. BGBl. I 1995, S. 1055. Eser zeigt allerdings auf, dass die Gesetzesentwürfe zur Implementation des Urteils die Entscheidung des Gerichts nicht vollumfänglich umsetzen, vgl. Eser, *Schwangerschaftsabbruch*, JZ 1994, 503 (505 ff.); deutlicher wird dies allerdings im Falle der Übergangsregelungen im Urteilstenor zum Tarifeinheitsgesetz, BVerfGE 146, 71 (73), deren Regelungsgehalt der Gesetzgeber weitestgehend übernommen hat, vgl. BGBl. I 2018, S. 2656.

754 Jedenfalls hinsichtlich der Gestaltungskompetenz des Gesetzgebers weniger problematisch ist es hingegen, wenn das Gericht bei seinen Übergangsregelungen auf Vorschläge aus dem Rechtssetzungsverfahren zurückgreift, wie etwa bei der übergangsweisen Festsetzung eines erhöhten Rundfunkbeitrags, vgl. BVerfGE 158, 389 (431)

modifizierte Weitergeltungsanordnung trifft, also die befristete Weitergeltung einer Norm anordnet, allerdings Vorgaben zur Anwendung der Norm macht. In der Sache wird das Gericht hier ebenso normsetzend tätig, wie bei Regelungsanordnungen, allerdings tritt der regulative Charakter der Anordnung weniger offensichtlich in Erscheinung, sodass diese Form der Tenorierung mitunter noch eingriffsintensiver ist als eine bloße Regelungsanordnung.⁷⁵⁵ Mit zunehmender Regelungsintensität des Tenors nähert sich dessen Charakter dem eines „regulative[n] Politikinstrument[s]“.⁷⁵⁶ Dies ist allerdings nur schwer mit der Rolle des Bundesverfassungsgerichts als lediglich der Politik einen Rahmen gebendem Organ zu vereinbaren. Wird es darüber hinaus in politischen Fragen faktisch regelnd tätig, bedarf es dafür einer Rechtfertigung.

In dieses Spannungsfeld fügt sich auch der Umstand ein, dass Neuregelungsverpflichtungen seitens des Gerichts die politisch heterogen besetzten Gesetzgebungsorgane zu einem Konsens zwingen und so ihren politischen Spielraum begrenzen.⁷⁵⁷ Während typischerweise die Folge einer fehlenden Einigung der Gesetzgebungsorgane das Nichtzustandekommen eines Gesetzes darstellt, ohne dass dies weitere Folgen für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Rechtslage hätte,⁷⁵⁸ müssen die Gesetzgebungsorgane bei der Neuregelungsverpflichtung seitens des Bundesverfassungsgerichts tätig werden. Die mit der Unvereinbarerklärung verbundene Neuregelungsverpflichtung determiniert somit die weiteren Handlungen des Gesetzgebers und stellt deswegen einen größeren Eingriff in seinen Spielraum dar. Wenn es die Entscheidungsformel und die tragenden Gründe inhaltlich bestimmt, muss das Bundesverfassungsgericht sowohl für den Gesetzgeber autoritativ die Frage beantworten, ob dieser überhaupt eine neue Regelung erlassen muss, als auch für sich die Frage beantworten, wie konkret die Vorgaben zur Ausgestaltung einer neuen Regelung sein dürfen.

– Staatsvertrag Rundfunkfinanzierung (2021); kritisch hierzu *Ingold*, Reichweite und Konsequenzen der föderalen Umsetzungsverantwortung im Rundfunkbeitragsfestsetzungsverfahren, ZUM 2021, 881 (885 f.).

755 *L. Schneider*, Die Durchsetzung von Normenkontrollentscheidungen, 2022, S. 144.

756 *Gawron/Rogowski* in: *T. Raiser/Voigt* (Hrsg.), Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, 1990, S. 226 (232).

757 *Sachs*, Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, NVwZ 1982, 657 (661).

758 Zur Ausnahme im Kontext des Untermaßverbots vgl. *Sodan*, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, NVwZ 2000, 601 (603 ff.); *ders.*, Kontinuität und Wandel im Verfassungsrecht, NVwZ 2009, 545 (546 f.).

Verfassungsfernere Zustände abzuwenden, die mit einem ersatzlosen Wegfall der Regelung verbunden sein können, ist grundsätzlich ein tauglicher Rechtfertigungsgrund, den Gesetzgeber zum erneuten Tätigwerden zu verpflichten. Hierbei muss das Gericht aber sicherstellen, dass die Umsetzung der gerichtlichen Entscheidung auch tatsächlich einen verfassungskonformen Zustand herbeiführt. Wird beispielsweise lediglich eine formal neue Regelung erlassen, die sich materiell nicht von der mit dem Grundgesetz unvereinbaren Regelung unterscheidet, unterläuft der Gesetzgeber die Umsetzung der gerichtlichen Entscheidung.⁷⁵⁹ Die zulässige Determinationskraft der verfassungsgerichtlich angeordneten Neuregelungspflicht hängt deswegen von ihrer Geeignetheit ab, einen verfassungskonformen Zustand tatsächlich herbeizuführen. Dafür ist maßgeblich, ob das Gericht die Umsetzung kontrollieren und durchsetzen kann.⁷⁶⁰ Der Inhalt des Tenors wird also durch die Durchsetzungsfähigkeit des Gerichts mitbestimmt. Die Wahl des richtigen Entscheidungsausspruchs setzt somit eine Prognose voraus, die das Gericht hinsichtlich der Durchsetzungsfähigkeit seiner Entscheidung trifft. Je eher das Gericht sicherstellen kann, dass seine Entscheidung tatsächlich umgesetzt wird, desto geringer ist das Risiko eines Autoritätsverlusts aufgrund mangelnder Umsetzung der Neuregelungsverpflichtung. Ob also eine Neuregelungsverpflichtung statt einer Nichtigserklärung tenoriert werden kann, hängt von der Fähigkeit zur Durchsetzung ebenjener ab.

Die Ausgestaltung der materiellen Vorgaben an den Gesetzgeber im Zuge einer Tenorierungsvariante orientiert sich aber nicht lediglich an dem prognostizierten Durchsetzungsvermögen des Gerichts, sondern maßgeblich an der Intensität des Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Zwar müssen die materiellen Maßgaben des Gerichts tatsächlich geeignet sein, eine Grenzsituation der Verfassungsordnung zu beheben. Folge verfassungsgerichtlicher Entscheidungen darf jedoch nicht die gänzliche Verrechtlichung der Politik durch das Gericht sein. Das Ergebnis des politischen Prozesses bestimmt nämlich nicht allein der verfassungsrechtliche Rahmen, der durch das Bundesverfassungsgericht lediglich erkannt wird, sondern der Deliberationsprozess unterschiedlicher gesellschaftlicher und

759 In diesem Fall kann die Unvereinbarerklärung die Verfassungsbindung des Gesetzgebers kaum noch sicherstellen, dazu *Ebsen*, Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, NZS 1997, 441 (447 ff.).

760 Zu den verschiedenen adressatenspezifischen Durchsetzungsschwierigkeiten *Ebsen* in: *T. Raiser/Voigt* (Hrsg.), Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, 1990, S. 167 (178 ff.).

politischer Verantwortungsträger.⁷⁶¹ Diese müssen die Möglichkeit haben, sich mit materiell-rechtlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ergebnisoffen auseinanderzusetzen und eine eigenständige Auflösung des verfassungswidrigen Zustands zu bewirken. Das Bundesverfassungsgericht kann zwar durch die Entscheidungsformel vorgeben, dass überhaupt eine normative Neubewertung empirischer Erkenntnisse erfolgen muss, nicht aber eigenständig diese normative Neubewertung vornehmen.⁷⁶² Dies äußert sich zum Beispiel auch dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht sich bei tatsächlichen Unsicherheiten im Gesetzgebungsprozess grundsätzlich zurückhält und es dem Gesetzgeber überlässt, diese zu klären und zu beurteilen.⁷⁶³ Zwar stellen verfassungsgerichtliche Entscheidungen für sich betrachtet keine neuen *empirischen* Erkenntnisse dar, sondern lediglich die normative Bewertung eines Rechtssatzes.⁷⁶⁴ Allerdings bedarf auch diese neu gewonnene Gewissheit über die normative Bewertung eines Gesetzes der Berücksichtigung in einem normativen Gesamteinordnungsvorgang, der originär in den Aufgabenbereich des Gesetzgebers fällt. Betrachtet man den Tenor einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung in diesem Kontext lediglich als einen Teilaspekt einer normativen Gesamtbeurteilung, ist es zulässig, dass er materielle Anforderungen beinhaltet, solange dem Gesetzgeber aus diesen Anforderungen nicht nur eine mögliche Schlussfolgerung zu ziehen verbleibt, sondern er eine eigene Bewertung vornehmen kann. Das Bundesverfassungsgericht nimmt dann durch seinen Tenor und dessen Begründung funktional die Rolle eines Sachverständigen über die rechtlichen Anforderungen eines notwendigerweise zu erlassenden Rechtssatzes ein.⁷⁶⁵ Wichtig ist hierbei, dass der normative Aspekt, den das Gericht

761 Dazu Grimm in: E. Klein (Hrsg.), FS Benda, 1995, S. 91 (96).

762 Vgl. dazu Spieth/Hellermann, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen im Zeichen von Corona-Pandemie und Klimawandel, NVwZ 2020, 1405 (1407).

763 J. Bethge in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 201 (213 f.).

764 Gleichwohl können Entscheidungen des BVerfG sich auf selbstständig erhobene empirische Erkenntnisse stützen, die dann auch der Gesetzgeber in seinen Deliberationsprozess miteinbeziehen muss. Zur Pflicht des BVerfG auch eigenständig Tatsachen zu ermitteln Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 482 ff. (insb. 487 f.); allgemein zur Tatsachenermittlung des BVerfG Habermatzl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG, NVwZ-Extra 2015, I.

765 Es kann hierbei der Gedanke kommen, (Verfassungs-)Gerichte als expertokratische Institutionen zu betrachten, die aufgrund eines vermeintlich höheren Sachverständnisses bei der normativen Beurteilung von Sachverhalten einen erhöhten Richtigkeitsanspruch für sich reklamieren und damit verbunden die weiterführende Befassung mit

dem Gesetzgeber mitgibt, bloß eines von mehreren Kriterien ist, wie die verfassungswidrige Lage aufzulösen sei.

d. Auslegung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch Fachgerichte

Mit den Entscheidungssprüchen in Normkontrollverfahren nimmt das Bundesverfassungsgericht nicht lediglich Einfluss auf den Gesetzgeber, sondern es berührt auch die Arbeit der Fachgerichtsbarkeit. Wie im Verhältnis zum Gesetzgeber wirkt sich der Determinationsgrad der Entscheidung darauf aus, welchen Spielraum die Fachgerichtsbarkeit hat, um sie zu befolgen.

aa. Die Fachrechtsprechung als normatives Korrektiv

Stellt das Gericht etwa konkrete Möglichkeiten der verfassungskonformen Auslegung einer einfachgesetzlichen Norm fest, verringert sich der Spielraum der Fachgerichte für eine Abweichung bei der Normauslegung. Trifft das Gericht hingegen eine modifizierte Weitergeltungsanordnung oder eine Regelungsanordnung, so ähneln diese in ihrer Gestalt oftmals auslegungsfähigen und -bedürftigen Rechtssätzen. So entsteht hinsichtlich der tenorierten Regelung ein Auslegungsspielraum für den Umgang mit einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung. Je unbestimmter eine Anordnung des Bundesverfassungsgerichts ist, desto eher drohen die Fachgerichte, von dem intendierten Regelungsgehalt der verfassungsgerichtlichen Entscheidung und damit dem festgestellten Gehalt der Verfassung abweichen zu können.

Ein Beispiel für eine solche Auslegung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen findet sich im Zusammenhang mit den Folgen des Sanktionen-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das sozialrechtliche Fachrecht.⁷⁶⁶ Dabei geht es um die Frage, wie sich die durch das Bundesverfassungsgericht formulierte modifizierte Weitergeltungsanordnung hinsichtlich mancher Sanktionsmöglichkeiten für Bezieher von (damals noch) Arbeitslosengeld-II-Leistungen auf die Rechtmäßigkeit der notwendigen Rechts-

der Sachmaterie determinieren. Diesem Vorwurf der „Judiziokratie“ widmet sich *Münkler, Expertokratie*, 2020, S. 625 ff.

⁷⁶⁶ BVerfGE 152, 68 – Sanktionen im Sozialrecht (2019); dazu *Jäger/Hökendorf*, Das Sanktionsmoratorium und die Umsetzung in der Praxis, *info* also 2022, 147 (152).

folgenbelehrung, die vor einer Sanktion durch das zuständige Jobcenter erfolgen und die Rechtslage richtig wiedergeben muss, auswirkt.⁷⁶⁷ Eine Ansicht in der Sozialgerichtsbarkeit vertritt hierbei, dass die von der Behörde vor dem Entscheidungsdatum ausgesprochene Rechtsfolgenbelehrung unrichtig gewesen sind, weil die modifizierte Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts ex tunc gilt und somit von den zuständigen Behörden nicht beachtet worden sein konnte.⁷⁶⁸ Dagegen argumentiert eine andere Auffassung, dass es der Behörde nicht möglich war, die verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vor der Entscheidung zu berücksichtigen, sodass die Anordnungen für die Beurteilung von Behördenentscheidungen vor Erlass des verfassungsgerichtlichen Urteils keine Geltung beanspruchen könnten.⁷⁶⁹ Andernfalls würde man von der Behörde etwas Unmögliches verlangen.

An diesem Beispiel wird deutlich, welche Rolle der Auslegung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zukommt. Ist eine Auslegung der in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen getroffenen Regelungen – auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen – zulässig, so läuft das Gericht Gefahr, dass seine Entscheidungen nicht vollständig nach seinem intendierten Regelungsgehalt umgesetzt werden. Die Möglichkeit einer Auslegung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen wird durch die Mitglieder des Gerichts allerdings gesehen und nicht weiter als problematisch erachtet:

„Wenn Sie heute sehen, wie die obersten Bundesgerichte zusammengesetzt sind, dann ist ein ganz großer Teil der Richterinnen und Richter der Fachgerichtsbarkeit aus dem Kreis der ehemaligen wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts. Und die haben ein Verständnis für die Arbeitsweise des Gerichts und können die Entscheidungen auch lesen und wissen, was das Gericht sagt und wie es zu verstehen ist. [...] Ich würde nicht so weit gehen, dass die Richter dann anschließend gegenüber ihren Kollegen die Entscheidungen ausführlich erläutern, wie im gewissen Fachgebiet die Entscheidungen dann getroffen werden müssen, sondern man erläutert die Maßstäbe, so wie sie in der Entscheidung sind und kann vielleicht den ein oder anderen Schwerpunkt auch be-

767 Zu der veränderten Rechtslage aufgrund des zwischenzeitlich eingeführten sog. Bürgergelds *Spitzlei*, Das neue Bürgergeld, NZS 2023, 121 (125 ff.).

768 SG Hamburg info also 2021, 86 (87 f.).

769 LSG Sachsen-Anhalt, BeckRS 2021, 5073 Rn. 33; LSG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2022, 7111; zustimmend *Jäger/Hökendorf*, Das Sanktionsmoratorium und die Umsetzung in der Praxis, info also 2022, 147 (152).

leuchten, aber das Übrige überlässt man dann den Kollegen der Fachgerichtsbarkeit.“⁷⁷⁰

Die Aussage lässt auf ein Vertrauen des Interviewpartners schließen, dass innerhalb der Fachgerichtsbarkeit die Kompetenz besteht, verfassungsgerichtliche Aussagegehalte richtig zu deuten. Voraussetzung ist dafür auch ein durch die Besetzung der obersten Bundesgerichte abgesichertes kooperatives Zusammenwirken. Auch andere Interviewpartner haben die Einschätzung geteilt, dass ein gutes Kooperationsverhältnis zur Fachgerichtsbarkeit besteht. Dies ist die Grundvoraussetzung dafür, den Fachgerichten verfassungsgerichtliche Wertung zur Anwendung auf das einfache Recht an die Hand zu geben. Die Fachgerichtsbarkeit fungiert dann als normatives Korrektiv verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, das deren Wertungen mit tatsächlichen Gegebenheiten des Rechtsalltags in Einklang zu bringen sucht.

bb. Auslegungsbasierte Befolgung versus inhaltliche Auseinandersetzung

Der Erlass abstrakt-genereller Regelungen seitens des Gerichts ist logische Konsequenz davon, dem Gericht das Recht zur Regelung des Übergangszustands zwischen Unvereinbarerklärung und der Neuregelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber zu gewähren. Es stellt sich in dem Zuge die Frage, ob und welche Besonderheiten für die Auslegung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch Fachgerichte bestehen, damit noch von einer Befolgung ausgegangen werden kann. Im Tenor getroffene Regelungen, aber auch Entscheidungsleitsätze sind ihrem Duktus nach oftmals kaum von gesetzlichen Regelungen zu unterscheiden, wodurch eine Gleichbehandlung auch hinsichtlich ihrer Auslegungsmethodik gerechtfertigt ist.⁷⁷¹ Auch weil das Gericht abstrakt-genereller Rechtssätze gerade formuliert, um verfassungswidrige Gesetze temporär zu ersetzen oder zu modifizieren, ist eine andersartige Behandlung sinnwidrig.

Dennoch bestehen offensichtliche Differenzen zwischen abstrakt-generellen Regelungen, die durch verfassungsgerichtliche Entscheidungen erlassen wurden und solchen, die durch Gesetzgebungsorgane erlassen wurden. Faktischer Geltungsgrund gerichtlicher Regelungen ist nämlich zunächst

770 Interview Nr. 1.

771 *Lundmark/Herrmann*, Auslegung von Rechtsprechung, NJW 2020, 28 ff.

deren Überzeugungskraft, mithin ein materieller Aspekt,⁷⁷² wodurch sie sich noch in einem gewissen Maße von Gesetzen unterscheiden, deren Geltungsgrund die durch ein Verfahren gewährte und auf das Wahlvolk im Wege einer kurzen Legitimationskette zurückführbare starke demokratische Legitimationswirkung darstellt. Dies ist für sich betrachtet allerdings noch kein Grund, die verfassungsgerichtlichen Regelungen nicht einem Auslegungsvorgang zuzuführen. Für das Bundesverfassungsgericht muss man diese Betrachtungsweise nämlich etwas modifizieren. Zwar trägt die Überzeugung von der Richtigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auch zu deren Befolgung bei. Allerdings ist die Verpflichtung zur Befolgung der von ihm getroffenen Regelungen in § 31 BVerfGG auch formal festgelegt. Durch diesen formal angeordneten Rechtsanwendungsbefehl rücken sie weiter in die Richtung gesetzlicher Regelungen, sodass eine vergleichbare Auslegungsmethodik naheliegt.

Anders als ein Gesetz begründet die Bindungswirkung allerdings keinen absoluten Geltungsanspruch der verfassungsgerichtlichen Entscheidung, sondern fordert lediglich, dass das entscheidende Gericht sich mit den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts eingehend auseinandersetzt, lässt dabei aber auch begründete Abweichungen grundsätzlich zu.⁷⁷³ Dadurch wird den Anwendern des Verfassungsrechts der Diskurs mit dem Bundesverfassungsgericht über die Auslegung von grundgesetzlichen Normen eröffnet.⁷⁷⁴ Es entsteht ein Kommunikationsnetzwerk, in dem die Möglichkeit zur Äußerung seiner verfassungsrechtlichen Überzeugungen besteht. Das Bundesverfassungsgericht hat dabei zwar für ein Netzwerk untypisch⁷⁷⁵ eine autoritative Stellung gegenüber den anderen Gerichten inne. Gleichwohl entsteht durch die Einbindung in einen solchen Rahmen eine Kultur von geteilten Überzeugungen, wie etwa auch der Befolgung verfassungsgerichtlicher Autorität.⁷⁷⁶ Weil die formalisierte Kommunikation des Gerichts mit der Gesellschaft nur durch gerichtliche Verfahren erfolgen kann, trägt diese Auseinandersetzung mit den verfassungsgerichtlichen Erwägungen

772 Picker in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 85 (118).

773 Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 398 f.

774 Ebd., S. 399.

775 Vgl. Lang, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung, 2020, S. 177 f., wo er eine grundsätzlich hierarchisch aufgebaute Ordnung zwischen den Netzwerkteilnehmern als hinderlich für eine kooperative Netzwerkbeziehung benennt.

776 Vgl. ebd. S. 187 f.

in einem formalisierten Kommunikationsnetzwerk zur Rückkopplung des Bundesverfassungsgerichts an die gesellschaftlichen Werte bei. Indem sich Gerichte etwa im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle an das Bundesverfassungsgericht wenden und sich wegen der Bindungswirkung seiner Entscheidung mit seinen Erwägungen auseinandersetzen, erhalten sie Gelegenheit, dem Bundesverfassungsgericht gegenüber akzeptanzwesentliche Aspekte seiner Entscheidung zu kommunizieren. Hierzu zählen etwa die Praktikabilität der Umsetzung und die Auswirkung auf die Rechtsordnung oder sich im fachgerichtlichen Verfahren seitens der Verfahrensbeteiligten äuernde Zustimmung oder Ablehnung der verfassungsgerichtlichen Wertungen.⁷⁷⁷ Gleiches gilt für Verfassungsbeschwerden, wenn dem Beschwerdeführer im Wege einer umfassenden Substantiierungs- und Darlegungslast die Pflicht zur Begründung übertragen wird, warum von einer vorherigen verfassungsgerichtlichen Entscheidung abgewichen werden soll, sodass dieser in einem ersten Zugriff die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts prägen kann aber auch muss.⁷⁷⁸ Die Rezeption verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch die Fachgerichte ist also ein wesentliches Instrument, um dem Bundesverfassungsgericht aufzuzeigen, wie seine Entscheidungen von den Rechtsanwendern angenommen werden und mit dem Rechtsempfinden und Wertvorstellungen der Entscheidungsunterworfenen übereinstimmen. Sie bietet die Möglichkeit einer Korrektur der verfassungsgerichtlichen Deutungshoheit über das Recht und beinhaltet dadurch ein machtbegrenzendes Element.

Somit stellt es nicht ohne weiteres eine Missachtung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen dar, die einer Form der Verfassungsvollstreckung zugeführt werden müssten, wenn die Entscheidungsadressaten den materiellen Gehalt der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nicht ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Entscheidungsgehalt auf neue Verfahren anwenden. Eine solche Missachtung liegt erst dann vor, wenn die durch § 31 BVerfGG gebundenen Rechtsanwender von verfassungsgerichtlichen Wertungen abweichen, ohne den Fachdiskurs mit dem Gericht zu suchen, also sich der formalisierten Kommunikationsmittel zwischen den Gerichten zu bedienen. Eine solche Situation lag etwa vor, als die Fachgerichtsbarkeit die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Entschädigung

777 Speziell zur Praktikabilität als Argument im rechtlichen Kontext *Münkler*, Praktikabilität als rechtliches Argument?, *AöR* 146 (2021), 595 – 641.

778 *Albers*, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, *VVDStRL* 71 (2012), 257 (274).

von Enteignungen und der damit verbundenen Abgrenzung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen nicht übernommen hat, allerdings auch nicht im Wege der konkreten Normenkontrolle den Dialog zum Bundesverfassungsgericht suchte.⁷⁷⁹ In solchen Fällen ist dem Bundesverfassungsgericht regelmäßig nur möglich, sich mit dem Fall zu befassen, wenn das Fachgericht ein Privatrechtssubjekt durch seine Entscheidung in seinen Grundrechten verletzt hat, da dieses dann eine Verfassungsbeschwerde erheben kann. Wirkt sich das Urteil allerdings negativ für einen Träger hoheitlicher Gewalt aus, weil die ignorierte Verfassungsrechtsprechung für diesen günstig gewesen wäre, bleibt grundsätzlich keine Möglichkeit, das Bundesverfassungsgericht anzurufen.⁷⁸⁰ Auch wenn die Fachgerichte entgegen dem Bundesverfassungsgericht nicht von der Verfassungswidrigkeit einer Norm überzeugt sind, können sie einen unmittelbaren Dialog mit dem Bundesverfassungsgericht kaum eingehen.⁷⁸¹ Das Durchsetzungsmittel des Bundesverfassungsgerichts, auf seine eigenen Entscheidungen Bezug zu nehmen und so seine Rechtsprechung kontinuierlich zu festigen,⁷⁸² kann also daran scheitern, dass Fachgerichte die Diskursmöglichkeit mit dem Bundesverfassungsgericht aufgrund der Überzeugung von einer anderen Rechtsauffassung nicht wahrnehmen. Es wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht jedenfalls bei der Befolgung solcher Entscheidungen, die sich zugunsten des Staates und zulasten des Bürgers auswirken, von solchen Faktoren abhängig ist, die es selbst nicht zu beeinflussen vermag.⁷⁸³ Dem könnte entgegengewirkt werden, indem man die Voraussetzungen an eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 I GG lockert

779 Dazu Grimm in: *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021, S. 296 (308 f.).

780 Das BVerfG lässt zwar zugunsten einer Behörde eine Verfassungsbeschwerde in Hinblick auf die Entziehung des gesetzlichen Richters zu, vgl. BVerfGE 6, 45 (49 f.) – Staat als Beschwerdeführer (1957); E 61, 82 (104) – Sasbach (1982). Hiermit lässt sich allerdings nur die Frage nach der Entziehung des gesetzlichen Richters klären, nicht aber die sonstige Rechtsprechung des BVerfG absichern.

781 Zur Möglichkeit eines mittelbaren Dialogs durch die Aktivierung von § 76 I Nr. 2 BVerfGG Berkemann, *Machtspiele*, DÖV 2015, 393 (396); diese Möglichkeit sieht auch Roth, *Die verfassungsgerichtliche Überprüfung verfassungskonformer Auslegung im Wege abstrakter Normenkontrolle*, NVwZ 1998, 563. Gleichwohl bedarf es hier stets der Aktivierung durch Bundesregierung, Landesregierung oder durch ein Bundestagsquorum, sodass der Diskurs zwischen Fachgericht und Bundesverfassungsgericht abhängig von Dritten ist.

782 Vgl. dazu bereits o. S. 169.

783 Grimm weist darauf hin, dass erst mit dem Wechsel des Senatsvorsitzes im BGH der Streit zwischen BGH und BVerfG beigelegt werden konnte, Grimm in: *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021, S. 296 (308 f.). Dass dies kein verallgemeinerungsfähiger Mechanismus zur Entscheidungsdurchsetzung sein kann, liegt auf der Hand.

und nicht ausschließlich die Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit fordert, sondern – vergleichbar mit einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV oder hinsichtlich der abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 93 I Nr. 2 GG – auch Zweifel und Unsicherheiten über die Auslegung von Verfassungsrecht genügen lässt.

cc. Durchsetzung durch Dialog

Das kooperative Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit fußt auf gegenseitigem Respekt und Dialogbereitschaft. Dass das Bundesverfassungsgericht die Rolle des letztverbindlichen Verfassungsinterpreten eingenommen hat, bedeutet nicht, dass ein autoritatives Auftreten die einzige Möglichkeit verfassungsgerichtlicher Verfassungsauslegung gegenüber den Fachgerichten ist. *Voßkuhle* nennt am Beispiel der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen als Voraussetzung des „arbeits-teiligen (Verfassungs-)Rechtskonkretisierungsprozess[es]“, dass das Bundesverfassungsgericht den Fachgerichten keine Auslegung positiv vorschreibt, sondern bestimmte Auslegungsvarianten, die originär von den Fachgerichten in den Rechtsdiskurs eingebracht worden sind, bestätigt oder für verfassungswidrig erklärt.⁷⁸⁴ So wird das Bundesverfassungsgericht auch seiner Rolle gerecht, der Fortentwicklung des Rechts lediglich einen Rahmen zu geben, nicht aber selbst „Motor des Fortschritts“ zu werden. Auch durch die stärkere Einbindung der vorlegenden Gerichte in die verfassungsgerichtliche mündliche Verhandlung vermag die Dialogfreude der Fachgerichte gesteigert zu werden.⁷⁸⁵ Die grundsätzliche Folgebereitschaft der Fachgerichtsbarkeit für verfassungsgerichtliche Entscheidungen wird auch hierin begründet sein. Weil das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nicht autoritär gegenüber der Fachgerichtsbarkeit auftritt, bringt diese dem Gericht das erforderliche Maß an Rücksicht entgegen.

784 *Voßkuhle*, Verfassungskonforme Auslegung, AöR 125 (2000), 177 (198); eingehend dazu u. S. 283 ff.

785 Vgl. *Robbers*, der auf eine Anhörung des Vorsitzenden eines vorlegenden Spruchkörpers hinweist, *Robbers*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, 935 (939).

e. Zusammenfassung: Prozessuale Folgerungen

Die besonderen Fragen der unterschiedlichen Tenorierungsvarianten ergeben sich also immer dann, wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidungsformel von dem Regelfall der unbedingten Verfassungsmäßigerklärung oder der unbedingten Nichtigerklärung abweicht. In einem solchen Fall einer rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme von dieser Dichotomie muss sich das Bundesverfassungsgericht eingehend mit den Fragen der inhaltlichen Begründung nicht nur seiner Sachentscheidung, sondern vor allem auch der Wahl der Tenorierungsvariante auseinandersetzen. Für die Frage, wie konkret materielle Vorgaben für den Gesetzgeber sein dürfen, muss das Gericht unter anderem eine Prognoseentscheidung anstellen, etwa über die Wahrscheinlichkeit des tatsächlichen Eintritts eines verfassungswidrigen Zustands⁷⁸⁶ oder den Implementationsaufwand der Entscheidung.⁷⁸⁷ Mit dieser Determinationskraft des Entscheidungsausspruchs geht unter Umständen auch ein Auslegungsvorgang durch die Fachgerichtsbarkeit einher, den das Bundesverfassungsgericht ein Stück weit antizipieren muss.

Für das Rechtsfolgenmanagement durch Tenorierungsvarianten ist erheblich, in welchem Maße der demokratische Deliberationsprozess erschwert, verkürzt oder determiniert wird. Wichtiges Kriterium dabei ist, wem die Letztverantwortung für die normative Gesamteinordnung der Sachmaterie zukommt. Verpflichtet das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zur Neuregelung eines Sachgebiets, so kann es lediglich verbindliche Aussagen über die Auslegung von Verfassungsrecht liefern, nicht aber die normgestaltenden Schlussfolgerungen hierfür ziehen.⁷⁸⁸ Eine ähnliche kompetenzielle Frage gilt für den Umgang mit der Fachgerichtsbarkeit. Das Bundesverfassungsgericht liefert zwar die normativen Rahmenbedingungen, die Fachgerichtsbarkeit nimmt diese allerdings auf und wendet sie auf die Rechtsrealität an. So führt die Auslegung verfassungsgerichtlich gesetzter Normen dazu, dass sie auf ihre Praktikabilität hin getestet werden kann.

786 Vgl. o. S. 206.

787 Vgl. o. S. 208.

788 Zu derartigen Übergriffen in den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers *Aswege*, Quantifizierung von Verfassungsrecht, 2016, S. 465 ff.; dazu auch *Meßerschmidt*, Quantitative Vorgaben in der Gesetzgebung und ihre judikative Kontrolle, DÖV 2023, 225 (228).

Unterschiedliche Tenorierungsvarianten heranzuziehen ist also ein Mittel des Rechtsfolgenmanagements. Das macht es gleichzeitig zu einem Durchsetzungsinstrument, weil es die Akzeptanz für verfassungsgerichtliche Entscheidungen steigert. Um den Regelungsgehalt dieses Mittels voll zu entfalten, zieht das Gericht zuweilen § 35 BVerfGG hinzu. Nachdem etwa die Frist abgelaufen ist, die das Gericht zur Neuregelung einer für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten Norm gesetzt hat, kann es diese Norm gem. § 35 BVerfGG für nichtig erklären. Vorher wägt es das öffentliche Interesse an der Nichtigkeit einerseits und das Interesse derjenigen, die von der Nichtigkeitsklärung beeinträchtigt werden, andererseits ab. Dies erfordert somit eine Prognose der Folgen der Nichtigkeitsklärung sowie eine Überprüfung des Umsetzungsstandes der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zum Zeitpunkt des Fristablaufs.⁷⁸⁹ Ebenfalls ist die im Rahmen des Tenors getroffene Verpflichtung des Gesetzgebers zur Neuregelung abhängig von der Frage, wie effektiv das Bundesverfassungsgericht sie durchsetzen kann. Auch hierfür ist also ein Kontrollverfahren erforderlich, in dem das Gericht den Umsetzungsstand seiner Entscheidung überprüft und notfalls durchsetzende Regelungen trifft. Die Anwendung alternativer Tenorierungsvarianten zur Nichtigkeitsklärung oder Verfassungsmäßigerklärung bringt insofern eigenständige prozessuale Erfordernisse mit sich, die prognostische sowie kontrollierende Elemente enthalten. Sie zeichnen den Abwägungsprozess vor, der einer Entscheidung für beziehungsweise gegen eine alternative Tenorierungsvariante vorangeht. Weil die Tenorierungsvarianten die möglichst schonende Effektivierung materieller verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bezwecken, lässt sich dieses Auswahlverfahren dem verfassungsprozessualen Durchsetzungsverfahren zuordnen.

4. Fazit: Tenorierungsvarianten als komplexes Durchsetzungsinstrument

Die Praxis, alternative Tenorierungsvarianten zur Nichtigkeitsklärung und zur Vereinbarerklärung zu schaffen, bietet dem Bundesverfassungsgericht in erster Linie eine Möglichkeit, die Folgen eines Normwegfalls zu kompensieren und abzumildern. Sie bringt allerdings Folgefragen mit sich, die

789 Ein solches Umsetzungs-Monitoring verursacht einen personellen Mehraufwand für das ohnehin schon überlastete Gericht. Vor dem Hintergrund ist es nachvollziehbar, wenn auch normtheoretisch unsauber, wenn für unvereinbar erklärte Gesetze nach Fristablauf lediglich nicht mehr angewendet werden, ohne dass das BVerfG sie explizit für nichtig erklärt hat.

sich das Gericht bei der Wahl einer Tenorierungsvariante vergegenwärtigen muss. Sowohl gegenüber dem Gesetzgeber als auch gegenüber der Fachgerichtsbarkeit tun sich Kompetenz- und Abgrenzungsfragen auf. Zum einen muss das Gericht sich bei der Folgenabwägung, die der Wahl einer Tenorierungsvariante vorausgeht, an rechtlichen Maßstäben orientieren und darf keine Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers ersetzen. Zum anderen hat es beim Erlass normativ wirkender Anordnungen im Zuge einer Tenorierungsvariante in den Blick zu nehmen, dass diese durch die Fachgerichtsbarkeit ausgelegt und auf die rechtstatsächlichen Gegebenheiten angewendet wird. Dies stellt ein Korrektiv für die ansonsten weitreichende Kompetenz des Gerichts dar. Die Tenorierungsvarianten sind insofern ein aus multiplen Perspektiven interessantes Durchsetzungsinstrument des Bundesverfassungsgerichts, das formelle und informelle Durchsetzungsinstrumente in sich vereint. Sie sind exemplarisch für die Komplexität des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens.

VI. Bedürfnis normativer Anreicherung

Das Bundesverfassungsgericht kann somit seine Entscheidungen mittels einer Mehrzahl normierter sowie informeller Instrumenten durchsetzen. Diese Instrumente kann das Gericht nutzen, um sowohl konkrete Entscheidungen zu effektuieren als auch eine allgemeine Akzeptanz für verfassungsgerichtliche Entscheidungen und die Institution Bundesverfassungsgericht als solche zu sichern.

Neben den Möglichkeiten, die derartige Durchsetzungsmittel mit sich bringen, ist das Bundesverfassungsgericht allerdings auch vor die Herausforderung der korrekten Auswahl und Anwendung der entsprechenden Mittel gestellt. Das Gericht muss die Frage nach der Wahl des am besten geeigneten Durchsetzungsinstruments beantworten, sowie das entsprechende Instrument bedarfsgerecht ausgestalten. Dabei kann es fachgerichtliches Prozessrecht nicht ohne weiteres heranziehen, weil das verfassungsgerichtliche Durchsetzungsverfahren in deutlich höherem Maße als das fachgerichtliche Durchsetzungsverfahren auf informelle Instrumente setzt, für die auch das einfachgesetzliche Prozessrecht über keine umfassenden Regeln verfügt.⁷⁹⁰ Das Gericht muss etwa seine rechtlichen Erwägungen sprachlich präzise fassen, um eine bestimmte Rezeption zu bewirken. Auch der Rege-

790 Vgl. S. 149.

lungsgehalt der einstweiligen Anordnungen, Durchsetzungsanordnungen und der Anordnungen im Rahmen nicht normierter Tenorierungsvarianten muss erarbeitet und ausformuliert werden. Dies sind Folgeprobleme der geringen Regelungsdichte des BVerfGG, mit denen sich das Gericht konfrontiert sieht. Die Systematik des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsregimes bedarf insofern der normativen Anreicherung durch das Bundesverfassungsgericht. Die soeben dargestellten Durchsetzungsmittel des Bundesverfassungsgerichts erfahren erst auf diese Art ihre volle Wirkkraft.

D. Zwischenergebnis: Der Rahmen des Durchsetzungsrechts

Das Durchsetzungsrecht verfolgt als besonderer Teil des Prozessrechts eine legitimitätsfördernde Zwecksetzung. Einerseits hat es zum Ziel, das objektive Vertrauen in die Rechtsordnung zu bestärken, andererseits müssen dem Rechtssuchenden effektive Mittel zur tatsächlichen Durchsetzung seiner Rechte zur Verfügung gestellt werden. Dem Verfassungsprozessrecht kommt dabei die Funktion zu, entscheidungsbedürftige Sachverhalte zu identifizieren. Dies erstreckt sich auch auf das Durchsetzungsrecht, denn das Bundesverfassungsgericht muss teilweise das Durchsetzungsbedürfnis einer Entscheidung feststellen, bevor es konkrete Durchsetzungsmaßnahmen ergreifen kann. Teil des Durchsetzungsverfahrens ist somit auch ein Überwachungsverfahren hinsichtlich der Entscheidungsumsetzung.⁷⁹¹

Zur Durchsetzung der Entscheidungen stehen dem Gericht eine Vielzahl an Instrumenten zur Verfügung. Sie haben den Zweck, die in § 31 BVerfGG normierte Bindungswirkung des Gerichts abzusichern. Neben konkreten Einzelmaßnahmen, die zeitlich vor, mit und nach Erlass der Hauptsacheentscheidung ergehen können, hat das Gericht die Möglichkeit, sich unterschiedlicher Tenorierungsvarianten oder vielgestaltiger informeller Instrumente zu bedienen. Es hat sich gezeigt, dass die verschiedenen Methoden der Durchsetzung komplex miteinander verbunden sind und es bisweilen unklar ist, wann das Bundesverfassungsgericht sich für die Nutzung welcher Form der Durchsetzung entscheidet. Weiterhin ist noch nicht ergründet, wie das Gericht die möglichen Durchsetzungsinstrumente aktiviert und ausgestaltet. Diese Einordnung der Durchsetzungsinstrumente hat ergeben, dass die Anwendung der dem Bundesverfassungsgericht ge-

791 Zum verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonitoring s. u. S. 292 ff.

geben und von ihm entwickelten Instrumente einer weiteren normativen Ausfüllung bedarf, um sie nachvollziehen zu können. Die Untersuchung der oben geforderten Dogmatik des verfassungsgerichtlichen Prozessrechts ist deswegen insbesondere auch für ein nachvollziehbares Durchsetzungsrecht maßgeblich.⁷⁹²

Damit ist ein Rahmen des Durchsetzungsrechts als Grundlage der weiteren Untersuchung gelegt. Dieser Rahmen ist durch die Rollenerwartung des Bundesverfassungsgerichts, wie auch Funktion und Systematik des Prozess-, konkreter noch des Durchsetzungsrechts vorgezeichnet. Er muss die an das Gericht gestellte Rollenerwartung bedienen und die Rolle des Stabilitätsfaktors für den Staat mit der Rolle des Hüters der Grundrechte fein austarieren. Politische Weitsicht des Gerichts ist bei der Anwendung der ihm zur Verfügung stehenden Mittel ebenso wichtig wie die Fähigkeit, konträr zu manchen Erwartungshaltungen keine politischen Entscheidungen zu treffen. Das bedeutet nicht, dass sich das Gericht *contra legem* unter einer Anwendung der *political question*-Doktrin einer rechtlich angezeigten Entscheidung entziehen darf.⁷⁹³ Aus Legitimitätsgesichtspunkten muss die eigentliche politische Kontroverse aber im spezifisch politischen Raum bleiben.⁷⁹⁴ Daraus erwächst die Anforderung an das Durchsetzungsrecht, anderweitig die Akzeptanz des Gerichts zu sichern. Dies geschieht, indem das Gericht durch seine Durchsetzungsinstrumente rechtliche Wertungen absichert, nicht aber den gesellschaftlichen Diskurs determiniert. Wo dies möglich ist, muss das Gericht sich bei seinen Durchsetzungsmaßnahmen also darauf beschränken, einen Rahmen zu geben und den an die Entscheidung gebundenen Organen einen möglichst weitreichenden inhaltlichen Entscheidungsspielraum zu erhalten.

792 Vgl. S. 159.

793 Vgl. dazu o. Fn. 225.

794 Zu dieser Doktrin etwa *Dolzer*, Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, 1972, S. 109 ff., der aber sogar eine Übertragbarkeit auf das deutsche Verfassungsrecht annimmt.

