Studien und Materialien
zur Verfassungsgerichtsbarkeit 119

Christoph Schröder

Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Studien und Materialien
zur Verfassungsgerichtsbarkeit
Band 119
Herausgegeben von Prof. Dr. Frank Schorkopf

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Christoph Schröder

Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Veröffentlichung wurde aus Mitteln des Publikationsfonds NiedersachsenOPEN, gefördert aus zukunft.niedersachsen, unterstützt.

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

Zugl.: Göttingen, Universität, Diss., 2025

1. Auflage 2025

© Christoph Schröder

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-3410-9
ISBN (ePDF): 978-3-7489-6279-3

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748962793

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort und Danksagung

Die vorliegende Arbeit ist zwischen August 2020 und September 2024 am Lehrstuhl für öffentliches Recht und Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen entstanden. Sie wurde im März 2025 von ihrer Juristischen Fakultät als Dissertationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten umfänglich bis September 2024 sowie vereinzelt noch bis Mai 2025 berücksichtigt werden.

Eine Doktorarbeit – wie wohl auch jede andere wissenschaftliche Arbeit – anzufertigen ist kein linearer Prozess, der in den seltensten Fällen nur dem Autor zugerechnet werden kann. Entsprechend hätte auch diese Arbeit nicht so zustande kommen können, wie sie es nun ist, ohne dass eine Vielzahl an Menschen dazu beigetragen hat. Ihnen bin ich zu Dank verpflichtet!

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Frank Schorkopf*, der mich nicht nur ermutigt hat, meine Themensuche im Verfassungsprozessrecht voranzutreiben und so die Weichen dafür gestellt hat, dass ich mich vier Jahre intensiv mit einer Materie beschäftigen durfte, die mir große Freude und viele Erkenntnismomente bereitet hat. Vielmehr hat er in meiner Zeit an seinem Lehrstuhl durch sein Vorbild mein Interesse an der Forschung erst geweckt und meine wissenschaftliche Fortentwicklung gefördert. Auch danke ich ihm für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der „Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit".

Prof. Dr. *Hans Michael Heinig* danke ich für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens und die wertvollen Anmerkungen, die er mir in diesem Rahmen für meine Arbeit gegeben hat.

Mein Dank gebührt auch den amtierenden und ehemaligen Richterinnen und Richtern des Bundesverfassungsgerichts, die sich bereit erklärt haben, mir im Rahmen von Leitfadeninterviews Einblicke in die Abläufe des Gerichts zu geben und mir so ermöglicht haben, die Durchsetzung der gerichtlichen Entscheidungen nicht nur aus einer Außenperspektive nachzuvollziehen. Namentlich danke ich Prof. Dr. Dr. *Udo Di Fabio,* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Dieter Grimm,* Prof. Dr. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Prof. Dr. *Peter M. Huber*, Prof. Dr. *Ferdinand Kirchhof*, Prof. Dr. Dres. h.c. *Paul Kirchhof*, Prof. *Herbert Landau*, Prof. Dr. *Christine Langenfeld*, Prof. Dr. h.c. *Rudolf Mellinghoff*, Prof. Dr. *Andreas L. Paulus*, Prof. Dr. *Udo Steiner*, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Andreas Voßkuhle*.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Danken möchte ich zudem Dr. *Ferdinand Weber,* Dr. *Sven Wedemeyer*, *Julian Jansen, Leonard Hoffmann, Luca Duda, Maximilian Mitter* und dem gesamten Lehrstuhlteam des Lehrstuhls für öffentliches Recht und Europarecht, die stets wertvolles Feedback gegeben haben – sei es beim Gespräch im Büro oder aber nach aufwendiger Lektüre einzelner Manuskriptteile – und mich auch abseits vom fachlichen Programm auf viele schöne Lehrstuhljahre zurückblicken lassen.

Ebenfalls gilt mein Dank Prof. Dr. *Bernd Rohlfing,* der mir bei meiner dienstlichen Tätigkeit immer genug Freiraum gelassen hat, um meine Arbeit weiter voranzubringen. Ein besonderer Dank gilt zudem *Niklas Schröter*, der sich die Mühe gemacht hat, mein gesamtes Manuskript zu lesen und mir wertvolle Anregungen zu geben.

Neben diesem fachlichen Nährboden ist der menschliche Rückhalt wohl das Wichtigste für eine gelungene Promotionszeit, ohne dass die Zugehörigkeit zu der einen oder der anderen Gruppe in einem Ausschließlichkeitsverhältnis stünden. *Jan Hendrik Schrape* danke ich für freundschaftlichen Rückhalt seit fast zehn Jahren in allen Höhen und Tiefen. Meine Freundin *Celine* hat mich immer ermutigt, manchmal ertragen und das ein oder andere Mal auch daran erinnern müssen, dass man die Arbeit auch mal Arbeit sein lassen darf.

Und schließlich gilt mein besonderer Dank meiner Familie. Meine Eltern, *Dirk Schröder* und *Rebecca Schröder* haben mich stets begleitet, unterstützt und mir alles ermöglicht. Dass meine Mutter es noch auf sich genommen hat, die Arbeit Korrektur zu lesen, ist hierbei nur das Sahnehäubchen. Auch auf meine Geschwister *Lukas, Johanna* und *Marieke* war und ist stets Verlass. Meine Großeltern *Dorothee* und *Horst Fädrich* sowie *Gisela* und *Gerhard Schröder* haben mich stets bestärkt. Ich bin dankbar zu wissen, dass sie stolz auf mich sind.

Göttingen, im Mai 2025

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 13

§ 1 Einleitung 19

A. Problemaufriss und Erkenntnisziel 19

B. Gang der Untersuchung 24

C. Methodik der Leitfadeninterviews 26

I. Nutzen von Leitfadeninterviews 28

1. Charakteristika von Leitfadeninterviews 28

2. Möglichkeiten und Grenzen 30

II. Konzeption der Studie 31

1. Inhalt des Fragebogens 32

2. Auswahl der Befragten und Durchführung der Befragung 34

3. Analysemethode der Antworten 35

§ 2 Institutionelle Akzeptanz und Befolgung 39

A. Akzeptanz als Grundlage der Befolgung 39

B. Rollenkonformes Verhalten als Faktor der Akzeptanz 43

I. Der Einfluss des BVerfG auf seine Rolle 44

1. Der Statusstreit als historischer Grundstein der Autorität 45

2. Entscheidungslinien und funktionales Selbstverständnis 48

a. Politische Neutralität 49

b. Hüter der Grundrechte 54

c. Stabilitätsfaktor des Staatswesens 62

d. Schutz der Grundrechte und des Staatswesens als selbstgezeichnetes Bild 65

3. Zwischenbilanz – Selbstbild des Gerichts 66

II. Funktionale Erwartungen an das Gericht 67

1. Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung 69

a. Drohende Akzeptanzerosionen durch politische Aktivierungsversuche 70

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

b. Mögliche Akzeptanzerhöhung durch die Richterwahl 73
c. Schutz der Verfassung durch Minderheitenschutz 75
d. Zusammenfassung: Akzeptanz durch politisch neutrale Verfassungssicherung 77
2. Ordnungsstiftende Funktion für Politik und Gesellschaft 78
a. Die Ordnung einer pluralen Gesellschaft 78
b. Staatsorganisatorische Ordnungsfunktion 82
c. Selbstbeschränkung auf normative Vorgaben 84
3. Triebkraft für politischen Fortschritt? 85
4. Zusammenfassende Folgerung: Umgang mit enttäuschten Rollenerwartungen 91
III. Abgeleitete Autorität als Resultat der Verfassungsakzeptanz 93

C. Der Rahmen durchsetzungsverfahrensrechtlicher Regelungen 95

§ 3 Verfahrensunabhängige Akzeptanzsicherungsmechanismen 97

A. Realisierung gesellschaftlicher Wertvorstellungen durch plurale Besetzung 97
I. Gesellschaftliche Werte und Institutionenakzeptanz 97
II. Diffizile Ermittlung der Wertvorstellungen 100
III. Formale Pluralitätsabsicherung statt materieller Wertermittlung 102
IV. Absicherung der Befolgung durch organisatorisches Prozessrecht 104

B. Vernetzung des Gerichts mit Rezipienten 105
I. Das Bundesverfassungsgericht und die sonstigen Verfassungsorgane 106
II. Das Bundesverfassungsgericht und die Fachgerichtsbarkeit 111
III. Zusammenfassung 115

C. Öffentliche Anerkennung und Selbstpräsentation 116
I. Selbstdarstellung durch Symbolik 117
II. Positive und negative Wirkung des öffentlichen Auftretens 118
III. Autonomie der Selbstdarstellung 120

D. Verfahrensunabhängige Akzeptanzsicherung im verfahrensrechtlichen Rahmen 121

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 4 Durchsetzungselemente des konkreten Verfahrens 123

A. Funktionen des Verfassungsprozesses 123
I. Die funktionale Perspektive auf den Prozess 124
1. Dienende Funktion oder Eigenwert des Prozesses? 125
2. Der Prozess als selbstkontrollierter Filter und Multiplikator des BVerfG 128
3. Zwischenergebnis 130
II. Die legitimatorische Perspektive auf den Prozess 131
1. Legitimationsfunktion des Prozesses 131
2. Verfassungsprozessrecht als Kommunikationsrahmen? 135
3. Zwischenergebnis 138
III. Folgen für das Durchsetzungsverfahren 139
1. Umfassender Rechtsschutz durch subjektive Funktion 139
2. Legitimationsstiftende Wirkung durch objektive Funktion der Durchsetzung 141

B. Ausgestaltung durch BVerfG und Gesetzgeber 143
I. Methodik der Prozessrechtsgestaltung durch das Bundesverfassungsgericht 144
II. Teilnehmer der Normimplementation 150
1. Positivierte Normen 150
2. Nicht positivierte Normen 154
3. Das BVerfG als abhängiger Herr des Durchsetzungsverfahrens 157
III. Zwischenergebnis 160

C. Die verfahrensabhängigen Durchsetzungsregelungen des Bundesverfassungsgerichts 161
I. § 31 BVerfGG als Ausgangspunkt der Durchsetzung 161
II. Gemeinsame Grenzen der Durchsetzungsinstrumente 164
III. Informelle Instrumente 168
1. Diffuser Anwendungsbereich aufgrund der Informalität 169
2. Inhaltliche Ausgestaltung informeller Instrumente 176
IV. Explizite Anordnungen eines konkreten Verhaltens 179
1. Präventive Absicherung durch § 32 BVerfGG 181
a. Mittelbare und unmittelbare Wirkungen der einstweiligen Anordnung 181
b. Bestimmung des Inhalts unter dem Aspekt der Gebotenheit 185

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG 188
a. Vollstreckungsfähigkeit jeder verfassungsgerichtlichen Wertung 189
b. Negativbestimmung des zulässigen Inhalts 192
3. Zwischenfazit: Wechselseitiges Zusammenspiel mit informellen Instrumenten 194
V. Sonderfall: Tenorierungsvarianten 195
1. Rechtsfolgenmanagement eines Normwegfalls durch Tenorierung 196
2. Inhaltliche Selbstbeschränkung zur Kompetenzwahrung 199
3. Grundannahmen zur Beeinträchtigungsintensität 203
a. Intertemporaler Ansatzpunkt der Verfassungswidrigkeit 203
b. Zeitliche Wirkung der Rechtsfolgenregelung 206
c. Determinationskraft von Rechtsfolgenregelungen 211
d. Auslegung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch Fachgerichte 216
aa. Die Fachrechtsprechung als normatives Korrektiv 216
bb. Auslegungsbasierte Befolgung versus inhaltliche Auseinandersetzung 218
cc. Durchsetzung durch Dialog 222
e. Zusammenfassung: Prozessuale Folgerungen 223
4. Fazit: Tenorierungsvarianten als komplexes Durchsetzungsinstrument 224
VI. Bedürfnis normativer Anreicherung 225
D. Zwischenergebnis: Der Rahmen des Durchsetzungsrechts 226

§ 5 Verfahrensstadien der Durchsetzung 229

A. Durchsetzungsantizipation der Entscheidungsgehalte 230
I. Grundlagen der Prognoseentscheidung 231
1. Tatsachenbasis und verfassungsgerichtliche Einschätzungsprärogative 232
2. Prognosemethode 233
3. Modifikationserfordernis nach Prognoserichtung 236
II. Prognose der Betroffenenakzeptanz 237
III. Prognose späterer Durchsetzbarkeit des Entscheidungsgehalts 241

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Erforderliche Feststellung der Quantifizierbarkeit 244

B. Durchsetzungsmechanismen im Hauptverfahren 245

I. Diskursive Verfahrensgestaltung 246

1. Nutzen und Wirkweise der Diskursivität 247

a. Anerkennungsfähigkeit der Entscheidung 247

b. Gewährleistung einer multiperspektivischen Entscheidungsgrundlage 250

2. Mittel diskursiver Verfahrensgestaltung 253

a. Die mündliche Verhandlung als Faktor transparenter Diskursivität 253

b. Diskurs durch Beweismittel 257

c. Grenzen diskursiver Verfahrensgestaltung 260

3. Steuerungsmöglichkeiten des Gerichts 262

4. Zusammenfassung: Befolgung durch Input-Möglichkeiten 264

II. Die Entwicklung autoritativer Entscheidungsaussprüche 266

1. Feststellung der Notwendigkeit einer Tenorierungsvariante 267

2. Inhaltliche Ausgestaltung befolgungsfähiger Tenorierungsvarianten 272

3. Kommunikativ-autoritative Elemente ohne Tenorierungsvarianten 283

III. Zusammenfassung: Zusammenspiel von Diskursivität und Autorität 290

C. Der Hauptsache nachgelagerte Durchsetzungsmechanismen 292

I. Verfassungsgerichtliches Monitoring-Verfahren 292

1. Möglichkeiten des gerichtlichen Monitorings 293

2. Das BVerfG als Monitor 296

a. Selektion des Überwachungsgegenstands 298

b. Handlungsformen gerichtsseitigen Monitorings 300

c. Eingeschränkte Steuerungsmöglichkeiten 304

3. Die Mobilisierung Dritter zum Monitoring 305

4. Monitoring als Zusammenspiel formeller und informeller Instrumente 310

II. Nachsteuerungsmöglichkeiten des Gerichts 311

1. Relevanz von Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG 312

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Kommunikative Entscheidungsvermittlung 317
a. Die Presse als institutionalisierter Informationsmittler 319
b. Entscheidungserläuterung durch die Richter 325
c. Zusammenfassung 331
3. Kommunikativ ausgetragene Konflikte 333
a. Unmittelbare Kommunikation bei politischer Brisanz 333
b. Offene Konfrontation bei offensichtlicher Überordnung 337
c. Zusammenfassung 342
4. Die kommunikative Konfliktlösung eines abhängigen BVerfG 343
III. Schlussfolgerung: Informell-kommunikative Durchsetzungsmechanismen statt formeller Vollstreckung 344
D. Zusammenfassung: Das Gericht in institutionalisierter Abhängigkeit 347

§ 6 Schluss 351

Literaturverzeichnis & Quellen 361
Verwendete Literatur 361
Quellen 393
Nicht gedruckte Quellen 395
Sonstige Quelle 395

Anhang I 397

Anhang II 399

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Bedeutung
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
Annu. Rev. Sociol	Annual Review of Sociology
AO	Anordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ARPS	Annual Review of Political Science
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz
BArch	Bundesarchiv
BayVBl	Bayrische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
CDU/CSU	Christlich Demokratische Union Deutschlands/Christlich Soziale Union in Bayern
DB	Deutsche Bahn
DDR	Deutsche Demokratische Republik

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders./dies.	derselbe/ dieselbe
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Dr.	Doktor
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
e.A.	einstweilige Anordnung
ebd.	Ebenda
Ed.	Edition
EL	Ergänzungslieferung
EP	Europäisches Parlament
et al.	et alii
EUConst	European Constitutional Law Review
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuWG	Europäisches Wahlgesetz
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldtammer's Archive für das Strafrecht
gen.	genannt
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GO	Geschäftsordnung
GS	Gedächtnisschrift
h.c.	honoris causa
Hess.	Hessischer
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IfSG	Infektionsschutzgesetz
info also	Informationen zum Arbeitslosen- und Sozialhilferecht
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m	in Verbindung mit
JBl.	Juristische Blätter
JOP	The Journal of Politics
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
krit.	kritisch
LG	Landgericht
LSG	Landessozialgericht
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZZ	Neue Züricher Zeitung
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
OMT	Outright Monetary Transactions
OVG	Oberverwaltungsgericht
öZBl	österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis
PM	Pressemitteilung
Prof.	Professor
PSPP	Public Sector Purchase Program
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rn.	Randnummer
RdA	Recht der Arbeit
RuP	Recht und Politik
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Seite
SG	Sozialgericht
s.o./ s.u.	siehe oben/ siehe unten
sog.	sogenannt
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozessordnung
SWR	Südwestrundfunk
ThUG	Therapieunterbringungsgesetz

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

u.a.	unter anderem
US/USA	United States/ United States of America
v.	vom/von
VerfBlog	Verfassungsblog
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WEP	West European Politics (Zeitschrift)
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 1 Einleitung

A. Problemaufriss und Erkenntnisziel

„Well: John Marshall has made his decision, now let him enforce it!" Diese Aussage, die der amerikanische Präsident *Andrew Jackson* getätigt haben soll,[1] nachdem der US Supreme Court die Regelung der Beziehungen zwischen Gliedstaaten der USA und den Cherokee 1832 untersagt hatte,[2] ist paradigmatisch für die wohl größte Herausforderung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Während Verfassungsgerichte nämlich Entscheidungen mit weitreichenden rechtlichen, politischen und gesellschaftlichen Folgen treffen, haben sie oftmals nur eingeschränkte Möglichkeiten, ihre Entscheidungen zu vollstrecken.[3] *Jackson* insinuiert, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Entscheidungsdurchsetzung auf sich allein gestellt, jedenfalls aber von der Unterstützung anderer abhängig sei.[4] Zwar leidet die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit noch nicht in gleichem Maße wie in einer Reihe anderer Verfassungsordnungen zu beobachten an einem sinkenden gesellschaftlichen Rückhalt.[5] Gleichwohl lässt sich auch hinsichtlich der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit eine partiell erodierende Befolgungsbereitschaft beobachten.[6] Geht man mit *Kelsen* und *Merkl* davon aus, dass die Verfassung erst durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit vollumfänglich ihre

1 Ihm wohl aber fälschlicherweise zugeordnet, vgl. *Miles,* After John Marshall's Decision: Worcester v. Georgia and the Nullification Crisis, The Journal of Southern History, 39 (1973), 519.

2 U.S. Supreme Court, Worcester v. Georgia, 31 U.S. 515 (1832).

3 *Carrubba,* Model of Endogenous Development, JOP 71 (2009), 55 (56).

4 Anhand dieser Haltung *Jacksons* und ihrer späteren Änderung wird deutlich, wie sehr die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auch politische Determinationskraft beinhaltet, dazu *Breyer,* The Cherokee Indians and the Supreme Court, Journal of Supreme Court History 2000, 215 (224 ff.).

5 Zur wachsenden Bedrängnis der Verfassungsgerichtsbarkeit *Voßkuhle,* Die weltweite Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit, JZ 2024, 1 ff.

6 Vgl. zur Umsetzungsverweigerung, gleichwohl in Ausnahmefällen, *Koepsell,* Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, 2023, S. 4 f., 7 ff.; die Erosion der Folgebereitschaft reiht sich in ein insgesamt bestehendes Phänomen ein, dass Verfassungsgerichte basierend auf politischen Gegebenheiten mehr oder weniger Gegenwind erfahren, *Manow,* Der Geist der Gesetze, Merkur 891 (2023), 5 (7 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wirkung entfalten kann,[7] so kommt man in dem gleichen Gedankengang nicht umhin, einen Schritt weiter zu gehen und eine durchsetzungsstarke Verfassungsgerichtsbarkeit als Bedingung für eine vollumfänglich wirkende Verfassung zu betrachten. Die Effektuierung des normativen Gehalts einer Verfassung kann nämlich nur dann durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit realistischerweise erreicht werden, wenn diese Verfassungsgerichtsbarkeit ihre Entscheidungen über jenen normativen Gehalt umzusetzen vermag. Weil das Bundesverfassungsgericht selbst aber „keine Truppen" hat, die seine Entscheidungen vollstrecken könnten, ist es auf eine freiwillige Befolgungsbereitschaft angewiesen.

Die bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen sind – wenigstens ihrem Grundsatz nach – vollstreckungsfähig. Dies ergibt sich nicht nur aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz effektiven Rechtsschutzes,[8] sondern auch aus der Regelung des § 35 BVerfGG, wonach sowohl die Wahl des Vollstreckungsorgans als auch in Ausnahmefällen Art und Weise der Vollstreckung dem Einfluss des Gerichtes unterliegen. Die Frage nach einer Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist dabei insbesondere bedeutsam, weil diese oftmals vorangegangenen politischen Disputen entspringen und sich so nicht lediglich auf die Ebene rechtlicher Wertungen beschränken. Anders als in den fachgerichtlichen Vollstreckungsverfahren[9] ist das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts trotz seiner erheblichen Tragweite allerdings nur lückenhaft positiv normiert. Die hauptsächliche Regelung der Entscheidungsdurchsetzung erfolgt durch das Gericht selbst.[10] Das ist zunächst nicht bedenklich, wird doch durch derartiges „Richterrecht" keine neue parallele Rechtsordnung geschaffen, sondern lediglich das geltende positive Recht konkretisiert, ergänzt und durch Um- und Neubildung ausgebaut.[11] Diese Selbstregelungsfähigkeit wirft allerdings

7 *Merkl,* Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, öZBl 39 (1921) 569 (579); *Kelsen* spricht von rechtstechnischen Garantien für die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, *Kelsen,* Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 30 (31 ff.).

8 Zu dem Zusammenhang zwischen Vollstreckung und dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes *Berkemann,* Machtlose Verwaltungsgerichte?, DÖV 2019, 761 (763).

9 Vgl. etwa §§ 704 – 959 ZPO, §§ 449 – 463d StPO, §§ 167 – 172 VwGO, in der VwGO findet sich wohlgemerkt ein Verweis in die ZPO.

10 Dazu etwa *Schneider,* Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, NJW 1994, 2590 (2592 f.); *Gaier,* Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, JuS 2011, 961 (961 f.).

11 *Esser,* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 194; zum Begriff des „Richterrechts" *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, 11. Auflage 2019, Rn. 235.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine Vielzahl an Fragen auf. Sie reiht sich etwa in das langanhaltende Streitthema der „Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts“[12] ein oder fordert die Erörterung der materiellen Grenzen der Vollstreckungskompetenz des Gerichts.[13] Neben solchen materiell-verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Aspekten scheint aber ein Themenfeld ein nicht gerechtfertigtes Schattendasein zu pflegen: die verfahrensrechtlichen Aspekte der Vollstreckung. Die Thematik wird zwar mitunter angeschnitten, eine umfassende Darstellung des Durchsetzungsverfahrens sucht man allerdings – schwer nachvollziehbar – vergeblich.[14] Vor dem Hintergrund eines Erfordernisses der Absehbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, auch prozessualer Natur, ist es nämlich dringend geboten, das Verfahren ihrer Durchsetzung und Effektuierung nachvollziehbar zu veranschaulichen.[15]

Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts ist komplex. Obwohl § 35 BVerfGG explizit von der Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen spricht, ist das Spektrum verfassungsgerichtlicher Durchsetzungsmechanismen breiter gefasst. Es gibt nicht von vornherein eine singuläre Möglichkeit, die Entscheidungen zu effektuieren. Deswegen ist der Entscheidungsfindungsprozess des Gerichts, wie die einzelnen Entscheidungen bestmögliche Geltung erlangen können, nicht als binäre „wenn – dann“ – Relation ausgestaltet. Erkenntnisziel der vorliegenden Arbeit ist es deshalb, zu beleuchten, welches Verfahren mit der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen einhergeht.

Der intuitive erste Zugriff auf das verfassungsgerichtliche Durchsetzungsverfahren führt zur bereits angesprochenen Vollstreckungsnorm des § 35 BVerfGG. Die Vorschrift diente dem Bundesverfassungsgericht beispielsweise als Grundlage teils weitreichender, gesetzesähnlicher Anordnungen. Ihrem Wortlaut nach kann das Bundesverfassungsgericht Art und Weise der Vollstreckung sowie das zuständige Vollstreckungsorgan bestimmen. Trotz dieser prima facie zentralen Rolle des § 35 BVerfGG in der

12 Etwa *Häberle,* Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts, JZ 1973, 451 ff.; dagegen *E. Klein* in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, 507 (511 ff.).

13 Dies behandelt etwa *Lücke,* Die stattgebende Entscheidung, JZ 1983, 380 (381 ff.).

14 *E. Klein* in: *Benda/Klein/Klein* (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2020, Rn. 1559 ff.; *Laumen,* Vollstreckungskompetenz, 1997, S. 56 ff.; *Weiß,* Vollstreckungskompetenz, 1976, S. 11 f.; *Lechner/R. Zuck,* BVerfGG, 8. Auflage 2019, § 35 Rn. 17 f.

15 Zu dem rechtsstaatlichen Gebot der Kontinuität und Absehbarkeit richterlicher Rechtsfortbildung *Würtenberger* in: *Guggenberger/Würtenberger* (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, 1998, S. 57 (78 f.); *Fröhlinger,* Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist die Norm in der Praxis bei der Verwendung von Durchsetzungsinstrumenten insgesamt restriktiv angewendet worden, da mit ihr tiefgreifende Kompetenzübergriffe einhergehen.[16] Dies ist umso mehr der Fall, wenn sich eine entsprechende Anordnung an eine andere Gewalt als die Judikative richtet. Es bedarf – so eine der hier verfolgten Thesen – eines umfangreichen Verfahrens seitens des Gerichts, sich zu einer Vollstreckungsentscheidung zu entschließen und deren Wortlaut zu formulieren. Es stellt sich also die Frage, wie das Verfahren der Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen – vor allem wenn das Gericht sich zu einem Übergriff in den Kompetenzbereich einer anderen Gewalt entschließt – ausgestaltet ist und inwiefern dieses Verfahren eine legitimitätsstiftende Wirkung entfaltet.[17]

Dieser erste Zugriff auf das verfassungsgerichtliche Durchsetzungsrecht über § 35 BVerfGG deckt allerdings nur einen Teilaspekt des Durchsetzungsverfahrens ab. Dieses ist nämlich insgesamt deutlich komplexer, als § 35 BVerfGG es erahnen lässt. Will man das verfassungsgerichtliche Durchsetzungsrecht analysieren, so muss man sich zuerst, vielleicht kontraintuitiv, vom Begriff der Vollstreckung lösen. Vollstreckung und Durchsetzung haben nämlich nicht den gleichen Bezugspunkt. Während die Vollstreckung von Entscheidungen sich auf die effektive Umsetzung einzelner Entscheidungen bezieht, meint Durchsetzung im Kontext dieser Untersuchung, wie das Bundesverfassungsgericht Entscheidungsgehalte und Wertungen, die auch über einzelne Entscheidungen hinausgehen, in der Rechts- und Gesellschaftsordnung implementieren und zur größtmöglichen Wirkkraft verhelfen kann. Das wirkt sich auch auf das präsente Normmaterial aus. Im Sinne des § 35 BVerfGG meint Vollstreckung nämlich nicht lediglich die zwangsweise Durchsetzung von Leistungsurteilen, sondern betrifft die Frage, wie das Gericht seinen Entscheidungen umfassende Geltung verschafft.[18] Die Folgebereitschaft für verfassungsgerichtliche Entscheidungen und damit die tatsächliche Wirkkraft der Verfassung setzt

16 Zur praktischen Anwendung seitens des BVerfG *Burkiczak* in: *ders./Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage 2022, § 35 Rn. 10 ff.

17 Zur legitimitätsstiftenden Wirkung gerichtlicher Verfahren etwa *Luhmann,* Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 55 ff.

18 BVerfGE 6, 300 (303 ff.) – Vollstreckungsanordnung KPD (1957); *Arndt,* Das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1952, 1 (3); umfassend dazu *Herzog,* Vollstreckung, Der Staat 4 (1965), 37 (38 ff.); *Bockslaff,* Vollstreckung von bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen, 1987, S. 28; *E. Klein* in: *Benda/Klein/Klein* (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2020, Rn. 1548; *Lenz/Hansel,* BVerfGG, 4. Auflage 2024, § 35 Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht die Potestas einer zwangsweisen Vollstreckung, sondern vor allem eine Kultur des Respekts gegenüber dem Rechtsstaat voraus.[19] Wie verfassungsgerichtliche Entscheidungen vollumfängliche Wirkkraft entfalten, kann man deshalb nur vollständig durchdringen, wenn man seinen Blick nicht auf herkömmliche Zwangsmittel beschränkt, sondern sein Sichtfeld auch für nicht normierte Mittel der Umsetzung von Rechtsaussprüchen weitet.

Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts ist somit um ein Vielfaches differenzierter als eine reine Bezugnahme auf die vermeintliche Vollstreckungsvorschrift des BVerfGG es erahnen lässt. Es spannt sich in einem multipolaren Feld aus institutioneller Akzeptanz, der Folgebereitschaft in Politik und Gesellschaft für auch kontroverse Entscheidungen und dem Zusammenspiel unterschiedlich stark formalisierter Durchsetzungsinstrumente auf. Verfassungsgerichtliche Durchsetzung ist nicht nur auf das konkrete Verfahren bezogen, sondern akkumuliert eine Vielzahl an auch verfahrensunabhängigen verfassungsgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten. Neben „harten" Durchsetzungsanordnungen hat das Bundesverfassungsgericht komplexe Optionen zur Verfügung, um seinen Entscheidungsgehalten vollumfänglich zur tatsächlichen Geltung zu verhelfen.

Der zentrale Bestandteil dieser Untersuchung ist von der These geleitet, dass eine effektive Durchsetzung nicht allein durch ein formalisiertes Verfahren erfolgt, sondern das Gericht sich hierfür anderer, teils auch informeller Instrumente und nicht kodifizierter Abläufe bedient.[20] Insgesamt geht die vorliegende Untersuchung davon aus, dass § 35 BVerfGG zwar Teil der verfassungsgerichtlichen Durchsetzung ist, nicht aber jede Form der Durchsetzung sich normativ auf § 35 BVerfGG zurückführen lassen muss. Vielmehr tragen auch andere prozessuale Normen sowie die juristische Methodik, Argumentationsweise und Tenorierungsvarianten des Gerichtes zur Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bei. Das Bundesverfassungsgericht muss insgesamt die geringe Normierungsdichte seiner Durchsetzungsmöglichkeiten kompensieren. Eine dafür genutzte Dogmatik sucht diese Arbeit herauszuarbeiten, darzustellen und zu systematisieren. Ziel der Untersuchung ist nicht lediglich eine Typologie der Durchsetzungsinstrumente vorzulegen, sondern ein Entscheidungsverfahren hin-

19 *Manow,* Unter Beobachtung, 2024, S. 72; ähnlich *Volkmann,* Demokratiesicherung durch Verfassungsgerichte?, Der Staat 63 (2024), 487 (488).

20 *Waldhoff* bringt in einem Interview mit der ZRP den Begriff des „Vollstreckungs-Soft-Law" ein, vgl. *Waldhoff/C. Jahn,* Vollstreckung der Verfassung?, ZRP 2018, 121 (122).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sichtlich der Wahl und Ausgestaltung dieser Durchsetzungsinstrumente sichtbar zu machen. Zwar werden schwerpunktmäßig die prozessualen Besonderheiten der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsimplementation betrachtet. Insgesamt soll die Untersuchung aber die Gelingensbedingungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungsimplementation verdeutlichen.

B. Gang der Untersuchung

Davon ausgehend gilt das Augenmerk zunächst grundlegenden Prämissen der Folgebereitschaft für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Hierzu zählt zunächst eine Untersuchung der Akzeptanz für die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Als zentrale Ressource vermittelt sie dem Bundesverfassungsgericht nämlich ein besonderes Maß an Autorität. Deswegen stellt sich zuerst die Frage, wie das Gericht, auch im Vergleich zu anderen Staatsorganen, zu einem solch erheblichen Maß an Akzeptanz gelangt ist und wie es diese Akzeptanz beibehält. Hierbei ist zuerst zu ergründen, welche Erwartungen an das Bundesverfassungsgericht gestellt werden, um so seine Rolle im Rechts- und Gesellschaftssystem zu definieren. Die Rolle zeichnet nämlich an das Gericht adressierte Verhaltens- und Verfahrenserwartungen vor.[21] Einerseits ist das Rollenverständnis relevant für die Frage, was das Gericht leisten muss, um die für eine freiwillige Befolgung maßgebliche Akzeptanz der Bevölkerung aufrecht zu erhalten. Andererseits gibt die Rolle des Gerichts aber auch Aufschluss darüber, welchen Erwartungen es nicht entsprechen darf, um nicht die Möglichkeit zu verlieren, seiner spezifische Funktion innerhalb der Verfassungsordnung nachzukommen. Der erste Abschnitt der Arbeit befasst sich also mit der Stellung des Gerichtes im deutschen Rechts- und Gesellschaftssystem und ergründet, wie die (teils weitreichenden) Erwartungen der Rechtssuchenden mit der Funktionenzuweisung im Grundgesetz in Einklang gebracht werden können, um hier Rückschlüsse über das für verfassungsgerichtliche Entscheidungsdurchsetzung zentrale Kriterium der Autorität des Gerichts zu erhalten.

Nachdem diese Prämissen der Entscheidungsdurchsetzung geklärt sind, wird das Bundesverfassungsgericht als Handlungssubjekt näher in den Blick genommen. Die Untersuchung folgt dabei im Wesentlichen einer Unterteilung in Akzeptanzsicherungsmechanismen, die losgelöst von ein-

21 Zum Begriff der Rolle in einem (rechts-)soziologischen Kontext vgl. etwa *Boulanger* in: *Wrase/Boulanger* (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, S. 67 (71 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zelnen Verfahren betrieben werden und Strategien, in konkreten Verfahren für die konkrete Entscheidung die Umsetzungswahrscheinlichkeit zu maximieren. Der zuerst untersuchte Abschnitt verfahrensunabhängiger Akzeptanzsicherungsmechanismen befasst sich dabei vor allem mit der Frage, wie das Gericht seine institutionelle Akzeptanz sicherstellt.

Daran anschließend widmet sich die Untersuchung dem Rahmen des auf konkrete Verfahren bezogenen Durchsetzungsrechts. Die Grundlage der Erwägungen wird hierbei dadurch gelegt, dass die Funktionen des Prozessrechts vergegenwärtigt werden und darauf basierende Schlussfolgerungen für den Rahmen des Durchsetzungsverfahrens gezogen werden können. Es wird sich zeigen, dass das Durchsetzungsrecht über bestehende Normen hinaus weiter angereichert werden muss, weswegen anschließend der Fokus darauf liegt, wie und durch wen das Prozessrecht weiter ausgestaltet wird. Der Abschnitt schließt mit einer Darstellung und Systematisierung der Durchsetzungsinstrumente sowie deren inhaltlicher Reichweite. Im Rahmen dieser Systematisierung stellt sich auch die Frage, wie die unterschiedlichen Instrumente der Durchsetzung sich qualitativ unterscheiden. Um ein Entscheidungsverfahrens hinsichtlich der Nutzung von Durchsetzungsinstrumenten herzuleiten, ist es nämlich von Bedeutung zu wissen, ob verschiedene Instrumente ein „Mehr“ oder „Weniger“ gegenüber anderen Instrumenten darstellen, oder sie ein aliud zueinander bilden. Die Systematisierung der Durchsetzungsinstrumente ist dabei maßgeblich vor dem Hintergrund der freiwilligen Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zu sehen. Wird nämlich eine verfassungsgerichtliche Entscheidung freiwillig umgesetzt, entsteht kein Konflikt zwischen dem Gericht und den Entscheidungsadressaten. Das schont die Autorität des Bundesverfassungsgerichts als Grundlage der Durchsetzung. Am Ende dieses Abschnitts steht ein Rahmen für die Ausgestaltung des bundesverfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens.

Dieser Rahmen wird im letzten Abschnitt der Untersuchung konkretisiert. Unterteilt in drei Verfahrensstadien des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens wird untersucht, wie das Bundesverfassungsgericht seine Durchsetzungsinstrumente in Bezug auf konkrete Entscheidungen anwendet, um diesen zur Befolgung zu verhelfen. Im Fokus stehen dabei das Zusammenwirken informeller und formeller Durchsetzungsinstrumente sowie die Frage, wie abhängig die Verfahrensgestaltung von den jeweiligen Richtern des Bundesverfassungsgerichts ist. Aber auch das Zusammenspiel mit den Beteiligten und Dritten wird ein Aspekt des Abschnitts sein. Hier findet die Untersuchung ihren Höhepunkt. Der Ab-

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schnitt zielt darauf ab, zu verdeutlichen, wie das Gericht im Verfahren Akzeptanz generieren und Akzeptanzressourcen nutzen kann, wie es der Gefahr der Nichtbeachtung begegnen und Obstruktionstendenzen überwinden kann.

Bei alledem soll die Arbeit über Elemente der normativen Rechtswissenschaft hinausgehen und auch die empirische Rechtswissenschaft einbeziehen.[22] Die geringe Dichte an Literatur hinsichtlich des einer Vollstreckungsanordnung vorgelagerten Verfahrens fordert eine unmittelbar an den Beteiligten gerichtlicher Entscheidungsfindung ansetzende Untersuchung. Auch die Anwendung sonstiger Durchsetzungsinstrumente lässt sich besser verstehen, wenn man sie aus der Sicht eines an ihrem Erlass unmittelbar Beteiligten beurteilen kann. Mittels einer qualitativ-empirischen Untersuchung in Gestalt von Interviews mit Richtern des Bundesverfassungsgerichts sollen Einblicke in die richterliche Entscheidungsfindung gewonnen werden.[23] Die durchsetzungsrelevanten Aspekte der Arbeit des Bundesverfassungsgerichts werden so ergänzend aus einer Innenperspektive begutachtet.

C. Methodik der Leitfadeninterviews

Anhand von Textmaterial aus Literatur und Rechtsprechung lassen sich die Rahmenbedingungen des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens darlegen und es gelingt, Hypothesen zu dessen Ausgestaltung in Grundzügen zu formulieren. Ein umfassendes Bild und tiefgehendes Verständnis der Mechanismen, denen sich das Bundesverfassungsgericht zur Effektuierung seiner Entscheidungsgehalte bedient, kann allein durch die Analyse des Gerichts aus einer Außenperspektive allerdings nicht erreicht werden. Die geringe Dichte geschriebener Regelungen und die nur partiell vorhandenen expliziten Ausführungen zu den Hintergründen der Anwendung von Durchsetzungsinstrumenten in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen machen es erforderlich, das Gericht auch aus einer Innenperspektive heraus zu untersuchen. Als taugliches Mittel hierfür bietet

22 Zur terminologischen Unterscheidung *Coupette/Fleckner,* Quantitative Rechtswissenschaft, JZ 2018, 379 (379 f.); zum Verhältnis der normativen zur empirischen Forschung in den Rechtswissenschaften *Petersen,* Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010), 435.

23 Zu den Chancen von Leitfadeninterviews *Kranenpohl,* Beratungsgeheimnis, 2010, S. 67; einführend zur Methodik qualitativer Interviews *Blatter/Langer/Wagemann,* Qualitative Methoden in der Politikwissenschaft, 2018, S. 47 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich die Methode der Leitfadeninterviews als Instrument der qualitativen Sozialforschung an.[24] Auf diese Art und Weise können nicht nur subjektive Wahrnehmungen des Durchsetzungsprozesses aus Gerichtsperspektive nachvollzogen werden. Vielmehr liefern die Beteiligten auch einen Einblick in die Erwägungen, die die Ausgestaltung der Durchsetzung aktiv beeinflussen. Dies stellt eine Ergänzung der anhand von Rechtsprechung und Literatur getroffenen Erwägungen dar, um eine ganzheitliche Sicht auf das Durchsetzungsverfahren des Gerichts zu erlangen.

Damit die Erkenntnisse dieser empirischen Methodik besser nachvollzogen und ihre Ergebnisse eingeordnet werden können, bedarf es einiger instruierender Ausführungen. Es besteht nämlich zwar teilweise die Forderung, die empirische Forschung in den Rechtswissenschaften im deutschsprachigen Raum deutlich mehr Anwendung und Beachtung finden zu lassen.[25] Gleichwohl hat sie sowohl in der Ausbildung als auch in der Forschung noch eine eher untergeordnete Bedeutung.[26] Die Rechtssoziologie hat etwa die hier besonders relevante Untersuchung der Verfassungsgerichtsbarkeit lange Zeit der Politikwissenschaft überlassen.[27] Jedenfalls kommt der empirischen rechtswissenschaftlichen Forschung in Deutschland keine vergleichbare Stellung wie beispielsweise in der US-amerikani-

24 So baut *Kranenpohl,* Beratungsgeheimnis, 2010, weitestgehend auf Interviews mit zu dem Zeitpunkt amtierenden und ehemaligen Richtern des BVerfG auf. Einführend in das Instrumente qualitativer Interviews *Hopf* in: *Flick/Kardoff/Steinke* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage 2022, S. 349 – 360; zum Mehrwert von Sozialwissenschaften für die Rechtswissenschaft im Allgemeinen bereits *Schelsky,* Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung für Juristen, JZ 1974, 410 ff.

25 Vgl. etwa *Hirschl* in: *Hein/Petersen/von Steinsdorff* (Hrsg.), Die Grenzen der Verfassung, 2018, S. 15 – 30, der eine stärkere Verknüpfung von Verfassungsrechtswissenschaft und Sozialwissenschaft fordert; *Steininger,* Die Jurisprudenz auf Erkenntnissuche?, NJW 2015, 1072 (1074 ff.).

26 *Petersen/Chatziathanasiou,* Empirische Verfassungsrechtswissenschaft, AöR 144 (2019), 501 (503); aus *Hoffmann-Riems* Rückblick auf die Reformdebatte über eine Implementation der Sozialwissenschaften in die einstufige Juristenausbildung in den 1970er und 1980er Jahren ergibt sich, wie lange diese Forderungen bereits bestehen, *Hoffmann-Riem* in: *Giehring et al.* (Hrsg.), Juristenausbildung – erneut überdacht, 1990, S. 75 – 108; einen erheblichen Bedeutungsgewinn der Empirie in der Rechtswissenschaft attestiert hingegen *Johannes,* Forschungsdatenmanagement in der Rechtswissenschaft, DÖV 2017, 899 (905).

27 *Lembcke,* Empirical Research on the Federal Constitutional Court of Germany, Zeitschrift für Rechtssoziologie 42 (2022), 89 (90) sowie *passim* zu jüngeren rechtssoziologischen Untersuchungsansätzen hinsichtlich des BVerfG.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Rechtswissenschaft zu.[28] Dies hat zur Folge, dass ein grundlegendes Verständnis qualitativ-empirischer Forschungsmethoden nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann. Als Grundlage der weiteren Untersuchungen muss insofern erläutert werden, welcher Methodik sich der empirische Teil der Arbeit bedient. Eine so erzeugte intersubjektive Nachvollziehbarkeit des Forschungsprozesses ermöglicht es auch anderen Teilnehmern des wissenschaftlichen Diskurses, die Forschungsergebnisse zu bewerten und einzuordnen.[29] Einerseits fördert es also die Rezipierbarkeit der gefundenen Forschungsergebnisse, wenn die Methodik dargelegt wird. Andererseits sichert die so gewährleistete Nachvollziehbarkeit die Qualität der Forschung, indem sie diese überprüfbar macht.

Im Folgenden sollen deswegen Nutzen und Grenzen der Leitfadeninterviews aufgezeigt werden, um zu verdeutlichen, was eine qualitative Untersuchung des Gegenstandes realistischerweise leisten kann. Zudem soll die Konzeption des Leitfadens und die Methode der Auswertung nachvollziehbar werden, um die Überzeugungskraft der Studie beurteilen zu können.

I. Nutzen von Leitfadeninterviews

Um den Nutzen von Leitfadeninterviews nachvollziehen zu können ist es zunächst erforderlich, die Charakteristika dieser Form der qualitativen Sozialforschung darzustellen bevor anschließend Möglichkeiten und Grenzen von Leitfadeninterviews dargelegt werden.

1. Charakteristika von Leitfadeninterviews

Die Untersuchungsmethode des Interviews beruht auf einer gezielt hergestellten Gesprächssituation, bei der der Interviewer Informationen erlangen möchte, indem er dem Befragten zweckgerichtet Fragen stellt.[30] Zentrales

28 Zu dieser etwa *Petersen,* Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010), 435 (435 f.); zur hier nicht näher erläuterten quantitativen Sozialforschung in der juristischen Forschung *Heise,* Judicial Decision Making and the New Empiricism, University of Illinois Law Review 2002, 819 ff.

29 *Steinke,* Kriterien qualitativer Forschung, 1999, S. 207 ff.; dort auch zu den Möglichkeiten der Sicherung intersubjektiver Nachvollziehbarkeit.

30 *Pohlmann,* Einführung in die Qualitative Sozialforschung, 2022, S. 208; *Lamnek/Krell,* Qualitative Sozialforschung, 6. Auflage, 2016, S. 313 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Differenzierungskriterium zwischen qualitativen und quantitativen Untersuchungen ist dabei die Technik der Datenerhebung und der Grad der Standardisierung.[31] Anders als vollstandardisierte Fragebögen im Rahmen quantitativer Sozialforschung zeichnen sich Leitfadeninterviews durch ihre offene oder höchstens teilstandardisierte Ausgestaltung aus.[32] Dies ermöglicht es von den Befragten, einen umfangreicheren und vor allem in geringerem Maße durch den Fragebogen determinierten Einblick in die Untersuchungsmaterie zu erhalten und diese so besser nachvollziehen zu können.[33] Eine offene Ausgestaltung der Fragen meint dabei, dass sich die Antwort nicht in ein vorab festgelegte Antwortschema einfügen muss, sondern der Wortlaut der Antwort als spätere Analysegrundlage der Informationsgewinnung dient.[34] Der Interviewleitfaden enthält dabei zwar die Fragen, die in jedem Fall beantwortet werden sollen, lässt aber trotzdem Raum für darüberhinausgehende Rückfragen und Spontanäußerungen des Befragten.[35] Ebenfalls ist die Reihenfolge der Fragen variabel, sodass dem Interviewer eine gewisse Flexibilität zukommt.[36]

Insbesondere bei den sog. Experteninterviews liegt dabei der Fokus der Befragung nicht auf der befragten Person insgesamt, sondern auf Zugehörigkeit des Befragten zu einer bestimmen Gruppe.[37] Die damit einhergehende begrenzte Auswahl an tauglichen Befragungspersonen – Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts – korrespondiert mit dem typischen Charakteristikum qualitativer Befragung einer im Vergleich zur quantitativen Sozialforschung geringen Menge an Befragungsteilnehmern.[38] Die Wahl einer so begrenzten Auswahl an Befragungsteilnehmern hängt auch damit zusammen, dass anders als in der quantitativen Sozialforschung die Leitfadeninterviews eine Reduktion der Komplexität der Materie noch nicht bei der Konzeption des Fragebogens, sondern erst bei dessen Auswertung,

31 *Gläser/Laudel,* Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse, 4. Auflage 2010, S. 41.
32 *Pohlmann,* Einführung in die Qualitative Sozialforschung, 2022, S. 208.
33 Zur engen Verknüpfung von qualitativen Interviews und nachvollziehender Soziologie *Hopf* in: *Flick/Kardoff/Steinke* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage 2022, S. 349 (350).
34 *Lamnek/Krell,* Qualitative Sozialforschung, 6. Auflage, 2016, S. 327.
35 *Gläser/Laudel,* Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse, 4. Auflage 2010, S. 42.
36 *H. Mayer,* Interview und schriftliche Befragung, 6. Auflage, 2013, S. 37 f.
37 *Bogner/Littig/Menz,* Interviews mit Experten, 2014, S. 25.
38 *Pohlmann,* Einführung in die Qualitative Sozialforschung, 2022, S. 211.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vornehmen.[39] Mit einer dadurch gewonnenen Fülle an Informationen und Antwortmöglichkeiten kann nur sinnvoll umgegangen werden, wenn ihr Umfang anderweitig – nämlich indem die Befragtenzahl limitiert wird – eingegrenzt werden kann.

Leitfadeninterviews im Rahmen qualitativer Sozialforschung gibt es in unterschiedlichen Ausgestaltungen.[40] Um dem Qualitätskriterium der Gegenstandsangemessenheit gerecht zu werden,[41] kann es angezeigt sein, verschiedene Elemente dieser Interviews in Teilen miteinander zu vermischen.

2. Möglichkeiten und Grenzen

Dass Leitfadeninterviews sinnvoll in die vorliegende Arbeit einbezogen werden können, setzt voraus, dass die möglichen Ergebnisse, aber auch die Grenzen der Methode realistisch eingeschätzt werden. Leitfadeninterviews können je nach Grad der Offenheit bei den Antwortmöglichkeiten eine hypothesenprüfende und eine hypothesengenerierende Funktion einnehmen.[42] Durch sie kann nämlich einerseits auf den Erfahrungsschatz der Befragten im Zusammenhang mit dem Durchsetzungsprozess zurückgegriffen werden – sie verfügen also über ein gewisses Prozesswissen – gleichzeitig können aber auch Erkenntnisse über die normative Einordnung der von Experten gemachten Erfahrungen gewonnen werden.[43] Sie liefern damit die Gelegenheit, die im Laufe der Untersuchung entwickelten Aussagen und Hypothesen kritisch zu hinterfragen und im Idealfall zu belegen, gleichzeitig aber auch neue, bislang noch unentdeckte Elemente der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen deutlich zu machen.

Die Interviews mit Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts bieten die Möglichkeit, aus einer Innenperspektive die Arbeit des Gerichts zu betrachten. Indem so Verfahrensabläufe direkt von denjenigen veranschaulicht und eingeordnet werden, die das Durchsetzungsverfahren von Seiten des Gerichts aus steuern, besteht die Chance, eine qualitativ andere Form der Wissensgenerierung über den Durchsetzungsprozess des Gerichts zu

39 *Helfferich,* Die Qualität qualitativer Daten, 4. Auflage, 2011, S. 28 f.
40 Ein Überblick findet sich bei *Helfferich,* Die Qualität qualitativer Daten, 4. Auflage, 2011, S. 35 ff.
41 Dazu etwa *Strübing et al.,* Gütekriterien, Zeitschrift für Soziologie 2018, 83 (86 ff.)
42 *Von dem Berge* in: *Tausendpfund* (Hrsg.), Fortgeschrittene Analyseverfahren in den Sozialwissenschaften, 2020, S. 275 (279).
43 *Bogner/Littig/Menz,* Interviews mit Experten, 2014, S. 18 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betreiben. Weil unmittelbar bei den Gestaltern des Verfahrens angesetzt wird, besteht ein gesteigerter Richtigkeitsanspruch an die gefundenen Ergebnisse, kommen die Informationen über die Ausgestaltung des Verfahrens doch von den maßgeblich an diesem Beteiligten. Diese Subjektivität der gefundenen Informationen ist allerdings auch eine der Grenzen von leitfadengestützten Interviews. Die Befragten geben nämlich lediglich subjektive Wahrnehmungen wieder, sodass die gewonnenen Erkenntnisse maßgeblich von individuellen Erfahrungen des Interviewpartners sowie der Art, wie das Interview geführt wird, abhängig sind.[44] Dies bringt zwei wesentliche Gesichtspunkte mit sich, die bei der Beurteilung der gewonnen Informationen beachtet werden müssen. Einerseits darf nicht davon ausgegangen werden, dass die gewonnenen Informationen abschließend sind. Es ist nämlich immer denkbar, dass ein Aspekt im Interview nicht zur Sprache gekommen ist. Andererseits bestehen gesteigerte Anforderungen daran, eine gewonnene Information als universell zu betrachten. Nicht nur können gleichzeitig aktive Richter eine unterschiedliche Wahrnehmung durchsetzungsrelevanter Aspekte haben und entsprechend wiedergeben. Auch ist es denkbar, dass zu unterschiedlichen Zeiten aktive Richter mit unterschiedlichen Durchsetzungsproblematiken konfrontiert waren und sich deren Perspektiven entsprechend auch mit der Folge unterscheiden, dass verschiedene Vorverständnisse des Durchsetzungsprozesses bestehen.

Insgesamt ist es deswegen notwendig, die Informationen aus den Interviews lediglich als Teil der Untersuchung zu betrachten. Die Informationen, die die qualitative Studie hervorbringt, können nicht als allgemeinverbindlich und abschließend angesehen werden, sondern unterliegen der Einschränkung, dass sich zwar Muster der Durchsetzung über verschiedene Richtergenerationen hinaus bilden können, aber aufgrund der geringen Regelungsdichte auch einer höheren Flexibilität durch Richterwechsel unterliegen.

II. Konzeption der Studie

Der Interviewleitfaden, der den Experteninterviews ihrer Struktur gegeben hat, weist einen engen Bezug zu den in den Kapiteln § 2 bis § 5 erörterten theoretischen Erwägungen auf. Vor diesem Hintergrund wurden auch die Antworten der Interviewpartner ausgewertet und eingeordnet. Zum

44 *Helfferich,* Die Qualität qualitativer Daten, 4. Auflage, 2011, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besseren Verständnis der Arbeitsweise wird an dieser Stelle erläutert, wie der Inhalt des Fragebogens erarbeitet worden ist und wie die Antworten ausgewertet und in die Untersuchung eingepflegt worden sind.

I. Inhalt des Fragebogens

Der Interviewleitfaden wurde in einem vierstufigen Verfahren erstellt. In dem Zuge wurde eine übergeordnete Forschungsfrage in verschiedene Analysedimensionen strukturiert und durch eine weitere Untergliederung in Fragenkomplexe konzeptionell operationalisiert, um dann in einem letzten Schritt in konkrete Interviewfragen „übersetzt" zu werden.[45] So ermöglicht eine sorgfältige Konzeption des Fragebogens, insbesondere die präzise Beschreibung der Analysedimensionen und Fragenkomplexe, das Interview auf das konkrete Thema zu fokussieren.[46] Die übergeordnete Forschungsfrage deckt sich hierbei mit dem Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit und lautet: „Welcher Verfahrensregelungen bedient sich das Bundesverfassungsgericht, um seinen Entscheidungen zur möglichst effektiven Durchsetzung zu verhelfen?" Diese Frage lässt sich – so weit sei hier vorgegriffen – in die Kategorien „Antizipierende Elemente", „Beobachtende Elemente", „Diskursive Elemente" und „Autoritative Elemente" unterteilen, wobei es bei der Zuordnung von einzelnen Fragen und Fragenkomplexen zu Überschneidungen kommen kann. Die ersten beiden Aspekten betreffen die Frage, wie sich das Gericht zum späteren Tätigwerden entschließt. Die hieraus entwickelten Fragenkomplexe nehmen vor allem prognostische Elemente des Gerichts sowie ein verfassungsgerichtliches Durchsetzungsmonitoring, also inwiefern die Entscheidungsumsetzung überwacht wird, in den Blick. Die Analysedimensionen der diskursiven und autoritativen Elemente behandeln den Umgang des Gerichts mit Entscheidungsbetroffenen, also das Tätigwerden des Gerichts nach außen hin. Zentral werden hierbei Fragenkomplexe sein, die die freiwillige Befolgung durch kommunikative Tätigkeit einerseits und der Umgang mit Verweigerung der Befolgung und Umsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen andererseits in den Blick nehmen.

Die Fragenkomplexe in der Kategorie der antizipierenden Elemente betreffen die notwendige Prognosetätigkeit des Gerichts. Einerseits haben

45 *Kaiser,* Qualitative Experteninterviews, 2. Auflage, 2021, S. 68 ff.
46 *Lehmann,* Die effektive Befragung, 3. Auflage, 2022, S. 100.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sie die prognostizierten Folgen rechtlicher und tatsächlicher Art einer Entscheidung zum Gegenstand, andererseits soll die Konzeption des Leitfadens Aufschluss darüber geben, inwiefern das Gericht die Befolgung der möglichen Entscheidung sowie mögliche Befolgungshindernisse abzusehen versucht. Die Fragenkomplexe der diskursiven Elemente umfassen grundsätzliche Fragen zur subjektiven Einschätzung des Nutzens von Diskursivität im Verfassungsprozess und ihrer Realisierung im verfassungsgerichtlichen (Durchsetzungs-)Verfahren. Ebenso betreffen sie die Verständigung mit anderen Fachgerichten und mit anderen Verfassungsorganen sowie die Kommunikation der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgehalte an die Rezipienten. Auch das Verhältnis zwischen diskursiven und autoritativen Elementen der Entscheidungsdurchsetzung wurde als Fragenkomplex in den Blick genommen. Hinsichtlich der autoritativen Elemente stand ein Fragenkomplex über die Formulierung von mit einer Unvereinbarerklärung verbundenen weitergehenden Anordnung im Mittelpunkt. Die abschließende Analysedimension der beobachtenden Elemente betraf einerseits die Frage, wie dass Gericht die Rezeption erlassener Entscheidungen beobachtet und wahrnimmt, andererseits aber auch die Reaktionsmöglichkeiten bei beobachteter Nichtbefolgung. Auch wenn sich aus diesen Fragenkomplexen ein Fragenkatalog als Leitfaden entwickeln ließ,[47] waren die Interviews nicht hierauf begrenzt. Zum einen wurden die interviewten Richter am Ende des Interviews gebeten, das zu ergänzen, was sie als relevant für die Durchsetzung erachteten, was aber noch nicht zur Sprache gekommen ist. Zum anderen konnten nicht alle Fragen in jedem Interview gleichermaßen behandelt werden, da sich die Auskünfte zu unterschiedlichen Fragen naturgemäß auch in ihrer jeweiligen Ausführlichkeit unterschieden haben. Vor dem Hintergrund der notwendigen Zurückhaltung des Interviewers und der Berücksichtigung des Erfahrungshorizont des Befragten sind die damit einhergehenden Divergenzen der Interviewgestaltung allerdings in Kauf zu nehmen.[48]

47 Der Fragebogen findet sich im Anhang II.

48 *Lamnek/Krell,* Qualitative Sozialforschung, 6. Auflage 2016, S. 367; *Heiser,* Meilensteine der qualitativen Sozialforschung, 2018, S. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Auswahl der Befragten und Durchführung der Befragung

Die Auswahl der befragten Personen erfolgte auf Grundlage des Erkenntnisinteresses, gerichtsinterne Prozesse, die die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungsgehalte begünstigen und ermöglichen, zu identifizieren und zu verdeutlichen. Weil das Verfassungsprozessrecht maßgeblich auch durch das Gericht selbst ausgestaltet wird,[49] lag es deswegen nahe, bei den zentralen Akteuren des Gerichts anzusetzen. Potenzielle Interviewpartner sind deswegen alle amtierenden und ehemaligen Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts. Zum Zeitpunkt der Kontaktaufnahme[50] konnten neben den 16 amtierenden Richterinnen und Richtern 31 ausgeschiedene Richterinnen und Richter identifiziert werden. Von den amtierenden Richterinnen und Richtern, die allesamt für ein Interview angefragt wurden, hat eine Person einem Interview zugestimmt. Bezüglich der ausgeschiedenen Richterinnen und Richter wurde keine Auswahlentscheidung anhand vorab definierter Kriterien getroffen,[51] da sich eine solche immer dem Vorwurf der Subjektivität und der Verzerrung gewonnener Erkenntnisse aussetzen lassen muss.[52] Ziel der Interviews war es, ein möglichst umfassendes Bild der Eindrücke von Richterinnen und Richtern sowie des Wandels von Verständnissen des Durchsetzungsprozesses im Laufe der Zeit zu erlangen. Gleichwohl konnten aufgrund tatsächlicher Schwierigkeiten hinsichtlich der Zugänglichkeit[53] nicht alle ehemaligen Richterinnen und Richter kontaktiert werden, sondern nur diejenigen, die über eine öffentlich identifizierbare Postanschrift verfügen. Von den 31 ausgeschiedenen Richterinnen und Richtern konnten 17 kontaktiert werden, von denen sich wiederum elf zu einem Interview bereit erklärt haben.[54] Insgesamt wurden insofern zwölf Interviews durchgeführt.

Die Interviews fanden jeweils im Rahmen eines persönlichen Gesprächs statt. Von digitalen Gesprächen wurde abgesehen, um eine vergleichbare

49 Vgl. noch S. 143 ff.

50 Die amtierenden wie ehemaligen Richterinnen und Richter wurden im September 2023 kontaktiert.

51 Anders etwa *Kranenpohl,* der grundsätzlich von einem Interview von Richtern, die zum Zeitpunkt des Interviews älter als 80 Jahre waren abgesehen hat, *Kranenpohl,* Beratungsgeheimnis, 2010, S. 53.

52 Vgl. *Lamnek/Krell,* Qualitative Sozialforschung, 6. Auflage, 2016, S. 363.

53 Allgemein zu diesem Problem *Merkens* in: *Flick/KardoffSteinke* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage 2022, S. 286 (288).

54 Eine Übersicht der befragten Richterinnen und Richter findet sich im Anhang.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesprächssituation zu gewährleisten. Die durchschnittliche Interviewdauer betrug 1:04:34 Stunden.

3. Analysemethode der Antworten

Nach der Durchführung der Interviews erfolgt die Auswertung der dort gewonnenen Inhalte. In Betracht kam dabei zunächst eine freie Interpretation der getroffenen und aufgenommenen Aussagen, die dadurch gekennzeichnet ist, dass ihr keine kohärente Methodik zugrunde liegt. Hier wird also ohne eine weitergehende Einordnung das durch den Interviewten Gesagte auf den Forschungsgegenstand bezogen. Mangels eines vorab festgelegten Verfahrens bringt diese Methodik allerdings ein geringes Maß an Nachvollziehbarkeit mit sich.[55] Die Belastbarkeit der Studie wird entpsrechend gesteigert, wenn die Interpretation der Antworten einer vorab definierten Methodik folgt.

Die Analyse der Antworten dient dem Zweck, individuell getätigte Äußerungen zu überindividuell-gemeinsamen Aussagen zu verdichten.[56] So können induktiv Gesetzmäßigkeiten hergeleitet werden. Hierfür wurden die aufgenommenen Interviews transkribiert und anschließend kodiert.[57] Die Transkripte wurden weitestgehend wortgetreu angefertigt und anschließend den Interviewten zur Freigabe vorgelegt. Dabei beschränkte sich die Transkription auf das gesprochene Wort nach hergebrachten Regeln der Orthografie und bezog sprachliche Eigenheiten der Interviewten nicht mit ein, da lediglich die inhaltlichen Ausführungen der Interviewten Gegenstand der weitergehenden Analyse sein sollten.[58] Teilweise wurden die Antworten von den Interviewten sprachlich geglättet oder noch einmal präzisiert. Dabei blieb allerdings der Aussagegehalt des ursprünglich Gesagten unverändert. Um zentrale Inhalte der Interviews beibehalten zu können, gleichzeitig aber keine Rückschlüsse darauf zuzulassen, welcher Interviewteilnehmer welche Aussage getroffen hat, wurden die Interviews im An-

55 *Gläser/Laudel,* Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse, 4. Auflage 2010, S. 45.

56 *H. Mayer,* Interviews und schriftliche Befragung, 6. Auflage 2013, S. 47.

57 Zur Transkriptionsmethodik einführend *Kowal/O'Connel* in: *Flick/Kardoff/Steinke* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage 2022, S. 437 – 447.

58 Vgl. dazu *Kowal/O'Connel* in: *Flick/Kardoff/Steinke* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage 2022, S. 437 (441, 444); *Langer* in: *Friebertshäuser/Langer/Prengel* (Hrsg.), Qualitative Forschungsmethoden, 4. Auflage, 2013, S. 515 (519).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schluss an die Transkription anonymisiert.[59] Hierfür wurde zunächst der Name durch eine fortlaufende Interviewnummer ersetzt. Diese Nummerierung folgte keinem Muster, die Zuordnung der jeweiligen Nummer war gänzlich zufällig. Ebenfalls wurde auf eine sprachliche Differenzierung, die Rückschlüsse auf das Geschlecht zulassen würde, verzichtet. Auch wurden Äußerungen, die einen Hinweis auf die Funktion innerhalb des Gerichts geben könnten, angepasst, sodass eine Zuordnung nicht mehr möglich ist.

Anhand dieses Materials ließen sich sodann Auswertungskategorien bilden, die sich zum einen thematisch an den Analysedimensionen und den korrespondierenden Fragenkomplexen orientieren, darüber hinaus aber basierend auf den gegebenen Antworten auch neu gefundene Themenkomplexe aufgenommen haben.[60] Im Zuge des anschließenden Kodierungsvorgangs wurden die getroffenen Aussagen in diese bereits vorher bestehenden sowie nachträglich gefundene Kategorien eingeordnet, ohne dabei bereits eine normative Wertung vorzunehmen.[61] Die Kodierung ist Voraussetzung dafür, um von dem so aufbereiteten Material weitere Schlussfolgerungen zu ziehen. Indem bestimmte Aussagen oder Abschnitte des Interviews zu einer solchen Kategorie zugeordnet werden, lassen sich die Aussagen leichter strukturieren.[62] Diese Kategorisierung der Antworten macht zwar immer noch eine normative Bewertung erforderlich, veranschaulicht deren Grundlage aber besser und liefert so ein höheres Maß an Plausibilität. Zentral für den Auswertungsvorgang ist die strukturierte Extraktion von Informationen aus den transkribierten Texten und die von diesen losgelöste Weiterverarbeitung zusammen mit den ebenso extrahierten Informationen anderer Interviews.[63] Insgesamt hat sich gezeigt, dass die Antworten der Interviewteilnehmer nicht lediglich zu dem Themenkomplex Informationen beisteuern konnten, in dessen Kontext sie entwickelt worden sind. Vielmehr haben die Antworten auch analysedimensionenübergreifend Auf-

59 Hierzu einleitend *S. Fuß/Karbach,* Grundlagen der Transkription, 2014, S. 95 ff.

60 Zur Entwicklung der Auswertungskategorien vgl. *C. Schmidt* in: *Friebertshäuser/Langer/Prengel* (Hrsg.), Qualitative Forschungsmethoden, 4. Auflage, 2013, S. 473 (475 ff.).

61 Kodierungsbegriff angelehnt an *Kaiser,* Qualitative Experteninterviews, 2. Auflage, 2021, S. 117 ff.; eine Beschränkung der Einordnung von den gewonnenen Antworten in vorab festgelegte Kategorien ist aufgrund des Prinzips der Offenheit, dass vorschnelle Schlussfolgerungen verhindern soll, nicht ausreichend, vgl. dazu *Steinke,* Kriterien qualitativer Forschung, 1999, S. 35 f.

62 *Gläser/Laudel,* Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse, 4. Auflage 2010, S. 46.

63 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schluss über die verfassungsgerichtliche Arbeitsweise im Durchsetzungsverfahren gegeben. Deutlich wird dies beispielsweise, wenn im Rahmen autoritative Tenorierungsvarianten antizipierende Elemente durch die Richterinnen und Richter angesprochen werden.[64]

Bei der Bewertung und Systematisierung der Antworten wird neben dem Inhalt der Aussagen auch miteinbezogen, wie viele der Antworten sich (teilweise) überschneiden, um so die Reliabilität der Untersuchung zu steigern.[65] Die abschließende vertiefende Fallinterpretation[66] stellt sodann den inhaltlich zentralen Aspekt dieser Untersuchungsmethode dar, da hier die Antworten der Interviewpartner zu abstrahierten Thesen verdichtet werden.

64 Vgl. dazu noch S. 267 ff.

65 Das wiederholte Interview mit der Überprüfung der Übereinstimmung gegebener Antworten, wie *Mayring* es als Beleg der Reliabilität vorschlägt, vgl. *Mayring,* Qualitative Inhaltsanalyse, 13. Auflage, 2022, S. 118, war aufgrund des hiermit verbundenen Umfangs und des eng gestrickten Zeitplans der Interviewten nicht realisierbar. Deswegen werden inhaltliche Überschneidungen der Antworten als Indikator der Reliabilität herangezogen, vgl. *C. Schmidt* in: *Friebertshäuser/Langer/Prengel* (Hrsg.), Qualitative Forschungsmethoden, 4. Auflage, 2013, S. 473 (481).

66 Dazu *C. Schmidt* in: *Flick/Kardoff/Steinke* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage 2022, S. 447 (455 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 2 Institutionelle Akzeptanz und Befolgung

Der Gesetzgeber hat von einer Kodifikation des Durchsetzungsrechts abgesehen. Gleichwohl bestehen innerhalb der deutschen Rechtsordnung Grundvoraussetzungen, die der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsdurchsetzung eine erfolgsversprechende Ausgangssituation verschaffen. Diese Voraussetzungen terminologisch einzuordnen, fällt dabei nicht ganz leicht. Sollte der folgende Abschnitt *Grundsätze* des Verfassungsprozesses und insbesondere der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen darlegen, so wäre er der Kritik an dem hyperinflationären Gebrauch und damit wenig trennscharfen Begriff der „Grundsätze" ausgesetzt.[67] Würde der folgende Abschnitt darauf abzielen, die Prozessmaximen des Verfassungsprozesses herzuleiten, bliebe er zu vage und verlöre sein eigentliches Ziel aus den Augen, nämlich eine Grundlage für die Beurteilung der Durchsetzung von Verfassungsgerichtsentscheidungen zu schaffen. Sinnvoll erscheint es deswegen, die durchsetzungsrechtlichen Rahmenbedingungen und Prämissen als Erkenntnisziel des Abschnitts zu sehen. Es fragt sich, welche Vorbedingungen eines (Vollstreckungs-)Verfahrensrecht bestehen. Von der Akzeptanz als Grundlage einer freiwilligen Befolgung hoheitlicher Sprüche ausgehend, stellt sich die Frage nach den Gründen der starken verfassungsgerichtlichen Rolle innerhalb der deutschen Gesellschaft und Rechtsordnung. Dies bildet die Grundlage sowohl für die Untersuchung verfahrensunabhängiger Akzeptanzsicherungsmechanismen als auch für die durchsetzungssichernden Instrumente im weiteren Verfahren. Insgesamt bilden die in diesem Abschnitt folgenden Ausführungen den Hintergrund, vor dem die prozedurale Einkleidung der Durchsetzungsmechanismen des Bundesverfassungsgerichts betrachtet werden muss.

A. Akzeptanz als Grundlage der Befolgung

Das Bundesverfassungsgericht übt Herrschaft aus. Herrschaft meint die Möglichkeit, „Gehorsam in verstetigt-institutioneller Weise zu organisie-

67 Zu dieser Kritik *Weyreuther,* Bemerkenswertes über Grundsätzliches, DÖV 1989, 321.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren".[68] Es gelingt dem Gericht also, bei den Adressaten die Bereitschaft zu wecken, seine Entscheidungen tatsächlich umzusetzen. Angesichts der nur eingeschränkten Möglichkeit, seine Entscheidungen zwangsweise zu vollstrecken,[69] ist das Bundesverfassungsgericht auf diese Folgebereitschaft zwingend angewiesen. Gedanklicher Ausgangspunkt einer Untersuchung verfassungsgerichtlicher Entscheidungsdurchsetzung muss deshalb der Zusammenhang zwischen Akzeptanz, Legitimität und Befolgung sein.

Ist die zwangsweise Durchsetzung einer hoheitlichen Entscheidung nicht möglich, kann die entscheidende Stelle nur dann mit der Befolgung – also einem freiwilligen Nachkommen der artikulierten Verhaltensaufforderung durch deren Adressaten – rechnen, wenn die Entscheidung von den Adressaten akzeptiert wird.[70] Soziologische Erkenntnisse legen nahe, dass unabhängig von der sachlich-inhaltlichen Überzeugungskraft eines hoheitlichen Befehls dieser nur dann Wirkung entfalten kann, wenn die Adressaten dem Befehlenden grundsätzlich positiv gegenüberstehen.[71] Das heißt, dass eine gerichtliche Entscheidung, die nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann und somit auf freiwillige Befolgung angewiesen ist, nur dann effektuiert wird, wenn sie von den Folgeverpflichteten akzeptiert wird. Diese Akzeptanz findet ihren Ursprung nicht nur in den konkreten Entscheidungen, sondern leitet sich auch aus einer institutionellen Akzeptanz des Gerichts ab.[72] Eine solche institutionelle Akzeptanz ist in diesem Kontext gleichbedeutend mit der Legitimität des Gerichts – also dem Zustand der Anerkennung des Bundesverfassungsgerichts als machtausübende Institution.[73] Weil die Stellung des Bundesverfassungsgerichts von dem größten Teil der an unserer Rechtsordnungen Beteiligten anerkannt wird, erstreckt sich diese Anerkennung auch auf einzelne Entscheidungen. Eine grundsätzlich bestehende Akzeptanz und Legitimität als Teilaspekt der Akzeptanz sind insofern die Voraussetzungen für freiwillige Befolgung. Diese für die Befolgung maßgebliche Akzeptanz ist zudem ein Produkt der Akzeptanz

68 *Di Fabio,* Herrschaft und Gesellschaft, 2019, S. 34; weiterführend zur Begrifflichkeit *Brunner,* in: *ders.,* Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte, 3. Auflage, 1980, S. 65 (67 ff.).

69 Zu den Instrumenten der Durchsetzung konkreter Entscheidungen s. noch u. S. 161 ff.

70 *Lucke* in: *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, 2019, S. 73 (84).

71 *Lucke,* Akzeptanz, 1995, S. 121 f.

72 Zu deren Prägefaktoren *Patzelt* in: *Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 313 (316 ff.).

73 Zum Begriff der Legitimität *Di Fabio,* Herrschaft und Gesellschaft, 2019, S. 39; zur Abgrenzung vom Begriff Legitimation m.w.N. *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 150 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für Einzelentscheidungen einerseits und der institutionellen Akzeptanz des Gerichts andererseits.

Das bedeutet gleichzeitig, dass solche Einzelentscheidungen auch kritisiert werden können und so gegebenenfalls zu Ausschlägen in der empirisch gemessenen Akzeptanz der Institution führen kann, ohne dass diese Kritik an Entscheidungen gleichbedeutend mit einer geringeren Folgebereitschaft der Gesellschaft ist.[74] Besteht nämlich ein grundsätzlicher Glaube an die Legitimität der herrschaftsausübenden Institution, ist die Gesellschaft auch bereit, bei hinter den Erwartung zurückbleibenden Einzelentscheidungen Folge zu leisten.[75] Die Legitimität des Gerichts und das Vertrauen in künftige Entscheidungen wird hierdurch also nicht in Frage gestellt. Während die Befolgung der Einzelentscheidung somit zwar in einem direkten Zusammenhang zu Akzeptanz und Legitimität der Institution Bundesverfassungsgericht steht, werden Akzeptanz und Legitimität der Institution dennoch im Umkehrschluss nicht durch Einzelentscheidungen nachhaltig beschädigt. Deutlich wird dies auch dadurch, dass die Zufriedenheit mit dem Bundesverfassungsgericht im Gegensatz zur Zufriedenheit mit politischen Verfassungsorganen weniger von konkreten Entscheidungen mit tagespolitischem Bezug abhängt, sondern globaler betrachtet an eine Systemzufriedenheit der Gesellschaft anknüpft.[76] Trotzdem ist der Bezug von Legitimität und Akzeptanz zueinander nicht einseitig, sondern reziprok. Entscheidungen hoheitlicher Stellen müssen akzeptanzfähig sein, um ihre Legitimation und damit die Befolgungsbereitschaft langfristig nicht erodieren zu lassen. Demokratische Legitimität setzt nämlich auch eine faktische Zustimmung der Bürger voraus, die sich in der Akzeptanz von Einzelentscheidungen äußert.[77] Die Legitimität des Gerichts nimmt also keinen Schaden an einzelnen Entscheidungen, die dem Rechtsempfinden einer Mehrheit der Bevölkerung nicht entsprechen oder sogar widersprechen. Es ist allerdings erforderlich, dass das Gericht überwiegend akzeptanzfähige Einzelentscheidungen erlässt, um seine Legitimität beizubehal-

74 Dazu aus politikwissenschaftlicher Perspektive *Schaal*, Vertrauen, Verfassung und Demokratie, 2004, S. 130 ff.

75 *Schliesky,* Legitimität, 2020, S. 51.

76 *Patzelt* in: *Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 313 (317 f.); zur aktuell hohen Beliebtheit des BVerfG in der Gesellschaft vgl. https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1415792/umfrage/umfrage-zum-vertrauen-in-das-bundesverfassungsgericht/ (Stand: 30.3.2025).

77 Zu diesem Zusammenhang *Schliesky,* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 172 ff.; vgl. auch *Lucke,* Akzeptanz, 1995, S. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten.[78] Das hat zur Folge, dass (Verfassungs-)Gerichte bei ihren Entscheidungen strategische Entscheidungen mit dem Ziel treffen, dieses Akzeptanzguthaben bei den Entscheidungsrezipienten aufzubauen.[79] Mit anderen Worten: Die bestehende Legitimität des Bundesverfassungsgerichts ermöglicht es, auch einzelnen nicht akzeptanzfähigen Entscheidungen zur Gefolgschaft zu verhelfen. Sie setzt aber voraus, dass der größte Teil der Entscheidungen aus sich heraus bei den Befolgungsverpflichteten Akzeptanz hervorruft. Zweifelsfrei kann das Gericht den materiellen Gehalt seiner Entscheidungen nicht nach der größtmöglichen Übereinstimmung einer öffentlichen Meinung mit der zu entscheidenden Sachfrage ausrichten, sondern muss die Entscheidung ausschließlich rechtsgeleitet treffen. Dennoch kann eine Entscheidung – das wird sich im Laufe dieser Untersuchung deutlich zeigen – auch ohne materiell mit subjektiven Präferenzen übereinzustimmen, aufgrund des vorangegangenen Verfahrens und der inhaltlichen Ausgestaltung Akzeptanz generieren. Das Bundesverfassungsgericht muss sein Durchsetzungsverfahren somit auf der Ressource Akzeptanz aufbauen und das Verfahren gleichzeitig so gestalten, dass ein größtmögliches Maß an Akzeptanz erhalten bleibt.

Vor dem Hintergrund dieser Untersuchung interessieren an dieser Stelle insbesondere zwei Aspekte. Zum einen ist erforderlich, die gesellschaftlichen Erwartungen an das Gericht herauszuarbeiten, also die ihm zugeschriebene Rolle in Gesellschaft und Rechtsordnung zu identifizieren. Das stellt die Grundlage dar, um zu beurteilen, inwiefern die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit solchen Erwartungen übereinstimmen und damit akzeptanzfähig sind. Zum anderen stellt sich die Frage, wie das Gericht losgelöst von konkreten Entscheidungen und Verfahren die institutionelle Akzeptanz erhalten und bestärken kann.[80]

78 *Manow,* Unter Beobachtung, 2024, S. 125 f.; vgl. dazu auch auch *Vanberg,* Legislative-Judicial Relations, American Journal of Political Science 45 (2001), 346 (353).

79 *Carrubba,* Model of Endogenous Development, JOP 71 (2009), 55 (66); *Vanberg,* Constitutional Courts in Comparative Perspective, ARPS 2015, 167 (179 f.). *Vanberg* betont hierbei vor allem die Bedeutung einer akzeptanzfördernden Arbeit des Gerichts in seiner Gründungsphase, vgl. S. 180. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Selbstbehauptung des Gerichts im sogleich noch näher beleuchteten Statusstreit sowie den frühen Entscheidungslinien größere Bedeutung.

80 Dazu im Anschluss an diesen Abschnitt § 3.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Rollenkonformes Verhalten als Faktor der Akzeptanz

Die gesellschaftliche Akzeptanz hängt insbesondere auch damit zusammen, wie erfolgreich das Gericht den an sich gestellten Rollenerwartungen gerecht werden kann. Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit meint dabei nicht lediglich die Aufgabe und Funktion von Gericht und Prozessrecht. Ursprünglich in der Soziologie entwickelt ist mit dem Rollenbegriff ein tieferschichtiger Bedeutungskomplex verbunden.[81] Die Rolle einer Person begründet eine bestimmte Verhaltenserwartung in konkreten Situationen. Weicht ein Rollenträger von der zugeschriebenen Rolle und den damit verbundenen Erwartungen ab, wird sein Verhalten begründungsbedürftig.[82] Im Gegenzug werden Verhaltensweisen einer Person eher akzeptiert, wenn sie sich im Rahmen der ihr zugeschriebenen Rolle bewegen.

Rollenbilder und damit einhergehende Erwartungen können zwar nicht ohne weiteres von dem in der Gesellschaft interagierenden Individuum auf Institutionen wie das Bundesverfassungsgericht übertragen werden.[83] Dennoch ergibt sich die Frage, ob Funktionen und Arbeitsweise des Gerichts einerseits und Erwartungen an das Gericht andererseits sich gegenseitig beeinflussen. Richter verhalten sich nie ganz losgelöst von ihrer Beziehung zur Öffentlichkeit.[84] Die gesellschaftlichen Erwartungen an das Gericht beeinflussen dessen Arbeitsweise zumindest in Teilen. Dies wird auch an der folgenden Interviewaussage deutlich:

> „Ich denke, dass es Aufgabe des Gerichts ist, sich immer um gesellschaftliche Akzeptanz zu bemühen. Man kann sie nur schwer für eine einzelne Entscheidung herbeiführen, sondern entscheidend ist die allgemeine Ak-

81 Diese Rollentheorie geht im Ursprung soweit ersichtlich auf die Überlegungen *Georg Simmels* hinsichtlich der Voraussetzungen von Gesellschaft zurück, vgl. *Simmel,* Soziologie, 1908, S. 27 ff.; einführend in die Rollentheorie etwa *Biddle,* Recent developments in role theory, Annu. Rev. Sociol. 1986, 67 (68 ff.); erstmals in diesem Kontext wurde der Begriff wohl verwendet von *Linton,* The Study of Man, 1936; ebenso *Goffman,* The presentation of self in everyday life, 1959.

82 Vgl. etwa *Dahrendorf*, Homo sociologicus, 17. Auflage 2010, S. 37 ff.

83 Hierzu *Boulanger* in: *Wrase/Boulanger* (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, S. 67 (72 f.), der auf die komplexe Binnenstruktur derartiger Institutionen verweist.

84 *Baum* legt etwa dar, dass sozialpsychologische Phänomene wie die Selbstpräsentation der Richter sich auch an Gerichten beobachten lassen und Einzug in die Entscheidungen der Gerichte finden, *Baum,* Judges and Their Audiences, 2006, S. 32 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeptanz der Institution und ihrer Arbeit als solcher. Ohne kluge Öffentlichkeitsarbeit kann diese Art von Akzeptanz nicht hergestellt werden."[85]

Die Mitglieder des Gerichts nehmen also in den Blick, welches Bild sie in die Gesellschaft hinein vermitteln. Dies kann aber kein einseitiges Senden sein, sondern muss gleichzeitig in Bezug nehmen, welches Bild die Gesellschaft bereits von dem Gericht hat. Deswegen ist es sinnvoll, die Idee eines soziologischen Rollenbegriffs jedenfalls in Grundzügen entsprechend auf das Bundesverfassungsgericht und die Einbindung und Interaktion von Gericht und Prozessparteien anzuwenden. Betrachtet man das Bundesverfassungsgericht entgegen *Boulanger* als eine Akteurseinheit, so lassen sich hierdurch Erkenntnisse für eine legitimationsstiftende Wirkung von Verfahrensabläufen und -erwartungen gewinnen.[86]

Um die dem Bundesverfassungsgericht zugeschriebenen Rolle zu klären, muss die Eigen- und Fremdwahrnehmung des Gerichts untersucht werden.[87] Hierfür stellt sich die Frage, wie das Gericht auf Prozessbeteiligte, wissenschaftliche Betrachter und die Gesellschaft insgesamt wirkt und darauf basierend, welche Erwartungen an das Gericht gestellt werden. Im Mittelpunkt steht dabei die institutionelle Stellung des Gerichts, einschließlich der Art und Weise, wie das Gericht sich diese Stellung erarbeitet hat. Nur vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, welche Erwartungen an einen verfassungsgerichtlichen Prozess gestellt werden können und mit welcher Autorität das Gericht gegenüber anderen Verfassungsorganen auftreten kann. Darauf basierend beeinflussen funktionale Erwartungen an das Gericht dessen Rollenbild.

I. Der Einfluss des BVerfG auf seine Rolle

Das Bundesverfassungsgericht hat historisch betrachtet mit einem hohen Maß an Selbstvertrauen seine Stellung vor allem in der deutschen Verfassungs- und Gesellschaftsordnung etabliert.[88] Dies ist besonders vor dem Hintergrund wichtig, dass einer staatlichen Institution zwar Kompetenzen,

85 Interview Nr. 4.
86 Dazu *Luhmann,* Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 82 ff.
87 Zum Zusammenhang von Selbstwahrnehmung und Präsentation nach Außen vgl. *Goffman,* The presentation of self in everyday life, 1959, S. 18 ff.
88 Zu der enormen Bedeutung des Selbstverständnisses eines Verfassungsgerichts – gerade auch in dessen Gründungszeit – *Lembcke,* Hüter der Verfassungs, 2007, S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht aber Autorität übertragen werden kann, sodass eine Autoritätsposition von Hoheitsträgern immer an eine Eigenleistung anknüpft.[89] Insofern ist der Ausgangspunkt, um die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zu umschreiben, eine Untersuchung der Selbstdarstellung des Gerichts. Die Autoritätsposition einer Institution wird insbesondere auch durch das Auftreten in der Gründungsphase maßgeblich beeinflusst.[90] Deswegen gilt ein erstes Augenmerk dem Statusstreit der frühen 1950er-Jahre. Gerade diese Zeit prägt die Beurteilung der verfassungsgerichtlichen Rolle, weil das Konzept einer *Verfassungs*gerichtsbarkeit in der heutigen Form für eine deutsche Rechtsordnung ein Novum war.[91] Das in Entscheidungen und Entscheidungslinien transportierte Verständnis seiner Stellung gibt weiterhin Aufschluss über die Selbstwahrnehmung des Gerichts und ergänzt insofern die durch den Statusstreit etablierte Stellung des Gerichts.

I. Der Statusstreit als historischer Grundstein der Autorität

Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtsordnung war in seiner Gründungszeit weitestgehend ungeklärt.[92] Einerseits ergab sich aus der systematischen Position der Regelung über das Bundesverfassungsgericht im Grundgesetz kein Anhaltspunkt über die besondere Stellung des Gerichts, andererseits scheute die Wissenschaft anfangs bezüglich des Status des Bundesverfassungsgerichts davor, sich eindeutig festzulegen. Das Gericht sah sich in der Folge dazu veranlasst, seinen Status selbstständig darzulegen.[93] Seine Vorstellungen zu der herausgehobenen Stellung im Ver-

89 Vgl. dazu etwa *Herzog,* Das Problem der staatlichen Autorität, ZfP 1963, 145 (155, sowie expliziter 161); zur selbstständig erarbeiteten Autorität des Bundesverfassungsgerichts insbesondere im Status-Streit der 1950er Jahre *Lembcke,* Hüter der Verfassung, 2007, S. 83 – 105; einen geistesgeschichtlichen Zugriff auf die Bedeutung der Autorität liefert *Arendt,* Übungen im politischen Denken I, 4. Auflage 2016, S. 159 ff.

90 *Wahl* in: *Meinel* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 2019, S. 27 (34).

91 Zur gerichtlichen Verfassungsauslegung in der Weimarer Republik *Dreier,* Verfassungsgerichtsbarkeit in Weimar, DÖV 2019, 609 ff.; zur Geschichte der Staatsgerichtsbarkeit in der deutschen Rechtsordnungen *Kluckert* in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Auflage 2022, Rn. 2 ff.; vgl. dazu auch *Mitter,* Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit, GRZ 2022, 145 ff.; darstellend zur Unterscheidung von Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit etwa *Vasquez,* Verfassungsgerichtsbarkeit, 2016, S. 69 f.

92 Zu diesem historischen Kontext etwa *Chatziathanasiou,* Die Status-Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, RW 11 (2020), 145 (149 ff.).

93 *Leibholz,* Einleitung, JöR 6 (1957), 110 (112 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleich zur Fachgerichtsbarkeit einerseits,[94] wohl wichtiger aber noch die Gleichordnung mit den übrigen Verfassungsorganen des Bundes andererseits, erläuterte das Gericht in seinem Status-Bericht und der Status-Denkschrift vom 27. Juni 1952, adressiert an die obersten Bundesorgane.[95] Das Bundesverfassungsgericht machte sein eigenes Rollenverständnis im Gefüge der deutschen Verfassungsordnung erstmalig deutlich, indem es trotz des offenkundig politischen Bezugs seiner Rechtsprechung betonte, kein *rein* politisches Organ zu sein, das unabhängig von rechtlichen Vorgaben auf den Bestand von Rechtssätzen einwirke, sondern die Zuständigkeit des Gerichts bereits bestehende Verfassungsrechtsätze als Maßstab voraussetzt.[96]

Seine Verfassungsorganqualität, die sowohl eine Repräsentations- als auch Integrationsfunktion bedingt,[97] leitete das Gericht selbstbewusst aus seiner Position als „obersten Hüter der Verfassung" ab.[98] Trotz erheblichen Widerspruchs und entgegen einer eingehenden wissenschaftlichen Auseinandersetzung[99] mit den Gedanken des Gerichts behauptete dieses in der Folgezeit seinen Standpunkt gegenüber den übrigen Bundesorganen.[100] Die eigenständige Feststellung der Verfassungsorganeigenschaft hat der

94 Dazu *Wahl* in: *Meinel* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 2019, S. 27 (36 ff.).

95 Statusdenkschrift des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6 (1957), 144, die zusammen mit dem Bericht *Gerhard Leibholz* zu lesen ist, *Leibholz,* JöR 6 (1957), 120; zu dessen besonderer Rolle *Wiegandt,* Gerhard Leibholz (1901 – 1982), JuS 2001, 1156 (1159 f.).

96 Bericht zur „Status"-Frage, JöR 6 (1957), 120 (125); dem folgend Statusdenkschrift des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6 (1957), 144 (144 f.); auf diesem besonderen Bezug zum Politischen fußt auch die Eigenständigkeit des BVerfG gegenüber der übrigen Justiz, vgl. *Schönberger,* in: *Jestaedt et al.* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, S. 9 (13 f.) m.w.N.

97 Statusdenkschrift des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6 (1957), 144 (145 f.); kritisch zur Begründung der Verfassungsorganeigenschaft *Roellecke,* Zum 50-jährigen Bestehen des BVerfG, NJW 2001, 2924 (2928).

98 Statusdenkschrift des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6 (1957), 144 (144); die Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüter der Verfassung ansehend *Kelsen* in: *Ooyen* (Hrsg.), Wer soll Hüter der Verfassung sein?, 2. Auflage 2019, S. 58 ff.; zu der Kontroverse hierum, insbesondere auch zwischen *Kelsen* und *Schmitt* etwa *Grimm,* Recht oder Politik?, 2020, S. 9 ff.

99 Zur Opposition gegen die Statusbehauptung des BVerfG innerhalb der Staatsrechtslehre vgl. *F. Lange,* Der Dehler-Faktor, Der Staat 2017, 77 (90 ff.).

100 Ein umfassender Überblick über die Materialien hinsichtlich des Status des Bundesverfassungsgerichts, einschließlich des der Auffassung des BVerfG widersprechenden Gutachtens von *Thoma* (S. 161 ff.) sowie einer eher skeptischen Betrachtung durch den – sich wohlgemerkt in der Minderheit der Richter des BVerfG befindenden – damaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts *Höpker-Aschoff* findet sich bei: Der Status des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6 (1957), 109 – 221.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verfassungsgesetzgeber schlussendlich mit dem Erlass des Art. 115g GG,[101] der auf die verfassungsmäßige Stellung des Bundesverfassungsgerichts Bezug nimmt, anerkannt.[102] Diese Bestimmtheit, mit der das Gericht sich letztendlich durchgesetzt hat, gibt allerdings nicht nur Aufschluss über das Selbstbewusstsein in seiner Gründungsphase. Sie begründet auch die Vermutung, dass das Gericht seine Rolle in Krisenzeiten selbstbestimmt behaupten kann.[103]

Neben den formulierten Erwägungen zur Rolle des Gerichtes in der Verfassungsordnung nahm es bereits damals auch die Effektuierung seiner Entscheidungen in den Blick. Durch die geforderte „bildhafte Einprägung" in das Bewusstsein der Gesellschaft kann das Bundesverfassungsgericht eine Durchsetzung basierend auf loyaler Befolgung der Entscheidungen erreichen.[104] Dem Bundesverfassungsgericht war bewusst, dass seine Rezeption auch in der Bevölkerung einen maßgeblichen Einfluss auf die Wirksamkeit seiner Arbeit hat. Es war klar: Je besser es seine Autoritätsposition behaupten kann, desto eher werden die Entscheidungen des Gerichts auch freiwillig befolgt. Vor dem Hintergrund des Durchsetzungsverfahrens kann diese Erkenntnis des Gerichts nicht überschätzt werden. Die Entscheidungsbefolgung hängt auch nach Auffassung des Gerichts damit zusammen, wie es sich präsentiert. Gestaltet das Gericht sein Durchsetzungsverfahren aus, ist dieses Wissen immer präsent.

Das in der Status-Denkschrift transportierte Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts legt nahe, dass es sich bereits kurz nach seiner Gründung in der Rolle eines integrierenden Akteurs für die Gesellschaft sah. Dabei verstand es sich zwar als Teil der rechtsprechenden Gewalt, war sich der politischen Tragweite seiner Entscheidungen und der daraus re-

101 BGBl., I, 1986, S. 709 (713); zu diesem Zeitpunkt wurde die Stellung des BVerfG wohlgemerkt kaum noch ernstlich bestritten.

102 *Hillgruber/Goos,* Verfassungsprozessrecht, 5. Auflage 2020, Rn. 8; noch ausdrücklicher ist ein Zusammenschluss der Fraktionen aus SPD, Grünen, FDP und CDU/CSU, vgl. BMJ, Pressemitteilung Nr. 67/2024 v. 23.7.2024 mit der dort veröffentlichen Gemeinsamen Erläuterungspapier der Fraktionen „Resilienz des Bundesverfassungsgerichts", S. 2 f. In der Folge wurde die Verfassungsorganeigenschaft mit der Änderung des Grundgesetzes vom 20.12.2024 im Art. 93 GG verankert, BGBl 2024, I, Nr. 439.

103 Zur Diskussion um den Schutz des BVerfG vor Krisen etwa *Michl,* Schutz des BVerfG, ZRP 2024, 33.

104 Zutreffend weist *Chatziathanasiou* deswegen darauf hin, dass diese Passage der Status-Denkschrift in der Nachschau heraussticht und mehr als beim ersten Anschein ersichtlich auf die besonderen Bedingungen des Gerichts eingeht, *Chatziathanasiou,* Die Status-Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, RW 11 (2020), 145 (164 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sultierenden Zugehörigkeit zu der Gruppe politischer Entscheidungsträger jedoch bewusst. Bereits von Anfang an hat es deswegen selbstbewusst die Rolle als Hüter der Verfassung in Anspruch genommen. Gerade durch den öffentlich ausgetragenen Streit um den bundesverfassungsgerichtlichen Status gelang es dem Gericht, sich und seine Stellung sichtbar zu definieren.[105] Voraussetzung und Grundstein für die breite Folgebereitschaft innerhalb der Bevölkerung wurden somit bereits in der Gründungszeit des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Statusstreits gelegt.

2. Entscheidungslinien und funktionales Selbstverständnis

Angesichts der Neuartigkeit des Gerichts im deutschen Verfassungsgefüge war es ein Wagnis, im Rahmen des Status-Streits derartig direkt an die anderen Verfassungsorgange zu kommunizieren, ist aber in der Geschichte des Gerichts auch nicht einzigartig geblieben.[106] Typisches Mitteilungsmedium des Gerichts sind dennoch die Entscheidungen seiner Verfahren, aus denen sich oftmals auch Rückschlüsse über das Selbstverständnis des Gerichts ziehen lassen.[107] In einer Vielzahl von Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht sein Selbstbild entwickelt und geschärft. Vor allem auch die Urteile, die sich der jeweils herrschenden Regierung entgegengesetzt haben, trugen dazu bei, Akzente in der Wahrnehmung des Gerichts zu setzen.[108]

---

105 Zu dem Ergebnis kommt auch *F. Lange,* Der Dehler-Faktor, Der Staat 56 (2017), 77 (105).

106 Man denke etwa an das Schreiben des ehemaligen Vizepräsidenten des BVerfG *F. Kirchhof* an die Bundeskanzlerin mit der Aufforderung, die Entscheidung des Gerichts zur Erbschafssteuer umzusetzen, vgl. Schreiben des Vizepräsidenten des BVerfG vom 12. Juli 2016; ebenso eine Pressemeldung im Fall einer Verweigerung der Stadt Wetzlar, ihre Stadthalle an die NPD zu vermieten, in der klargestellt wurde, inwieweit die Entscheidungen des Gerichts Bindungswirkung entfalten, vgl. BVerfG, Pressemitteilung Nr. 26/2018 vom 20. April 2018; grundsätzlich zur Kommunikation des Gerichts mit der Öffentlichkeit *Masing* in: *Herdegen et al.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 15 Rn. 156–160; zu den Durchsetzungsaspekten der Kommunikation im Nachgang einer Entscheidung s.u. S. 317 ff.

107 Die gerichtliche Entscheidung als Kommunikationsmedium sieht auch *Brink,* Entscheidungsbegründung, 1999, S. 44; *Sommer* spricht von einem „Dialog" der Gerichte, *Sommer* in: *Schmidt-Aßmann et al.* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerwG, S. 19 (19); zu der vor allem in jüngerer Vergangenheit hinzutretenden Pressearbeit als Kommunikationsmedium und gleichzeitig Mittel der Durchsetzung s.u. S. 319 ff.

108 *Meinel,* Das BVerfG in der Ära der Großen Koalition, Der Staat 60 (2021), 43 (55 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch die wissenschaftlichen Äußerungen (späterer) Richterinnen und Richter geben Aufschluss über das im Gericht präsente Selbstverständnis, weil sie ihre Erfahrungen, Eindrücke und Erkenntnisse in die Arbeit des Gerichts einbringen.[109] Die besondere Relevanz der richterlichen Rollenvorstellungen begründet *Böckenförde,* indem er feststellt, dass das Bundesverfassungsgericht, auch wenn es als eigenständiges Verfassungsorgan mit den übrigen Verfassungsorganen gleichgestellt ist, nur im Modus eines Gerichts tätig sein darf und dies mangels höherer Kontrollinstanz nur gelingen kann, wenn die Richter sich der Rolle des Gerichts im Verfassungsgefüge bewusst sind.[110]

Rollenvorstellung und institutionelles Selbstverständnis divergieren dabei aufgrund der pluralen Besetzung der Senate.[111] Bei über hundert Juristen, die bislang das Amt des Richters des Bundesverfassungsgerichts bekleidet haben, wäre eine umfassende und detaillierte Auswertung individueller Rollenverständnisse deswegen eher verwirrend als erkenntnisstiftend. Es lassen sich aber grundsätzliche Muster im Rollenverständnis der Richterinnen und Richter erkennen, die mit dem funktionalen Rollenverständnis der verfassungsgerichtlichen Entscheidungslinien übereinstimmen.

a. Politische Neutralität

In den Status-Streit eingebettet fand sich das Bundesverfassungsgericht etwa dem Versuch ausgesetzt, zur Entscheidung des politischen Streits um die

109 *Bröhmer,* Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, S. 255; exemplarisch dazu die Analyse des protestantischen Einflusses durch die Richter *Herzog, Simon* und *Hesse* auf die Brokdorf-Entscheidung bei *Lepsius/Doering-Manteuffel* in: *Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius* (Hrsg.), Brokdorf-Beschluss, 2015, S. 167; *Michl,* Erna Scheffler und die Willkür des NS-Regimes, NJW 2021, 3436 (3440); dieser Gedanke läuft parallel zu dem Beweggrund, die Leitfadeninterviews in diese Untersuchung einzubeziehen.

110 *Böckenförde,* Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S. 441; diese Rolle war anfangs nicht ganz unumstritten. Der erste Präsident des BVerfG *Höpker-Aschoff* stellt sowohl die gleichgeordnete Stellung mit den anderen Verfassungsorganen, als auch die exponierte Stellung gegenüber den übrigen Bundesgerichten in Frage, vgl. JöR 6 (1957), 149 f., 155 f.

111 Vgl. *Simon,* Leben zwischen den Zeiten, 2020, S. 124 f.; zur gezielt diversen Besetzung, *S. Baer* in: *Bäuerle/Dann/Wallrabenstein* (Hrsg.), FS Bryde, 2013, S. 3 (15); zur Auswirkung dieser Heterogenität auf die Diskussionen im Senat *Masing* in: *Jestaedt/Suzuki* (Hrsg.), Verfassungsentwicklung II, 2019, S. 177 (181 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wiederbewaffnung instrumentalisiert zu werden.[112] Das Gericht wurde von unterschiedlichen Seiten mit der Frage der Wiederbewaffnung befasst, wobei die verschiedenen Antragsteller versuchten, das Verfahren zuerst durch einen ihnen vermeintlich wohler gesonnenen Senat oder das Plenum entscheiden zu lassen.[113] Wäre dies gelungen, hätte es den Anschein erweckt, dass die materielle Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts durch taktische Auswahl des zuständigen Senates beeinflusst werden könnte. Bereits in der Gründungszeit des Gerichts wäre das Vertrauen in seine Neutralität und damit eines Grundelements seines Ansehen erschüttert worden.

Hinsichtlich der Wiederbewaffnung hat das Bundesverfassungsgericht in der Sache zwar keine Entscheidung getroffen. Allerdings konnte es einige wichtige Punkte seines Selbstbildes transportieren. Insbesondere gelang es dem Bundesverfassungsgericht, den politischen Instrumentalisierungsversuchen der jeweiligen Senate dadurch entgegenzutreten, dass es das Gutachtenverfahren, mit dem das gesamte Plenum befasst war, vorrangig behandelte und mit einer deutlichen Mehrheit von 20 zu 2 Stimmen beschloss.[114] So konnte das Gericht seine Rolle als zwar mit politisch aufgeladenen Themen befassten, aber dennoch politisch neutralem Teilnehmer im Staatsgefüge taktisch klug festigen. Das Bundesverfassungsgericht ließ sich nicht in seinem Erscheinungsbild in Ersten und Zweiten Senat teilen, sondern trat durch seine Rechtsprechung einheitlich als „das Bundesverfassungsgericht" auf.[115] Dieses Bild der inneren Geschlossenheit, das zu mindestens außerhalb des Fachpublikums aufrechterhalten werden kann, ermöglicht dem Gericht auch heute noch, ein hohes Maß an Autorität in Anspruch zu nehmen.[116] So trägt bereits die Möglichkeit, das Bundesverfassungsgericht anzurufen, dazu bei, dass normative Vorgaben der Verfassung

112 *Lembcke,* Hüter der Verfassung, 2007, S. 175 ff.; umfassend zur Wiederbewaffnung und der Rolle des BVerfG hierbei *Ipsen,* Der Staat der Mitte, 2009, S. 74 ff.

113 *Wahl* in: *Meinel* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 2019, S. 27 (44 f.).

114 BVerfGE 2, 79 – EVG-Gutachten (1952); dazu *Wahl* in: *Meinel* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 2019, S. 27 (45); das deutliche Abstimmungsverhältnis versteht *Ipsen* als Mahnung, von politischen Instrumentalisierungsversuchen des Gerichts abzusehen *Ipsen,* Der Staat der Mitte, 2009, S. 78.

115 Ausdrücklich BVerfGE 2, 79 (95 f.) – EVG-Gutachten (1952).

116 *Ernst Benda* zeigt hingegen anhand der divergierenden „Kind als Schaden"-Rechtsprechung auf, welche Folgen das Nichtaustragen von Konflikten der beiden Senate haben kann, *Benda,* Streit als Schaden, NJW 1998, 3330 ff.; zum Stellenwert geschlossenen Auftretens vgl. noch u. S. 174.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und das tatsächliche Verhalten der am Verfassungsleben Beteiligten weitestgehend im Einklang stehen.[117]

Das EVG – Gutachten bekräftigte explizit, dass die Verantwortung für politische Fragen allein dem unmittelbar demokratisch legitimierten Bundestag zukomme und das Bundesverfassungsgericht lediglich rechtliche Vorfragen klären könne.[118] Den weitreichenden Einfluss des Gerichts in nahezu sämtlichen politischen Bereichen erkannten (spätere) Richter des Bundesverfassungsgerichts gleichwohl.[119] Im Gericht war ein gewisses Machtbewusstsein präsent. Für die spezifisch *rechtlichen* Entscheidungen erwartet das Gericht dementsprechend auch unabhängig von der Verfahrensart die Folgebereitschaft der übrigen Staatsorgane.[120] Es formulierte also einen umfassenden Befolgungsanspruch für seine rechtlichen Erwägungen. Die Rolle des Verfassungsgerichts sowie die daraus folgende Autorität machen für die Rezipienten eine effektive Umsetzung seiner Wertungen notwendig. In dem Zuge nimmt das Gericht zwangsweise die Rolle einer „strukturellen Opposition zur Regierung und der sie tragenden Mehrheit im Parlament" ein.[121] Den Richtern des Bundesverfassungsgerichts ist dabei aber nicht daran gelegen, auf einen Konfrontationskurs mit den übrigen

117 Diese Aussage von *Draht,* Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1966), S. 17 (104), die er 1950 getroffen hat, trifft heute wohl noch genauso zu. Der angedrohte „Gang nach Karlsruhe" und verfassungsrechtliche Argumentationen finden regelmäßig Einklang in tagespolitische Debatten, vgl. dazu nach knapp zwei Jahrzehnten bundesverfassungsgerichtlicher Tätigkeit *Grimm,* Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, JZ 1976, 697 (699 f.); früh bereits *G. Müller,* BVerfG, Journal der Internationalen Juristenkommission, 1965, 219 (231, 236 f.); *Jestaedt* legt dar, dass diese Bezugnahme im Politischen auf die Verfassung der Grund sei, warum immer wieder eine Anreicherung des GG mit Staatszielbestimmungen angestrebt wird, *Jestaedt* in: *ders. et al.* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, S. 77 (87); aus politikwissenschaftlicher Perspektive legt dies *Marschall* dar, *Marschall,* Das politische System Deutschlands, 4. Auflage, 2018, S. 204 f.

118 BVerfG 2, 79 (96) – EVG-Gutachten (1952).

119 So etwa der spätere Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Herzog,* Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 4 (1965), 37; auch heute noch spricht *Masing* davon, dass das BVerfG wohl das Verfassungsgericht mit dem größten innerstaatlichen Einfluss sei, *Masing* in: *Herdegen et al.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 15 Rn. 1.

120 BVerfGE 2, 79 (88 f.) – EVG-Gutachten (1952).

121 *P. Huber* in: *Herdegen et al.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 6 Rn. 85; zu den teils über die Entscheidungen regelrecht erbosten Reaktionen der Regierung vgl. *Grimm,* Die Historiker und die Verfassung, 2022, S. 68 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hoheitsträgern zu gehen. Vielmehr strebt das Gericht ein Kooperationsverhältnis zu den übrigen Staatsorganen an.[122]

Aufgrund dieser Einflüsse kommt dem Bundesverfassungsgericht nicht nur formal die Stellung eines Verfassungsorgans zu, sondern es nimmt trotz politischer Neutralität auch eine aktive politische Funktion wahr und muss bei seinen Entscheidungen vielfältige Folgen miteinbeziehen.[123] Dies äußert sich in dem Erfordernis, nicht lediglich konkrete Verfassungsfragen letztverbindlich zu entscheiden, sondern im Rahmen der Entscheidungsbegründung die in Einklang gebrachten Interessen darzulegen und zu verdeutlichen, welche konsentierten Grundwerte die Entscheidung des Gerichts geleitet haben.[124] Auch heute noch hat das Bundesverfassungsgericht dabei zwar kein Initiativrecht, durch seine Judikate prägt es aber politische und gesellschaftliche Entwicklungen.[125] Das Gericht soll dem politische Bereich der grundgesetzlichen Ordnung lediglich einen rechtlichen Rahmen geben.[126] Trotz eines großen Spielraums für verschiedene Auslegungen der Verfassung stellt es auch heute noch ein Missverständnis dar, wenn man verfassungsgerichtliche Entscheidungen als politische Setzung betrachtet.[127]

Angesichts dieses Selbstverständnisses ist es bemerkenswert, wenn ein ehemaliger Vizepräsident des Gerichts darlegt, dass das Gericht die Kompetenz habe, notfalls lückenfüllend anstelle des Gesetzgebers tätig zu wer-

122 *S. Baer,* Das Soziale und die Grundrechte, NZS 2014, 1 (4), angedeutet auch dort in Fn. 35; vgl. auch *Masing,* Balance wahren, ZRP 2020, 194 (198).

123 Bereits 1950 bei der Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer dazu *Draht,* Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1966), S. 17 (95 ff.); so auch *Steiner,* Der Richter als Ersatzgesetzgeber, NJW 2001, 2919 (2922).

124 *Limbach* in: *Brand/Strempel* (Hrsg.), Soziologie des Rechts, 1998, S. 207 (213 f.).

125 *Masing* in: *Herdegen et al.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 15 Rn. 10; auch vor dem Hintergrund zunehmender Internationalisierung und europäischer Integration lasse sich nichts anderes erkennen Zwar verliere das BVerfG innerstaatlich betrachtet an Einfluss. Dies werde aber durch einen Einflussgewinn über die deutschen Grenzen hinaus ausgeglichen, vgl. ebd. Rn. 180; einen Wandel der Rolle des Gerichts aufgrund der europäischen Integration sieht ebenfalls *Hesse,* Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JZ 1995, 265 (269 ff.); *P. Huber* betont allerdings, dass im Zusammenspiel der verschiedenen Institutionen im Rahmen der europäischen Integration die politische Macht des Gerichts hinter das Wohl des Individuums zurücktreten muss und nicht nur Selbstzweck ist, vgl. *Rasch,* Interview mit *Peter Huber,* NZZ v. 8.12.20, https://www.nzz.ch/wirtschaft/verfassungsrichter-peter-huber-zur-geldpolitik-der-ezb-ld.1590643 (Stand: 30.3.2025).

126 *G. Müller,* BVerfG, Journal der Internationalen Juristenkommission, 1965, 219 (228 ff.); *S. Baer,* Zuhören und dazu gehören, JZ 2023, 655 (657).

127 *P. Huber,* Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, JZ 2022, 1 (4).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den.[128] In der Vorstellung von einer derartigen temporären Ersetzungsbefugnis spiegelt sich ein staatstragendes Selbstverständnis des Gerichts wieder.[129] Trotz ihrer oppositionellen und kontrollierenden Stellung sind Gerichte ein Stabilitätsfaktor der Rechtsordnung.[130] Dies kennzeichnet nach dem Rollenverständnis der Richter auch die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im politischen Gefüge der Bundesrepublik.

Politische Neutralität meint in diesem Kontext also nicht, dass das Bundesverfassungsgericht sich gänzlich aus politischen Streitigkeiten heraushalten soll.[131] Im Gegenteil nimmt es für sich in Anspruch, auch politisch aufgeladene Streitigkeiten nach rechtlichen Maßstäben zu entscheiden. Insbesondere widerspricht es auch dem Rollenverständnis der Richter, sich dabei auf eine dauerhafte Linie mit der Partei zu begeben, die sie für das Amt nominiert hat.[132] Eine Argumentation entlang (partei-)politischer Linien würde zu einer Isolation des jeweiligen Richters innerhalb der Debatte führen, sodass sich das Gericht wirksam gegen eine politische Überlage-

128 *F. Kirchhof,* Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, NJW 2020, 1492 (1494); dies kann auch durch die Haltung Dritter erklärt werden, die vom BVerfG erwarten, dass es die Grenzen des GG bis zum äußersten ausreizt, um Rechtsschutz zu gewähren, *Simon,* Leben zwischen den Zeiten, 2020, S. 122; dass das BVerfG allerdings keine Kompetenz zu einer Art Notstandsgesetzgebung hat, legt bereits *Herzog* dar, *Herzog,* Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 4 (1965), 37 (45 ff.). Hierin kommt auch *Herzogs* protestantische Sozialisation zum Vorschein, die ihn nur sehr zurückhaltend diskursverhindernde Autorität für Staatsorgane bejahen ließ, vgl. zu *Herzogs* Sozialisation *Lepsius/Doering-Manteuffel* in: *Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius* (Hrsg.), Brokdorf-Beschluss, 2015, S. 167 (169 ff.).

129 Dazu sogleich u. lit. c.

130 *F. Kirchhof,* Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, NJW 2020, 1492 (1495 f.).

131 Zur Nichtübertragbarkeit dieser *political question*-Doktrin auf das BVerfG *R. Zuck,* Political Question-Doktrin, JZ 1974, 361 ff.

132 *Hesse* in: *Klein* (Hrsg.), FS Benda, 1995, S. 1 (4); *Ritterspach* in: *Klein* (Hrsg.), FS Benda, 1995, S. 201 (206 f.); *Böckenförde,* Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1996, 281; diese Erfahrung teilt auch *Grimm* anlässlich seiner Verabschiedung aus dem BVerfG, *Grimm,* Politikdistanz als Voraussetzung von Politikkontrolle, EuGRZ 2000, 1 (2); *Simon* weist explizit darauf hin, dass ein Rekurs auf parteipolitische Linien schnell zum innergerichtlichen Einflussverlust führen würde, *Simon,* Leben zwischen den Zeiten, 2020, S. 124; der Verdacht, aufgrund ihrer politischen Auffassung nicht unvoreingenommen zu entscheiden, hat erst kürzlich zur Ablehnung der Richterin *Wallrabenstein* geführt, vgl. BVerfGE 156, 340 – PSPP VollstreckungsAO, Befangenheit Wallrabenstein (2021).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung des rechtlichen Deliberationsprozesses absichern kann.[133] Durch das Bestehen einer entscheidenden Instanz, deren Mitglieder nicht an der *politischen* Auseinandersetzung beteiligt sind, gewinnt eine Entscheidung an Legitimation,[134] während die Verfassung nicht übermäßig politisch instrumentalisiert wird.[135] Vielmehr ermögliche gerade eine plurale Besetzung des Gerichts einen gesellschaftlichen Ausgleich verschiedener Strömungen.[136] *Ernst Bendas* Aussage, dass „der Respekt, den ein Gericht erwarten darf, […] nicht seinem Status [gilt], sondern seiner Arbeit"[137] lässt sich insofern auch auf die Neutralität der Entscheidungsfindung übertragen.[138]

b. Hüter der Grundrechte

Diese Erwartungshaltung erkennt man auch in frühen wegweisenden Entscheidungen, mithilfe derer das Gericht sich umfassende Einflussmöglichkeiten auf die fachgerichtliche Rechtsprechung gesichert hat.[139] Indem es etwa in der *Lüth*-Entscheidung eine mittelbare Drittwirkung der Grundrech-

133 Dies bestätigen die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts unisono, vgl. *Kranenpohl,* Beratungsgeheimnis, 2010, S. 461 ff.

134 *Grimm,* Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, JZ 1976, 697 (700); allerdings erläutert *Grimm* während seiner aktiven Zeit als Richter des BVerfG auch, dass das Gericht die Politik nicht vollends zu verrechtlichen vermag, *Grimm* in: *Klein* (Hrsg.), FS Benda, 1995, S. 91 (96).

135 *Grimm,* Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 59 (2020), 321 (340); *Böckenförde* weist allerdings darauf hin, dass das BVerfG sich aufgrund seiner Gesetzesbindung nicht derart aus politischen Fragen raushalte, als dass es höchstbrisante politische Fragen, die Rechtsstreitigkeiten aufwerfe nicht judiziert, *Böckenförde,* Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S. 441 f.

136 *Masing* in: *Herdegen et al.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 15 Rn. 36; zum damit korrespondierenden Stellenwert der Richterwahl vgl. etwa u. S. 74 f. oder S. 102 ff.

137 *Benda,* Skandale, immer wieder, NJW 1997, 3004 (3005).

138 Umso bemerkenswerter ist es, dass einige Richter sich auch zu durchaus politisch und gesellschaftlich kontroversen Themen medienwirksam geäußert haben, wie sich etwa aus der Autobiographie von *Helmut Simon* ergibt, *Simon,* Leben zwischen den Zeiten, 2020, S. 129 ff.

139 Zu dem Verhältnis des BVerfG zur Fachgerichtsbarkeit grundlegend BVerfGE 18, 85 (92 f.) – Spezifisches Verfassungsrecht (1964); *Schenke,* Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1987; *Hensel,* Bindungswirkung und Verfahren, Der Staat 50 (2011), 581 (587 f.); dafür plädierend, das BVerfG entgegen der *Heck*'schen Formel als Revisionsinstanz für Verfassungsrechtsfragen zu sehen *Broß,* Das Bundesverfassungsgericht und die Fachgerichte, BayVBl. 2000, 513 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te bejaht hatte[140] oder die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in der *Elfes*-Entscheidung zu einem umfassendem Auffanggrundrecht erhoben hat[141] und somit den Anwendungsbereich grundrechtlicher Normen auf die gesamte Rechtsordnung erstreckte, konnte das Bundesverfassungsgericht sich weitreichende Prüf- und Entscheidungskompetenzen in allen rechtlichen Fragen vorbehalten.[142] Diese weitreichenden Einflussmöglichkeiten, die auch gegenüber dem Gesetzgeber gelten, hat das Gericht komplettiert, indem es den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Apotheken-Urteils[143] in seiner Rechtsprechung verankert hat.[144]

Das Bundesverfassungsgericht entwickelte so in Summe einen umfassenden Grundrechtsschutz, mit dem auch die eigenen Einflussmöglichkeiten wuchsen. So zeichnete das Bundesverfassungsgericht von sich selbst das Bild eines umfassenden Grundrechtsschutzorgans, das vor einer eigenmächtigen Kompetenzerweiterung zum Zweck der Grundrechtseffektuierung nicht zurückschreckt.[145] Es will sich selbst in der Rolle eines Hüters der Grundrechte wissen, der wie eine Schutzinstanz des Bürgers als dessen Verbündeter gegen den Staat verstanden wird. Gerade weil das Bundesverfassungsgericht nicht nur Mehrheitsmeinungen bestärkt, sondern auch minderheitenschützende Freiheitsrechte wahrt, hat *Johannes Masing*

140 BVerfGE 7, 198 (205 ff.) – Lüth (1958); zu der erheblichen Ausweitung der Bedeutung der Grundrechte durch die *Lüth*-Entscheidung *Hesse,* Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JZ 1995, 265 (266 f.).

141 BVerfGE 6, 32 (36) – Elfes (1957).

142 Dem kann man durchaus differenziert gegenüberstehen. So unterstreicht *Brohm* den Anteil von Art. 2 I GG hieran, während er hinsichtlich der eigenmächtigen Ausweitungen der Kompetenzen des Gerichts durch die Heranziehung einer objektiven Werteordnung das Verschwimmen der Grenzen zum Gesetzgeber moniert, vgl. *Brohm,* Die Funktion des BVerfG, NJW 2001, 1 (4, sowie 7).

143 BVerfGE 7, 377 – Apothekengesetz (1958).

144 Zum Einfluss dieses Urteils auf die Rolle des BVerfG *Dreier,* Grundrechtsexpansion, DÖV 2024, 413 (417); das Zusammenspiel der Entscheidungen *Elfes, Lüth,* und des *Apothekenurteils* stellt laut *Schorkopf* den inneren Gründungsakt des BVerfG dar, *Schorkopf* in: *Kischel/Kube* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 2023, § 14 Rn. 5.

145 *Breckwoldt* äußert den Verdacht, das BVerfG weiche im Kontext kombinierter Grundrechte mitunter von entwickelter Dogmatik ab und lasse eine nachvollziehbare Methodik vermissen, um ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen, vgl. *Breckwoldt,* Grundrechtskombinationen, 2015, S. 6 f.; *Hillgruber* kritisiert, das eine Befugnis für die eigenmächtige Erweiterung und Fortentwicklung seiner Kompetenzen anhand der Fortentwicklung der Grundrechtsdogmatik fehle und dass das Gericht durch die Veränderung des materiellen Gehalts der Grundrechte die formellen Anforderungen an eine Verfassungsänderung übergehe, *Hillgruber,* Ohne rechtes Maß, JZ 2011, 861 (864).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anlässlich seines Ausscheidens aus dem Bundesverfassungsgericht dasselbe als „letzte Instanz für Gerechtigkeit" bezeichnet.[146] Dieses Bild wird dem Gericht auch zuweilen durch die Bürger widergespiegelt, etwa wenn diese in direkten Kontakt mit den Richtern treten:

> „Das Gericht wird mit Erwartungen konfrontiert, die manchmal auch in einem Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip und zur Gewaltenteilung liegen. Das konnte man zum Beispiel aus Briefen entnehmen, die mich als Richter erreicht haben. Aus ihnen sprach die Erwartung, dass Richter auch ohne förmliches Verfahren in den Lauf der Dinge eingreifen könnten, als eine Art überparteilicher Gemeinwohlinstanz."[147]

Die Richter verstehen das Bundesverfassungsgericht dabei als maßgeblichen Garanten der Grundrechtseffektuierung,[148] wenn auch nicht den einzigen.[149] Nicht ohne Grund wird der Verfassungsbeschwerde, also dem Verfahren, das vorrangig der Grundrechtssicherung dient, auch von den Richtern des Bundesverfassungsgerichts eine grundlegende Bedeutung für seine Stellung im Verfassungsgefüge zugesprochen.[150] Im Zuge der Verfassungsbeschwerde kommt das Bundesverfassungsgericht nicht umhin, Fachgerichte in ihrer Grundrechtsanwendung und -auslegung zuweilen zu korrigieren. Trotzdem sehen das Gericht und seine Mitglieder sich nicht in der Rolle, den Fachgerichten einseitig Vorgaben aufzuerlegen, sondern vielmehr als Teil eines Kooperationsverhältnisses.[151] Zwar kommt dem Bundesverfassungsgericht gegenüber den Fachgerichten – anders als gegenüber dem Gesetzgeber – eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Überprüfung

146 *Masing,* Politische Friedensgewähr und Idealität der Verfassung, JZ 2022, 137; hierin liege auch ein wesentlicher Erfolgsfaktor des BVerfG, *ders.* in: *Herdegen et al.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 15 Rn. 47.

147 Interview Nr. 5.

148 *Böckenförde,* Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?, EuGRZ 2004, 598 (603); *Papier* in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, 2009, Bd. 3, §80, Rn. 3.

149 *S. Baer* in: *Bäuerle/Dann/Wallrabenstein* (Hrsg.), FS Bryde, 2013, S. 3 (13); *Simon* in: *Güde et al.* (Hrsg.), Zur Verfassung unserer Demokratie, 1978, S. 61 (68); sonstige Akteure der Verfassungsentwicklung untersucht *Bryde,* Verfassungsentwicklung, 1982, S. 190 ff.

150 *Benda,* Gegenwind und Kreuzseen, NJW 1997, 560 (561); *Lübbe-Wolff*, Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?, 2015, S. 7.

151 *Eichberger,* Die Rechtsschutzgarantie von Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht, NVwZ-Beilage 2013, 18 (19).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Grundrechtskonkretisierung zu.[152] Das Bundesverfassungsgericht will den Fachgerichten hier aber hinreichend Raum zur eigenständigen Grundrechtsdurchsetzung lassen.[153] Dass die Fachgerichte trotz des letztverbindlichen Charakters des verfassungsgerichtlichen Spruches vom Gericht erwarten, als ebenbürtig behandelt zu werden, ist den Richtern bewusst und beeinflusst sowohl Entscheidungsformulierungen als auch den Umgang mit der Fachgerichtsbarkeit außerhalb des Verfahrens.[154]

Die gegenüber der Fachgerichtsbarkeit herausgehobene Rolle des Bundesverfassungsgerichts für den Grundrechtsschutz wird aber daran offenkundig, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sich zuweilen stärker darauf fokussiert, eine einheitliche objektive Grundrechtsordnung zu festigen, als den Schutz der konkreten subjektiven Rechte des Individuums in den Mittelpunkt zu stellen.[155] Denn während die Fachgerichte für den Schutz subjektiver Rechte eines Individuums im Einzelfall geeignet sind, kann das Bundesverfassungsgericht mit der größeren Autorität des Letztinterpreten der Grundrechte eine bessere Orientierung für eine einheitliche Grundrechtsauslegung innerhalb der Rechtsordnung insgesamt schaffen.[156] Indem das Gericht abstrakt-generelle Vorgaben zur Grundrechtsinterpretation mit der Verbindlichkeit seiner institutionellen Autorität formuliert, bietet es Grundrechtsschutz über den Einzelfall hinaus. Dieses Selbstverständnis bestätigt die ehemalige Richterin *Gabriele*

152 *Hoffmann-Riem,* Nachvollziehende Grundrechtskontrolle, AöR 128 (2003), 173 (189).

153 *Eichberger,* Die Rechtsschutzgarantie von Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht, NVwZ-Beilage 2013, 18 (24); *Hoffmann-Riem,* Nachvollziehende Grundrechtskontrolle, AöR 128 (2003), 173 (188 f.); gleichwohl fällt zuweilen auf, dass die Fachgerichtsbarkeit in bestimmten Fragen auch durch Anrufung des EuGH verfassungsgerichtliche Entscheidungslinien zu umgehen sucht. Besonders hervorzuheben ist hierbei das BAG, dass einen bestehenden Dissenz zwischen BVerfG und EuGH, vgl. *Brune/Schmitz-Scholemann,* Chefarzt, Egenberger und nun Hebamme, NZA 2022, 1646 (1650 f.) sowie *Junker,* Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht, NJW 2018, 1850 (1850 f.), hinsichtlich des kirchlichen Arbeitsrechts nutzt, um sich in seiner zum BVerfG konträren Rechtsauffassung durch den EuGH bestärken zu lassen.

154 Zu den verfahrensunabhängigen Umgang des BVerfG mit der Fachgerichtsbarkeit zum Zweck der Akzeptanzsicherung vgl. u. S. 111 ff.

155 So *Böckenförde,* Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1996, 281 (283 f); diese Objektivierung der subjektiven Rechte sieht *Lepsius* mit der *Lüth*-Entscheidung begründet, *Lepsius* in: *Jestaedt et al.* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, S. 159 (186 ff.);

156 Dazu am Beispiel der Entscheidung BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I (2019) *Kühling*, Das „Recht auf Vergessenwerden" vor dem BVerfG, NJW 2020, 275 (279).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Britz, wenn sie Bezug nehmend auf *Konrad Hesse*[157] die Bewahrung der normativen Kraft des Grundgesetzes als Ganzem an die fortlaufende Neuinterpretation der Grundrechte knüpft.[158] Die effektive, über den unmittelbaren Rechtsschutz einzelner Individuen hinausgehende freiheitssichernde Grundrechtsordnung und der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts hierzu wird auch daran deutlich, dass durch die Grundrechtsrechtsprechung ein Bewusstsein über die Grundrechte in der Bevölkerung verwurzelt wurde.[159] Danach sieht sich das Bundesverfassungsgericht in der Pflicht, durch seine Grundrechtsrechtsprechung über den Einzelfall hinaus zu ermöglichen, dass die Grundrechte effektiv wahrgenommen werden können.[160] Dadurch will es absichern, dass eine freiheitliche, demokratische Ordnung durch die Grundrechte etabliert und gewahrt werden kann.[161]

Dieses Rollenverständnis ist beispielsweise in der Rechtsprechung erkennbar, wenn das Gericht durch seine Technik der Grundrechtskombinationen versucht, grundrechtliche Schutzlücken zu schließen.[162] Wenn die Grundrechte expansiv gehandhabt werden, vermittelt dies dem Bürger das Bild eines weiten grundrechtlichen Schutzes, der erst durch das Bundesverfassungsgericht gewährleistet wird. Dort, wo der verfassungsgebende Gesetzgeber nämlich grundrechtliche Schutzlücken gelassen hat, scheut sich das Bundesverfassungsgericht nicht davor, diese zu schließen.

Wenn das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus die Grundrechte nicht lediglich in ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte gegen den

157 *Hesse,* Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

158 *Britz* in: *Krüper/Payandeh/Sauer* (Hrsg.), Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung, 2019, S. 143 (150 f.).

159 *Limbach,* Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, 2913 (2916); in diese Richtung auch *Lübbe-Wolff*, Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?, 2015, S. 8 f.

160 *Broß* sieht in den einzelnen Verfahren nur ein notwendiges Mittel zur allgemeingültigen Verfassungsauslegung, vgl. *Broß,* Das Bundesverfassungsgericht und die Fachgerichte, BayVBl. 2000, 513 (515); dies darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, das BVerfG lasse Individualrechtsschutz in den Hintergrund treten. Die Richter des BVerfG sind durchaus bedacht, ihr Ansehen als „Bürgergericht" zu behalten, vgl. *Schluckebier,* Warum hält das Bundesverfassungsgericht eine „Mutwillensgebühr" für erforderlich?, ZRP 2012, 133 (134).

161 *Simon* in: *E. Klein* (Hrsg.), FS Benda, 1995, S. 337 (344).

162 Ein Beispiel etwa bei BVerfGE 93, 1 (17) – Kruzifix (1995), dazu *Schröder,* Grundrechtsverbindungen in der Fallbearbeitung, JuS 2023, 1010 (1013); zum Zweck der Kombinationen auf Schutzbereichsebene insgesamt *Breckwoldt,* Grundrechtskombinationen, 2015, 58 ff., zur damit verbundenen Kompetenzerweiterung des Gerichts explizit S. 62; kritisch auch *I. Augsberg/S. Augsberg,* Kombinationsgrundrechte, AöR 132 (2007), 539.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Staat auslegt, sondern auch Schutzpflichten und Leistungsrechte aus ihnen herleitet,[163] transportiert es dieses Selbstverständnis, für eine umfassende Effektuierung objektiver Grundrechtsgehalte und die darin verbürgten Freiheitssphären einzustehen.[164] Indem das Bundesverfassungsgericht diese objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte reaktiviert hat,[165] ist es mitnichten von einem ursprünglich stärker zutage tretenden Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte abgewichen, sondern hat die freiheitssichernde Funktion der Grundrechte noch weiter gefestigt. Gleichwohl geht mit dieser Erweiterung der Grundrechtsfunktionen auch das Risiko einher, dass die Grenzen zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung verschwimmen, sodass der „parlamentarische Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat" übergleitet.[166] Dies hat das Bundesverfassungsgericht sich zu vergegenwärtigen um Akzeptanzverlusten, die mit einer Aufgabenusurpation einhergehen können, entgegenzuwirken. Die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte darf also, auch vor dem Hintergrund der politischen Neutralität des Gerichts, nur fein dosiert aktiviert werden.

Durch seine Entscheidungen zielt das Gericht darauf ab, die Rechte politischer und gesellschaftlicher Minderheiten gegenüber der Mehrheit zu stärken und nimmt insofern auch die Rolle eines unterschiedliche gesellschaftliche Gruppen integrierenden Organs ein.[167] Dies äußert sich etwa im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Schuldrechtsanpassung.[168] Hier hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen

163 Zur Schutzpflicht etwa in BVerfGE 39, 1 (36) – Schwangerschaftsabbruch I (1975) und E 84, 133 (156) – Warteschleife (1991); zu Leistungsrechten etwa BVerfGE 137, 34 (72) – Menschenwürdiges Existenzminimum (2014).

164 Zu dem objektiven Gehalt unterschiedlicher Arten von Grundrechten *Jarass* in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 35 ff.; ebenfalls zur freiheitssichernden Funktion objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte *Gostomzyk,* Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee, JuS 2004, 949.

165 Zur Historie dieser Funktion *Gostomzyk,* Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee, JuS 2004, 949 (950).

166 *Böckenförde,* Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 (24 ff.).

167 Grundlegend zur Integration durch staatliche Organe in: *ders.,* Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Auflage 2010, S. 119 (136 ff.); eine integrierende Tätigkeit des BVerfG beobachtet auch *Laufs,* der diese in einen historischen Kontext setzt, vgl. *Laufs,* Ein Jahrhundert wird besichtigt – Rechtsentwicklung in Deutschland: 1900 bis 1999, JuS 2001, 1 (8); zum Einfluss *Smends* Lehren auf das BVerfG gerade in dessen Anfangszeit vgl. *Henne* in: *ders./Riedlinger* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S. 197 (213 f.).

168 BVerfGE 101, 54 – Schuldrechtsanpassungsgesetz (1999).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

umfassenden Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum bei der Regelung der durch die Wiedervereinigung notwendig gewordenen Überführung von Nutzungsverträgen zwischen Grundstückseigentümern und Nutzungsberechtigten dieser Grundstücke in die bundesrepublikanische Rechtsordnung gewährt.[169] Als es den besonderen Stellenwert dieser mit Datschen bebauten Grundstücke in der ostdeutschen Gesellschaft in den Blick nahm,[170] bezweckte das Gericht, einen schonenden und sozialverträglichen Übergang der ostdeutschen in die bundesrepublikanische Rechtsordnung zu ermöglichen und ausgleichend und integrierend auf die Gesellschaft einzuwirken.[171] Insbesondere wollte das Gericht hier auch der besondere Ausnahmesituation der Wiedervereinigung Rechnung tragen, weswegen es dem Gesetzgeber „außergewöhnliche Spielräume" gelassen hat.[172] Mit Blick auf diese erheblichen Schwierigkeiten der Transformation der ostdeutschen Gesellschafts- und Politikordnung in die bundesrepublikanische Rechtsordnung resümiert die ehemalige Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts *Jutta Limbach* kurz nach ihrem Ausscheiden aus dem Amt die integrative Kraft des Gerichts für die Gesellschaft und setzt damit eine positive Rollenerwartung an das Gericht.[173]

Ähnliches klingt an, wenn das Gericht in seiner Entscheidung zum Klimaschutzgesetz explizit die Beeinträchtigung der zukünftigen Entscheidungsfreiheit junger Generationen in den Blick nimmt und insofern diese gesellschaftliche Gruppe bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt.[174] Indem das Bundesverfassungsgericht sich auch in Bezug auf sich verändernde gesellschaftliche Umstände nicht an einer starren Dogmatik festhält, sondern mitunter auch behutsam auf diese veränderten Umstände reagiert, ohne aber Maximalforderungen nachzugeben, vermag das Gericht den Adressaten seiner Entscheidungen Gehör zu verschaffen und so die Akzeptanz der Entscheidung selbst abzusichern. Im Rahmen der Grundrechtsrechtsprechung betrachtet *Hoffmann-Riem* etwa das Gericht als Spiegel ge-

169 BVerfGE 101, 54 (75 ff.) – Schuldrechtsanpassungsgesetz (1999).
170 Vgl. dazu explizit BVerfGE 101, 54 (78 f.) – Schuldrechtsanpassungsgesetz (1999).
171 Zur Leistung des BVerfG im Zuge der Wiedervereinigung *P. Kirchhof,* Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs, NJW 1996, 1497 (1499 f.); mit weiteren Beispielen zur Eingliederung der DDR auch *Grimm,* Die Historiker und die Verfassung, 2022, S. 267 – 283.
172 *Steiner,* Der Richter als Ersatzgesetzgeber, NJW 2001, 2919 (2922).
173 *Limbach,* Die deutsche Einheit als Herausforderung der Justiz, NJ 2002, 453 (453); ebenso das Gericht als integrierender Faktor sieht *G. Müller,* BVerfG, Journal der Internationalen Juristenkommission, 1965, 219 (245).
174 BVerfGE 157, 30 (130 ff. – Rn. 182 ff.) – Klimaschutzgesetz (2021).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sellschaftlicher Zustände. Aufgrund seiner „hohen Verantwortung für den Entwicklungsstand der Rechtsdogmatik" habe das Gericht stets auch die sich verändernden Gegebenheiten zu beachten und notfalls eine bestehende Rechtsprechungslinie anzupassen.[175] Die Grundrechtsrechtsprechung wird so zu einem Vehikel der Akzeptanzförderung für das Bundesverfassungsgericht als Institution insgesamt. Durch die Grundrechtsjudikatur hat das Gericht die Rolle für sich in Anspruch genommen, zentrale Schutzinstanz der grundgesetzlich verbürgten Rechte zu sein. Die Anbindung der Grundrechtsrechtsprechung an gesellschaftliche Vorgänge, losgelöst von Minderheits- und Mehrheitspositionen, macht sie für die Gesellschaft anschlussfähig. Es liegt nahe, dass das Gericht sich auch deswegen in der Rolle des Hüters der Grundrechte positioniert hat, um daraus Anschlussfähigkeit der eigenen Entscheidungen ableiten zu können.

Im Kontext der europäischen Integration ist die Rolle des Bundesverfassungsgerichts allerdings dynamisch. Dem Bundesverfassungsgericht ist bewusst, dass es keine „verfassungsrechtliche Solitärstellung" mehr innehat, sondern im Verbund mit dem EuGH und dem EGMR gerichtlichen Grundrechtsschutz gewährleiste.[176] Es sieht dabei die Möglichkeit, durch seine Grundrechtsrechtsprechung eine gemeineuropäische Verfassungsordnung mitzugestalten.[177] Deutlich wird dies an der Recht auf Vergessen-Rechtsprechung.[178] Indem es auch im unionsrechtlichen Kontext kooperativ mit dem EuGH agiert, sendet das Gericht das Signal, für einen gestärkten Grundrechtsschutz einzustehen, statt dem EuGH konfrontativ gegenüberzutreten.[179] Trotz einer Verschiebung im Zuge der europäischen Integration bleiben die nationalen Verfassungsgerichte so die dem Bürger nähere Instanz und können dadurch ihre Rolle als wichtigstes Grundrechtsgericht behaupten.[180]

175 *Hoffmann-Riem,* Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 203 (212).

176 *Voßkuhle,* Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 (7 f.); dazu auch *F. Weber,* Europäisierung von Innen?, AöR 147 (2022), 361 (363 f.).

177 *Voßkuhle,* Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 (8).

178 BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I (2019); BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II (2019).

179 Zur grundrechtspolitischen Einordnung der Beschlüsse *Preßlein,* Grundgesetz vs. Grundrechtecharta?, EuR 2021, 247 (266 f.); dies darf aber nicht mit einer bundesverfassungsgerichtlichen Subordination gleichgesetzt werden, vgl. die differenzierte Einordnung von *Thym,* Friendly Takeover, EUConst 16 (2020), 187 ff.

180 *Limbach,* Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, 2913 (2919); auch *Masing* sieht das BVerfG weiterhin als wichtigstes

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Stabilitätsfaktor des Staatswesens

Neben dem maßgeblich aufgrund grundrechtlicher Fälle evozierten Bild des Gerichts als Individualrechte schützender und gesellschaftlich integrierender Akteur tut sich auch das Bild des Bundesverfassungsgerichts als Stabilitätsfaktor für das deutsche Staatswesen hervor.[181] Damit steht das Gericht auf einer Linie mit einer Reihe anderer Verfassungsgerichte, die nach Umbruchsituationen einem Staatswesen das notwendige Maß an Stabilität verschafft haben.[182] Die besondere staatstragende Position und damit verbunden auch das Risiko der schwerwiegenden möglichen Folgen verfassungsgerichtlicher Judikate ist den Richtern durchaus bewusst.[183] Dies habe auch zur Folge, dass das Gericht alle Möglichkeiten ausschöpfen müsse, seinen Entscheidungen eine „staatsgefährdende Wirkung" zu nehmen.[184] Beispielhaft hierfür ist die Rechtsprechungslinie zur auflösungsgerichteten Vertrauensfragen. Auch mit Hinblick auf die häufigen Parlamentsauflösungen in der Weimarer Republik hat das Bundesverfassungsgericht eine Auflösung des Bundestages im Zuge der auflösungsgerichteten Vertrauensfrage des Bundeskanzlers jedenfalls im Grundsatz nur aufgrund einer Lage politischer Instabilität für zulässig befunden.[185] Dieses zusätzliche, ungeschrie-

---

Gericht für den Grundrechtsschutz, betont aber das enge Kooperationsverhältnis v.a. mit dem EuGH, *Masing,* Balance wahren, ZRP 2020, 194 (196).

181 So auch *Starck* in: *Akademie der Wissenschaft zu Göttingen* (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz, 2020, S. 17 (37).

182 *Manow,* Unter Beobachtung, 2024, S. 101 ff.

183 Deutlich wird dies etwa in der Antrittsvorlesung des späteren Richters *Hans Hugo Klein* an der Universität Heidelberg, *Klein,* Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, 1968, S. 15 sowie 32; *Gabriele Britz* bezeichnet die Entscheidungsobjekte des Gerichts als die „große[n] Themen von Gesellschaft und Politik", *Britz,* Entscheiden im Bundesverfassungsgerichtsmodus, JZ 2023, 659; die Auswirkung verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und die damit verbundene Verantwortung macht *Peter Huber* in seiner Abschiedsrede deutlich, *Huber,* Der Erfolg des Bundesverfassungsgerichts, FAZ v. 06.04.2023, S. 8.

184 *H. Klein,* Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, 1968, S. 33.

185 BVerfGE 62, 1 (40 ff.) – Bundestagsauflösung I (1983); E 114, 121 (151 f.) – Bundestagsauflösung III (2005); zum Einfluss der Erfahrungen aus der Weimarer Republik *Herbst,* Die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage, Der Staat 45 (2006), 45 (54 f.); grundlegend zur Vertrauensfrage *Reimer,* Vertrauensfrage und Bundestagsauflösung bei parlamentarischer Anscheinsgefahr, JuS 2005, 680; über die Entscheidung des BVerfG hinaus fordert *Gas* allerdings zusätzlich einen schärferen Kontrollmaßstab des Gerichts, um einen Missbrauch der Vertrauensfrage zu verhindern und so die Stabilisierung effektiv zu gewährleisten, *Gas,* Auflösung des Bundestages, BayVBl. 2006, 65 (67 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bene materielle Kriterium der politischen Instabilität bei gleichzeitiger grundsätzlicher Billigung einer auflösungsgerichteten Vertrauensfrage war der Versuch des Bundesverfassungsgerichts, einen Kompromiss zwischen Stabilität und Kontinuität der Regierung sowie Leistungsfähigkeit in Krisensituationen zu finden. Dieses Rollenbild des stabilitätssichernden Faktors untermauert das Bundesverfassungsgericht noch weiter in Entscheidungen zu wahlrechtlichen Sperrklauseln, wenn es deren Zulässigkeit mit der Begründung bejaht, nur so eine Zersplitterung des Parlaments und damit eine Einschränkung dessen Arbeitsfähigkeit abwenden zu können.[186] Zwar scheint das Gericht in jüngeren Entscheidungen zur Zulässigkeit von Sperrklauseln bei der Wahl zum Europäischen Parlament von seiner bisherigen Linie, diese für verfassungsgemäß zu erklären, abzuweichen.[187] Die vermeintliche Abweichung rechtfertigt das Gericht allerdings mit der Andersartigkeit des Europäischen Parlaments und weniger gravierenden Konsequenzen bei einer Blockadesituation aufgrund einer Vielzahl von Splitterparteien.[188] Allgemeingültige Aussagen zu einer generellen Unzulässigkeit von Sperrklauseln trifft das Bundesverfassungsgericht in seinen Ausführungen hingegen nicht.[189] Als letztes Beispiel des stabilisierenden und staatstragenden Selbstverständnisses bleibt die zurückhaltende Handhabung mit ultra vires-Entscheidungen, also der Feststellung, dass ein Organ der Europäischen Union außerhalb seiner Kompetenzen gehandelt hat.[190] Bevor das

186 Etwa BVerfGE 6, 84 (92 f.) – Sperrklausel (1957); E 95, 408 (419) – Grundmandatsklausel (1996); zu sonstigen vorbeugenden Maßnahmen hinsichtlich einer Zersplitterung des Parlaments auch BVerfGE 41, 399 (421 f.) – Wahlkampfkostenpauschale (1976).

187 Das Gericht hat die 5 % und 3 %-Sperrklausel zur Europawahl in zwei jüngeren Entscheidungen für unzulässig erklärt, BVerfGE 129, 300 – 5 %-Sperrklausel EuWG (2011); E 135, 259 – 3 %-Sperrklausel Europawahl (2014).

188 BVerfGE 129, 300 (324 ff.; ausführlich zu der andersartigen Interessenlage auf Unionsebene S. 336 ff.) – 5 %-Sperrklausel EuWG (2011); für die 3 %-Sperrklausel werden diese Erwägungen im Wesentlichen bestätigt, vgl. BVerfGE 135, 259 (291 ff.) – 3 %-Sperrklausel Europawahl (2014), wobei angedeutet wird, dass bei einer zukünftig eintretenden Arbeitsunfähigkeit des Parlaments eine Sperrklausel doch zulässig sein könnte, vgl. S. 294 wo das BVerfG davon spricht, dass eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit *derzeit* nicht abzusehen sei; *Will* unterstreicht, dass eine Lage politischer Instabilität bei den Wahlen zum Europäischen Parlament, anders als bei Bundestagswahlen, verhindert wird, da nicht das EP selber die Wahl gesetzlich regelt, *Will,* Nichtigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen, NJW 2014, 1421 (1423 f.).

189 Dies bestätigt das BVerfG in BVerfGE 146, 327 (357) – Eventualstimme (2017).

190 Grundlegend zu ultra vires *Schorkopf,* Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2019, §2 Rn. 185, zur Behandlung durch das BVerfG Rn. 207 ff.; zu den Gründen

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bundesverfassungsgericht in seiner PSPP-Entscheidung vom 5. Mai 2020 erstmals einen Rechtsakt der Europäischen Union als ultra vires bezeichnet hat,[191] war es mit derartigen Entscheidungen stets zurückhaltend.[192] Ein Grund hierfür wird wohl auch sein, dass das Bundesverfassungsgericht die weitreichenden politischen und rechtlichen Folgen einer erfolgreichen ultra vires-Rüge für das Verhältnis der Bundesrepublik zur Europäischen Union und der deutschen Rechtsordnung zur europäischen vorhergesehen oder wenigstens erahnt hat.[193] Dennoch dient die ultra vires-Rüge auch dem Zweck, elementare politische Kompetenzen bei den Mitgliedsstaaten zu belassen und so auch zur selbstständig erwirkten Stabilität des politischen Systems beizutragen.[194]

Aufschlussreich ist diese notwendige Berücksichtigung der Folgen einer Entscheidung nicht nur hinsichtlich der Rollenerwartung an das Gericht, eine Stabilisierungsfunktion wahrzunehmen, sondern auch aus einem anderen Grund. Das Wissen um den enormen Einfluss im politischen Gefüge aber auch der juristischen Fachöffentlichkeit, hat sich auf die Arbeit der Richter ausgewirkt. Ein Richter nimmt nämlich auch die nicht am Verfahren beteiligten Rezipienten in den Blick, wenn er die Entscheidungen als Resultat einer *wissenschaftlichen* Grundlage in Gestalt der einzelnen Voten sieht.[195] Die Wissenschaft so indirekt einzubeziehen ist dabei kein

---

für den zurückhaltenden Umgang mit ultra vires-Entscheidungen auch *Haltern,* Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, NVwZ 2020, 817 (821 ff.).

191 BVerfGE 154, 17 – PSPP (2020).

192 Das BVerfG legt in der Honeywell-Entscheidung entsprechend hohe Anforderungen an das Vorliegen eines ultra vires-Akts, BVerfGE 126, 286 (304) – Honeywell (2010); bestätigt in BVerfGE 134, 366 (392) – OMT I (2014); E 142, 123 (203) – OMT II (2016); zur stattdessen praktizierten Verständigung und Kooperation mit dem EuGH umfassend *Lang,* Kooperationsverhältnis, Der Staat 60 (2021), 99.

193 Mitunter wird bereits die Möglichkeit einer ultra vires-Rüge als stabilitätsgefährdend angesehen, vgl. *Hatje,* Warten auf ultra vires, IWRZ 2016,195 (198 f.).

194 Am Beispiel der Haushaltspolitik BVerfGE 134, 366 (393) – OMT I (2014); in der Entscheidung der Verfassungsmäßigkeit des OMT-Programms unterstreicht das BVerfG die Bedeutung einer ultra vires-Rüge für die Wahrung der Staatsstrukturprinzipien, vgl. BVerfGE 142, 123 (201 f.) – OMT II (2016).

195 So *Ritterspach* in: *Klein* (Hrsg.), FS Benda, 1995, S. 201 (205 ff.), der hierin auch einen maßgeblichen Unterschied von der Arbeit anderer Gerichte sah; vor diesem Hintergrund können auch Sondervoten dazu beitragen, einen umfassenden Diskurs zu eröffnen und so maßgeblich zur Akzeptanz der Entscheidung beitragen, vgl. *Federer,* Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters, JZ 1968, 511 (520 f.); die weitreichende Deliberation des Gesamtzusammenhangs mittels des Votums umreißt *Masing* in: *Jestaedt/Suzuki* (Hrsg.), Verfassungsentwicklung II, 2019, S. 177 (180 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Selbstzweck, sondern fußt auf der Erkenntnis des Gerichts, dass die fehlende Kontrolle des Bundesverfassungsgericht durch andere Hoheitsträger eines anderweitigen Kompensationsmodus bedarf.[196] Diese Kompensation erfolgt durch eine diskursive Auseinandersetzung mit Wissenschaft und Öffentlichkeit.[197]

d. Schutz der Grundrechte und des Staatswesens als selbstgezeichnetes Bild

Bereits aus den frühen Entscheidungen lassen sich Schlüsse auf das Selbstverständnis des Gerichts ziehen. So etabliert es schon in seiner Gründungsphase das Bild eines von politischen Zugehörigkeiten der einzelnen Richter unabhängigen Instanz, die sich allein durch das Recht leiten lässt. Es unterstreicht, dass es sich nur dem Grundgesetz und seiner effektiven und umfassenden Durchsetzung verpflichtet sieht. Dieses Bild der Neutralität wird stets auch von den Richtern des Bundesverfassungsgerichts hervorgehoben. Solche Beteuerungen mögen bei Richtern zunächst irritieren, sollten sie doch als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Für die Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts kann dieses Selbstverständnis sowie seine ausdrückliche Betonung aber nicht unterschätzt werden. Aufgrund seiner besonderen Rolle für den Staatsaufbau, auch im Vergleich zu den Fachgerichten, ist das Gericht darauf angewiesen, dass es nicht nur tatsächlich neutral ist, sondern aus der Gesellschaft heraus auch so wahrgenommen wird.

Bedeutsam ist auch das Selbstverständnis als individualfreiheitssichernder Hüter der Grundrechte. Um dies zu erreichen, scheut das Bundesverfassungsgericht nicht davor, entwickelte Dogmatik fortzuentwickeln und zu verändern. Damit einher geht ein stetiger Bedeutungsgewinn im deutschen Rechts- und Politiksystem.[198] Mit der Sicherung individueller Freiheiten durch die Grundrechtsrechtsprechung des Gerichts verbindet es auch eine

196 *P. Huber,* Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand, JZ 2003, 290 (296 f.); so auch *Draht,* Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1966), S. 17 (116); die Einbeziehung der Fachöffentlichkeit lässt sich mit der Erkenntnis *Christoph Möllers* erklären, dass verfassungsgerichtliche Entscheidungen zwar mitunter abstrakt-generelle Regelungen enthalten, aber nicht gleichsam inklusiv sind, wie der parlamentarische Prozess, sodass es für die Legitimation einer solchen Entscheidung einer größeren Einbeziehung anderer Gruppen bedürfe, *C. Möllers* in: *Jestaedt et al.* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, S. 281 (318 f.).

197 Zu den diskursiven Elementen vgl. noch u. S. 246 ff.

198 *Dreier,* Grundrechtsexpansion, DÖV 2024, 413 (425).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesellschaftsintegrierende Funktion. Das Bundesverfassungsgericht bestätigt in seinen Entscheidungen das mit der Status-Denkschrift nach außen getragene Selbstverständnis. Zusätzlich sieht es sich in der Rolle eines Stabilitätsfaktors der grundgesetzlichen Verfassungsordnung, sowohl im staatlichen Innenleben als auch im Verhältnis zur EU. Auf diese Weise ergänzt das Bundesverfassungsgericht den Schutz der materiellen Grundrechtsgehalte um den Schutz wesentliche Staatsstrukturprinzipien und eine funktionale Absicherung des politischen Staatswesens. Indem es so zur Stabilität des politischen Systems einschließlich der Einbindung der Bundesrepublik in einem vereinten Europa der souveränen Mitgliedsstaaten beiträgt, transportiert das Gericht sein Rollenverständnis, wonach es eine umfassende Bewahrung der verfassungsrechtlichen Regelungen zu gewährleisten vermag. Es fällt dabei auf, dass dieses Selbstverständnis erst in der jüngeren Vergangenheit – in etwa seit den späten 1990er-Jahren – sich auch in wissenschaftlichen Publikationen der Richter manifestiert. Insbesondere die Richter, die bereits auf eine Vielzahl gesellschaftlicher und politischer Zäsuren der Bundesrepublik zurückblicken und die Tätigkeit des Gerichts im Kontext der geschichtlichen Ereignisse in der Bundesrepublik bewerten können,[199] sehen das Gericht in der Rolle einer gesellschaftlich integrierenden Kraft, die auch die Rechte der Minderheiten in den Blick nimmt. Das Rollenverständnis des Gerichts ist deswegen nicht statisch, sondern hängt mit den jeweils gewählten Richterpersönlichkeiten zusammen.[200]

3. Zwischenbilanz – Selbstbild des Gerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat selbstbewusst sein Bild in der Gesellschaft mitgeprägt. Wichtig hierfür war, bereits in seinen Gründungsjahren die Stellung eines eigenständigen Verfassungsorgans für sich zu reklamieren. Aus der faktischen Selbstdarstellung des Gerichts als Verfassungsorgan ist alsbald ein weit überwiegend konsentiertes Normativ geworden. Die Entscheidungen des Gerichts sowie die Äußerungen der Richter des

199 Vgl. etwa *Jutta Limbachs* Äußerungen o. in Fn. 173, die die integrative Kraft des BVerfG vor dem Hintergrund der deutschen Einigung beurteilt, oder *Andreas Voßkuhle* o. in Fn. 176, der nach Jahrzehnten verfassungsgerichtlicher Europarechtsprechung die Rolle des BVerfG im europäischen Grundrechtsverbund einordnen kann.

200 Die Wahl der Richterpersönlichkeiten nimmt noch im Zuge der verfahrensunabhängigen Akzeptanzsicherungsmechanismen eine besondere Bedeutung ein, vgl. dazu bspw. S. 102 f. und 110 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bundesverfassungsgerichts ergänzen dieses selbsterzeugte Rollenbild des Gerichts. Das Bundesverfassungsgericht sieht sich in der Rolle eines für die Politik der Bundesrepublik relevanten, nicht aber rein politischen Akteurs. Insbesondere aus seinen Entscheidungslinien ergibt sich das Selbstbild eines Stabilitätsgaranten. Obwohl die Richter sich der politischen Tragweite ihrer Entscheidungen bewusst sind und die Folgen durchaus mit in den Blick nehmen, versteht sich das Gericht als politisch neutral und ausschließlich der Verfassung verpflichtet. Diese Neutralität ist nicht reiner Selbstzweck. Das Gericht hat nämlich den Zusammenhang zwischen Neutralität und Akzeptanz als Ressource der Entscheidungsdurchsetzung erkannt. Politischen Instrumentalisierungsversuchen ist es dementsprechend bislang erfolgreich entgegengetreten. Auch das wird Grundlage der Autorität des Gerichts sein. Dies und der Diskurs, den das Gericht mit der (Fach-)Öffentlichkeit sucht, tragen erheblich zur Akzeptanz und damit Befolgung der Entscheidungen bei. Im Mittelpunkt seines Handelns stehen dabei auch die Grundrechte und die dadurch konstituierte Gesellschafts- und Werteordnung. Das Bundesverfassungsgericht versteht sich als Schutzorgan der Grundrechte, das aber bevorzugt in ein Kooperationsverhältnis mit den übrigen Hoheitsträgern tritt und nur notfalls auf einer zwangsweisen Durchsetzung beharrt. Dieser Diskurs mit anderen Hoheitsträgern stellt – wie sich noch zeigen wird – ein Mittel zur Absicherung der Entscheidungsbefolgung dar.

II. Funktionale Erwartungen an das Gericht

Neben dem Selbstverständnis des Gerichts nehmen auch Erwartungen von Prozessbeteiligten und sonstiger Rezipienten in der Öffentlichkeit Einfluss auf dessen Rolle in der deutschen Rechtsordnung.[201] Werden diese Erwartungen enttäuscht, droht auf Dauer ein Ansehens- und Akzeptanzverlust. Wegen der Forderung nach Selbstbeschränkung des Gerichts – insbesondere in hochpolitischen Entscheidungen – einerseits und dem Begehren der Prozessbeteiligten nach größtmöglicher Rechtsdurchsetzung andererseits

201 Hierbei kann man nur schwer von *der* Öffentlichkeit sprechen. Vielmehr besteht eine Vielzahl an Teilöffentlichkeiten, die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wahrnehmen und beurteilen, *Boulanger* in: *Wrase/Boulanger* (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, S. 67 (73 ff.); grundlegender zum Einfluss der Teilöffentlichkeiten auf die Entscheidungsfindung von Richtern *Baum,* Judges and Their Audiences, 2006.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sieht sich das Bundesverfassungsgericht dabei oftmals konfligierenden Rollenerwartungen ausgesetzt.[202] Dieser Konflikt wirkt sich auch auf die prozessualen und außerprozessualen Handlungsformen aus, die das Gericht nutzt, um seinen materiellen Entscheidungen Geltung zu verschaffen. Deswegen ist relevant, welche funktionalen Erwartungen von Gerichtsexternen an das Bundesverfassungsgericht gestellt werden und wie weit das Gericht diesen in Hinblick auf seine Rolle im Rechts- und Gesellschaftsgefüge nachkommen kann.[203] Zweifelsfrei ist die große Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts für das Verfassungsrecht bekannt und konsentiert.[204] *Rudolf Smend* konstatierte bereits 1962, dass „das Grundgesetz […] nunmehr praktisch so [gilt], wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt".[205] Dass das Gericht durch seine Rechtsprechung im Wesentlichen steuernde Impulse für die Themen setzt, die in der Staatsrechtswissenschaft als aktuell und schwerpunktmäßig behandelt werden, stellt *Schlink* – wohlgemerkt nicht unwidersprochen[206] – fest, wenn er der Staatsrechtswissenschaft attestiert, „inhaltlich im Bann des BVerfG" zu stehen.[207] Welche Fähigkeiten dem Gericht von Dritten zugesprochen werden und welche Erwartungen Prozessbeteiligte und Dritte an das Gericht hegen, ist insbesondere in Hinblick auf das Ansehen des Gerichts in der Öffentlichkeit sowie dessen Hintergrund und damit verbunden auch seiner freiwillige Befolgung von Bedeutung. Maßgebliche Beachtung finden dabei Erwartungen seitens der rechtswissenschaftlichen Forschung, da die dort in zentraler Rolle tätigen Staatsrechtslehrer oftmals – unmittelbar als Prozessvertreter oder mittelbar über Publikationen – mit dem Bundesverfassungsgericht in einen Dialog treten und so auch Rollenerwartungen artikulieren können.[208] Indem

202 *Simon,* Leben zwischen den Zeiten, 2020, S. 122 f.

203 Auch hier ist dabei zu beachten, dass dem Gericht eine nicht begrenzbare Vielzahl an Rollen zugeschrieben werden kann, vgl. *Boulanger* in: *Wrase/Boulanger* (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, S. 67 (68). Der Fokus muss dabei also auf solchen Rollenzuschreibungen liegen, die prozessrechtliche Aspekte beim Gericht beeinflussen.

204 *Lembcke* stellt fest, dass der Status des BVerfG nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt wird, *Lembcke,* Hüter der Verfassung, 2007, S. 193,

205 *Smend* in: *ders.,* Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Auflage 2010, S. 581 (582).

206 Differenziert hierzu der Sammelband *Grimm* (Hrsg.), Vorbereiter – Nachbereiter, 2019, in dem anhand unterschiedlicher Entscheidungen der Einfluss der Rechtswissenschaft auf die Rechtsprechung des BVerfG untersucht wird.

207 *Schlink,* Entthronung, Der Staat 28 (1989), 161 (162).

208 Zum Dialog der Staatsrechtslehre mit dem BVerfG *Oppermann* in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, S. 421 (422 f.); dazu auch *Schulze-Fielitz,* Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2. Auflage 2022, S. 473 (480 ff.); die rechtswis-

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Rechtswissenschaft Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aufgreift, kommentiert und dogmatisiert, festigt sie das verfassungsgerichtlich transportierte Verständnis des Grundgesetzes und damit auch dessen eigene Rolle.[209] Gleichzeitig kann sie jedoch auch stärker beachtete Kritik an Entscheidungen des Gerichts üben als die generelle öffentliche Meinung.[210]

I. Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung

Das verfassungsgerichtliche Selbstbild eines Hüters der Verfassung wird bereits normativ vom Grundgesetz bestätigt, indem es durch eine Vielzahl an Verfahren maßgeblich mit der Verfassungssicherung betraut.[211] Diese prozessualen Möglichkeiten haben dazu geführt, dass ein solches Rollenverständnis von einer großen gesellschaftlichen Mehrheit geteilt wird. Die hohe Anzahl an Verfassungsbeschwerden, sowohl in absoluter als auch in relativer Betrachtung im Vergleich zu den übrigen verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, unterstreicht die besondere Relevanz der Grundrechtsrechtsprechung für die verfassungsgerichtliche Rolle.[212] Unabhängig von den statistisch betrachtet eher geringen Erfolgsaussichten lässt die Vielzahl an Verfassungsbeschwerdeverfahren auf ein tiefes Vertrauen der Bürger schließen, dass das Bundesverfassungsgericht effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten vermag.[213] Die Gründe für das besondere Vertrauen in das

---

senschaftliche Forschung insb. im Verfassungsrecht beschränkt sich wohlgemerkt natürlich nicht auf die Staatsrechtslehrer.

209 Kritisch zu dieser Dogmatisierung *Großfeld,* Götterdämmerung?, NJW 1995, 1719 (1720).

210 *Beyme* in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, S. 493 (501 f.); der ehemalige Richter des BVerfG *Steiner* legt etwa dar, dass die Mitglieder des Gerichts der Rechtswissenschaft rezeptionsbereit begegnen, *Steiner,* Der Richter als Ersatzgesetzgeber, NJW 2001, 2919 (2920).

211 Vgl. dazu *Gläß* in: *Donath et al.* (Hrsg.), Verfassungen, 2019, S. 263 – 282.

212 Zu der praktischen Bedeutung der Verfassungsbeschwerde etwa *Walter* in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Grundgesetz, 105. EL August 2024, Art. 93 Rn. 326 f.

213 Zur aktuellen Verfahrensstatistik des BVerfG vgl. BVerfG, Jahresbericht 2024, S. 46 ff., abrufbar https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/jahresbericht_2024.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Stand: 16.04.2025); so auch *Landfried,* Judicial Policy-Making in Germany, WEP 15 Nr. 3 (1992), 50 (51); dem BVerfG scheint in der Bevölkerung die Rolle einer „letzten Instanz" zur Sorge für materielle Gerechtigkeit zugesprochen zu werden, *Patzelt* in: *Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 313 (325 ff.); *Schorkopf,* Die prozessuale Steuerung des Verfassungsrechtsschutzes, AöR 130 (2005), 465 (479); so auch *Kneip,* Verfassungsgerichte als demokratische

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gericht kommen in vielschichtiger Ausprägung zur Geltung. Sie geben Aufschluss über die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und damit die Voraussetzung ihrer freiwilligen Befolgung. So ist es dem Gericht bislang stets gelungen, das Bild eines (partei-)politisch neutralen Akteurs aufrecht zu erhalten. Das Selbstverständnis des Gerichts hat damit Resonanz in der Gesellschaft gefunden. Der Umstand, dass streitgeladene Beratungen zumeist im Rahmen einer der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Deliberation stattfinden und eine kontroverse Auseinandersetzung mit den Entscheidungsinhalten sich oft auf die Fachöffentlichkeit beschränkt,[214] der breiten Gesellschaft hingegen ausschließlich das Bild eines qualitativ hochwertig arbeitenden Organs vermittelt wird, haben nicht unerheblich dazu beigetragen.[215] Anders als etwa beim Bundestag, dessen Akzeptanzwerte deutlich hinter denen des Bundesverfassungsgerichts zurückbleiben, ist die öffentliche Wahrnehmung des Gerichts nicht durch die Konfliktlinien tagespolitischer Themen belastet, weil dem Gericht zugesprochen wird, unabhängig von außerrechtlichen Aspekten zu entscheiden.[216]

a. Drohende Akzeptanzerosionen durch politische Aktivierungsversuche

Dass das gesellschaftliche Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht gleichzeitig auch mittelbar ein Risiko für dessen Autorität darstellen kann, wird an der auch in Deutschland zunehmenden Praxis der sog. strategischen Prozessführung deutlich.[217] Hier werden nämlich aufgrund seines Rollenbildes übersteigerte Erwartungen an das Gericht gestellt. Bei der strategischen Prozessführung werden Verfahren, überwiegend im Bereich

---

Akteure, 2009, S. 277 f.; augenscheinlich nicht bewahrheitet hat sich die Befürchtung *Hartwigs,* das BVerfG verliere aufgrund einer notwendigen Selektion der zu behandelnden Verfassungsbeschwerden seine Rolle als „rechtliche Notfallstation", vgl. *Hartwig* in: *Piazolo* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S. 165 (170).

214 Wobei selbst die Fachöffentlichkeit nicht so offen mit dem BVerfG auf Konfrontationskurs gehen will, wie es in anderen Rechtsgebieten durchaus üblich ist, vgl. *Schlink,* Entthronung, Der Staat 28 (1989), 161 (163 f.); zur Rolle der Sondervoten *Dopatka,* Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt, 1982, S. 111 f.

215 *Marschall,* Das politische System Deutschlands, 4. Auflage 2018, S. 209.

216 Vgl. *Patzelt* in: *Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 313 (317 f.), der darlegt, dass die Akzeptanz des BVerfG viel eher unabhängig von konkreten Leistungen des politischen Systems ist als die des Bundestages.

217 *Di Fabio,* Wirkungsmacht und Grenzen des Bundesverfassungsgerichts, APuZ 37/2021, S. 19 (22 f.); zur Bedeutung der strategischen Prozessführung im internationalen Kontext *Strobel,* Strategischer Zugang zum Recht, DÖV 2021, 1067 (1068).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Grundrechtsschutzes, bis vor das Bundesverfassungsgericht gebracht, in der Hoffnung, eine verfassungsgerichtliche Leitentscheidung zu erwirken.[218] Dies fußt auf der dem Gericht zugeschriebenen Rolle als Gerechtigkeitsinstanz. Im Bereich des Klimaschutzes beispielsweise wird das Bild der Höchstgerichte maßgeblich auch von der Hoffnung der Antragsteller geprägt, dass die im Vergleich zu Parlamentsabgeordneten als neutraler empfundenen Richter schärfere Entscheidungen treffen als jene Mitglieder der eigentlich zuständigen Legislativorgane, weil die Richter nicht auf eine Wiederwahl angewiesen sind.[219] Damit bezwecken Antragsteller auch eine Art „Drohwirkung" des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber, die letzteren zu einer stärkeren Beachtung der Grundrechte bewegen soll.[220] In der öffentlichen Wahrnehmung drohen rechtsgebundene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts dann aber mit politischen Entscheidungen, die die Verfahrensführer erzielen wollen, vermischt zu werden.

Obwohl die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stets auch eine politische Dimension erlangen, indem sie die Basis für einen politischen Grundkonsens schaffen, darf das Gericht dabei aber seine Grenzen im politischen Prozess nicht überschreiten und Gestaltungsentscheidungen treffen, die eigentlich Regierung und Parlament überlassen sind.[221] Problematisch ist etwa die Tendenz des Bundesverfassungsgerichts, sich bei der Auslegung des Verfassungsrechts unter Bezugnahme auf den objektiven Wertegehalt der Grundrechte zu stark von der juristischen Methodik abzuwenden und abstrakte Normen derart zu konkretisieren, dass die Ergebnisse nicht einmal mehr einen losen Anknüpfungspunkt im Wortlaut des Grundgesetzes finden.[222]

---

218 Zur strategischen Prozessführung in Deutschland einführend *Hahn,* Strategische Prozessführung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 39 (2019), 5 – 32; dieses Verständnis knüpft an das Bild des Richters als „Sozialingenieur" an, das den Richter nicht nur zur Norminterpretation berufen sieht, sondern auch als die Gesellschaft steuernden Rechtsanwender, vgl. dazu etwa *Schachtschneider,* Der Sozialwissenschaftler als Richter, RuP 1972, 111 (112); zur Einbindung strategischer Prozessführung in den Politikzyklus *Blüm,* Die Legitimität strategischer Prozessführung, 2025, S. 39 ff.

219 *Wegener,* Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, ZUR 2019, 3 (10).

220 Dazu durchaus auch kritisch *P. Lange,* Auf der Suche nach dem idealen Beschwerdeführer, ZRP 2017, 18 (19 ff.).

221 *Vasquez,* Verfassungsgerichtsbarkeit, 2016, S. 118 ff.

222 *Honsell,* Wächter oder Herrscher?. ZIP 2009, 1689 (1690 und *passim*); zu der stetigen Intensivierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in dem Kontext *Dreier,* Grundrechtsexpansion, DÖV 2024, 413 (417 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch in Bezug auf die Fachgerichtsbarkeit droht eine Akzeptanzerosion aufgrund einer zu weitreichenden Rechtsprechung. Durch die grundrechtliche Aufladung einfachen Rechts in Folge der *Lüth*-Entscheidung besteht jedenfalls potenziell eine Allzuständigkeit des Gerichtes in der deutschen Rechtsordnung.[223] Eine zu umfangreiche Nutzung dieser selbstgeschaffenen Kompetenz könne zu einer „schleichenden Verweigerung der Fachgerichte" führen.[224] Deswegen muss das Gericht darauf achten, nicht unter dem Deckmantel einer Verfassungsstreitigkeit einfach-rechtliche Fragen zu entscheiden. Das Risiko für die Akzeptanz ist hierbei das gleiche wie im Rahmen der strategischen Prozessführung. Wenn das Bundesverfassungsgericht seine Grenzen überschreitet, ist dieser Übertritt mit negativen Folgen für die Akzeptanz des Gerichts verbunden.

Die deshalb erforderliche Selbstbeschränkung des Gerichts auf eine spezifisch rechtsgebundene Lösung von Problemen auf der Verfassungsebene und im Übrigen Enthaltung aus dem politischen Geschehen stellt die erfolgversprechendste Herangehensweise dar, um die Legitimität des Bundesverfassungsgerichts in der Bevölkerung zu wahren.[225] Dementsprechend ist es aus einer Akzeptanzperspektive kritisch zu sehen, wenn dem Bundesverfassungsgericht durch eine gezielte Funktionalisierung in strategisch geführten Verfahren von Aktivisten die Rolle eines rechtspolitischen Akteurs zugesprochen wird.[226] Dem Bundesverfassungsgericht darf nicht eine solche Rolle zukommen, dass durch seine (strategische) Aktivierung der politische Prozess juridifiziert wird oder das Gericht sogar gesetzgebervertretend in Erscheinung tritt.[227] Diese akzeptanzbezogene Dimension verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung im Zusammenhang mit strategischer Prozessführung muss sich das Bundesverfassungsgericht stets vergegenwär-

223 *Wahl* in: *Guggenberger/Würtenberger* (Hrsg.), Hüter der Verfassung, 1998, S. 81 (94).

224 *Großfeld,* Götterdämmerung?, NJW 1995, 1719 (1723); zur Vernetzung des BVerfG und seiner Richter mit der Fachgerichtsbarkeit, bei der auch Stilfragen thematisiert werden vgl. noch u. S. 111 ff.

225 *C. Möllers* in: *Jestaedt et al.* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, S. 281 (306 f.); dies bedeutet allerdings nicht, dass das BVerfG sich der Auseinandersetzung mit politisch relevanten Rechtsfragen unter Bezug auf eine *political question*-Doktrin enthalten darf, vgl. etwa *Detterbeck* in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 10. Auflage 2024, Art. 93 Rn. 11; ebenso *H. Bethge* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, Vorb. Rn. 19.

226 Die Zuschreibung dieser Rolle in Teilen der Wissenschaft stellt aber etwa *Lisa Hahn* dar, *vgl. Hahn,* Strategische Prozessführung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 39 (2019), 5 (22); zur Kritik und drohenden Akzeptanzverlusten *Blüm,* Die Legitimität strategischer Prozessführung, 2025, S. 190 ff.

227 *P. Lange,* Auf der Suche nach dem idealen Beschwerdeführer, ZRP 2017, 18 (20 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tigen. Die Rollenerwartung des neutralen Schiedsrichters gerät ansonsten mit der Rollenerwartung der Gerechtigkeitsinstanz in einen Konflikt. Ein Stück weit kommt deswegen neben dem Bundesverfassungsgericht auch den Prozessbeteiligten die Verantwortung zu, das Gericht vor einer Politisierung zu bewahren und diese Grundlage der Akzeptanz aufrecht zu erhalten.

b. Mögliche Akzeptanzerhöhung durch die Richterwahl

Das Bundesverfassungsgericht ist nicht alleinverantwortlich zum Grundrechtsschutz berufen. Es nimmt diese Aufgabe gemeinsam mit den übrigen Staatsorganen wahr, die aufgrund von Art. 1 III GG die Grundrechte ebenfalls bei der Anwendung einfachen Rechts beachten müssen.[228] Allerdings trägt das Gericht die Letztverantwortung für den Schutz von Grundrechten, hier rührt seine Stellung als „Hüter der Grundrechte" her.[229] Insbesondere wird dies auch dadurch deutlich, dass ausschließlich dem Bundesverfassungsgericht eine Verwerfungskompetenz für verfassungswidrige Gesetze zukommt. Damit findet in der deutschen Verfassungsordnung, ähnlich wie in übrigen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen und im Gegensatz zur anglo-amerikanischen Verfassungsordnung, keine dezentralisierte, sondern auf eine Gerichtsbarkeit zentralisierte verfassungsrechtliche Prüfung von Gesetzen statt.[230] Als Grund hierfür wird unter anderem auch angeführt, dass die für das kontinentaleuropäische Gerichtssystem typische Rekrutierung der Richter unmittelbar aus den Universitäten nicht das Bewusstsein für ihre werteorientierte, quasi-politische Funktion bei den Kontrolleuren der Verfassung gewähre.[231] Hieraus würde folgen, dass es insbesondere zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichten nicht lediglich eine Unterscheidung im Prüfungsmaßstab, sondern viel wichtiger noch auch bezüglich der Qualität der Richter gäbe, das Bundesverfassungs-

228 Aufgrund der Möglichkeit durch Verfassungsbeschwerde auch Gesetze vom einfachen Bürger überprüfen zu lassen sieht *Kneip* auch diese als „Wächter der Grundrechte" an, vgl. *Kneip,* Verfassungsgerichte als demokratische Akteure, 2009, S. 183. Dies würde ultimativ dazu führen, dass alle am gesellschaftlichen Leben beteiligten Akteuren in gewisser Weise am Grundrechtsschutz mitwirken.

229 *Benda/Klein/Klein,* Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2020, Rn. 18; *Hillgruber/Goos,* Verfassungsprozessrecht, 5. Auflage 2020, Rn. 17.

230 *Vanberg,* The politics of constitutional review in Germany, 2005, S. 77 ff.

231 *Vanberg,* The politics of constitutional review in Germany, 2005, S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gericht also über besonders herausragende Richter verfügt.[232] Durch diese vermeintliche besondere Qualität der Richter des Bundesverfassungsgerichts könne das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Gerichts bestärkt werden. An der hohen fachlichen Kompetenz und Qualifikation der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts besteht kein Zweifel. Gleichzeitig entbehrt die Auffassung einer im Vergleich zum Bundesverfassungsgericht geringeren Qualität der Richter der Fachgerichtsbarkeit eines Belegs. Die besonderen Anforderungen an die Auswahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts hat dennoch eine zentrale Funktion für die verfassungsrechtliche Überprüfung von Hoheitsakten und damit die an das Gericht gestellten funktionalen Erwartungen.

Bedeutsam ist hierbei nämlich, dass das Verfahren der Richterwahl, insbesondere die notwendige 2/3-Mehrheit, die Wahl politischer „Hardliner" in das Gericht verhindert, sodass die Gefahr einer übermäßigen Politisierung des Gerichts aufgrund personeller Einflüsse minimiert, wenn nicht sogar ausgeschlossen ist.[233] Dadurch beeinflusst das Wahlverfahren der Richter in erheblicher Weise die Rollenwahrnehmung des Bundesverfassungsgerichts. Neben dem qualifizierten Mehrheitserfordernis trägt die Ausgestaltung des Wahlverfahrens auch zur Neutralitätsvorstellung vom Gericht und in dem Zuge zur Akzeptanzsteigerung bei. Das liegt daran, dass die Wahl der Richter nicht zu einem Politikum wie etwa in der Vereinigten Staaten hochstilisiert wird,[234] sondern die Anhörung der potenziellen Richter nur nichtöffentlich vor dem Richterwahlausschuss stattfindet, § 6 IV BVerfGG.[235] Anders als Bewerber um ein politisches Amt, müssen die Kandidaten für das Richteramt folglich nicht um eine positive öffentliche Perzeption werben. So setzen sich die Richter des Bundesverfassungs-

232 Die besondere Bedeutung der Mitglieder des BVerfG wurde im Parlamentarischen Rat dadurch unterstrichen, dass ihre Wahl anders als die der Richter der Fachgerichtsbarkeit durch das Plenum des Bundestags und Bundesrats erfolgt, vgl. dazu die Äußerung von *Carlo Schmid* in: *Werner* (Bearb.), Der Parlamentarische Rat, Akten und Protokolle, Bd. 9, 1996, S. 442.

233 *Kloepfer,* Die Wahlen von Bundesverfassungsrichtern, NJW 2022, 1509 (1510).

234 *Becker,* U.S. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht im Vergleich, VR 2018, 397 (400); *Duden,* Die Wahl der Richterinnen und Richter des BVerfG und der obersten Bundesgerichte, JuS 2019, 859 (862); die Politisierung der Personalentscheidung wollte der Bundestag auch explizit verhindern, indem eine öffentliche Personaldiskussion nicht vorgesehen wurde, BT-Drs. 18/2737, S. 4.

235 Anders hingegen *Landfried,* Vorhang auf für die Bühne in Karlsruhe, ZRP 2011, 156; kritisch ebenso *Zons,* Heraus aus dem Hinterzimmer!, RuP 60 (2024), 299 (309 ff.), der darauf hinweist, dass Richter des Bundesverfassungsgericht regelmäßig bereits vor ihrer Wahl öffentlich in Erscheinung getreten sind.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gerichts nicht dem Verdacht aus, voreingenommen an eine Entscheidung heranzugehen und können in der Folge besser den Eindruck eines politisch neutral handelnden Organs transportieren. Damit stehen prozessuale Regelungen, die dem ersten Anschein nach keinen direkten Bezug zur Rolle des Gerichts und dessen Akzeptanzsicherung haben, in einem Zusammenhang mit eben dieser Frage, wie das Bild eines politisch neutralen Hüters der Verfassung bewahrt werden kann. Mindestens mittelbar steigert das Wahlverfahren somit auch die Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts.

Deutlich wird diese akzeptanzfördernde Wirkung des Wahlverfahrens auch daran, dass die Entscheidungsbetroffenen einen Einfluss auf die Besetzung des Gerichts haben. Die am Gesetzgebungsverfahren unmittelbar Beteiligten, den Bundestag und den Bundesrat, sind auch damit betraut, dass Bundesverfassungsgericht zu besetzen. Die Kontrollierten wählen also ihre Kontrolleure.[236] Dies vermittelt dem Gericht gerade im Prozess des *judicial review* gegenüber den Gesetzgebungsorganen eine gewisse akzeptanzstiftende Verbindung. Die Rolle als Letztinterpret der Verfassung und damit auch als oberster Hüter der Verfassungsordnung und der Grundrechte wird somit durch prozessuale Regelungen abgesichert. Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf ein Organ zu zentralisieren, bietet diesem obersten Hüter der Verfassungsordnung sodann eine besonders exponierte Plattform und ermöglicht so eine größere Sichtbarkeit des Schutzes der Verfassung.[237]

c. Schutz der Verfassung durch Minderheitenschutz

Neben der Rolle eines Hüters der Grundrechte für die allgemeine Bevölkerung sind im Grundgesetz auch eine Reihe an Verfahren verankert, die vor allem der parlamentarischen Opposition dienen sollen, sodass dem Bundesverfassungsgericht auch dahingehend die Rolle des Hüters der Verfassung zukommen kann. Bereits Ende der 1960er Jahre hat *Ridder* diesbezüglich dargelegt, dass eine allzu große Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts bei der Kontrolle von Mehrheitsentscheidungen lediglich für diese Mehrheit förderlich sei, sodass es nicht zu einer solchen Zurückhaltung kommen dürfe.[238] Obwohl von der parlamentarischen Op-

236 Zu dem Einfluss auf die Befolgung *Grimm,* Politikdistanz als Voraussetzung von Politikkontrolle, EuGRZ 2000, 1 (2).

237 *Jestaedt* in: *ders. et al.* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, S. 77 (106).

238 *Ridder* in: *Ehmke/Schmid/Scharoun* (Hrsg.), FS Arndt, 1969, S. 323 (331 f.); *Arndt* sieht in einer zurückhaltenden Verwendung der verfassungsgerichtlichen Kompe-

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

position angestrengte Verfahren angesichts der Menge an Verfassungsbeschwerden eine prozentual sehr geringe Anzahl der Verfahren des Bundesverfassungsgerichts ausmachen,[239] sind sie doch ein bedeutendes Mittel zur Begrenzung der Regierungsmehrheit geworden.[240] Dies irritiert zunächst, wenn man bedenkt, dass beispielsweise der überwiegende Anteil der von der Opposition eingeleiteten Normenkontrollverfahren nicht erfolgreich ist.[241] Allerdings haben abstrakte Normenkontrollen oftmals das Potenzial, als ein wirksames politisches Mittel gegen den politischen Wettbewerber eingesetzt zu werden.[242] So kann man von der geringen Anzahl an erfolgreichen abstrakten Normenkontrollen, die durch oppositionelle Parteien initiiert worden sind, nicht auf eine geringe politische Relevanz schließen, sondern es lässt sich vielmehr qualitativ betrachtet eine hohe politische Wertigkeit für die Opposition erkennen.[243] Dass politische Wettbewerber versuchen, aus verfassungsgerichtlichen Sachentscheidungen und den damit verbundenen Folgen einen Vorteil im politischen Wettbewerb zu ziehen, ist nicht fernliegend. Es ist geradezu im Grundgesetz angelegt, dass dem Bundesverfassungsgericht die Rolle zukommt, auch solche Themen zu behandeln, die ein großes politisches Konfliktpotenzial bergen.[244] Dem Gericht besonders umstrittene Problemstellungen bewusst zu entziehen, würde der Rolle als „Hüter der Verfassung" nicht gerecht werden.[245] Diese

---

tenzen eine ineffektive repressive Verfassungskontrolle begründet, *Arndt,* Umwelt und Recht, NJW 1960, 1607 (1608); anders werden von *Lembcke* die Äußerungen *Helmut Schmidts* auf der Tutzinger Tagung am 1.10.1978 eingeordnet, der von dem BVerfG aufgrund seines Status als Verfassungsorgan auch ein gewisses Maß an Selbstbeschränkung gegenüber politisch brisanten Entscheidungen forderte, vgl. zu der Kontroverse *Lembcke,* Hüter der Verfassung, 2007, S. 192 ff.

239 *Stüwe* in: *Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 349 (364).

240 *Stüwe* in: *Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 349 ff., dort auch die Erkenntnis, dass insb. die Organstreitverfahren ganz überwiegend von der Opposition eingeleitet werden, S. 352.

241 *Marschall,* Das politische System Deutschlands, 4. Auflage, 2018, S. 203.

242 *Kneip,* Verfassungsgerichte als demokratische Akteure, 2009, S. 213 f.

243 *Stüwe* in: *Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 357; entsprechend zieht *Kneip* die Schlussfolgerung, dass durch die Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, des Organstreitverfahrens und des Bund-Länder-Streits das Bundesverfassungsgericht jedenfalls teilweise in die Rolle eines politischen Akteurs gedrängt wird, *Kneip,* Verfassungsgerichte als demokratische Akteure, 2009, S. 232.

244 *Piazolo* in: *ders.* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S. 243 (255 f.).

245 Zu dieser Gefahr bei einem Prozessvergleich *Wolff,* Vergleichsvorschlag, EuGRZ 2003, 463 (468).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rolle setzt es aber normativ auch voraus, dass das Gericht eine Distanz zum politischen Prozess wahrt,[246] und es ausschließlich *rechtliche* Erwägungen in seine Entscheidungsfindung einbezieht.[247] Nur so kann das Bundesverfassungsgericht der Erwartung gerecht werden, „den Vorrang der Verfassung auch vor dem Willen der demokratisch legitimierten Mehrheit" zu garantieren.[248] Es sieht sich deswegen jedenfalls von Verfassungs wegen mit der Erwartung konfrontiert, nicht politisch zu agieren. Aufgrund seiner Stellung im politischen Gefüge der Bundesrepublik kann dies allerdings nur so verstanden werden, dass es nicht *voluntativ* politisch agiert. Denn ohne Auswirkungen auf den politischen Prozess und damit unpolitisch können die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts selten sein.

d. Zusammenfassung: Akzeptanz durch politisch neutrale Verfassungssicherung

Festhalten lässt sich also die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der Verfassung, die es insbesondere durch den Schutz von Minderheitenrechten einnimmt. Die Bevölkerung sieht im Bundesverfassungsgericht eine letzte Möglichkeit, im Wege der Grundrechtsauslegung materielle Gerechtigkeit herzustellen. Tritt das Gericht für die Bevölkerung sichtbar zum Schutz der Verfassung auf, die bei den Bürgern überaus beliebt ist,[249] kann dies die Anerkennung des Gerichts fördern. Durch die Konzentration der Verfassungsgerichtsbarkeit auf ein Organ, wird dem verfassungsgerichtlichen Verfassungsschutz eine besondere Bühne geboten. Insbesondere institutionell-organisatorische Verfahrensnormen erlangen in diesem Kontext

246 *Isensee* in: *Piazolo* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S. 49 (53); zu den Grenzen gegenüber dem politisch handelnden Gesetzgeber *Piazolo* in: *ders.* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S. 243 (247).

247 *Isensee* in: *Piazolo* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S. 49 (56 f.); eine Differenzierung zwischen politischer und richterlicher Entscheidungsfindung zeigt *Landfried* auch mit Hinblick auf den Mehrwehrt für demokratisches Regieren auf, *Landfried* in: *Heinig/Schorkopf* (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz, 2019, S. 255 (260 ff.); zu der mitunter schwierigen Abgrenzung zwischen der Rolle als Hüter der Verfassung und Lenker der Politik *Wesel,* Der Gang nach Karlsruhe, 2004, S. 211 ff.

248 *Hillgruber/Goos,* Verfassungsprozessrecht, 5. Auflage 2020, Rn. 38.

249 So etwa *Lembke,* 70 Jahre BVerfG, ZRP 2021, 217 (218); *Landfried* in: *Heinig/Schorkopf* (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz, 2019, S. 255, auch zu dem Beitrag des BVerfG hierzu; zu dem Beitrag des BVerfG zur starken Identifikation der Bevölkerung mit dem GG auch *Lautsch* in: *Donath et al.* (Hrsg.), Verfassungen, 2019, S. 37 (40 ff.); zur Bedeutung des sog. Verfassungspatriotismus vgl. noch u. S. 93 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine besondere Bedeutung. Auch die parlamentarische Opposition aktiviert das Bundesverfassungsgericht, um ihre verfassungsmäßigen Rechte durchzusetzen. In beiden Fällen ist es für die Akzeptanz des Gerichts besonders wichtig, die politische Neutralität zu wahren.

Naturgemäß läuft das Bundesverfassungsgericht allerdings in diesen teils stark politisierten Themenfeldern Gefahr, als Mittel des politischen Wettbewerbs genutzt zu werden. Die Rolle eines politisch neutralen Akteurs kann es innerhalb seines Rezipientenkreises nur wahren – und damit seine Akzeptanz absichern –, wenn es sich in Selbstbeschränkung übt. Es muss also seine Grenzen zu bestimmten Organen einhalten und ausschließlich am Recht orientiert entscheiden. Auch das wird strukturell durch prozessuale Regelungen – das Wahlverfahren – begünstigt, die eine Politisierung des Gerichts verhindern. Darüber hinaus ist es allerdings auch Aufgabe der Richter, sich kontinuierlich die kompetenziellen Grenzen des Gerichts zu verdeutlichen, um akzeptanzschmälernde Grenzübertritte zu vermeiden.

2. Ordnungsstiftende Funktion für Politik und Gesellschaft

Das Bundesverfassungsgericht legt in seinen Verfahren zunächst die Regelungen des Grundgesetzes aus und verhindert so eine Verletzung der Verfassung. Die Auswirkungen hiervon sind aber nicht rein rechtlicher Natur. Das Gericht beeinflusst durch die getroffenen Entscheidungen immer auch das gesellschaftliche und politische Geschehen, sodass es durch seine Tätigkeit in die Rolle eines „auslegenden Gestalters [hineinwächst]".[250]

a. Die Ordnung einer pluralen Gesellschaft

Die Grundrechte konstituieren nicht nur eine objektive Werteordnung des Rechts, sondern auch der Gesellschaft.[251] Weil das Bundesverfassungsgericht die Grundrechte vorrangig auslegt und somit den letztverbindlichen

250 *Hartwig* in: *Piazolo* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S. 165 (171); *Volkmann,* Demokratiesicherung durch Verfassungsgerichte?, Der Staat 63 (2024), 487 (490 ff.); durch das sich verändernde Verhältnis von Staat und Gesellschaft wird das BVerfG deswegen kontinuierlich vor neue Herausforderungen gestellt, was auch einen Bedeutungsverlust des Gerichts verhindert, *R. Schmidt,* Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts?, JZ 2022, 853 (856).

251 *Casper,* Die Karlsruher Republik, ZRP 2002, 214 (216).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zugriff auf die Grundrechte für sich beanspruchen kann, drängt sich der erhebliche Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf die Ordnung der Gesellschaft auf.[252] *Häberle* sieht deswegen auch im Bundesverfassungsgericht ein Bindeglied zwischen Staat und Gesellschaft, das steuernd auf letztere einwirkt und als Mittler zwischen Staat und gesellschaftlichen Verfassungsinterpreten fungieren soll.[253]

Die Beurteilung dieser These hängt maßgeblich von dem Verhältnis von Verfassungsrecht zu Politik ab.[254] Durch das Recht wird privater und öffentlicher Diskurs innerhalb der Gesellschaft in eine Form gegossen.[255] In staatlichen Rechtssetzungsakten manifestieren sich also gesellschaftliche Entwicklungen, die im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu halten Aufgabe des Bundesverfassungsgerichtes ist.[256] Seinen Entscheidungen komme deswegen in Hinblick auf die Gesellschaft eine „gestaltende Wirkung" zu.[257] Betrachtet man die Rolle des Bundesverfassungsgerichts für die gesellschaftliche Entwicklung, darf man diese „gestaltende Wirkung" allerdings nicht im Sinne einer vollständigen Determination gesellschaftlicher Entwicklungsprozesse durch das Gericht verstehen. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung steht in einem reaktiven Verhältnis zu gesetzgeberischen Normsetzungsakten. Deswegen vertraut das Gericht auf die grundsätzliche Fähigkeit der Gesellschaft, selbstständig Konflikte zu lösen und gibt durch sein Wirken nur einen äußeren Rahmen vor.[258] Dieser Rahmen kann konsequenterweise nur dazu dienen, äußere Vorgaben auf dem Grundgesetz basierend vorzuzeichnen. Die tatsächliche Gestaltung kommt der Gesellschaft und den Gesetzgebungsorganen als Repräsentanten des Staatsvolks zu. Nimmt das Gericht hinsichtlich der Grundrechtsrechtsprechung also noch die Rolle eines aktiven Gestalters ein, ist diese Rolle in Bezug auf die vorgelagerten gesellschaftlichen Verhältnisse deutlich

252 *Jestaedt* führt treffend aus, dass die Ordnung der Gemeinschaft nicht durch die „demokratischen Front-Organe […], sondern von dem […] Bundesverfassungsgericht ausbuchstabiert" wird, vgl. *Jestaedt* in: *ders. et al.* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, S. 77 (90).

253 *Häberle* in: *Becker* (Hrsg.), Tradition und Wandel, 1979, S. 53 (61 ff.).

254 Dazu überblicksartig *Vasquez,* Verfassungsgerichtsbarkeit, 2016, S. 45 ff.

255 *Habermas,* Faktizität und Geltung, 5. Auflage 1997, S. 429 ff., auch zu den Überschneidungen zwischen Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit.

256 *Häberle* in: *ders.* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht, 2014, S. 17 (24).

257 *Häberle* in: *Becker* (Hrsg.), Tradition und Wandel, 1979, S. 53 (73).

258 *Schulze-Fielitz,* Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists, AöR 122 (1997), 1 (5 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zurückgefahren. Die Gestaltungsrolle bezieht sich hier nur noch auf den äußeren Rahmen, nicht aber ihre konkrete Ausgestaltung.

Die Rolle als Ordner von Politik und Gesellschaft steht in einem funktionalen Zusammenhang mit der Rolle als Hüter der Grundrechte. Mit der fortschreitenden gesellschaftlichen Pluralisierung und damit einhergehend stärker divergierenden Auffassungen über ihre gewünschte Entwicklung wird es für das Bundesverfassungsgericht zunehmend schwieriger, eine alle gegenläufigen gesellschaftlichen Anschauungen integrierende Lösung zu finden.[259] Die Verfassungsgerichtsbarkeit einer polarisierten Gesellschaft läuft nämlich Gefahr, dass ihre Entscheidungssprüche nicht als ordnendes Element sondern als politische Positionierung wahrgenommen werden.[260] Das Gericht darf deswegen nicht den Anspruch haben, Politik und Gesellschaft anhand politischer Gesetzmäßigkeiten zu ordnen. Vielmehr setzt die Rolle als Ordner von Politik und Gesellschaft voraus, dass das Gericht sich letztverbindlich nicht die gegenläufigen gesellschaftlichen Positionen zur Rahmensetzung heranzieht, sondern das Grundgesetz als normative Grundlage der Normsetzung. Dieser Rolle wird das Gericht deswegen nur dann gerecht, wenn es ein „gesellschaftlich konsentiertes Maß an Individualschutz gegenüber staatlicher Macht" sichern kann, die Normsetzung aufgrund von Mehrheitsentscheidungen aber trotzdem der Regelfall bleibt.[261] Seine Rolle als Ordner von Politik und Gesellschaft unterliegt also der Prämisse und kann somit hieraus nur dann Akzeptanz generieren, wenn das Bundesverfassungsgericht Mehrheitsanschauung und Minderheitenschutz als gegenläufige Pole, zwischen denen das gesellschaftliche Meinungsspektrum aufgespannt ist, durch Aktivierung der grundgesetzlichen Normen ausgleichen kann. Denn Verfassungsgerichte arbeiten demokratiefunktional, wenn sie eine Verbindung von Volkssouveränität und Rechtsstaatlichkeit gewährleisten, also dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber seinen Kompetenzraum belassen und gleichzeitig die effektive Durchsetzung bürgerlicher und politischer Freiheitsrechte gewährleisten.[262] Die Rolle als

259 *Schulze-Fielitz,* Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists, AöR 122 (1997), 1 (25 f.); dazu auch *F. Weber* in: *Thym* (Hrsg.), Deutschland als Einwanderungsland, 2024, S. 71 (86).

260 Vgl. auch mit Blick auf die gesellschaftliche Polarisierung in den Vereinigten Staaten *Volkmann,* Demokratiesicherung durch Verfassungsgerichte?, Der Staat 63 (2024), 487 (502 ff.).

261 *Ebsen,* Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985, S. 228 f.

262 *Kneip,* Verfassungsgerichte als demokratische Akteure, 2009, S. 349.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ordner der Politik und die Rolle als Hüter der Grundrechte stehen somit nicht unabhängig nebeneinander, sondern nehmen aufeinander Einfluss. Diesen Rollenerwartungen versucht das Gericht durch seine besondere Technik der Verknüpfung grundgesetzlicher Wertungen gerecht zu werden. Aufgrund der Vielzahl rechtlicher Probleme bei gleichzeitig relativ geringem Normfundus, der zum Streitentscheid herangezogen werden kann, entwickelt das Bundesverfassungsgericht aus den einzelnen Normen des Grundgesetzes oftmals mehr oder weniger vage gehaltene Topoi, die im konkreten Fall durch das Instrument der Abwägung ausgefüllt werden können und so zu einzelfallgerechten Lösungen führen.[263] So gewinnt das Gericht an Flexibilität bei der Aufgabe, gesellschaftliche Interessen zu integrieren ohne einen normativen Anknüpfungspunkt am Grundgesetz zu verlieren. Eine solche Methodik macht verfassungsgerichtliche Entscheidungen gleichzeitig aber inhaltlich immer schwerer absehbar.[264] Die für die Ordnungsrolle erforderliche Prognostizierbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen schwindet bei dieser Vorgehensweise zunehmend.[265] Als das Bundesverfassungsgericht etwa das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme geschaffen hat,[266] wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Konkretisierung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Abgrenzung seines Schutzbereichs Schwierigkeiten bereite.[267] Für die Akzeptanz und die damit zusammenhängende freiwillige Befolgung wäre es deswegen förderlich, wenn das zuweilen undurchsichtige Verfahren, wie gebildete Topoi ausgefüllt werden, bereits von vornherein transparenter ausgestaltet wäre.

263 *Dopatka,* Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt, 1982, S. 22; von einer „richtungsgebenden Auslegung" spricht *Scheuner,* Die staatsrechtliche Stellung der BRD, DÖV 1973, 581 (583).

264 *Schuppert,* Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 22 f.

265 *Dopatka,* Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt, 1982, S. 22; weiter dazu *Forsthoff* in: *ders.,* Rechtsstaat im Wandel, 2. Auflage, 1976, S. 153 (167 f.), sowie S. 130 (150 f.); *I. Augsberg/ S. Augsberg,* Kombinationsgrundrechte, AöR 132 (2007), 539 (577 ff.).

266 BVerfGE 120, 274.

267 *Kutscha,* Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?, NJW 2008, 1042 (1043).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Staatsorganisatorische Ordnungsfunktion

Eine ähnliche moderierende Rolle hat das Gericht im parlamentspolitischen Prozess eingenommen. Durch die Existenz des Bundesverfassungsgerichts werden Recht und Politik dergestalt miteinander verkoppelt, dass sich die Grenzen politischen Handelns im Grundgesetz wiederfinden.[268] Die Normsetzungsprozesse sind dadurch im politischen Prozess deutlich formalisierter als im gesellschaftlichen, vorpolitischen Raum. Während die Ordnungstätigkeit des Bundesverfassungsgerichts im gesellschaftlichen Kontext typischerweise ausschließlich an den Grundrechten anknüpft, bezieht sich die Ordnungsfunktion hinsichtlich der Politik im Sinne einer Staatsleitung und formellen Gesetzgebung auf den gesamten Normfundus des Grundgesetzes.

Indem der rechtliche Rahmen des politischen Prozesses auf Verfassungsebene verortet wird, wird die strukturelle Gefahr einer Veränderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen des politischen Prozesses durch eine einfache Mehrheit beseitigt, sodass die Grundvoraussetzungen für einen fairen politischen Wettbewerb gegeben sind.[269] Mittels der staatsgerichtlichen Verfahren kann das Bundesverfassungsgericht darüber wachen, dass dieser faire politische Wettbewerb eingehalten wird und Regeln für diesen Wettbewerb formulieren. Während solche formellen Fragen des politischen Prozesses, also die Fragen nach dem äußeren Rahmen, einer umfassenden Kontrollkompetenz des Gerichts unterworfen sind, sollen auf Wertentscheidungen basierende materielle Sachentscheidungen vorrangig durch das Parlament und nur sehr restriktiv durch das Bundesverfassungsgericht behandelt werden.[270] Sobald das Bundesverfassungsgericht die Rechtsordnung basierend auf eigenen Wertentscheidungen ausgestaltet und dies nicht mehr den demokratisch gewählten Repräsentanten des Volkes überlässt, droht das Gericht von der auch grundgesetzlich vorgesehenen Rollenzuschreibung als Ordner, nicht aber Gestalter, des politischen Prozesses abzuweichen.[271] Politische Entwicklungen dürfen deswegen auch nicht gänzlich

268 *Lautsch* in: *Donath et al.* (Hrsg.), Verfassungen, 2019, S. 37 (41).

269 *Morlok,* Das Recht des politischen Prozesses, JuS 2022, 1 (3); zum Beispiel der umfangreichen Kontrolle der Parteienfinanzierung *Streit,* Entscheidung in eigener Sache, 2006, S. 203 ff.

270 *Landfried,* Judicial Policy-Making in Germany, WEP 15 Nr. 3 (1992), 50 (63 ff.); am Beispiel des Wahlrechts BVerfGE 82, 322 (337); E 85, 264 (297); E 111, 382 (398).

271 *Brohm,* Die Funktion des BVerfG, NJW 2001, 1 (9); dies sieht *Schulze-Fielitz* mitunter verwirklicht, wenn er von einem „verfassungsgerichtlichem Paternalismus"

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch verfassungsrechtliche Mittel unterbunden werden.[272] Diese Prämisse muss das Gericht bei seinen – durch andere Rechtsanwender genau rezipierten –[273] Entscheidungen stets beachten.

Die einflussreiche Stellung des Bundesverfassungsgerichts auf den politischen Prozess wird auch dadurch begrenzt, dass das Gericht selbst kein Initiativrecht hat und deswegen auch nicht aus sich selbst heraus gestaltend tätig werden kann.[274] Dieser Umstand droht allerdings übergangen zu werden, wenn das Gericht anlässlich eines Verfahrens über den Streitgegenstand hinausgehend eine umfassende Bewertung der Gesetzgebungsmaterie vornimmt.[275] Damit das Gericht Moderator des politischen Prozesses bleibt und nicht zum (Mit-)Gestalter avanciert, ist insofern eine argumentative Beschränkung auf die streitbefangene Materie geboten.[276] Umso dringlicher wird diese Feststellung, weil das Bundesverfassungsgericht die politische Debatte auch dadurch beeinflusst, dass seine Judikate bei der politischen Entscheidungsfindung bereits antizipiert werden und selbst Grundlage für die argumentative Auseinandersetzung mit einem Sachthema sein können.[277] Aufgrund des hohen Ansehens innerhalb der Bevölkerung scheuen sich Mitglieder der Legislativorgane, insbesondere des Bundestages, davor, sich über verfassungsgerichtliche Wertungen hinwegzusetzen, weil sie andernfalls mit politischen Nachteilen innerhalb der Bevölkerung rechnen.[278] Das Bundesverfassungsgericht nimmt dann zwar keine aktiv steuernde Rolle für den politischen Prozess ein, wird aber jedenfalls passiv in die

spricht, *Schulze-Fielitz*, Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists, AöR 122 (1997), 1 (8).

272 Zur Politisierung des Gerichts am Beispiel des Grundlagenvertrags etwa Scheuner, DÖV 1973, 581 (581).

273 *Masing,* Politische Friedensgewähr und Idealität der Verfassung, JZ 2022, 137.

274 *Marschall,* Das politische System Deutschlands, 4. Auflage, 2018, S. 202.

275 *Landfried,* Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, 1984, S. 122; von „kollusiver Rechtsprechung" spricht *Frank Schorkopf* in Bezug auf die Änderung des Art. 21 GG im Zuge des zweiten NPD-Verbotsverfahrens, *Schorkopf*, Gesetzgebung durch Höchstgerichte und Parlamente, AöR 144 (2019), 202 (217 f.).

276 Nichts anderes sagen *Hillgruber/Goos,* wenn sie die Moderatoreneigenschaft des BVerfG kritisieren, vgl. *Hillgruber/Goos,* Verfassungsprozessrecht, 5. Auflage 2020, Rn. 6. Die Kritik richtet sich hier vor allem gegen Vorschläge des Gerichts zur außerprozessualen Streitbeilegung im Sinne eines Vergleichs, da es dann mit Wirkung für die Zukunft gestaltet und nicht bloß moderierend einen Rahmen absteckt.

277 *Landfried,* Judicial Policy-Making in Germany, WEP 15 Nr. 3 (1992), 50 (55); eingehender zur "Vorwirkung" verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf den Gesetzgebungsprozess bereits *dies.,* Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, 1984, S. 51 – 85.

278 *Vanberg,* The politics of constitutional review in Germany, 2005, S. 121.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Überlegungen der politischen Wettbewerber einbezogen.[279] Der Stellenwert des Ansehens und der Autorität des Gerichts für die tatsächliche Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Wertungen werden hieran deutlich.[280] Der den politischen Prozess ordnenden Rolle des Bundesverfassungsgerichts entspricht es aber, sich dennoch in seinen Verfahren auf die streitbefangenen Fragen zu beschränken und keine allgemein gehaltenen Äußerungen zu treffen.[281]

c. Selbstbeschränkung auf normative Vorgaben

Die Rolle als Ordner des formalisierten politischen Geschehens einerseits und der Gesellschaft andererseits stellt das Bundesverfassungsgericht vor eine schwierige Aufgabe. Um den Rollenerwartungen gerecht zu werden und so seine Akzeptanz zu wahren, muss es eine Vielzahl gegenläufiger Positionen in Einklang bringen und hierfür normative Anknüpfungspunkte im Grundgesetz finden. Bei zunehmender gesellschaftlicher Pluralisierung stellt dies das Gericht vor eine Herausforderung, weil Minderheitenschutz zu gewährleisten einerseits und den Mehrheitsentscheid zu respektieren andererseits erwartet wird. Um seine Wirkkraft zu bewahren und nicht mit politischen Machtträgern auf Konfrontationskurs zu gehen, muss das Bundesverfassungsgericht ein Prinzip politischer Rücksichtnahme wahren und darauf achten contramajoritäre Entscheidungen nicht Überhand nehmen zu lassen.[282]

Auch bei der Ordnung des nachgelagerten politischen Prozesses sieht sich das Bundesverfassungsgericht mit der Erwartung konfrontiert, neben Streitigkeiten hinsichtlich formeller Fragen auch materielle Wertentscheidungen zu treffen. Um seiner Rolle gerecht werden zu können, kommt das Gericht deswegen nicht umhin, materielle Erwartungen mancher Prozess-

279 *Vanberg* legt etwa dar, wie durch die Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle die politische Kompromissfindung gefördert wird, *Vanberg,* Abstract judicial review, Journal of theoretical politics 10 (1998), 299 (314).

280 Deutlich wird diese Orientierungswirkung gerichtlicher Entscheidungen etwa an der Vorschrift des § 67 S. 3 BVerfGG, vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfs zum BVerfGG vom 28.3.1950, BT-Drs. 1/788, S. 32; dazu auch *Schorkopf* in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 67 Rn. 3.

281 Auch wegen anderer Aspekte kritisch gegenüber obiter dicta *Lamprecht,* Obiter dictum, NJW 1998, 1039 ff.; *Schenke,* Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 24 ff.

282 *Manow,* Unter Beobachtung, 2024, S. 126 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teilnehmer zu enttäuschen.[283] Dies ist aber zweifelsfrei der Preis, insgesamt das Ansehen als neutraler Schiedsrichter im politisch-gesellschaftlichen System beizubehalten.

3. Triebkraft für politischen Fortschritt?

Damit geht auch eine weitere problembehaftete Rollenerwartung an das Bundesverfassungsgericht einher. Aus der Rolle als Hüter der Grundrechte verbunden mit seinen Einflussmöglichkeiten auf politische und gesellschaftliche Entwicklungen, resultiert in Teilen der Gesellschaft die Rollenerwartung an das Gericht, den gesellschaftspolitischen Fortschritt voranzutreiben.[284] Jüngere Entscheidungen, die wohl inhaltlich als gesellschaftlich progressiv eingeordnet werden können, lassen vermuten, dass das Bundesverfassungsgericht auch als beschleunigendes Element gesellschaftlicher Entwicklungen betrachtet wird, wenn der parlamentarische Gesetzgeber sich mit der Manifestation entsprechender vermeintlich bestehender Entwicklungen noch zurückhält.[285] Bereits die Frage nach einer Fortschrittsdefinition erschwert die Einordnung des Bundesverfassungsgericht als dessen Triebkraft, setzt der Begriff Fortschritt doch bereits ein Voranschreiten in eine bestimmte Richtung voraus. Was als Fort- und was als Rückschritt einzuordnen ist, ist deswegen stets auch subjektiv von der beurteilenden Person abhängig. Ausgehend von der Stellung des Individuums im Zentrum der deutschen Verfassungsrechtsordnung[286] leuchtet *Peter Wagners* Definition von sozialem Fortschritt als „Verbesserung im Hinblick auf die allgemeinen Bedingungen von Selbstverwirklichung" des Individuums ein.[287] Danach kommt dem Bundesverfassungsgericht dann die Rolle einer

283 Zum Umgang mit enttäuschten Erwartungen sogl. S. 91.

284 Zu diesem transformativen Konstitutionalismus kritisch *Schorkopf* in: *Kischel/Kube* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 2023, § 14 Rn. 20 f.

285 *Nettesheim* merkt an, dass das BVerfG den Prozess gesellschaftlicher Pluralisierung vorangetrieben hat, *Nettesheim,* Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben, 2017, S. 10; die Judikative als Ersatz des Gesetzgebers bei dessen Untätigbleiben sehen explizit an *Chebout/Xylander,* Das eheliche Kind und sein zweiter rechtlicher Elternteil, NJW 2021, 2472 (2473); zurückhaltender zu diesem Fall *Moes,* Die abstammungsrechtliche Zuordnung der Elternschaft in den Ehen zweier Frauen, NJW 2021, 3359 (3364).

286 *Schaefer,* Das Individuum als Grund und Grenze, AöR 135 (2010), 404 (405, sowie 425); in ähnliche Richtung gehend *Häberle,* Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, 1980, S. 74.

287 *Wagner,* Fortschritt, 2018, S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Triebkraft des Fortschrittes zu, wenn von ihm erwartet wird, die selbstbestimmte Entfaltung des Individuums kontinuierlich aktiv voranzutreiben. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn das Bundesverfassungsgericht eine Sanktionsandrohung für eine bestimmte Verhaltensweise für verfassungswidrig erklärt und somit ein Gesetz nachträglich beseitigt, wie es etwa in jüngerer Vergangenheit bei der Entscheidung des Zweiten Senats zur geschäftsmäßigen Förderung der Sterbehilfe der Fall war,[288] oder wenn der Erste Senat, wie bei der rechtlichen Anerkennung der Existenz eines sog. dritten Geschlechts,[289] dem Gesetzgeber aufgibt, die Rechtslage zu ergänzen, also zusätzliche rechtliche Regelungen in Auftrag gibt.[290] Dabei wird von dem Bundesverfassungsgericht nicht einmal zwangsweise erwartet, Handlungsaufträge an den Gesetzgeber zu adressieren. Denkbar sind auch Entscheidungen des Gerichts, die eine verfassungskonforme Auslegung bereits bestehender Rechtssätze für erforderlich erklären und vornehmen, sodass ein Tätigwerden des Gesetzgebers überflüssig wird.[291] Galt es einige Zeit nach Gründung des Bundesverfassungsgerichts als Selbstverständlichkeit, dass die politische Gestaltung dem Gesetzgeber nicht aber dem Bundesverfassungsgericht zukam,[292] hat sich die Rechtsprechung bis heute so sehr fortentwickelt, dass *Berkemann* sich zu der Aussage verleiten lässt, das Bundesverfassungsgericht habe „in der Klima*politik* zumindest einstweilen die Vormundschaft mit Dynamik übernommen."[293] Diese Aussage ist so zu lesen, als dass das Bundesverfassungsgericht seine Rolle, einen Rahmen für den politischen Prozess zu schaffen, erweitert hat und nun mitunter auch inhaltlich die politische Willensbildung in eine Richtung treibt, ohne den eigentlichen Organen der politischen Willensbildung eine Entscheidungs-

288 BVerfGE 153, 182 – Suizidhilfe (2020).

289 BVerfGE 147, 1 – Drittes Geschlecht (2017), zu den Regelungsoptionen des Gesetzgebers dort S. 30.

290 Zu weiteren prozessualen Instrumenten *Häberle,* Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, 1980, S. 77 f.

291 Diese Hoffnung an das BVerfG für das Abstammungsrecht bei gleichgeschlechtlichen Ehen hegen *Chebout/Xylander,* Das eheliche Kind und sein zweiter rechtlicher Elternteil, NJW 2021, 2472 (2477 und *passim*).

292 So etwa *Breuer,* Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat 16 (1977), 21 (36); *Denninger* spricht von einem „Lebensprinzip einer freiheitlichen Demokratie", *Denninger,* Freiheitsordnung – Werteordnung – Pflichtordnung, JZ 1975, 545 (548).

293 *Berkemann,* Intertemporaler Klimaschutz, DÖV 2021, 701 (701) (Hervorhebung meinerseits).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglichkeit zu belassen.[294] Die These wird dadurch gestärkt, dass das Bundesverfassungsgericht durch eine faktisch selbstständige Erweiterung der prozessualen Mittel dem Individuum mittels einer in die Verfassungsbeschwerde eingekleideten „vorbeugende[n] abstrakte[n] Normenkontrolle durch jeden Bürger“[295] die Möglichkeit vermittelt hat, das Gericht in Grundrechtsfragen anzurufen und ihm so die Möglichkeit zu geben, sich zu gesellschaftlichen Fragestellungen zu positionieren. Wenn das Bundesverfassungsgericht objektive Verfassungsgrundsätze etwa durch die Kombination mit Grundrechten subjektiviert,[296] sendet es insgesamt das Signal aus, im Bereich der politischen Kontroverse nicht mit der notwendigen Selbstbeschränkung vorzugehen. Dass dann bei manchen Teilnehmern am Rechtsverkehr die Rollenerwartung eines aktivistischen Gerichts evoziert wird, überrascht nicht.

Sich verändernden Gegebenheiten kann entweder der Verfassungsgesetzgeber durch eine Verfassungsänderung begegnen oder die Verfassungsorgane können aus der Verfassung neue Antworten auf gegenwärtig gewordene Probleme konkretisieren.[297] Diese letztere Form der Normsetzung kommt zwar in erster Linie dem parlamentarischen Gesetzgeber zu. Gerichte – insbesondere das Bundesverfassungsgericht – können aber dann eine ersetzende Funktion wahrnehmen, wenn das Parlament entweder aufgrund einer hochdynamischen Entwicklung der Gegebenheiten nicht in der Lage ist, schnell genug zu reagieren, oder dies etwa aus politischem Kalkül nicht will,[298] obwohl es rechtlich geboten ist. Die Normsetzung durch das Bundesverfassungsgericht aufgrund gesetzgeberischen Unterlassens beziehungsweise nicht ausreichender Gesetzgebung stellt eine Fortentwicklung des Verständnisses von der verfassungsgerichtlichen Schutz-

294 So auch *Murswiek,* Karlsruhe als Klimaaktivist, FAZ Einspruch vom 19.7.2021, abrufbar unter: https://www.faz.net/aktuell/politik/einspruch-exklusiv-karlsruhe-als-klimaaktivist-17444835.html (Stand: 30.3.2025).

295 *Berkemann,* Intertemporaler Klimaschutz, DÖV 2021, 701 (709).

296 So etwa mit der Subjektivierung des Sozialstaatsprinzips über die Menschenwürde in BVerfGE 125, 175 – Hartz IV (2010) oder im Rahmen der europäischen Integration mit der Verbindung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 38 GG mit dem Demokratieprinzip, vgl. nur BVerfGE 123, 267 (328 ff.) – Lissabon (2009); kritisch zu der so stattfindenden Fortbildung des Rechts *Schröder,* Grundrechtsverbindungen in der Fallbearbeitung, JuS. 2023, 1010 (1012).

297 *Bickenbach,* Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 284 f.

298 *Rüthers,* Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365 (365); *ders.,* Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, 2759.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pflichtendogmatik dar. War ursprünglich eine unzureichende Gesetzgebung bezüglich staatlicher Schutzpflichten mit einem Auftrag an den Gesetzgeber zur Nachbesserung verbunden,[299] soll das Gericht hier selbst dafür Sorge tragen, dass der Staat seinen Schutzpflichten nachkommen kann. Die Erwartungen an das Gericht steigen dann, wenn die Leistungserwartungen an den eigentlich zuständigen Gesetzgeber enttäuscht werden.

Kritisch ist dies vor allem zu betrachten, wenn das Bundesverfassungsgericht sich einer vom ursprünglichen Willen des verfassungsgebenden Gesetzgebers weitestgehend losgelösten „objektiven Methode der Gesetzesauslegung" bedient, somit also einen tatsächlich geäußerten gesetzgeberischen Willen übergeht und sich auf diese Art und Weise von seiner Rolle als Hüter der Verfassung zu einem die Verfassung fortschreibenden Organ aufschwingt.[300] Dieses Vorgehen gefährdet die kollektive Selbstbestimmung der Bürger in empfindlichem Maße, weil eine Partizipation der die Bevölkerung unmittelbar vertretenden Organe nicht erfolgt.[301] Entzieht sich der Bundestag etwa bei politisch brisanten Fragestellungen der Sachdebatte, kann das Bundesverfassungsgericht dies nicht ohne weiteres kompensieren.[302] Die gleiche Problematik besteht auch dann, wenn das Bundesverfassungsgericht einer parlamentarischen Vertretung der Bürger in einer konkreten Sachfrage zumindest vorläufig keine reellen Entscheidungsoptionen belässt, weil es angesichts grundrechtlich bedingter Handlungspflichten nur eine Entscheidungsmöglichkeit zulässt und stattdessen selbstständig einem Beschwerdeführer einen Anspruch auf einen konkreten Geldbetrag zuspricht.[303] Indem das Bundesverfassungsgericht eine konkrete Maßnahme trifft, damit der Staat das Untermaßverbot einhält, nimmt es dem Ge-

299 Etwa in BVerfGE 39, 1 (44) – Schwangerschaftsabbruch I (1975); E 88, 203 (254) – Schwangerschaftsabbruch II (1993); *Stern* spricht davon, dass die grundrechtlichen Schutzpflichten „gesetzesmediatisiert" sind, *Stern,* Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte, DÖV 2010, 241 (247).

300 *Rüthers,* Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365 (368 f.).

301 Zu den legitimationstheoretischen Problemen verfassungsgerichtlicher Grundrechtsprüfung *C. Möllers,* Die drei Gewalten, 2008, S. 144 ff., zu den Schutzpflichten insb. S. 146 f.

302 Vgl. dazu *C. Möllers* in: *Jestaedt et al.* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, S. 281 (318 ff.).

303 So etwa bei der Erhöhung des Rundfunkbeitrags gegen die parlamentarische Entscheidung des Landes Sachsen-Anhalt geschehen, BVerfGE 158, 389 (427 ff.) – Staatsvertrag Rundfunkfinanzierung (2021). Hier wird deutlich, dass das sachsen-anhaltinische Parlament keine Möglichkeit einer von den anderen Ländern unabhängigen anderweitigen Entscheidung hatte.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzgeber seinen Gestaltungsspielraum. Dass Entscheidungen Resultat eines Prozesses der Kompromissfindung im Parlament sind nicht aber der Optimierung singulärer Belange durch die demokratisch schwächer legitimierten Gerichte, ist der Wesenskern der repräsentativen Demokratie und zieht deswegen eine Grenze, wie die Judikative die Einhaltung von Schutzpflichten selbstständig ausgestalten darf.[304] Dieses Defizit wiegt umso schwerer, wenn der Bundestag in verfassungsgerichtlichen Verfahren, wie etwa zum dritten Geschlecht, nicht einmal im Prozess angehört wird.[305] Es ist nicht lediglich aus personell-legitimatorischen Gründen kritisch zu betrachten, wenn die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe nicht einbezogen werden, sondern auch aufgrund der für die Erfüllung von Schutzpflichten bestehenden Grenze staatlicher Leistungsfähigkeit.[306] Funktional kann diese Grenze nämlich von anderen Staatsorganen besser und vor allem abschließend beurteilt werden als vom Bundesverfassungsgericht.

Zwar erfolgt ein Teil der Legitimation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch die Überzeugungskraft der Entscheidungsbegründung, was zumindest vom ersten Anschein her eine verfassungsgerichtliche Normsetzung für eine Übergangszeit nicht ausschließt. Allerdings ist es Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers, das geltende Recht sich wandelnden Gegebenheiten anzupassen, weil er besser geeignet ist, außerrechtliche Aspekte in den Normsetzungsprozess einzubeziehen. Dagegen vermag die Rechtsprechung lediglich rechtliche Veränderung besser zu rezipieren.[307] Erörtert das Bundesverfassungsgericht dann auch nicht die problematischen Aspekte der Zulässigkeit,[308] erweckt dies den Anschein, als wolle das Gericht ein ihm nicht zustehendes Initiativrecht wahrnehmen. Dass ein solches Initiativrecht dem Bundesverfassungsgericht gerade nicht zukommt, ist allerdings Voraussetzung für seine umfassenden Kontrollkompetenz und

304 *Oexle/Lammers,* Klimapolitik vor den Verwaltungsgerichten, NVwZ 2020, 1723 (1725 f.).

305 *Märker,* Drittes Geschlecht?, NZFam 2018, 1 (2); zu den Stellungnahmen, die überwiegend die gesellschaftlich progressive Intention der Verfassungsbeschwerde bestärkt haben BVerfGE 147, 1 (11 ff.). Durch die arkane Selektionspraxis der angehörten Stellungnahmen kann auch eine gesellschaftlich repräsentative Einschätzung nicht erwirkt werden, vgl. dazu auch kritisch *Schröder,* Der sachkundige Dritte im Verfassungsprozess, DÖV 2023, 119 (123 f.).

306 *Oexle/Lammers,* Klimapolitik vor den Verwaltungsgerichten, NVwZ 2020, 1723 (1726).

307 *Pawlowski,* Die Rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur, DÖV 1976, 505 (506 f.)

308 *Märker,* Drittes Geschlecht?, NZFam 2018, 1 (2 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die damit einhergehende starke Position des Gerichts im staatsorganisatorischen Gefüge.[309] Die Gestaltungskompetenz des Gerichts im Vergleich zum parlamentarischen Gesetzgeber ist umso größer, je dichter die normativen Vorgaben des Grundgesetzes sind.[310] Eine derartige Dichte normativer Vorgaben kann man bei gesellschaftlich progressiven Entscheidungen, die insbesondere durch die wertungsausfüllungsbedürftige Grundrechtsprüfung vorangetragen werden, kaum bejahen.[311] Es ist grade nicht Aufgabe des Grundgesetzes die ideale Gesellschaft inhaltlich zu bestimmen, sondern lediglich Leitpunkte zu setzen, damit die Gesellschaft sich eigenständig fortentwickeln kann.[312]

Somit mögen einzelne Teilnehmer des gesellschaftlichen Diskurses dem Bundesverfassungsgericht mit der Erwartung gegenüberstehen, einen gesellschaftlichen Fortschritt zu begünstigen. Dies vermag das Gericht allerdings nicht ohne maßgebliche Beteiligung des unmittelbar demokratisch legitimierten und funktionell besser ausgestatteten Gesetzgebers bewirken. Der Rollenerwartung einer Triebkraft gesellschaftspolitischen Fortschritts kann das Gericht höchstens eingeschränkt gerecht werden. Gegenüber dem Gesetzgeber sollte es sich in seinen Entscheidungen entsprechend zurücknehmen, um den (gesellschafts-)politischen Diskurs durch seine Judikate nicht inhaltlich zu determinieren.[313]

Insgesamt wird sich das Bundesverfassungsgericht wohl auch nicht zu derart revolutionären Entscheidungen verleiten lassen, wie es sich manch einer von ihm erhofft. Weil Fortschritt auf der aktuellen gesellschaftlichen und rechtlichen Situation aufbauen und sich von dort entfalten muss, um effektiv realisiert zu werden,[314] kann es nicht ohne Bezug zur Realität eine komplett neue Gesellschaftsordnung etablieren. Dies berücksichtigt

309 *Bickenbach,* Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 506.

310 *Bickenbach,* Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 295.

311 *Nettesheim* verdeutlicht insbesondere hinsichtlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, auf das eine Vielzahl der angesprochenen und vergleichbarer Entscheidungen gestützt wird, wie verfassungsgerichtliche Judikate weniger dogmatische vorgeprägt sind, sondern vielmehr von individuellen Vorstellungen der Richter von der freien Persönlichkeitsentfaltung abhängen. So kommt es mitunter zu einer Vermischung politischer und rechtlicher Erwägungen, vgl. *Nettesheim,* Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben, 2017, S. 26 f.

312 *Schorkopf,* Staat und Diversität, 2017, S. 40 f.

313 So auch *Bickenbach,* der darauf hinweist, dass auf politische Fragen nicht ausschließlich rechtliche Antworten gesucht werden dürfen, vgl. *Bickenbach,* Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 509.

314 *Kriele,* Gesetzprüfende Vernunft und Bedingungen rechtlichen Fortschritts, Der Staat 6 (1967), 45 (49).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Gericht – auch um seine eigene Wirkmacht abzusichern –, indem es seine Rechtsprechung zwar stetig, zumeist aber behutsam mit bewahrenden Elementen und unter Berücksichtigung seiner selbstentwickelten Dogmatik fortentwickelt.[315] Einzelne Entscheidungen mögen somit den Anschein einer gesellschaftlich progressiven Agenda vermitteln. Das Gericht in der Rolle einer Triebkraft des Fortschritts zu sehen, rechtfertig das aber noch nicht.

4. Zusammenfassende Folgerung: Umgang mit enttäuschten Rollenerwartungen

Dem Bundesverfassungsgericht werden in der gesellschaftlichen Wahrnehmung weitreichende Kompetenzen zugeschrieben, mit denen eine entsprechende Erwartungshaltung Prozessbeteiligter verbunden ist. So sieht sich das Gericht nicht nur mit dem berechtigten Anspruch konfrontiert, dem Individuum letztverbindlichen Grundrechtsschutz zu gewähren. Vielmehr besteht zuweilen das Bild eines Ersatzgesetzgebers und die damit verbundene Erwartung, gesellschaftliche und politische Entwicklungsprozesse nicht nur anzustoßen, sondern auch im Sinne der Beschwerdeführer voranzubringen. Ob dies immer mit einer gesellschaftlich progressiven Agenda einhergeht, mag man bezweifeln.[316] Jedenfalls wird aber eine im Kern politische Entscheidung eingekleidet in rechtliche Erwägungen des Gerichts erwartet. Die konkrete Methodik der Effektuierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, also ob das Gericht die Befolgung durch eingriffsintensive Durchsetzungsanordnungen oder durch weniger eingriffsintensives informelles Handeln sicherstellen will, ist dabei zunächst sekundär.[317] Solche inhaltlichen Willensartikulationsprozesse sind allerdings nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, sondern von politischen Organen, wie dem parlamentarischen Gesetzgeber oder gesellschaftlichen Organisationen. Das Bundesverfassungsgericht nimmt zwar die Rolle eines Hüters der Grundrechte ein. Diese ist aber nicht so zu interpretieren, dass von dem Gericht die Effektuierung von Grundrechtsgehalten mit jedwedem Mittel

315 Dazu *Kulick//Vasel,* Das konservative Gericht, 2021, S. 226 ff.

316 Zu erwähnen sind diesbezüglich etwa die Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch, in denen das BVerfG liberalisierenden Bestrebungen einen Riegel vorgeschoben hat, vgl. BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I (1975); E 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

317 Zu den unterschiedlichen Instrumenten verfassungsgerichtlicher Entscheidungsdurchsetzung s.u. S. 161 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erwartet werden darf. Vielmehr kann das Gericht lediglich über die Frage nach einer Verletzung verfassungsrechtlicher Vorschriften entscheiden, ohne aber regelmäßig im Detail zu klären, wie dieser Zustand behoben werden muss. Es kann also legitimerweise nur einen Rahmen für politische und gesellschaftliche Entwicklungen aufzeigen, nicht aber die politische und gesellschaftliche Fortentwicklung für die damit betrauten Organe und Funktionsträger determinieren. Nur so kann es der Gesellschaft den für die kollektive Selbstbestimmung des Staatsvolkes erforderlichen Spielraum lassen. Diese Selbstbeschränkung, sowohl gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber als auch gegenüber den Fachgerichten, muss das Gericht berücksichtigen, wenn es seine Entscheidungen artikuliert und diese durchsetzt.

Insgesamt kann es durchaus erforderlich sein, dass das Gericht Leitlinien der Verfassungsauslegung formuliert, um den Bedeutungsgehalt seiner Entscheidungen durchgesetzt zu sehen. Dies steht im Einklang mit der Erwartung, eine moderierende Rolle im politischen Prozess einzunehmen. Um den Erwartungen, die Dritte an das Gericht stellen, gerecht zu werden, also sich entsprechend seinem Rollenbild zu verhalten, steht das Gericht vor der Aufgabe, seiner Funktion der verbindlichen Interpretation der Verfassung nachzukommen, ohne materielle politische Entscheidungen zu treffen. So werden zwangsweise Erwartungen an das Gericht, insbesondere wenn es als „letzte Instanz der Gerechtigkeit" betrachtet wird, enttäuscht werden müssen. Damit das Gericht seine Akzeptanz hierüber nicht verliert, ist es erforderlich zu verdeutlichen, dass die Enttäuschung der an das Bundesverfassungsgericht gestellten Erwartungen nicht struktureller Natur ist. Dem Gericht kommt deswegen die Aufgabe zu, die Art und Weise, wie es seiner Rolle als Hüter der Verfassung und Ordner von Politik und Gesellschaft gerecht wird, nach außen hin zu verdeutlichen. Diese notwendige Kommunikationsleistung beeinflusst sowohl das allgemeine Auftreten des Bundesverfassungsgerichts und dessen verfahrensunabhängigen Akzeptanzsicherungsmechanismen[318] als auch den Umgang mit Prozessbeteiligten während und nach dem Verfahren.[319]

318 Vgl. sogleich S. 97 ff.
319 Dazu noch u. S. 246 ff. und S. 317 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Abgeleitete Autorität als Resultat der Verfassungsakzeptanz

Das Bundesverfassungsgericht war von Anfang an bemüht, die Grenze zwischen politischen Entscheidungen und Entscheidungen mit Einfluss auf die Politik aufzuzeigen. So versuchte es nach außen hin deutlich zu machen, dass es nicht ein solches Verfassungsorgan ist, das selbstgesteckte politische Ziele durchsetzt, sondern sich vielmehr ausschließlich vom Recht leiten lässt. Selbstbewusst legte es allerdings nicht nur diese politische Neutralität dar, sondern erhob auch einen Anspruch, alle Rechtsstreitigkeiten letztverbindlich unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Indem es durch frühe Judikate einen Vorbehalt des Verfassungsrechts etablierte und sich somit einen Zugriff auf jedwede Rechtsstreitigkeit sicherte, hat das Bundesverfassungsgericht sich nicht nur in die Rolle des letztverantwortlichen Hüters der Grundrechte begeben, sondern in der Bevölkerung auch die Vorstellung bestärkt, dass Bundesverfassungsgericht könne unabhängig vom Prozessgegenstand als Garant für Einzelfallgerechtigkeit fungieren.[320] Dem Gericht ist es damit nicht lediglich gelungen, den Regelungsgehalt des Grundgesetzes auf die gesamte Rechtsordnung zu erstrecken. Vielmehr hat es sich selbst als Garanten dafür etabliert, dass die grundgesetzlichen Regelungen tatsächlich Wirksamkeit entfalten. Durch die hohe Beliebtheit der Verfassung konnte das Gericht so seine Akzeptanz vom Grundgesetz ableiten. Denn wer das Grundgesetz akzeptiert und seine Autorität anerkennt, der muss zwangsweise auch dem Bundesverfassungsgericht als Hüter des Grundgesetzes eine ähnliche Autorität zubilligen und es in ähnlichem Maße akzeptieren.[321] Insbesondere die Rollen als Hüter der Verfassung und die des neutralen Schiedsrichters haben dem Bundesverfassungsgericht somit geholfen, derivativ vom Verfassungspatriotismus der deutschen Gesellschaft zu profitieren.[322]

---

320 *Ipsen* spricht in dem Kontext „evident ungerechter Gerichtsentscheidungen" von einem Selbstverständnis als „Gerechtigkeitshof", *Ipsen* in: *Heun/Starck* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, 2008, S. 203 (205).

321 *Rath,* Die öffentliche Wahrnehmung des Bundesverfassungsgerichts, APuZ 37/2021, 25; dazu auch *Felz* in: *Draganova et al.* (Hrsg.), Inszenierung des Rechts, 2011, S. 101 (112).

322 Zur Idee des Verfassungspatriotismus *Sternberger* in: *Haungs et al.* (Hrsg.), Verfassungspatriotismus, 1990, S. 17 – 31; *Thym* weist darauf hin, dass der Verfassungspatriotismus der gerichtlichen Verfassungsauslegung vorgelagert ist, das BVerfG also gerade nicht conditio sine qua non für den Verfassungspatriotismus ist, *Thym,* Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft, AöR 145 (2020), 40 (43).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Betrachtet man dabei das sich mit der Zeit verändernde Verständnis der Richter von der Rolle des Gerichts, lässt sich in Ansätzen erkennen, dass das Gericht zunehmend eher als Chance für gesellschaftliche Integration und Fortentwicklung, denn als Risiko für den Staatsaufbau betrachtet wird.[323] Dies spiegelt sich auch in einigen gesellschaftlichen Erwartungshaltungen wider. Nach einer anfänglichen Konsolidierung des Staatsaufbaus wurde sodann zunehmend erwartet, das Gericht könne als ungerecht empfundene Rechtslagen korrigieren und hier notfalls den Gesetzgeber ersetzen. Durch den eingeschlagenen Weg, Grundrechtsproblematiken über die Verhältnismäßigkeit oder durch die mitunter weitreichenden Kombination von Grundrechten verbunden mit regelrechten Grundrechtskreationen zu lösen, hat das Gericht bei Betroffenen die Erwartungshaltung geschaffen, auch bei aufgrund bestehender Dogmatik als aussichtslos beurteilten Fällen einen effektiven Grundrechtsschutz im Sinne einer expansiven Auslegung der Grundrechte zu gewährleisten.

Die breite Akzeptanz und damit verbundene Wirkmacht des Gerichts rührt aber nicht aus einer Stellung als Fortentwickler der Gesellschaft oder als ein politiktreibendes Organ her, sondern ganz im Gegenteil aus seiner umsichtigen Neutralität und sorgfältigen Trennung rechtlicher Fragen von gesellschaftlichen Disputen. Gerade weil das Bundesverfassungsgericht nicht zulässt, dass sich politische Auseinandersetzungen in seinen Entscheidungen fortsetzen, hat die Gesellschaft so ein starkes Vertrauen in die Institution. Das Bundesverfassungsgericht hat somit nicht die Rolle inne, aufgrund normativer Vorgaben des Grundgesetzes den politischen und gesellschaftlichen Diskurs zu gestalten. Wohl aber nimmt es durch seine Rechtsprechung die Rolle des Hüters der Grundrechte sowie eines Garanten für staatliche und gesellschaftliche Stabilität ein. Deswegen sieht es sich mit der Erwartung konfrontiert, hierfür einen Rahmen zu schaffen, ohne den Diskurs zu determinieren.

Diesen Rollenerwartungen kann das Gericht nicht in jedem Einzelfall gerecht werden. Eine Leistung des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens muss es also sein, in solchen Fällen, in denen das Gericht Rollenerwartungen enttäuscht und rechtfertigungsbedürftig aus seiner Rolle ausbricht, Mechanismen zur Verfügung zu stellen, um die grundsätzliche

323 Dies wird etwa aus der Äußerungen *Limbachs* in Fn. 173 im Vergleich zu der *H. Kleins* in Fn. 184 deutlich, die aus einer unterschiedlichen Perspektive mit einem Abstand von über drei Jahrzehnten verfassungsgerichtlicher Arbeit auf die Wirkung des Gerichts blickt.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Akzeptanz der Institution zu wahren und die enttäuschten Erwartungen zu kompensieren.

C. Der Rahmen durchsetzungsverfahrensrechtlicher Regelungen

Der vorangegangene Abschnitt ist der Ausgangspunkt, um die verfahrensrechtlichen Aspekte der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zu untersuchen. Aus ihm lassen sich Prämissen ableiten, um die Vorgänge des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens zielführend zu identifizieren und einzuordnen. Sich hieran zu orientieren, erleichtert es, verfassungsgerichtliche Durchsetzungsentscheidungen abzusehen und erhöht so die Akzeptanz als elementaren Bestandteil verfassungsgerichtlicher Durchsetzung. Dies leitet zur ersten Prämisse über: Die Grundlage und Voraussetzung des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens ist die Akzeptanz des Gerichts bei seinen Entscheidungsunterworfenen und -rezipienten. Weil das Gericht insbesondere im hochpolitischen Raum keine Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung hat, muss es darauf vertrauen, dass seine Entscheidungen akzeptiert und entsprechend freiwillig befolgt werden. Diese freiwillige Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen beruht maßgeblich auf der Eigenschaft der deutschen Verfassungsordnung als Wertesystem. Je mehr die Entscheidungen mit Mehrheitswerten der Rechtsunterworfenen übereinstimmen, desto größer ist die gesellschaftliche Akzeptanz und damit einhergehend die freiwillige Befolgung. Das Gericht muss entsprechend Werte und vor allem Wertekonflikte identifizieren und diese auflösen können.

Die Ausgestaltung der Durchsetzungsmittel birgt für das Bundesverfassungsgericht das Potenzial, nicht nur rechtlichen, sondern auch politischen Einfluss auf die Rechts- und Gesellschaftsordnung auszuüben. Dies ist Anknüpfungspunkt für die zweite Prämisse: Das Bundesverfassungsgericht darf durch seine Entscheidungen einschließlich der Anwendung seiner Durchsetzungsinstrumente den politischen und gesellschaftlichen Diskurs nicht determinieren, sondern ihm nur in seiner Rolle als politisch neutraler Hüter des Grundgesetzes einen Rahmen geben. Die an das Gericht gestellten Rollenerwartungen bedingen bei der Anwendung der Durchsetzungsinstrumente – losgelöst davon, ob sie in einem konkreten Verfahren oder verfahrensunabhängig eingesetzt werden – somit eine gewisse Zurückhaltung. Gemeint ist dabei nicht, dass sich das Gericht im Sinne einer *political question*-Doktrin in als politisch brisant empfundenen Fällen einer

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entscheidung enthält, sondern dass die Durchsetzungsentscheidung, wie auch die Hauptsacheentscheidung, im Ergebnis allein durch rechtliche Erwägungen geleitet wird. Nur in diesen Rahmen hat das Gericht einen Spielraum seine Durchsetzungsentscheidung auszugestalten. Im Zweifel ist es für das Gericht erforderlich, die Grenzen seiner Kompetenz explizit zu kommunizieren, um so das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der gewaltengeteilten Ordnung zu bewahren.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 3 Verfahrensunabhängige Akzeptanzsicherungsmechanismen

Die Akzeptanz des Gerichts ist, das haben die vorangegangenen Ausführungen gezeigt, nicht nur einzelfallbezogen, sondern institutionell verankert. Das Gericht muss sich also nicht in jeder einzelnen Entscheidung die grundsätzliche Folgebereitschaft neu erarbeiten, sondern darf sich auf ein grundsätzliches Vertrauen der Entscheidungsrezipienten verlassen. Das bedeutet allerdings auch, dass das Gericht nicht nur mithilfe seiner Entscheidungen die Bereitschaft zu freiwilligen Befolgung steigern kann, sondern auch von Einzelverfahren unabhängig seine Akzeptanz unter seinen Rezipienten fördern muss. Diese von einzelnen Verfahren losgelösten Akzeptanzsicherungsmechanismen beschränken sich dabei nicht nur auf Eigenleistungen des Gerichts, sondern resultieren in Teilen auch aus einem Netzwerk aus Interaktionen mit potenziellen Rezipienten gerichtlicher Entscheidungen.

A. Realisierung gesellschaftlicher Wertvorstellungen durch plurale Besetzung

Die Richterwahl ist bereits im Rahmen der Absicherung politischer Neutralität des Gerichts zu Sprache gekommen. Sie erlangt aber noch eine zusätzliche Bedeutung für die Akzeptanzsicherung, indem sie dem Bundesverfassungsgericht ermöglicht, gesellschaftliche Werte auf eine integrierende Art und Weise zu realisieren. Das Gericht wird dabei in seiner Rolle als Ordner der Gesellschaft tätig.[324]

I. Gesellschaftliche Werte und Institutionenakzeptanz

Das Grundgesetz ist nicht lediglich eine Kodifikation von Rechtssätzen, sondern verkörpert die Werte der Gesellschaft und fungiert als Maßstab, um den Zustand der Gesellschaft zu beurteilen.[325] Zwar kann eine judiziell-hoheitliche Entscheidung nicht allein auf Werten beruhen, weil die-

324 Dazu o. S. 78 ff.
325 *Grimm,* Wachsende Heterogenität, Merkur 2013, 863 (870 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

se lediglich als normative Leitlinien in die Entscheidungen einbezogen werden können, ohne sie aber selbst zu determinieren.[326] Werte drücken aber das Handeln bestimmende Präferenzen aus,[327] was sie für die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung bedeutsam macht. So wie das Bundesverfassungsgericht als Institution die Rolle eines Ordners für Staat und Gesellschaft zukommt, so tragen auch Werte zur Ordnung selbstorganisierten Handelns bei.[328] Sie dienen dem Gericht als Orientierungshilfe, wie Staat und Gesellschaft in dieser Rolle zu ordnen sind. Die moralische Verbindlichkeit von Normativsätzen und damit die Folgebereitschaft der Adressaten hängt nämlich auch von einer inhaltlichen Beurteilung durch die Adressaten ab.[329] Widerstreben hoheitliche Entscheidungen den Wertevorstellungen ihrer Adressaten, werden diese nicht ohne weiteres der Handlungsanweisung Folge leisten.[330] Im Gegenzug haben Rechtsentscheidungen, die auch mit Wertentscheidungen übereinstimmen, eine höhere Befolgungschance.[331]

Deswegen beruhen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts selten allein auf rechtlichen Erwägungen, sondern werden – im zulässigen rechtlichen Rahmen – durch weitere „Klugheitsregeln" beeinflusst.[332] Trifft das Gericht nicht nur einzelne akzeptanzfähige Entscheidungen, sondern kann es für einen Großteil seiner Judikate beanspruchen, dass die Mehrheit mit ihnen übereinstimmt, stärkt dies ein grundsätzliches Vertrauen der Gesellschaft in das Gericht.[333] Normative Aussagen können nämlich

326 *Luhmann* in: *Heelas/Lash/Morris* (Hrsg.), Detraditionalization, 1996, S. 59 (65 f.).

327 Vgl. etwa *Lutz-Bachmann* in: *Forst/Günther* (Hrsg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 249 (253).

328 *Erpenbeck/Sauter,* Die Wertegesellschaft, 2020, S. 113 ff.

329 Vgl. dazu *Crispin* in: *Witte/Welker* (Hrsg.) The impact of the Law, 2021, S. 263 (276).

330 *Patzelt* in: *Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 313 (318).

331 *Grimm,* Wachsende Heterogenität, Merkur 2013, 863 (866); *Lucke* in: *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, 2019, S. 73 (83).

332 *Schulze-Fielitz,* Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2. Auflage 2022, S. 473 (477); bemerkenswert ist in diesem Kontext auch eine empirisch gestützte Analyse verfassungsgerichtlicher Rhetorik, die verdeutlicht, dass das BVerfG sich auch auf außerjuristische Argumentationsmittel in seinen Begründungen verlässt, *Sobota* in: *Dyck/Jens/Ueding* (Hrsg.), Rhetorik, 1996, S. 115 (122 ff.).

333 *Vorländer* in: *Holterhus/Michl,* Die schwache Gewalt?, 2022, S. 45 (50); vgl. dazu auch *Vanberg,* o. Fn. 79; umgekehrt muss das Gericht nicht befürchten, aufgrund einzelner Entscheidungen, die nicht den gesellschaftlichen Wertvorstellungen entsprechen, den Rückhalt der Bevölkerung zu verlieren, *Benda,* Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen, DÖV 1983, 305 (307).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nur dann auf vollumfängliche Gefolgschaft hoffen, wenn sie parallel existierende Normenordnungen – und damit auch Werteordnungen – nicht zu verdrängen suchen, sondern diese dahingehend respektieren, dass ihre Funktionsmöglichkeit bewahrt wird.[334] Treten allerdings verschiedene Werteordnungen nebeneinander, so sind Konflikte unausweichlich. Das Gericht ist dann gegebenenfalls in seiner Rolle als minderheitenschützendes Organ gezwungen, den Mehrheitswerten widersprechende Entscheidungen zu treffen.[335]

Das Bundesverfassungsgericht kann sich aktuell auch bei solchen unpopulären Entscheidungen auf ein hohes Maß an Autorität berufen. Deswegen besteht auch für Entscheidungen, die den Wertvorstellungen der Mehrheitsgesellschaft zuwiderlaufen, eine grundsätzliche Folgebereitschaft. Entscheidet das Gericht allerdings wiederholt entgegen den mehrheitsgesellschaftlichen Wertvorstellungen, liegt der Gedanke eines immanenten Akzeptanzverlustes nahe.[336] Das Bedürfnis einer wertegeleiteten Gerichtsentscheidung als Voraussetzung ihrer freiwilligen Befolgung macht es erforderlich, diese Wertekonflikte aufzulösen. Konflikte können zwar nicht durch explizite Bezugnahme auf Werte beseitigt werden, weil das Bundesverfassungsgericht lediglich Rechtssätze als Ausdruck von Werten auslegt, nicht aber Werte selbst. Diese Auflösung von Wertekonflikten ist deswegen auch nicht gleichzusetzen mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung, in deren Rahmen der widerstreitende Rechtspositionen abgewogen werden und dadurch gegenläufige Grundrechtspositionen als rechtliche Größen in einen schonenden Ausgleich zueinander gebracht werden. Gleichwohl werden Werte in die Rechtsordnung einbezogen, erlangen so praktische Relevanz und vermögen ihre Wirkkraft voll zu entfalten.[337] Die Abwägung widerstreitender Werte erfolgt hierbei im Subtext der Entscheidung. Das Gericht muss bereits bei der Abwägung der Rechtspositionen die betroffenen Werte kennen und auf eine Art und Weise in einen Ausgleich bringen, dass

334 *C. Möllers,* Die Möglichkeit der Normen, 2015, S. 416.

335 *Vogel* macht darauf aufmerksam, dass typischerweise die Minderheiten Unterstützung in Karlsruhe suchen, *Vogel,* Videant judices!, DÖV 1978, 665 (666); Beispiele zu einigen kontrovers diskutierten Entscheidungen des Gerichts bei *R. Schmidt,* Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts?, JZ 2022, 853 (855).

336 Man denke hier etwa an die Situation, dass gezielt politisch aufgeladene Sachverhalte im Rahmen der strategischen Prozessführung an das BVerfG herangetragen werden. Entscheidet das Gericht hier aus Gründen des Minderheitenschutzes konträr zu gesellschaftlich vorherrschenden Wertvorstellungen, droht schnell der Vorwurf, dass demokratische Prozesse umgangen werden.

337 Dazu *Astolfi,* Über Begriffe und Werte im Recht, 2020, S. 221 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch die Minderheitenwerte jedenfalls toleriert werden.[338] Wenn es dem Bundesverfassungsgerichts gelingt, seine Entscheidungen mit allgemeinen Wertvorstellungen innerhalb der Gesellschaft übereinstimmen zu lassen, trägt dies zur Akzeptanz und somit zu der freiwilligen Befolgung seiner Entscheidungen bei.

II. Diffizile Ermittlung der Wertvorstellungen

Weil das Gericht sich auf eine mehrheitliche Akzeptanz aus der Bevölkerung verlässt, muss es sich also grundsätzlich in seinen Entscheidungen von den Wertvorstellungen leiten lassen, die von der Mehrheit der Gesellschaft geteilt werden, ohne dass die Richter dabei ihre individuellen Wert- und Moralvorstellungen anlegen.[339] Kennzeichen einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft ist nämlich, dass die Mehrheitswerte und die Frage nach dem Gemeinwohl nicht einem Einzelnen oder einem kleinen Gremium zur Entscheidung überantwortet ist, sondern dass die staatlichen Stellen diese höchstens deskriptiv feststellen können. Dem Volk – gegebenenfalls vermittelt durch das vom Volk zur Willensbildung berufene Organ –[340] kommt hingegen die konstitutive Definitionsmacht über Gemeinwohl und Mehrheitswerte zu.[341]

Dies wirft die Frage auf, wie das Gericht eine Wertvorstellung der Mehrheitsgesellschaft zu identifizieren vermag, ohne die subjektiven Vorstellungen der Richter diese Feststellung determinieren zu lassen. Auf empirische Erhebungen zu einem vermeintlichen Wertekonsens innerhalb der Bundesrepublik kann sich das Gericht nicht berufen.[342] Auch genügt es nicht, Werte im Rahmen eines Verfassungsprozesses einmalig als vorherrschend festzustellen, weil Wertvorstellungen grundsätzlich wandlungsoffen sind.[343] Die Rechtsanwendung ist nicht von dauerhaft gültigen Wertvorstellungen geprägt, sondern abhängig von Gerechtigkeits- und Wertvorstel-

338 *Mager* in: *Witte/Welker* (Hrsg.) The impact of the Law, 2021, S. 141 (149).
339 Vgl. dazu *Rawls,* Political liberalism, 2005, S. 236.
340 Zu diesem Verhältnis in der deutschen Verfassungsordnung *Ebsen,* Gesetzesbindung und „Richtigkeit" der Entscheidung, 1974, S. 53 f.
341 Vgl. dazu *Papier,* Solidarität, Gerechtigkeit, Gemeinwohl, IWRZ 2020, 195; deswegen plädierte *Vogel* bereits früh in dieser Sache für eine Zurückhaltung des Gerichts gegenüber dem Gesetzgeber, *Vogel,* Videant judices!, DÖV 1978, 665 (667).
342 *Grimm,* Wachsende Heterogenität, Merkur 2013, 863 (869).
343 *Astolfi,* Über Begriffe und Werte im Recht, 2020, S. 116 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lungen der jeweiligen Epoche.[344] Einen Absolutheitsanspruch gesellschaftlicher Werte gibt es hingegen genau so wenig wie eine singulär richtige Auslegung eines Rechtsbegriffs.[345] Damit Entscheidungen auf Akzeptanz stoßen, ist es somit zwar notwendig, dass sie die Anschauungen der jeweiligen Zeit miteinbeziehen.[346] Eine Relativierung grundrechtlicher Schutzstandards würde aber zu einem wenigstens partiellen Autoritätsverlust des Gerichts führen, sodass die Rechtsprechung keine ausschließliche Reflektion des Zeitgeistes sein darf.[347] Dieser kann in Gestalt gegenwärtiger Mehrheitsentscheidungen auch gar nicht mit den Werten unserer Rechtsordnung gleichgesetzt werden, vielmehr gibt die Werteordnung wandelnden Anschauungen einen Raum und weist ihnen Grenzen auf.[348] Ein Wertewandel ist im Vergleich zu einem sich verändernden Zeitgeist träger und erfolgt deswegen über einen längeren Zeitraum. Die Werteordnung ist dem Zeitgeist somit vorgelagert.

Diese Abgrenzungsschwierigkeiten stellen das Gericht vor eine Herausforderung. Einerseits muss es gegenwärtigen Anschauungen gerecht werden, ohne sich aber andererseits ausschließlich von diesen leiten zu lassen. Es stellt sich deswegen die Frage, wie es erreichen können soll, dass seine Rechtsprechung mit den gesellschaftlichen Werten übereinstimmt, wenn eine trennscharfe Abgrenzung nicht möglich ist. Sein Verfahren muss und kann deswegen nicht gewährleisten, dass das Bundesverfassungsgericht die Werte der Mehrheitsgesellschaft abschließend bestimmen kann. Es muss lediglich erkennen können, welche Werte es bei seiner Abwägung zu berücksichtigen hat und diese miteinbeziehen. Die erforderliche Leistung besteht also darin, eine möglichst alle gesellschaftlichen Strömungen einbeziehende Entscheidungsgrundlage zu produzieren, nicht aber die so ermittelten existenten Werte als Entscheidungsmaßstab heranzuziehen.

344 *Mankowski,* Rechtskultur, 2016, S. 166; Beispiele zu Einflüssen eines sich verändernden Zeitgeists bei *Redeker,* Zeitgeist und Wertordnung, NJW 1999, 3687; so auch *Schur,* Diskriminierung von Männern in der Gesetzgebung und Rechtsprechung des BVerfG, NJOZ 2021, 1185 (1190).

345 *Krebs,* Aktuelle „Werte-Rechtsprechung", NVwZ 2023, 557 (559); zur Ambiguität des Rechts in der Rechtsprechung des BVerfG *I. Augsberg,* Methodisch Verfahren, JZ 2024, 157 (161 f.).

346 *Sacksofsky* in: *Forst/Günther* (Hrsg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 604 (619).

347 *Nußberger,* Entwicklung des Grundrechtsschutzes, Der Staat 61 (2022), 539 (549).

348 *Redeker,* Zeitgeist und Wertordnung, NJW 1999, 3687 (3688); zu diesem Spannungsverhältnis auch *Limbach* in: *Brand/Strempel* (Hrsg.), Soziologie des Rechts, 1998, S. 207 (211 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Formale Pluralitätsabsicherung statt materieller Wertermittlung

Diese Identifikationsleistung wird dem Bundesverfassungsgericht durch das Verfahren seiner Besetzung erleichtert. Durch die Richterwahl kann abgesichert werden, dass die Entscheidungsfindung mit plural ausgestalteten Vorverständnissen hinsichtlich der gesellschaftlichen Werte betrieben wird. Die Wahl der Richter mit Zweidrittelmehrheit lässt eine Einordnung als aus der Mehrheitsgesellschaft entstammenden Verfassungsinterpreten zu.[349] Zwar sind sie keine Repräsentanten der sie vorschlagenden Parteien und damit auch nicht der dahinterstehenden gesellschaftlichen Strömungen. Dennoch ist eine gewisse geistige Nähe zu deren Wertevorstellungen plausibel. Diese Wahl mit einer Zweidrittelmehrheit ist jedenfalls bislang ohne größere Probleme möglich gewesen, weil zwischen den Unionsparteien, der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der bis vor kurzem noch im Bundestag vertretenen FDP eine informelle Übereinkunft besteht, anhand derer die Richterplätze verteilt werden.[350]

Auf diese Weise finden unterschiedliche Perspektiven in die gerichtlichen Beratungen Einzug.

> „Diese gegenseitige Ergänzung kommt dort [Anm. d. Verf.: in der Beratung] zusammen, die gegenläufigen Erfahrungen mit anderen Lebenssichten, mit anderen Lebenserfahrungen. Der eine lebt in glücklicher Ehe, der andere nicht, der eine kommt aus dem Norden, der andere aus dem Süden, der eine ist religiös, der andere ist areligiös. Das trifft aufeinander und ergänzt sich im gegenseitigen Respekt des verschiedenen Denkens."[351]

Die unterschiedlichen Perspektiven seiner Richter ermöglichen es dem Gericht, ein breites Spektrum an gesellschaftlichen Wertvorstellungen in die Beratung Einzug finden zu lassen und somit zu berücksichtigen. Wenigstens als Kollegialorgan wird das Bundesverfassungsgericht dadurch die überwiegenden Wertvorstellungen der Gesellschaft abbilden können. Damit wird das Bundesverfassungsgericht dank des Richterwahlprozesses bislang den Erwartungen gerecht, die vernünftigerweise an es gestellt werden dürfen. Angesichts einer sich verändernden Parteienstruktur stellt sich allerdings nicht nur die Frage, ob die angesprochene informelle Übereinkunft

349 *Sacksofsky* in: *Forst/Günther* (Hrsg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 604 (619).
350 Dazu m.w.N. *Zons,* Heraus aus dem Hinterzimmer!, RuP 60 (2024), 299 (301 ff.); *Kloepfer,* Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, 2022, S. 575 ff.
351 Interview Nr. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch künftig noch die Funktionsfähigkeit der Richterwahl gewährleisten kann. Es tut sich auch die Frage auf, ob das Wahlverfahren diese gesellschaftlich integrative Wirkung weiter entfalten kann.[352] Eine auf veränderte Gegebenheiten angepasste Übereinkunft muss Gegenstand eines neuen politischen Aushandlungsprozesses sein.

Es ist kaum denkbar, einen Konsens normativer Wertungen – so auch über gesellschaftliche Werte – als Grundlage eines Entscheidungsprozesses heranzuziehen.[353] Für die Akzeptanz der Entscheidungen ist es deswegen viel eher wichtig, dass sie auftretenden Wertkonflikten auf eine Art und Weise begegnen, die die Lösung für alle Beteiligten anerkennungsfähig erscheinen lässt.[354] Nicht erforderlich ist es hingegen, dass die Wertvorstellungen aller Beteiligten im gleichen Maße die Entscheidung prägen. Das Bundesverfassungsgericht ist kein Forum diskursiver Verhandlung über die Interpretation der Verfassung.[355] Wohl aber muss es sich ein Bild davon machen, welche Werte im gesellschaftlichen Diskurs vertreten sind. Gelingt dies durch die angesprochene gegenseitige Ergänzung der Perspektiven, kann das Gericht den an sich gerichteten Erwartungen gerecht werden.

Die unterschiedlichen Hintergründe der Richter tragen darüber hinaus nicht nur dazu bei, dass plurale gesellschaftliche Strömungen Einzug in die Senatsberatung finden. Sie ermöglichen es dem Gericht auch, den Gesamtkontext einer Entscheidung umfassender einzuschätzen, gegebenenfalls Folgeprobleme besser zu antizipieren und so seiner Ordnungsfunktion effektiver nachkommen zu können.[356] Hierbei ist insbesondere relevant, dass die Richter vor ihrer Wahl zum Bundesverfassungsgericht nicht ausschließlich eine Laufbahn in der Justiz durchlaufen haben. Lediglich drei Mitglieder jedes Senats müssen unmittelbar vor ihrer Wahl Richter eines

352 Betrachtet man etwa die Bundestagswahl aus dem Jahr 2025 fällt auf, dass die Fraktionen der AfD und von Die Linke insgesamt mehr als ein Drittel der Abgeordneten ausmachen und damit eine Sperrminorität ausüben können. Die FDP ist hingegen nicht einmal mehr im Bundestag vertreten. Neben diesem formellen Aspekt kommt man nicht umhin zu erkennen, dass gut ein Drittel der im Bundestag repräsentierten Strömungen keinen Einfluss auf die Richterwahl haben würden. Dazu auch *Kloepfer,* Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, 2022, S. 575, Rn. 179.

353 *C. Möllers,* Die Möglichkeit der Normen, 2015, S. 415.

354 Zur integrativen Wirkung von gesellschaftlichen Konflikten über verfassungsgerichtliche Entscheidungen *Schaal/Lancaster/Struve* in: *Wrase/Boulanger* (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, S. 187 (193 f.).

355 Zu dieser Problematik am Beispiel des sachkundigen Dritten gem. § 27a BVerfGG vgl. *Schröder,* Der sachkundige Dritte im Verfassungsprozess, DÖV 2023, 119 (123).

356 Dazu auch im historischen Kontext *Limbach* in: *Herdegen et al.* (Hrsg.), FS Herzog, 2009, S. 273 (275 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

obersten Gerichtshofs des Bundes gewesen sein, vgl. § 2 III BVerfGG.[357] Stattdessen werden die Richter des Bundesverfassungsgerichts aus vielfältigen Tätigkeitsfeldern rekrutiert. Immerhin fünf der interviewten Richter haben explizit ausgeführt, dass ihre vorherige berufliche Tätigkeit Auswirkungen auf die Beurteilung bestimmter Sachverhalte hatte. In verschiedenen Interviews wurde darüber hinaus betont, wie wichtig ein politisches Gespür für die Annehmbarkeit der Entscheidungen sei.

Ergänzt wird die pluralitätssichernde Funktion der Richterwahl durch die Amtszeitbegrenzung auf zwölf Jahre, vgl. § 4 I BVerfGG. Sie bewirkt, dass ein moderater Wandel von Anschauungen Einzug in das Gericht finden kann, indem die Richter sich mit der Zeit nicht zu weit von der Gesellschaft entfernen.[358] Die im Vergleich zu anderen Wahlämtern deutlich längere Amtszeit korrespondiert mit der oben angesprochenen Trägheit eines gesellschaftlichen Wertewandels. Weil tagespolitische Standpunkte keinen Einfluss auf die Gerichtsbesetzung haben sollen, muss die Amtszeit nicht so kurz ausgestaltet sein wie bei dem hierfür zuständigen Bundestag. Wenn eine begrenzte Amtszeit das Mittel ist, um die Gerichtszusammensetzung an die Entwicklung der Wertevorstellung der Gesellschaft zu koppeln, diese aber langsamer voranschreitet als der Zeitgeist, kann dem Ziel besser Rechnung getragen werden, in größeren Abständen zu wählen. Denn so wird das Risiko minimiert, einen Zusammenhang zwischen tagespolitischem Geschehen und Richterwahl herzustellen.

IV. Absicherung der Befolgung durch organisatorisches Prozessrecht

Indem das Bundesverfassungsgericht gesellschaftliche Werte bei seiner Entscheidungsfindung einbezieht, fördert es seine institutionelle Akzeptanz. Hierbei muss und kann das Gericht die gesellschaftlichen Werte nicht abschließend bestimmen. Wichtig ist vielmehr abzusichern, dass ein breites Spektrum gesellschaftlicher Werte Einzug in die gerichtliche Beratung findet. Dies wird nicht nur einzelfallabhängig vom Gericht sichergestellt, sondern auch strukturell durch prozedurale Regelungen der Gerichtsbesetzung und Gerichtsorganisation begünstigt. Dieser verfahrensunabhängige Akzeptanzsicherungsmechanismus macht die besondere Funktion des ge-

357 Zum Mehrwert dieser Regelung siehe jedoch sogleich u. S. 111.

358 *Masing* in: *Herdegen et al.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 15 Rn. 65; *Trautwein,* Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern, 1994, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

samten Verfassungsprozessrechts für die verfassungsgerichtliche Entscheidungsumsetzung deutlich. Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts setzt deswegen nicht auf das Gericht als alleinig handelndes Organ, sondern bezieht mit dem Bundestag und dem Bundesrat auch andere Organe als Durchsetzungssubjekte ein.

Die besondere Bedeutung der Gerichtsorganisation hat ein interviewter Richter noch am Beispiel der Kammerbesetzung deutlich gemacht. Die Kammerentscheidungen müssen nämlich gem. § 93d III BVerfGG einstimmig ergehen. Das bewirkt, dass bei einer in Bezug auf Wertvorstellungen und Rechtsauffassungen heterogen besetzten Kammer die verfassungsgerichtliche Entscheidung eine rechtliche Kompromisslösung darstellt. Die gegenläufigen Interessen werden so in einen schonenden Ausgleich zueinander gebracht, sodass die Kammerentscheidung für alle Beteiligten tragbar ist. Das verdeutlich das folgende Zitat:

> „Es gab zwei Kollegen, die ab und zu versucht haben, in der Kammer mehr zu machen, als es im Senat vielleicht möglich gewesen wäre, oder die die Grundlinien, die im Senat geklärt waren, so auslegten, dass sie eher ferner als näher an der Senatsrechtsprechung waren. Das muss dann thematisiert werden und der Vorsitzende/die Vorsitzende hat dafür zu sorgen, dass die Kammerbesetzung geändert wird."[359]

Die Kammerbesetzung als organisationsrechtliche Maßnahme ermöglicht so eine institutionelle Absicherung des schonenden Ausgleichs gegenläufiger Positionen und erlangt eine akzeptanzfördernde Dimension. Das Prozessrecht ermöglicht dem Gericht auch hier, losgelöst von Regelungen, die ein konkretes Verfahren betreffen, wenigstens mittelbar akzeptanzfördernde Maßnahmen durchzuführen. Es lässt sich festhalten, dass das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgericht im Sinne eines Akzeptanzsicherungsverfahrens umfassend verstanden werden muss. Es spielen nicht lediglich Verfahrensregelung in die Befolgungsabsicherung hinein, sondern auch organisationsrechtliche Normen.

B. Vernetzung des Gerichts mit Rezipienten

Neben diesen organisationsrechtlichen Aspekten der Akzeptanzsicherung tragen auch außerrechtliche kommunikative Verhaltensweisen des Gerichts

359 Interview Nr. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu seiner institutionellen Akzeptanz und damit der freiwilligen Befolgung bei. Die Vorstellung von einem abseits seiner Verfahren hermetisch von der Außenwelt abgegrenzten Organ, das ausschließlich durch seine Urteile spricht und ansonsten schweigt, trifft nicht zu. Für die Beurteilung, inwiefern eine Vernetzung mit Rezipienten gerichtlicher Entscheidungen zu deren Akzeptanz beiträgt, sind maßgeblich die Ausgestaltung dieser Beziehungen und der Gegenstand der Kommunikationsvorgänge innerhalb solcher Beziehungen bedeutsam.

Die Vernetzung zwischen Gericht und seinen Rezipienten ist nicht normiert, gleichwohl in einem gewissen Maße institutionalisiert. Insbesondere in jüngerer Vergangenheit haben Treffen zwischen den Richtern des Bundesverfassungsgerichts und den Mitgliedern anderer Verfassungsorgane, namentlich der Bundesregierung, für den öffentlich artikulierten Vorwurf gesorgt, das Gericht sei nicht in hinreichendem Maße neutral.[360] Deswegen gilt das Augenmerk zunächst der Vernetzung zwischen Bundesverfassungsgericht und den anderen Verfassungsorganen. Hier stellt sich insbesondere die Frage, wie derartige Beziehungen ausgestaltet sind, um die Akzeptanz der Verfassungsorgane gegenüber dem Bundesverfassungsgericht zu stärken und gleichzeitig wie sie ausgestaltet sein müssen, um nicht die öffentliche Akzeptanz des Gerichts zu beschädigen. Darüber hinaus ist aber auch bedeutsam, inwiefern das Bundesverfassungsgericht sich mit der Fachgerichtsbarkeit vernetzt, um die Verankerung seiner Entscheidungsgehalte in der fachgerichtlichen Rechtsprechung zu fördern.

I. Das Bundesverfassungsgericht und die sonstigen Verfassungsorgane

Die Vernetzung des Bundesverfassungsgerichts mit der Bundesregierung im Rahmen eines informellen Treffens stellt eine „seit vielen Jahren bestehende Tradition" dar.[361] Bereits die Interviewpartner mit deutlich zurückliegenden Amtszeiten haben von der Teilnahme an mehreren solcher Vernetzungstreffen, auch mit unterschiedlichen Verfassungsorganen, berichtet. Bei einer kursorischen Bestandsaufnahme lassen sich hier beispielsweise Tref-

360 Zur Kritik an einem gemeinsamen Abendessen von BVerfG und Bundesregierung m.w.N. zur medialen Berichterstattung *J. Jahn,* Das Bundesverfassungsgericht, die Bundesregierung und der Interorganaspekt, VerfBlog 2022/7/11, https://verfassungsblog.de/das-bundesverfassungsgericht-die-bundesregierung-und-der-interorganrespekt/ (Stand. 30.3.2025).

361 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 54/2021 vom 1. Juli 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fen mit dem Bundespräsidenten zum gegenseitigen „Meinungsaustausch“,[362] sowie diverse Treffen mit einer Delegation des Deutschen Bundestages[363] verzeichnen.[364] Derartige Treffen können nicht nur dazu beitragen, Rücksichtnahmepflichten in der inter-verfassungsorganschaftlichen Zusammenarbeit Rechnung zu tragen, indem die beteiligten Verfassungsorgane gegenseitig die Bedürfnisse des anderen Organs in den Blick nehmen.[365] Vielmehr sind sie auch durch das Ziel geleitet, eine gegenseitige Vertrauensbasis zwischen Gericht und Umsetzungsverpflichteten aufzubauen und so die freiwillige Befolgung zu begünstigen.[366]

Diese institutionalisierten vertrauensstärkenden Treffen werden ergänzt durch eine individuelle Vernetzung zwischen den Richtern des Bundesverfassungsgerichts und Berufspolitikern. Vereinzelt wurde in den Interviews auf noch bestehende personelle Verbindungen zu Politikern Bezug genommen. Es liegt dabei der Gedanke nahe, dass zumindest ein Teil der Richter – die ja teilweise selbst vor ihrer Amtszeit im politischen Geschehen aktiv waren – noch immer einen individuellen persönlichen Bezug in diesen politischen Raum haben. Das Risiko, dass dies als Einfallstor für parteipolitische Belange genutzt werden kann, erscheint allerdings aufgrund der Binnenkontrolle des Gerichts gering. In dem Kollegialorgan des Senats besteht nämlich eine ausreichende Kontrolle hinsichtlich des politischen Gehalts einer Argumentationslinie. Stattdessen ist diese auch persönliche Verbindung mit potenziellen Entscheidungsrezipienten aus der Politik eine Ressource des Gerichts, abseits des formalisierten und öffentlichkeitswirksamen Verfahrens eines Verfassungsgerichtsprozesses Linien der Rechtsprechung zu erläutern und dadurch bei politischen Entscheidern Verständnis und Folgebereitschaft zu wecken. Dieser Aspekt der Durchsetzung verdeutlicht den hohen Stellenwert der informellen Durchsetzungsmechanismen

362 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 68/2004 vom 9. Juli 2004.

363 Etwa BVerfG, Pressemitteilung Nr. 21/2017 vom 28. März 2017 oder der Besuch des Bundestagspräsidenten am 10. Dezember 2010, vgl. BVerfG, Pressemitteilung 114/2010 vom 9. Dezember 2010.

364 Interessanterweise finden sich jedenfalls bei den Pressemitteilungen des BVerfG keine Nachweise über eine Vernetzung mit dem Bundesrat.

365 *Schulze-Fielitz,* Der informale Verfassungsstaat, 1984, S. 49 f.; zum Grundsatz der Verfassungsorgantreue in Bezug auf das BVerfG insgesamt *Schenke,* Die Verfassungsorgantreue, 1977, S. 115 ff.

366 BVerfGE 159, 29 (35 f.) – Äußerungen der Bundeskanzlerin Merkel in Südafrika – Befangenheitsgesuch (2021).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und außerjuristischer Komponenten für eine nachhaltige Entscheidungsumsetzung.[367]

Die institutionelle und individuelle informelle Vernetzungen wirkt zuweilen arkan und hat in der Vergangenheit öffentliche Kritik am Bundesverfassungsgericht hervorgerufen. Zwar wird nach außen kommuniziert, dass solche Treffen stattfinden, nicht aber, was konkret bei den Treffen besprochen worden ist. Mit einem dahingehenden Transparenzdefizit gehe das Risiko eines Vertrauensverlusts innerhalb der Öffentlichkeit einher.[368] Das wirft die Frage auf, inwiefern die Vernetzung zwischen Bundesverfassungsgericht und den anderen Staatsorganen beibehalten werden kann, ohne dass hierdurch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit des Gerichts Schaden nimmt.

Ein tatsächlicher nachhaltiger Vertrauensverlust innerhalb der Öffentlichkeit durch die Praxis der gemeinsamen Vernetzungstreffen im Allgemeinen und in zeitlicher Nähe zu politisch kontrovers betrachteten Entscheidungen im Besonderen lässt sich empirisch nicht belegen.[369] Eine Vertrauenserosion scheint vielmehr höchstens partikular stattzufinden. Normativ lässt sich ein solches Vertrauensdefizit am prozessualen Mittel des Ablehnungsgesuchs wegen der Besorgnis der Befangenheit gem. § 19 BVerfGG anknüpfen. Um zu beurteilen, ob eine Vertrauenserosion droht, ist es allerdings unerheblich, ob einem Ablehnungsersuchen tatsächlich stattgegeben wird. Vertrauen und Akzeptanz sind nämlich dem normativen Kriterium der Besorgnis der Befangenheit vorgelagerte Parameter. Selbst wenn das Gericht also anhand des verfassungsrechtlichen Maßstabs entscheidet, dass keine Besorgnis der Befangenheit besteht,[370] kann doch eine tatsächliche

367 Zu den informellen Durchsetzungsmitteln in konkreten Verfahrenssituationen vgl. noch u. S. 168 ff.

368 *J. Jahn,* Das Bundesverfassungsgericht, die Bundesregierung und der Interorganaspekt, VerfBlog 2022/7/11, https://verfassungsblog.de/das-bundesverfassungsgericht-die-bundesregierung-und-der-interorganrespekt/ (Stand: 30.3.2025) sieht es deswegen als erforderlich an, die Tradition der Treffen zwischen BVerfG und Bundesregierung aufzugeben.

369 Im Gegenteil lässt die demoskopische Entwicklung der Vertrauenswerte in das BVerfG zwischen den Jahren 2020 und 2023 ein steigendes Vertrauen in das Gericht erkennen, vgl. zum Jahr 2020 https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1415792/umfrage/umfrage-zum-vertrauen-in-das-bundesverfassungsgericht/ (Stand: 30.3.2025) und im Vergleich dazu für die Jahre 2022 und 2023 https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1283706/umfrage/vertrauen-in-institutionen-in-deutschland/ (Stand: 30.3.2025).

370 Zu dem strengen Maßstab *Klein* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 19 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vertrauenserosion seitens der Beteiligten gegeben sein. Im Zusammenhang mit dem Treffen zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesregierung vom 30. Juni 2021,[371] das den Ausgangspunkt für die öffentliche Kritik am Bundesverfassungsgerichts darstellte, lassen sich anhand zweier gegenständlich voneinander unabhängiger Verfahren verschiedene Anknüpfungspunkte identifizieren, denen das Bundesverfassungsgericht begegnen muss, um Vertrauensverlusten vorzubeugen.

Einerseits haben Antragsteller abstrakt auf die zeitliche Nähe des Treffens zu der Hauptsache, in der die Bundesregierung Antragsgegnerin war, verwiesen und losgelöst von konkreten Inhalten des Gesprächs Zweifel an der Neutralität des Gerichts aufgeworfen.[372] Die Erosion des Vertrauens liegt hier also darin begründet, dass ein Treffen überhaupt stattgefunden hat, ohne dass eine gewisse zeitliche Distanz gewahrt wurde. In einem anderen Verfahren, das sich nicht gegen die Bundesregierung richtete, wohl aber die von ihr maßgeblich mitgeprägte Infektionsschutzpolitik während der Corona-Pandemie der Streitgegenstand war, haben die Beschwerdeführer ihre Zweifel an der Neutralität des Gerichts mit der Auswahl der abgehaltenen Kurzreferate im Rahmen des Treffens begründet.[373] Anders als im erstgenannten Verfahren rührt die Vertrauenserosion hier nicht von Rahmenumständen des Treffens her, sondern basiert auf dem vermuteten Inhalt der Gespräche während des Vernetzungstreffens.[374] Das Bundesverfassungsgericht kann einer möglichen Vertrauenserosion also auf formaler Ebene begegnen, indem es zwischen hochpolitischen Entscheidungen und einem Vernetzungstreffen mit einem anderen Verfassungsorgan eine gewisse Karenzzeit verstreichen lässt. Ein Interviewpartner hat die mit einer Vernetzung einhergehenden Akzeptanzrisiken in dem Zuge wie folgt eingeordnet:

> „Das Vertrauen der Bevölkerung wird durch eine solche Vernetzung zerstört, wenn der Eindruck entsteht, die Verfassungsorgane würden kollusiv zusammenwirken. Es gehört aber auch zu einer guten Vermittlung der Arbeit des Gerichts, dass sich Verfassungsorgane ab und zu mal treffen. Dieser Umstand sollte nicht verschwiegen, sondern offen kommuniziert

371 Vgl. o. Fn. 361.
372 BVerfGE 159, 26 (28 f.) – Äußerungen der Bundeskanzlerin Merkel in Südafrika – Befangenheitsgesuch (2021).
373 BVerfGE 159, 135 (137 f.) – Bundesnotbremse I – Ablehnungsgesuch Präsident Harbarth, BVRin Baer (2021).
374 Vgl. dazu noch u. sub. II.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden. Das Gericht muss sagen, warum und was es tut, damit die Bürgerinnen und Bürger seine Arbeitsweise wirklich verstehen."[375]

Es wird daran sichtbar, dass auch innerhalb des Gerichts ein unterschiedliches Gespür für die Außenwirkung derartiger Terminentscheidungen gegeben sein kann. Damit bekommt erneut die Personalauswahl der Richterinnen und Richter eine Bedeutung für durchsetzungsrelevante Aspekte. Zwar trägt eine offene Kommunikation über die Vernetzung mit anderen Verfassungsorganen zur erforderlichen Transparenz und damit auch Akzeptanz solcher Vorgänge bei. Vorgelagert sind aber „Soft Skills" des politischen Gespürs, die erforderlich sind, um einzuordnen, ob und in welchem Maße eine derartige öffentliche Kommunikation notwendig ist. Genauso trägt ein politisches Gespür bei den Richtern dazu bei, anhand der konkreten politischen Situation einzuschätzen, ob gegebenenfalls vorläufig von einem Vernetzungstreffen abgesehen werden sollte. Vor diesem Hintergrund leuchtet es ein, dass immerhin ein Drittel der Interviewpartner ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass eine Wahl politisch erfahrener Personen in das Amt des Verfassungsrichters einen Mehrwert für das Gericht mit sich bringe. Der Richterwahl kommt damit eine vorgelagerte Bedeutung zu, wenn man die Rahmenbedingungen der institutionalisierten Vernetzung und ihres Einflusses auf das öffentliche Ansehen des Gerichts erörtert. Auch hier wird somit deutlich: Das Durchsetzungsverfahren ist umfassend und nicht nur das Gericht selbst ist hieran beteiligt, sondern auch die mit der Richterwahl betrauten Organe.

Neben diesen formalen Kritikpunkten an Vernetzungstreffen, die vor allem auf die zeitliche Nähe zwischen Treffen und hochpolitischem Verfahren abstellen, muss das Gericht auch drohenden Vertrauensverlusten aufgrund der Themenwahl begegnen. Ein erster Schritt ist hierbei, die Öffentlichkeit über die behandelten Themen in Kenntnis zu setzen. Ein Wortprotokoll wird dabei nicht immer erforderlich sein, wohl aber ein Überblick über die Themenkomplexe.[376] In den Interviews sind insbesondere zwei Aspekte zur Sprache gekommen, die die Treffen zwischen den Institutionen bestimmt haben. Zum einen ist es

375 Interview Nr. 4.

376 *Jahn* schlägt etwa vor, die Kommunikation aktenförmig festzuhalten, *J. Jahn,* Das Bundesverfassungsgericht, die Bundesregierung und der Interorganaspekt, VerfBlog 2022/7/11, https://verfassungsblog.de/das-bundesverfassungsgericht-die-bundesregierung-und-der-interorganrespekt/ (Stand: 30.3.2025). Dies dürfte wohl wenigstens in politisch brisanten Situationen geboten sein.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> „wichtig, dass die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts bei Kontakten mit anderen Verfassungsorganen jede Art von Arroganz vermeiden. Dass man spürt, dass ein Verfassungsgericht eine Stätte der Diskussion unterschiedlicher Auffassungen ist, aber eben auch einer Diskussion, die versucht, auf eine möglichst hohe Qualität zu kommen."[377]

Durch eine durchaus auch kontroverse Wahl der Gesprächsthemen vermittelt man dem entsprechenden Verfassungsorgan ein Dialogangebot und nimmt es als gleichrangigen Partner ernst. So stellt das Gericht den Akzeptanzgewinn bei dem jeweiligen Verfassungsorgan sicher. Zum anderen wurde häufig betont, dass während derartiger Treffen konkrete Verfahren nicht besprochen werden. Dieser Aspekt nimmt den Grund für den Befangenheitsantrag im Verfahren über die Bundesnotbremse in den Blick. Sofern nämlich ein Verfahrensbeteiligter den Eindruck bekommt, das Gericht würde dem Verfahrensgegner einseitige Prozessvorteile gewähren und so von seiner Rolle als neutralem Schlichter abweichen, droht hierdurch eine Beeinträchtigung des Vertrauens.[378] Für das Bundesverfassungsgericht ist deswegen von besonderer Bedeutung, glaubhaft nach außen hin zu kommunizieren, dass konkrete Inhalte nicht besprochen werden. Abhängig von einer Stimmungslage gesellschaftlichen Misstrauens ist es hierbei für das Gericht gegebenenfalls erforderlich, die besprochenen Inhalte weiter zu konkretisieren und entsprechend der oben genannten Leitlinie eines Interviewpartners offen zu kommunizieren.[379]

II. Das Bundesverfassungsgericht und die Fachgerichtsbarkeit

Neben der Vernetzung mit anderen Verfassungsorganen besteht auch eine institutionalisierte Vernetzung mit der Fachgerichtsbarkeit. Erforderlich ist eine intra-judikative Kooperation vor allem deswegen, weil die Fachgerichtsbarkeit regelmäßig dafür verantwortlich ist, verfassungsgerichtliche Wertungen in der Breite des einfachen Rechts zu effektuieren.[380] Dies

377 Interview Nr. 11.

378 Dies war die Befürchtung des Beschwerdeführers, vgl. BVerfGE 159, 135 (137 Rn. 6) – Bundesnotbremse I – Ablehnungsgesuch Präsident Harbarth, BVRin Baer (2021).

379 Vgl. Fn. 375.

380 Ein derartiger Dialog ist keine Besonderheit des Verhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit. Auch innerhalb der Fachgerichtsbarkeit bestehen institutionalisierte Vernetzungsveranstaltungen mit dem Zweck, den Diskurs zwischen verschiedenen Instanzen der Fachgerichtsbarkeit zu fördern. In der

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist insbesondere auch deswegen erforderlich, weil die Fachgerichte zwar gem. § 31 I BVerfGG an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gebunden sind, mitunter aber Umgehungsversuche der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung verzeichnet werden müssen.[381] Solchen Defiziten kann das Gericht am effektivsten durch aktive Verständigung begegnen.

Die Vernetzung erfolgt ebenso wie bei der Vernetzung mit den Verfassungsorganen sowohl auf einer Ebene des Institutionenaustauschs als auch durch individuelle Kontakte der einzelnen Richter in die Fachgerichtsbarkeit hinein. Bei dem Institutionenaustausch, der durch Besuche der obersten Bundesgerichte beim Bundesverfassungsgericht erfolgt, werden aktuelle Themen des Verhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und dem jeweiligen Fachgericht besprochen, beispielsweise welche Einflüsse verfassungsgerichtliche Rechtsprechung auf bestimmte fachrechtliche Themenkomplexe hat.[382] Die Themensuche ist dabei an durchaus kontrovers beurteilten Rechtsfragen orientiert. Bei dem Besuch einer Delegation des Bundesarbeitsgerichts war eines der diskutierten Themen beispielsweise die arbeitsgerichtliche Kontrolle des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts.[383] Die Themenwahl legt den Schluss nahe, dass die Vernetzung mit der Fachgerichtsbarkeit nicht lediglich die gegenseitige Vertrauensbasis stärken soll, sondern auch einen Rahmen bietet, um über mehrere Verfahren hinaus kontrovers beurteilte Rechtsfragen grundsätzlicher Natur zu adressieren. Dies ist zielführend, weil die rechtlichen Argumente bereits im Rahmen der formalen Verfahren ausgetauscht worden sind und die Fachgerichte an die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen gebunden sind. Sind die Fachgerichte demgegenüber allerdings dahingehend renitent, dass sie im Rahmen des rechtlich Vertretbaren entgegen den Wertungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entscheiden, liegt eine vorgelagerte außerjuristische Problematik nahe. Dies stützt auch die folgende Aussage eines Interviewpartners:

Arbeitsgerichtsbarkeit findet etwa seit 2019 alle zwei Jahre die Veranstaltung „Instanzen im Dialog" statt, vgl. dazu https://www.bundesarbeitsgericht.de/en/news-and-events/instanzen-im-dialog/ (Stand: 30.3.2025).

381 Prominent dazu die Bemühungen des BAG, durch Vorlagen an den EuGH die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum kirchlichen Arbeitsrecht zu umgehen, vgl. dazu *Nebeling/Lankes,* Kirchliches Arbeitsrecht in Deutschland, RdA 2023, 33 (34).

382 Vgl. dazu etwa BVerfG, Pressemitteilung Nr. 95/2022 vom 22. November 2022.

383 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 25/2019 vom 26. Februar 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> „Man besucht sich wechselseitig, vor allem kommen Vertreter aller obersten Bundesgerichte nach Karlsruhe und dann diskutiert man. Dann diskutiert man über Fragen, bei denen es um Umsetzungsprobleme geht, aber übrigens auch mal über Stilfragen! Man muss ja als Verfassungsgericht vermeiden, dass man Formulierungen findet, die von den Gerichten, deren Entscheidungen verfassungsrechtlich beantwortet werden, als verletzend empfunden werden."[384]

Dieser Einblick in den Austausch von Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit überrascht zunächst, wenn man an die Beurteilung der Umsetzungschancen verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung primär die rechtlichen Befolgungspflichten als Maßstab anlegt. Deutlich wird hieran aber, dass auch dem Recht vorgelagerte Aspekte eine freiwillige Befolgung im Sinne einer Implementation der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgehalte erschweren können. Der formale Verfassungsprozess ist allerdings nicht der geeignetste Rahmen, um diese Hindernisse zu beseitigen. Deswegen gibt das Bundesverfassungsgericht ein Stück weit Formalität und Transparenz auf, um einen schwelenden Disput nachhaltig aufzulösen.[385]

Dazu tragen auch individuelle Beziehungen der Richter zu Vertretern der Fachgerichtsbarkeit bei. Diese Beziehungen sind nach Art und Gegenstand vielfältig ausgestaltet. So können Kontakte zwischen Richter und Fachgerichtsbarkeit punktuell sein und der Erläuterung von Entscheidungslinien dienen. Ein Beispiel findet sich in folgender Interviewpassage:

> „Die Fachgerichte legen nach Art. 100 I GG vor, und wenn man dann die Vorlage als unbegründet zurückweisen will, braucht man den Senat als Entscheidungsorgan. Der ist aber zeitlich überfordert. Also hat sich die Praxis eingebürgert, dass man die Vorlagen, selbst wenn sie unbegründet sind, als unzulässig zurückweist. Das geht mit der Kammer. Diese Praxis ist ein ganz kritischer Punkt im Verhältnis zu den Fachgerichten. Wenn ich unterwegs war und in Kontakt mit den Fachgerichten kam, habe ich

384 Interview Nr. 11.

385 Zwar handelt es sich bei dem EuGH um kein Fachgericht, allerdings leuchtet vor diesem Hintergrund auch die Vernetzung zwischen EuGH und BVerfG insbesondere nach der PSPP-Entscheidung des BVerfG ein. Bei dem Treffen zwischen EuGH und BVerfG im Oktober 2020, also fünf Monate nach Erlass der PSPP-Entscheidung, war der Europäische Gerichtsverbund auch Thema bei einem Vernetzungstreffen, vgl. BVerfG, Pressemitteilung 91/2020 vom 20. Oktober 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> immer zu Recht Kritik an dieser Praxis zur Kenntnis genommen. Denn eines ist klar: Sie ist kränkend."[386]

Es nehmen also auch einzelne Richter bei ihrer Vernetzung mit der Fachgerichtsbarkeit die Aufgabe wahr, Verständnis für die Arbeit des Bundesverfassungsgerichts zu fördern und dadurch das Verhältnis zwischen Fachgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht zu verbessern. Genau wie im Austausch des Bundesverfassungsgerichts als Gesamtheit können durch die individuelle Vernetzung der Richter mit der Fachgerichtsbarkeit zwischenmenschliche, außerjuristische Differenzen adressiert werden und so ein umsetzungsfreundlicheres Umfeld geschaffen werden.

Ein wichtigerer Aspekt der individuellen Vernetzung liegt aber darin, dass langfristige Kontakte zwischen Richtern des Bundesverfassungsgerichts und Richtern der Fachgerichtsbarkeit, oftmals der obersten Bundesgerichte, begünstigt werden. Dies gelingt einerseits durch die Vorschrift des § 2 III BVerfGG. Danach müssen pro Senat mindestens drei Richter vor ihrer Amtszeit als Richter an einem der obersten Gerichtshöfe des Bundes tätig gewesen sein. Die Richter des Bundesverfassungsgerichts und der obersten Gerichtshöfe des Bundes sind somit teilweise kollegial bekannt. Interessant ist hierbei, dass die Norm ausschließlich den Zweck haben soll, den Erfahrungsschatz der Berufsrichter in das Bundesverfassungsgericht einzuführen.[387] Vor dem Hintergrund der folgenden Antwort auf die Frage, wie die Kommunikation der Richter in Bezug auf die Fachgerichtsbarkeit ausgestaltet ist, vermag dies kaum zu überzeugen:

> „In jedem Senat sitzen drei Richter der obersten Bundesgerichte. Und die verlieren den Kontakt zu den anderen obersten Bundesgerichten nicht dadurch, dass sie Richter des Bundesverfassungsgerichts sind. Dieser Kontakt bleibt aufrechterhalten, man bleibt im Dialog mit seinen Kollegen. Der zweite Punkt ist, dass wenn man heute sieht, wie die obersten Bundesgerichte zusammengesetzt sind, dann ist ein ganz großer Teil der Richterinnen und Richter aus dem Kreis der ehemaligen wissenschaftli-

386 Interview Nr. 11.

387 So das BVerfG selbst, BVerfGE 65, 152 (157) – Ordnungsgemäße Besetzung Erster Senat (1983); *Hömig* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 2 Rn. 15; *Lechner/R. Zuck,* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2019, § 2 Rn. 7; differenziert hingegen *Grigoleit,* Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, 2004, S. 61 f., der die Vorschrift auch zum Zweck der personellen Einbindung des BVerfG in den institutionellen Zusammenhang mit den anderen Bundesgerichten sieht.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Mitarbeiter und die haben ein Verständnis für die Arbeitsweise des Gerichts. Die können Entscheidungen lesen und wissen auch, was das Gericht sagt und wie es zu verstehen ist."[388]

Die Vernetzung vom Bundesverfassungsgericht und der Fachgerichtsbarkeit wird somit nicht nur einseitig durch das Bundesrichterquorum am Bundesverfassungsgericht begünstigt. Es wird nicht lediglich der Erfahrungsschatz der Bundesrichter in die Arbeit des Bundesverfassungsgerichts einbezogen. Vielmehr trägt auch die Besetzung der Bundesgerichte mit ehemaligen Mitarbeitern des Bundesverfassungsgerichts zu einem Verständnis der Fachgerichte für die Aussagegehalte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bei.

Inhaltlich gilt für die Vernetzung mit der Fachgerichtsbarkeit ähnliches wie für die Vernetzung mit anderen Verfassungsorganen. Insbesondere werden keine konkreten Verfahren besprochen und der Austausch muss von gegenseitigem Respekt bestimmt sein. Dazu zählt es auch, dass das Bundesverfassungsgericht nicht lediglich seine Entscheidungen gegenüber der Fachgerichtsbarkeit erläutert, sondern auch bereit ist, Kritik aufzunehmen und Probleme der Implementation anzuerkennen.

Gleichwohl wird es nicht im gleichen Maße wie bei der Vernetzung mit politischen Organen erforderlich sein, die Inhalte der Gespräche nach außen zu kommunizieren und so transparenter zu gestalten. Insbesondere der latente Vorwurf des kollusiven Zusammenwirkens zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit ist nicht in dem Maße ersichtlich, wie er immer wieder im Zuge der Treffen zwischen Bundesverfassungsgericht und den übrigen Staatsorganen erhoben wird.

III. Zusammenfassung

Die Vernetzung des Bundesverfassungsgerichts mit potenziellen Entscheidungsrezipienten ist erforderlich, um auch abseits der juristischen Arbeit im Rahmen konkreter gerichtlicher Verfahren ein Vertrauenskapital aufzubauen. Durch erläuternde Verständigung und Kommunikation über gegenseitige Bedürfnisse, sowohl mit den anderen Verfassungsorganen als auch mit der Fachgerichtsbarkeit, kann das Bundesverfassungsgericht außerjuristischen Durchsetzungshindernissen begegnen. Weil verfassungsgerichtliche Entscheidungen vor allem im hochpolitischen Bereich selten zwangs-

388 Interview Nr. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weise hart durchgesetzt werden können, nimmt eine fast schon zwischenmenschliche Komponente des gegenseitigen Vertrauens einen besonderen Stellenwert ein.

Ob das gelingt, ist nicht dem Zufall überlassen, sondern kann durch eine durchdachte Personalauswahl am Gericht begünstigt werden. Wie bereits bei der Realisierung gesellschaftlicher Werte wird beim Richterwahlverfahren eine Durchsetzungsdimension offenbar, die sich nicht bereits auf den ersten Blick aus den einschlägigen Vorschriften ergibt. Damit hat nicht ausschließlich das Bundesverfassungsgericht Einfluss auf die Durchsetzung seiner Entscheidungen, sondern ist hinsichtlich vorgelagerter Voraussetzungen abhängig von den Wahlorganen. Die Vorschriften zur Besetzung und Zusammensetzung der Senate haben Einfluss auf die Akzeptanz der Institution des Bundesverfassungsgerichts.

Das bedingt auch, wie erfolgreich ein Dialog mit Entscheidungsrezipienten gelingt, der sowohl bei den Rezipienten Vertrauen zum Gericht und in die Beziehung zum Gericht aufbaut als auch das Vertrauen der Gesellschaft in die Neutralität des Gerichts nicht beeinträchtigt. Es bedarf eines Gespürs für interinstitutionelle Spannungsverhältnisse und die Außenwirkung von Vernetzungstreffen, damit das Gericht hinsichtlich Terminierung, Ausgestaltung und Öffentlichkeitsarbeit keine Vertrauenserosion erlebt.

C. Öffentliche Anerkennung und Selbstpräsentation

Ein letzter Punkt der verfahrensunabhängigen Akzeptanzsicherung ist bereits angeklungen, soll aber aufgrund seiner Bedeutung einer eigenständigen Betrachtung unterzogen werden: das öffentliche Auftreten des Gerichts. Dieser Aspekt ist eng verbunden mit dem Rollenbild des Gerichts, werden mit dem Auftreten des Gerichts doch auch Erwartungen bedient und bestärkt. Während das Rollenbild aber das Resultat (auch) des öffentlichen Auftritts darstellt, geht es hier um den fortlaufenden Modus der Selbstpräsentation. Die Frage, die sich in diesem Kontext stellt, ist nicht, wie das Gericht nach außen wirkt. Die Frage ist vielmehr, was das Gericht tut, um auf eine bestimmte Art und Weise nach außen zu wirken.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Selbstdarstellung durch Symbolik

Diese Selbstdarstellung bezieht sich nicht ausschließlich auf die Darstellung der eigentlichen judikativen Arbeit,[389] sondern erstreckt sich auch auf die Verwendung einer vertrauensfördernden Symbolik des Gerichts.[390] Die symbolgestützte Selbstdarstellung steht in einem Zusammenhang mit der positiven oder negativen Bewertung des Bundesverfassungsgerichts.[391] Selbstpräsentation als Mittel der verfahrensunabhängigen Akzeptanzsicherung umfasst deswegen die Art und Weise, wie sich das Gericht als Institution, auch durch die einzelnen Richter, in der Öffentlichkeit darstellt. Ziel dieser Selbstpräsentation ist es, ein Bild aufrecht zu erhalten, das den Glauben der Öffentlichkeit an die ihren Rollenbildern entsprechende Leistungsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts bestärkt.

Beispielhaft dafür ist die räumliche Trennung zwischen Bundesverfassungsgericht und tagespolitischem Geschehen. Den Dienstsitz des Bundesverfassungsgerichts nach Karlsruhe zu legen und nicht in die Bundeshauptstadt nach Bonn und später Berlin unterstreicht auch symbolisch die Trennung zwischen verfassungsgerichtlicher Kontrolle und politischer Entscheidung.[392] Das Bundesverfassungsgericht selbst hat sich unter anderem deswegen Anfang der 2000er Jahre aktiv dazu entschieden, seinen Sitz nicht nach Berlin zu verlegen.[393]

Mit einer starken Symbolik arbeitet das Bundesverfassungsgericht auch durch sein Auftreten in purpurroten Roben. Im Rahmen seiner Geschäftsordnungsautonomie hat das Gericht in seiner Anfangszeit, auch zur Abgrenzung vom Bundesgerichtshof im Statusstreit, sein Erscheinungsbild von dem der Richter an den obersten Bundesgerichten merklich abgehoben

389 Zur Entscheidungskommunikation s. u. S. 317 ff.

390 Dazu *Thym,* Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft, AöR 145 (2020), 40 (46 f.).

391 Anhand empirischer Erhebungen kommt *Patzelt* zu diesem Schluss, *Patzelt* in: *Melville/Rehberg* (Hrsg.), Dimensionen institutioneller Macht, 2012, S. 217 (227 f.).

392 Die symbolische Ausklammerung aus dem politischen Betrieb durch die Festlegung des Sitzes in Karlsruhe legt *Florian Meinel* dar, *Meinel,* Berlin ist nicht Bonn, AöR 138 (2013), 584 (593); zur Bedeutung der Stadt Karlsruhe als nunmehr „Residenz des Rechts" *Pfeiffer* in: *Kirchgässner/Becht* (Hrsg.), Residenzen des Rechts, 1993, S. 99 (104 ff.).

393 *Rath,* Die öffentliche Wahrnehmung des Bundesverfassungsgerichts, APuZ 37/2021, 25 (29); es ist fernliegend, dass der Gesetzgeber § 1 II BVerfGG gegen den Willen des BVerfG ändern würde.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und visualisiert so die Unabhängigkeit der Institution.[394] Dieses einprägsame Bild des Gerichts hat es der Berichterstattung erleichtert, es auch „symbolisch-ikonographisch" als das Schutzorgan des Grundgesetzes zu stilisieren.[395] Die normative Grundlage beider Beispiele liegt erneut in eher abseitigen Regelungen des verfassungsgerichtlichen Prozessrechts. Auf diese Symboliken hinzuweisen ist deswegen nicht rein anekdotisch, sondern bestärkt das Bild eines Verfassungsprozessrechts, das auf eine umfassende Akzeptanzsicherung für das Gericht ausgelegt ist.

II. Positive und negative Wirkung des öffentlichen Auftretens

Die Selbstdarstellung des Gerichts erschöpft sich freilich nicht in Symboliken, sondern findet durch die Institution sowie einzelne Richter auch außerhalb einer formalisierten Umgebung statt. Während sich Richter mit länger zurückliegenden Amtszeiten zurückhaltend hinsichtlich eines öffentlichen Auftritts des Gerichts geäußert haben, ist in der jüngeren Vergangenheit eine weitere Öffnung des Gerichts hin zu mehr Transparenz zu verzeichnen. Das Gericht ist von der Entscheidung als ausschließlichem Kommunikationsmedium abgewichen.[396] Im Jahr 2021 wurde erstmals ein umfassender Jahresbericht für das Vorjahr veröffentlicht, in dem das Bundesverfassungsgericht nicht mehr nur seine amtliche Statistik präsentiert, sondern der Öffentlichkeit einen tieferen Einblick in seine Arbeit zugänglich macht.[397] Diese verstärkte Form der Öffentlichkeitsarbeit ist Ausdruck eines gewandelten Ansatzes, Akzeptanz zu generieren. Die Mitglieder des Gerichts gehen nicht mehr davon aus, dass Akzeptanz punktuell mit als richtig empfundenen Entscheidungen aufrechterhalten wird, sondern einem kontinuierlichen Prozess folgt.[398] Im Gegensatz dazu kann Akzep-

394 *Felz* in: *Draganova et al.* (Hrsg.), Inszenierung des Rechts, 2011, S. 101 (114 ff.).
395 *Waldhoff,* Verfassungsjubiläen, NJW 2019, 1553 (1556 f.).
396 Positiv dazu auch der ehemalige Präsident des BVerfG kurz nach seinem Ausscheiden aus dem Gericht, *Papier* in: *Melville/Rehberg* (Hrsg.), Dimensionen institutioneller Macht, 2012, S. 253 (264).
397 Zum ersten Jahresbericht für das Jahr 2020 vgl. BVerfG, Pressemitteilung Nr. 19/2021 vom 3. März 2021; die Jahresberichte sind abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Mediathek/Jahresberichte/jahresberichte_artikel.html (Stand: 30.3.2025).
398 Vgl. dazu bereits das Zitat zu Fn. 85.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tanz allerdings durchaus durch Einzelereignisse erodieren.[399] Gerichtsintern droht dies zuweilen in den Hintergrund zu rücken, wie folgende Interviewaussage nahelegt:

> „Wenn die Institution das Vertrauen als solches verliert, ist es egal, wie gut die Vorsitzende eine Verhandlung führt und wie eingängig die Pressemitteilungen sind. Das Gericht muss also auf seinen guten Ruf achten. Denn den kann man schnell verspielen. Das ist nicht immer allen Richterinnen und Richtern klar. Manche sagen gerne: ‚Wir sind doch das Bundesverfassungsgericht'. Das ist aber naiv. Von einem schweren Fehler erholt sich das Gericht nur langsam. Die Akzeptanzverluste sind schnell sehr hoch."[400]

Zumindest teilweise wird die institutionelle Akzeptanz also als fragiles Gut erkannt und damit eine besondere Vorsicht hinsichtlich des öffentlichen Auftretens auch abseits des verfassungsgerichtlichen Sachzusammenhangs betont. Gelingensbedingung der gerichtlichen Selbstdarstellung ist deswegen nicht lediglich die Art und Weise, wie Öffentlichkeitsarbeit betrieben wird. Die Selbstpräsentation ist tiefer verwurzelt, nämlich in der Person der amtierenden Richter. Ein erhabenes Auftreten des Gerichts, auch mithilfe von Symbolismen und transparenzfördernden Maßnahmen, kann als positiver Aspekt der öffentlichen Darstellung die Autorität des Gerichts bestärken. Eine insgesamt akzeptanzfördernde Selbstpräsentation setzt negativ betrachtet aber zusätzlich voraus, dass kein Richter durch individuelle Handlungen das Vertrauen in die Integrität der Institution erschüttert.[401] Die Selbstpräsentation des Gerichts hängt damit auch mit der individuellen Fähigkeit der Richter zur amtsangemessenen Mäßigung zusammen. Durch das Verhalten der einzelnen Richter sowie des Auftretens der Institution muss ein kontrolliertes Bild nach außen gesendet werden. Dies hat norma-

399 Zur Kritik am Auftritt eines Gerichtsmitglieds bei einer Parteiveranstaltung *Fromme,* Verfassungsrichterwahl, NJW 2000, 2977 (2978).

400 Interview Nr. 4.

401 Die Befürchtung, dass durch individuelle Äußerungen eines einzelnen Richters die Integrität der Institution beschädigt werden könnte, hat sich beispielsweise in der nicht erfolgten Wahl *Horst Dreiers* zum Richter des BVerfG realisiert, nachdem *Dreier* sich zu Fragen der Menschenwürdedogmatik vermeintlich kontrovers geäußert hatte. Zu dem Fall etwa *H. Schneider,* Verfassungsrechtliche Lehren aus dem Fall „Dreier", ZRP 2008, 229.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tiv in die Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts Einzug gefunden.[402]

Die Möglichkeiten, das Bild des Gerichts in der Öffentlichkeit aktiv zu prägen, erschöpfen sich nicht in der Art und Weise, wie das Gericht als Gesamtheit auftritt. Die Richter des Bundesverfassungsgerichts sehen ihre Aufgabe nicht nur darin, Recht zu sprechen und Fälle zu bearbeiten, sondern sie nehmen auch eine repräsentative und für das Gericht werbende Tätigkeit wahr. Das Ziel ist hier, innerhalb der breiten Bevölkerung ein Verständnis für die Arbeitsweise des Gerichts zu wecken und so durch ein mehr an Transparenz auch das Ansehen insgesamt zu stärken. Dabei haben die Interviewpartner, soweit sie sich hierzu geäußert haben, verschiedene Ansätze dargelegt, etwa die Vortragstätigkeiten zur Arbeit des Gerichts in Schulen und Vereinen, die Präsentation auf öffentlichen Veranstaltungen oder bei informellen Kontakten zur Presse. Insgesamt ist die individuelle Präsentation des Gerichts durch die Richter aber diffus und scheint keinem festen Muster zu folgen. Diese Erkenntnis spiegelt sich in der folgenden Interviewaussage wider:

> „Das ist eine Frage der Kultur und Kultur ist immer schwer zu beeinflussen. Um dauerhaft Akzeptanz zu generieren, muss man an vielen Schrauben drehen und der Erfolg ist keineswegs sicher, das muss einem klar sein. Es gibt hier nicht das Patentrezept."[403]

Insgesamt treten bei der individuellen richterlichen Erläuterungstätigkeit sechzehn unterschiedliche Richter jeweils auf ihre eigene Art und Weise auf. Die konkrete Ausgestaltung dieser Tätigkeit wird allerdings, ähnlich der erläuternden Tätigkeit hinsichtlich einzelner Entscheidungen,[404] von den unterschiedlichen Interviewpartnern verschiedentlich beurteilt. Dabei liefern die o.g. Verhaltensleitlinien bestenfalls einen normativen Rahmen, der den Richterinnen und Richtern allerdings einen weiten Spielraum lässt.

III. Autonomie der Selbstdarstellung

Es hat sich gezeigt, dass das Bundesverfassungsgericht in der Selbstpräsentation keine festen verfahrensförmigen Struktur folgt. Genau wie die

402 Abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/DasBundesverfassungsgericht/RichterinnenRichter/Verhaltensleitlinien/verhaltensleitlinie.html (Stand: 30.3.2025).
403 Interview Nr. 4.
404 Vgl. dazu u. S. 325 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

symbolisch-ikonographischen Aspekte der öffentlichen Darstellung des Gerichts entweder auf einer eigenen Entscheidung beruhen oder jedenfalls nicht realistischerweise gegen den Willen des Gerichts verändert werden können, unterliegt die Art und Weise des öffentlichen Auftretens im Wesentlichen der autonomen Gestaltung seitens des Gerichts. Dabei hat das Gericht sich durch seine Verhaltensleitlinien zwar einen normativen Rahmen gegeben, dessen Einhaltung es allerdings weitestgehend selbst beurteilen kann. Ein Bewusstsein der Fragilität des öffentlichen Ansehens schwingt zwar bei manchen Richtern mit, scheint aber nicht durchweg tief verwurzelt. Umso wichtiger ist es, dass sich Richter immer wieder die Relevanz ihres Auftretens vergegenwärtigen. Wie bereits mehrfach angeklungen, hängt der Erfolg der öffentlichen Anerkennung als Resultat des Selbstpräsentationsprozesses auch daran, ob Personen in das Amt gewählt werden, die – um es mit den Worten der Verhaltensleitlinien auszudrücken – „die Würde des Amtes und das Vertrauen in ihre Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Neutralität und Integrität nicht beeinträchtig[en]", vgl. I. 1. der Verhaltensleitlinien.

D. Verfahrensunabhängige Akzeptanzsicherung im verfahrensrechtlichen Rahmen

Das Bundesverfassungsgericht bedient sich mehrerer Mechanismen, um losgelöst von konkreten Verfahren seine gesellschaftliche Akzeptanz und damit auch seine Durchsetzungsautorität als zentrale Durchsetzungsressource abzusichern. Unabhängig von dem konkret untersuchten Mechanismus hat sich das Muster gezeigt, dass verfahrensunabhängige Akzeptanzsicherungsmechanismen nicht verfahrensrechtunabhängig sind. Prozessuale Normen haben einen teilweise erheblichen Einfluss auf das Gelingen der Akzeptanzsicherungsvorgänge. Durch die Vorschriften zur Richterwahl kann etwa die Realisierung und Berücksichtigung gesellschaftlicher Werte prozeduralisiert werden. Dies ermöglicht dem Gericht, für die breite Mehrheit der Gesellschaft anschlussfähige Entscheidungen zu formulieren. Ebenfalls nimmt die Richterwahl eine bedeutende Funktion dabei ein, das Gericht mit Richtern zu besetzen, die ein besonderes Gespür für die politischen Folgen bestimmter Verhaltensweisen haben. So wird dem Gericht erleichtert, der Rolle eines politisch neutralen Organs gerecht zu werden und Vertrauenserosionen bei seinen Entscheidungsrezipienten zu verhindern. Die Personalentscheidungen nehmen ebenso einen Einfluss darauf,

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit welchem Gespür für die Art und Weise des öffentlichen Auftretens und der Selbstpräsentation die Darstellung des Bundesverfassungsgerichts in der Öffentlichkeit gelingt.

Die Untersuchung der verfahrensunabhängigen Akzeptanzsicherungsmechanismen gibt Aufschluss über gleich mehrere Aspekte der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsdurchsetzung. Erstens haben informelle Faktoren einen zentralen Einfluss auf die gerichtliche Akzeptanz. Weil man die Akzeptanz nicht hart und rechtsförmig bewirken kann, muss das Gericht auch dem Verfahren vorgelagerten Bedingungen erhöhte Aufmerksamkeit widmen. Es genügt nicht, das Grundgesetz auszulegen und Recht anzuwenden, damit seine Entscheidungen anerkannt und effektuiert werden. Vielmehr muss es ein Klima des Vertrauens und des gegenseitigen Respekts bei den Rezipienten schaffen und in der Lage sein, gesellschaftliche Werte zu integrieren.

Zweitens sind die verfahrensunabhängigen Akzeptanzsicherungsmechanismen keine Einzelleistung des Bundesverfassungsgerichts, sondern beziehen auch andere Staatsorgane, einerseits in der Funktion als Gesetzgeber, andererseits in der Funktion als Wahlorgan, mit ein. Damit trifft das Bundesverfassungsgericht auch nicht allein die Verantwortung, seinen Entscheidungen zur Befolgung zu verhelfen, sondern es handelt sich um eine gemeinschaftlich wahrgenommene Aufgabe.

Und schließlich drittens muss das gesamte Verfassungsprozessrecht als potenziell durchsetzungsrelevant betrachtet werden.[405] Zwar beinhaltet das BVerfGG dem ersten Anschein nach lediglich eine Durchsetzungsnorm, nämlich den § 35 BVerfGG. Wie sich gezeigt hat, trägt aber eine Vielzahl an Vorschriften dazu bei, dass das Bundesverfassungsgericht seine zentrale Ressource der Entscheidungsdurchsetzung, die gesellschaftliche Folgebereitschaft durch Akzeptanz, beibehalten kann. Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, hinsichtlich der Durchsetzung den Blick auf § 35 BVerfGG zu verengen.

405 Zu den unterschiedlichen Funktionen des Prozessrechts s. sogleich S. 123 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

I. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Grundrechtseffektuierung 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/schutzt-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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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. 1 f.; kritisch u.a. *R. Zuck,* Vom Winde verweht, NJW 1997, 29, der auch eindrücklich darlegt, wie aufgrund entsprechender Entlastungsbestrebungen die Durchsetzung materiellen Verfassungsrechts einbüßt; *Kroitzsch,* Wegfall der Begründungspflicht, NJW 1994, 1032 (1034 f.); befürwortend hingegen *Benda,* Gegenwind und Kreuzseen, NJW 1997, 560 (561).

422 Beispiele hierzu sind etwa das Subsidiaritätserfordnis bei der Verfassungsbeschwerde oder die hohen Begründungsanforderungen an die konkrete Normenkontrolle; zur prozessualen Steuerung durch Begründungsanforderungen *P. Lange,* Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahrens, 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 effektuiert 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 effektuieren, 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Verfassungsbeschwerdeverfahrens, 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 Acadamy 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch die rechtsunterworfene 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 fördert, 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,* „Gemeinwohljudikatur" und Bundesverfassungsgericht, AöR 95 (1970), 86 (112 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Legitimationskettendogmatik 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 Legitimationskettendogmatik vgl. *Ooyen* in: *ders./M. Möllers,* Verfassungs-Kultur, 2016, S. 163, *passim*; zur Legitimationskettendogmatik 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Justizgewährungsanspruchs 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

streckung hinausgehend eine Zweckmäßigkeitsvollstreckung 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 Entscheidungsgehalte 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Zembsch* 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 rechtfertige 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 *Zembsch,* 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 *Zembsch,* 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.)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ständigkeit aufweise, weswegen es mehr noch als andere prozessuale Normenkomplexe vom Grundgesetz her ausgelegt werden müsse und sich insofern von diesen anderen Prozessrechtsordnungen distanziere.[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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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,* Verschlusssache 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Vorschlägen[527] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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] Wohlgemerkt 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 Gesetzgebungsverfahrens 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.); *Rupprecht,* 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Normimplementation 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 Implementationsteilnehmern 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 positivierter 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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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, das 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 Implementationsbeteiligten. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/Grünewald* (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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 präsumtive Verbindlichkeit, die Abweichungsmöglichkeiten des Gerichts offen lässt.[559] Eine Änderung wird dadurch berechenbar, dass das Gericht seine gefestigte Rechtsprechung nicht auf Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Bundeverfassungsgericht genießt keine uneingeschränkte Verfahrensautonomie, sondern lediglich einen weiten Spielraum bei der Auslegung prozessualer Regeln. Dieser ist auch nicht verfassungsgerichtlicher Beliebigkeit oder Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten 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 effektuiert werden kann. Sein Durchsetzungsrecht kann das Bundesverfassungsgericht somit zwar ausgestalten. Auch darf – und muss – es auf sich wandelnde und intensivierende Problemlagen verfassungsgerichtlicher Entscheidungseffektuierung 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 – positivierter 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 *impossibilium 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> „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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Regelungsanordnungen 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Rechtsfolgeanordnungen" 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Effektuierung verfas-

587 Interview Nr. 11.
588 Interview Nr. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

I. 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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-anleihenkaeufe-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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 abgefedert, 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darstellt. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als politisch neutrales Verfassungsorgan liefert hierfür einen Anhaltspunkt. Anders als politische Entscheidungsträger darf das Bundesverfassungsgericht nicht *zweck*- sondern *norm*gebunden 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 Einbruchstelle 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

I. Präventive Absicherung durch § 32 BVerfGG

Droht die Durchsetzung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung unmöglich zu werden – etwa durch Zeitablauf[627] oder indem sich eine irreversible Lage vor Beendigung des Hauptsacheverfahrens manifestiert[628] – 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, renitenten Entscheidungsadressaten 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./Grünewald* (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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 23.4.2021[635] 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)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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./Grünewald* (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 *Tüttenberg,* 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Stillhaltezusage 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> „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 Hauptsa-

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Feststellung- 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/Grünewald* (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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 nichtstaatlicher 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Weitergeltungsanordnungen[674] stechen hier insbesondere die sog. Regelungsanordnungen heraus. Bei diesen ordnet das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Nichtigerklärung 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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: *Depenheuer/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/Grünewald* (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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des historischen Pendants von § 35 BVerfGG aus der Weimarer Republik, Art. 19 II WRV, lässt sich die inhaltliche Ausgestaltung von Durchsetzungsmaßnahmen nur erahnen. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Hoheitsträger, gegen den die Vollstreckungsanordnung ergeht. Eine verbindliche Vorgabe zur weiteren Ausgestaltung der Rechtslage ist einer Hauptsacheentscheidung 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 Entscheidungsimplementation der Hoheitsträger 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 angerufen 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 Vollstreckungsentscheidungen 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 formellen Vorschriften, die das normierte Verfassungsprozessrecht vorsieht, um die Wirkkraft von § 31 BVerfGG und damit der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen insgesamt abzusichern. Der Anwendungsbereich der Vorschriften hat dabei eine zeitliche Komponente. Während § 32 BVerfGG die effektive Durchsetzungsfähigkeit einer späteren Hauptsacheentscheidung 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 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 Befolgungsdruck erzeugt. Auch nutzt es die Regelungen, um die Entscheidungsgehalte in einen befolgungsbegünstigenden Gesamtkontext 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. 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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 finden[695] 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) – Tarifeinheitsgesetz (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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Bestanteile 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 Entscheidungstenors 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 Kompetenzwahrung

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 verfassungs*rechtlich* 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 rechtskonformeren 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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Gestaltungsermessens 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genen Gesetzgebungsverfahrens 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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, entfiele die durch die Unvereinbarerklärung vermittelte Anwendungssperre der Norm[746] 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schwert werden. Nicht überzeugend ist hingegen die Auffassung, das Bundesverfassungsgericht könne im Rahmen des § 35 BVerfGG in Folge einer automatisch eintretenden Nichtigkeit weitergehende Rechtsanwendungsdirektiven 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Neuregelungspflicht des Gesetzgebers verbunden.[751] Wie sehr diese Neuregelungspflicht 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 Gestaltungsentscheidung des Gesetzgebers zeitlich befristet fortdauern 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)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Nichtigerklärung 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 *Haberzettl,* Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG, NVwZ-Extra 2015, 1.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 untypisch[775] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 äußernde 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,* Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 257 (274).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 „arbeitsteiligen (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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Zustands[786] 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).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Nichtigerklärung beeinträchtigt werden, andererseits ab. Dies erfordert somit eine Prognose der Folgen der Nichtigerklärung 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 Nichtigerklärung 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 Effektuierung materieller verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bezwecken, lässt sich dieses Auswahlverfahren dem verfassungsprozessualen Durchsetzungsverfahren zuordnen.

4. Fazit: Tenorierungsvarianten als komplexes Durchsetzungsinstrument

Die Praxis, alternative Tenorierungsvarianten zur Nichtigerklärung 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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gebenen 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 staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, 1972, S. 109 ff., der aber sogar eine Übertragbarkeit auf das deutsche Verfassungsrecht annimmt.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 5 Verfahrensstadien der Durchsetzung

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Durchsetzungsantizipation der Entscheidungsgehalte

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

I. Grundlagen der Prognoseentscheidung

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

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

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

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

799 Ebd., S. 19.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

1. Tatsachenbasis und verfassungsgerichtliche Einschätzungsprärogative

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

2. Prognosemethode

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

3. Modifikationserfordernis nach Prognoserichtung

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

II. Prognose der Betroffenenakzeptanz

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

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

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

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

822 Vgl. o. S. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

---

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

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

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

826 Interview Nr. 3.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

830 Vgl. dazu o. S. 201.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieser Aspekt der Prognose von Betroffenenakzeptanz macht es somit erforderlich, dass das Gericht die tatsächlichen Auswirkungen und rechtlichen Folgen einer Entscheidungsmöglichkeit absehen kann. Die Auswirkungen auf die Rechtsordnung sind dabei relativ sicher zu bestimmen. Ein erhöhter Aufwand besteht aber dann, wenn das Gericht absehen muss, wie sich die Wahl einer konkreten Entscheidungsalternative in tatsächlicher Hinsicht auswirkt. Die hierfür erforderliche Prognosebasis kann das Gericht etwa durch die Anhörung sachkundiger Dritter i.S.d. § 27a BVerfGG schaffen.[831] Werden darauf basierend die Folgen unterschiedlicher Entscheidungsvarianten prognostizierbar, kann das Gericht absehen, wie hoch das Interesse des Individuums sowie der Gesellschaft[832] an der getroffenen Regelung und damit ihrer Geltung ist.

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

III. Prognose späterer Durchsetzbarkeit des Entscheidungsgehalts

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

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

837 Interview Nr. 11.

838 Vgl. dazu o. S. 181 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Die tatsächlichen Folgen des Erlasses oder Nichterlasses einer konkreten Maßnahme sind greifbarer als die Akzeptanz für eine verfassungsgerichtliche Entscheidung. Soll eine einstweilige Anordnung den normativen Gehalt einer hoheitlichen Maßnahme suspendieren oder modifizieren,[839] lassen sich – die Wirksamkeit der jeweilig anvisierten in Rede stehenden Maßnahmen vorausgesetzt – die sich hieraus ergebenden Folgen für die betroffenen Rechtsgüter prognostizieren. Hierzu trägt auch maßgeblich bei, dass die Prognosebasis für das Gericht einfacher zu erheben ist als bei einer Prognose der Betroffenenakzeptanz. So stützt das Gericht sich etwa bei der Beurteilung der Folgen einer unterbleibenden Anordnung auf das Vorbringen der Parteien[840]. Das Gericht erwartet von den Beteiligten, einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung rechtzeitig zu erheben und substantiiert zu begründen.[841] Insbesondere muss der Antragsteller einen drohenden Nachteil hinreichend darlegen.[842] Das Gericht überträgt die Verantwortung dafür eine Prognosebasis zu schaffen, also in Teilen dem Antragsteller. Hierbei dürften umso höhere Anforderungen an die Substantiierung des Antrags gestellt werden, je größer die Bedeutung der einstweiligen Anordnung und damit der Folgenabwägung sind.[843]

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

IV. Erforderliche Feststellung der Quantifizierbarkeit

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

B. Durchsetzungsmechanismen im Hauptverfahren

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

I. Diskursive Verfahrensgestaltung

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tät überhaupt für die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen haben kann.

I. Nutzen und Wirkweise der Diskursivität

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

a. Anerkennungsfähigkeit der Entscheidung

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

854 Vgl. dazu o. S. 102 ff.

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

856 Interview Nr. 9.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

860 Vgl. dazu o. S. 173 ff.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

b. Gewährleistung einer multiperspektivischen Entscheidungsgrundlage

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

863 Interview Nr. 1.
864 Interview Nr. 11; ähnlich auch explizit Interview Nr. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

865 *Haberzettl* in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 27a, Rn. 6.
866 Zur Prognose der Betroffenenakzeptanz bereits o. S. 237.
867 Dazu vgl. o. S. 131 f.
868 Interview Nr. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

2. Mittel diskursiver Verfahrensgestaltung

Das Bundesverfassungsgericht bedient sich somit zwar auch informeller Instrumente, um durch eine diskursive Verfahrensgestaltung die Akzeptanz seiner Entscheidungen zu fördern. Diese knüpfen aber oftmals an normierte prozessuale Instrumente an. Das Gericht muss sich insgesamt in einem Rahmen prozessrechtlicher Vorgaben bewegen.[870] Hierbei sind insbesondere die Regelungen über die Tatsachenfeststellungen[871] sowie die mündliche Verhandlung gem. § 25 I BVerfGG und die vorbereitenden Schriftsätze und Stellungnahmen gem. § 23 I, II BVerfGG als Darlegungsmittel der eigenen Tatsachen- und Rechtsauffassung von besonderer Relevanz.

a. Die mündliche Verhandlung als Faktor transparenter Diskursivität

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

875 Interview Nr. 10.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

881 Interview Nr. 9.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

b. Diskurs durch Beweismittel

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Deutlicher wird diese Einordnung, wenn man genauer betrachtet wie das Gericht externe Sachkunde, insbesondere in Gestalt sachkundiger Dritter,[889] beizieht. Vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht etwa Rechtsprofessoren zu der einfachgesetzlichen,[890] aber auch verfassungsrechtlichen[891] Beurteilung eines Falles anhört, ist eine begriffliche Beschränkung der Wahrheitsfindung auf *tatsächliche* Umstände nicht mehr nachvollziehbar, sondern muss auch auf normativ-wertende Aspekte erweitert werden. Abweichend von dem Grundsatz, dass der Richter das Recht kenne, begibt sich das Bundesverfassungsgericht hier in einen Dialog mit der Rechtswissenschaft.[892] Es scheint dabei so, als wolle das Gericht unterschiedlichen Rechtsauffassungen, die aber im Schrifttum schon artikuliert worden sind, eine größere Bühne als das reine Zitat im Urteil geben. In Anbetracht der besonderen Rolle der Rechtswissenschaft für die Folgebereitschaft hinsichtlich verfassungsgerichtlicher Entscheidungen[893] lässt sich die Vermutung aufstellen, dieses responsive Verhalten trage dazu bei, sich bereits in der Entscheidung mit sachlichen Kritikpunkten auseinanderzusetzen, die möglicherweise an der Entscheidung geübt werden können,

---

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

894 Interview Nr. 8.
895 Interview Nr. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

c. Grenzen diskursiver Verfahrensgestaltung

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

896 *Bartmann,* Beweisrecht, 2020, S. 295.
897 *Bartmann,* Beweisrecht, 2020, S. 295 f.
898 *Haberzettl,* Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG, NVwZ-Extra 2015, 1 (4 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

899 Interview Nr. 2.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

3. Steuerungsmöglichkeiten des Gerichts

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

4. Zusammenfassung: Befolgung durch Input-Möglichkeiten

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

II. Die Entwicklung autoritativer Entscheidungsaussprüche

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

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

908 Zur Determinationskraft des Tenors vgl. o. S. 211.
909 Dazu vgl. etwa *Manow,* Unter Beobachtung, 2024, S. 62 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer gerichtlichen autoritativen Vorgabe als Endprodukt des Hauptsacheverfahrens.

1. Feststellung der Notwendigkeit einer Tenorierungsvariante

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

917 Interview Nr. 1.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

919 Interview Nr. 9.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erfolg des bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsfolgenmanagements[922] hängt auch maßgeblich davon ab, wie präzise das Gericht Tatsachen einbezieht, die eine Beurteilung der tatsächlichen Auswirkungen einer Entscheidung ermöglichen, wenn es den seinen Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalts erhebt. Ein Kompetenzproblem mit dem Gesetzgeber ergibt sich bei der Erhebung dieser prognoserelevanten Tatsachen nicht. Anders als bei der prognostischen Beurteilung der Auswirkungen zu kontrollierender Gesetze stellt das Gericht seine Prognose hier nämlich nicht an die Stelle der Prognose des Gesetzgebers.[923] Prognoseziel ist nämlich nicht die tatsächliche Auswirkung eines Gesetzes, sondern im Gegenteil die Auswirkungen dessen Wegfalls.

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

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

922 Vgl. dazu bereits o. S. 197.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

2. Inhaltliche Ausgestaltung befolgungsfähiger Tenorierungsvarianten

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

924 Interview Nr. 5.
925 Interview Nr. 2.
926 Interview Nr. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

927 Vgl. dazu bereits o. Fn. 695.
928 Interview Nr. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

929 BVerfGE 146, 71 (73) – Tarifeinheitsgesetz (2017).
930 Vgl. BGBl. 2015 I, S. 1130.
931 BVerfGE 166, 1 (92) – Kinderehe (2023).
932 Vgl. zu dieser Vorgabe im Verfahren des Vermittlungsausschusses BVerfGE 101, 297 (306 f.) – Häusliches Arbeitszimmer (1999).
933 Vgl. o. Fn. 931.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

934 Interview Nr. 2.
935 Vgl. *Kreutzberger,* Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, 2007, S. 196.
936 BVerfGE 120, 56 (76) – Vermittlungsausschuss (2008); kritisch *Kersten* in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Grundgesetz, 105. EL August 2024, Art. 77 Rn. 85 f.
937 Vgl. bereits o. S. 250.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

954 Dies wird umfassend vom Gericht dargelegt, BVerfGE 121, 317 (361 ff.) – Nichtraucherschutzgesetz (2008).
955 Vgl. o. Zitat vor Fn. 934.
956 Interview Nr. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

3. Kommunikativ-autoritative Elemente ohne Tenorierungsvarianten

Vorgenannte Erwägungen setzen allerdings voraus, dass das Gericht im Grundsatz einen Verfassungsverstoß festgestellt hat. Erst wenn eine Norm für mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärt wurde, eröffnet sich dem Gericht die Möglichkeit, im Tenor normsetzend tätig zu werden. Erklärt es eine Norm hingegen für mit dem Grundgesetz vereinbar, droht keine Veränderung in der Rechtsordnung und -wirklichkeit durch einen Normenwegfall. Die Voraussetzungen dafür, in der soeben genannten Gestalt Übergangsrecht zu setzen, sind dann nicht erfüllt. Gleichwohl lässt sich beobachten, dass das Bundesverfassungsgericht auch bei Entscheidungen der Verfassungsmäßigkeit entweder durch eine explizite Verbindung des Tenors mit den tragenden Gründen befolgungspflichtige Regelungen gesetzt hat[958] oder nicht im Tenor, aber in den Entscheidungsgründen die Bedingungen einer verfassungskonformen Auslegung einer Norm formuliert.[959] Hierbei tritt es durch die Formulierung von Rechtsprechungsdirektiven insbesondere mit der Fachgerichtsbarkeit in einen Dialog. Gegenüber den auf der Verfassungswidrigkeit basierenden Tenorierungsvarianten besteht hier also der Unterschied, dass primärer Adressat der Entscheidung kein mit einer Neuregelung betrauter Gesetzgeber, sondern der Anwender des verfassungskonformen Gesetzes ist.[960] Ziel des Formulierungsverfahrens verfassungsgerichtlicher Direktiven ist es dann nicht, gesetzgeberischen

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

966 BGH NJW 1994, 788 (790).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hung genauer, lassen sich die Einflüsse und Wechselwirkungen zwischen Fachgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht erkennen. Die verfassungsgerichtliche Auslegungsdirektive hinsichtlich des Therapieunterbringungsgesetzes, dass § 1 I ThUG mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sofern als Voraussetzung einer Unterbringung das Tatbestandsmerkmal der hochwahrscheinlichen Rechtsgutsverletzung verfassungskonform als „hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten" ausgelegt wird,[972] ist nicht etwa aus dem konkreten verfassungsgerichtlichen Verfahren entstanden, sondern bereits durch den Bundesgerichtshof unter Bezugnahme auf die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung[973] in verfassungskonformer Auslegung übernommen worden.[974] Dies hat das Bundesverfassungsgericht sodann bestätigt und die Auslegung durch Aufnahme in die tragenden Gründe auf das ThUG übertragen.[975] Das Formulierungsverfahren einer Auslegungsdirektive war in diesem Fall also keine verfassungsgerichtliche Grenzüberschreitung in die Fachgerichtsbarkeit, sondern Resultat eines höchstgerichtlichen Kommunikationsprozesses.[976]

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

---

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

980 Vgl. dazu o. S. 111 ff.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Neben der formellen Begrenzung auf ein konkretes Verfahren muss das Bundesverfassungsgericht, selbst wenn eine verfassungskonforme Auslegung einfachen Rechts das Resultat einer Kommunikationsbeziehung darstellt, die materiellen Grenzen seiner Kontrollkompetenz achten. Teil des Formulierungsverfahrens von durch verfassungsgerichtliche Entscheidungen als verbindlich geadelte verfassungskonforme Auslegungen ist nämlich die Feststellung der institutionellen Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts. Eine solche kann aber nur dann bestehen, wenn es sich nicht außerhalb seines Prüfungsmaßstabs bewegt. Diesen hat das Gericht – auch angesichts eines weitgehenden Zugriffs auf die Entscheidungen der Fachgerichtsbarkeit aufgrund der *Elfes*-Entscheidung[985] sowie der *Lüth*-Entscheidung[986] – in seinem Patentbeschluss bereits in den 1960er Jahren auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts konkretisiert.[987] Das bedeutet, dass das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen ausschließ-

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

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

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

985 BVerfGE 6, 32 – Elfes (1957).

986 BVerfGE 7, 198 – Lüth (1958).

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

III. Zusammenfassung: Zusammenspiel von Diskursivität und Autorität

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

C. Der Hauptsache nachgelagerte Durchsetzungsmechanismen

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

I. Verfassungsgerichtliches Monitoring-Verfahren

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

I. Möglichkeiten des gerichtlichen Monitorings

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verpflichteten aufbauen, indem sie deren Renitenz öffentlichkeitswirksam aufzeigen.[995]

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

2. Das BVerfG als Monitor

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

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

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

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

1006 Interview Nr. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

1007 Interview Nr. 5.
1008 Interview Nr. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Selektion des Überwachungsgegenstands

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

1014 Interview Nr. 8.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

b. Handlungsformen gerichtsseitigen Monitorings

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

1020 Interview Nr. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keine eigenständigen Vorkehrungen bezüglich der Durchsetzungsbeobachtung getroffen.

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

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

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

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

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

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

1021 Interview Nr. 2.
1022 Interview Nr. 12.
1023 Vgl. dazu auch o. S. 206 f.
1024 BVerfGE 143, 246 (248, 382 ff.) – 13. AtG-Novelle (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

1027 Interview Nr. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

c. Eingeschränkte Steuerungsmöglichkeiten

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

1028 Dazu bereits o. Fn. 633.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

3. Die Mobilisierung Dritter zum Monitoring

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

1039 BGBl. 2018 I, S. 1122.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

1050 Interview Nr. 5.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

4. Monitoring als Zusammenspiel formeller und informeller Instrumente

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

1052 Interview Nr. 5.
1053 Vgl. dazu auch o. S. 169 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

II. Nachsteuerungsmöglichkeiten des Gerichts

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

1. Relevanz von Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

1060 Interview Nr. 11.
1061 Interview Nr. 12.
1062 Interview Nr. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

1064 Vgl. dazu o. S. 192 ff.

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

1066 Interview Nr. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Eine ähnlich mittelbare Bedeutung kann § 35 BVerfGG aber auch in einem anderen Kontext erhalten. Aufgrund der theoretischen inhaltlichen Reichweite einer Anordnung nach § 35 BVerfGG kann von einer in Aussicht gestellten Anordnung auch eine Drohwirkung gegenüber der potenziellen Adressaten ausgehen. Wenn etwa das Gericht eine Nichtbefolgung seiner Entscheidung beobachtet hat, kann es, bevor es tatsächlich eine Anordnung nach § 35 BVerfGG erlässt, den Umsetzungsverpflichteten mitteilen, dass es über eine derartige Anordnung beraten werde. Aufgrund des Definitionsmonopols des Bundesverfassungsgerichts über den Inhalt einer Vollstreckungsanordnung[1067] ist der Adressat dann mit Unsicherheiten, und damit verbunden (politischen) Risiken über die Gestalt der angekündigten Maßnahme, konfrontiert. Einer solchen Drohung über die Anordnung einer Maßnahme nach § 35 BVerfGG hat sich etwa der ehemalige Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, *Ferdinand Kirchhof,* bedient, als die Gesetzgebungsorgane die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschafts- und Schenkungssteuer nicht fristgerecht umgesetzt haben.[1068] So bediente sich das Gericht hier einer lediglich reflexiven Wirkung des § 35 BVerfGG, indem es die Anwendung bloß in Aussicht stellte, statt die Norm tatsächlich zu aktivieren. Die tatsächliche Bedeutung eines solchen Vorgehens ist allerdings gering. Insgesamt handhabt das Gericht Vollstreckungsanordnungen im Kontext der Aufträge zur Neuregelung von Gesetzen nämlich restriktiv.[1069] Vor diesem Hintergrund ist eine politische Drohwirkung in anderen Verfahren zwar nicht ausgeschlossen. Die Rezipienten einer Entscheidung haben allerdings keine wirkliche Veranlassung, eine Vollstreckungsanordnung wie ein Damoklesschwert über einer Entscheidung schwebend zu betrachten. Hinsichtlich der Neuregelung von Gesetzen büßt § 35 BVerfGG damit an unmittelbarer Bedeutung ein.

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

2. Kommunikative Entscheidungsvermittlung

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

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

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

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

1070 Interview Nr. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

1071 Interview Nr. 5.
1072 Interview Nr. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

a. Die Presse als institutionalisierter Informationsmittler

Das Bundesverfassungsgericht und die Presse arbeiten in einem gegenseitig produktiven Austausch miteinander. Diese langwährende[1073] Beziehung war zwar auch durch Negativmomente geprägt.[1074] Für die breitenwirksame Entscheidungsvermittlung ist die Arbeit der Medien heute aber zentral. Die auf den Transport und die Aufbereitung juristischer Inhalte spezialisierten Journalisten der Justizpressekonferenz, die einen Großteil der Berichterstattung über das Bundesverfassungsgericht leisten, tragen zum einen dazu bei, dass die Entscheidungen im Nachgang trotz ihrer politi-

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

1082 Dazu *Mankowski,* Rechtskultur, 2016, S. 300 ff.
1083 Interview Nr. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> größerem Schaden. Die Presse ist jedenfalls nicht Ihr Freund, die Presse will irgendwas berichten, das kracht."[1084]

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

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

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

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

1084 Interview Nr. 4.
1085 Interview Nr. 11.
1086 S.o. Fn. 601.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

1087 Interview Nr. 4.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

---

1089 Interview Nr. 6.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

b. Entscheidungserläuterung durch die Richter

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

1092 Dazu bereits o. S. 157 ff.

1093 Nur exemplarisch hierfür etwa *Christ,* Der Klimaschutz-Beschluss des BVerfG, NVwZ 2023, 1193; vgl. auch das Interview zwischen dem SWR und *Andreas Voßkuhle* kurz vor dessen Ausscheiden aus dem Gericht, in dem *Voßkuhle* u.a. die unmittelbar zuvor ergangene PSPP-Entscheidung kurz erläutert, abrufbar unter: https://www.youtube.com/watch?v=YDK5X_AfAMU (letzter Abruf: 8.8.2024); zum Grundrecht auf den Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme vgl. den an der Entscheidung beteiligten, zum Zeitpunkt des Beitrags aber schon ausgeschiedenen Richter *Hoffmann-Riem,* Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009; zur Entscheidung zu Verständigungen im Strafverfahren *Landau,* Absprachen im Strafprozess, NStZ 2014, 425; *Radtke,* Interview im ZDF heute journal vom 2. Januar 20222, https://www.youtube.com/watch?v=XKVzD5bApj0&t=299s (Stand: 11.04.2025).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

1094 Interview Nr. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

1095 Interview Nr. 12.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

1097 Interview Nr. 4.
1098 Interview Nr. 7.
1099 Interview Nr. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zuzusprechen. Dass dies nicht durchweg der Realität entspricht, erkennt man etwa an der Erörterungstätigkeit im Zusammenhang mit dem Klimabeschluss. Berichterstatterin war hierbei *Gabriele Britz,* erläutert wurde die Entscheidung aber auch etwa durch *Josef Christ* in fachwissenschaftlichen Publikationen[1103] und *Andreas Paulus* in verschiedenen Podiumsveranstaltungen. Die Erfahrungen der interviewten Richter lassen keine einheitliche Betrachtung der internen Aufteilung erkennen. Teilweise wurde eine Abstimmung innerhalb des Senats nur für den Fall, dass der Vorsitzende sich äußert, bejaht:

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

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

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

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

1103 Vgl. o. Fn. 1093.
1104 Interview Nr. 5.
1105 Interview Nr. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

c. Zusammenfassung

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Kommunikativ ausgetragene Konflikte

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

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

a. Unmittelbare Kommunikation bei politischer Brisanz

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

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

1107 Vgl. dazu o. S. 316.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

1108 Interview Nr. 11.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieser Herangehensweise des konstruktiven Dialogs bedient sich das Bundesverfassungsgericht auch im Umgang mit dem nicht nach § 31 BVerfGG gebundenen EuGH. Die tatsächliche Wirksamkeit der unmittelbaren Kommunikation lässt sich hierbei aber durchaus hinterfragen. Zwar kann man beobachten, dass der EuGH den Wertungen, die das Bundesverfassungsgerichts in seinem vorangegangenen Vorlagebeschluss im Rahmen der *Gauweiler*-Entscheidung[1112] getroffen hat, in gewissem Maße entgegengekommen ist.[1113] Es liegt nahe, dass dies auch an dem konfrontativen Duktus des verfassungsgerichtlichen Vorlagebeschlusses lag, der jedenfalls implizit eine ultra vires-Entscheidung angedeutet hat.[1114] Die Kommunikation an den EuGH im Rahmen des Vorlagebeschlusses war aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts notwendig, um seiner Aufforderung nach einer verstärkten Kontrolle der EZB Nachdruck zu verleihen. Das Bild eines konstruktiven Dialogs wurde in diesem Fall vor allem dadurch gewahrt, dass das Bundesverfassungsgericht nach den Zugeständnissen des EuGH in seiner Endentscheidung zum OMT-Verfahren[1115] die Tonlage deutlich entschärft hatte.[1116] Dennoch stellt sich die Frage, ob die unmittelbare kommunikative Konfrontation mit dem EuGH in jedem Fall die Wertungen des Bundesverfassungsgerichts durchzusetzen vermag. Die Entscheidungen um das OMT-Verfahren waren nämlich lediglich der Anfang einer Rechtsprechungslinie, in welcher der EuGH auf Mahnungen des Bundesverfassungsgerichts, die EZB umfangreicher zu kontrollieren, aus verfassungsgerichtlicher Perspektive nicht zufriedenstellend eingegangen ist.[1117] Konnte das Bundesverfassungsgericht im anfänglichen Dialog um das OMT-Verfahren noch Erfolge in der Durchsetzung verzeichnen, kommen im folgenden Verfahren um das *Public Sector Asset Purchase Programm* (PSPP) der EZB Zweifel an der Methode des Bundesverfassungsgerichts auf. Nachdem der EuGH in seiner *Weiss*-Entscheidung der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des

1112 BVerfGE 134, 366 – OMT I (2014).
1113 EuGH NJW 2015, 2013; *Sikora,* PSPP auf dem Prüfstand, EWS 2019, 139 (141); differenziert zum Grad des Entgegenkommens *Classen,* Funktionsadäquate checks and balances, EuR 2015, 477 (485).
1114 So *Mayer,* Rebels without a cause?, EuR 2014, 473 (481); zu Ausübung von Druck auf den EuGH durch das BVerfG im vergleichbaren Kontext der Identitätskontrolle auch *Haltern,* Wirkliche Widersprüche, AöR 146 (2021), 195 (203 ff.).
1115 BVerfGE 142, 123 – OMT II (2016).
1116 *Sikora,* PSPP auf dem Prüfstand, EWS 2019, 139 (141).
1117 *Haltern,* Wirkliche Widersprüche, AöR 146 (2021), 195 (211 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

EZB-Handelns nicht gefolgt ist,[1118] erklärte das Bundesverfassungsgericht mit seinem PSPP-Urteil vom 5.5.2020 diese Entscheidung des EuGH für ultra vires.[1119] Die im Verhältnis zur medialen und fachwissenschaftlichen Rezeption[1120] geringen tatsächlichen Folgen[1121] der verfassungsgerichtlichen Entscheidung legen nahe, dass das Bundesverfassungsgericht mit der PSPP-Entscheidung nicht nur in der Sache entscheiden wollte, sondern angesichts der Weigerung des EuGH, ihm erneut entgegenzukommen, auch bezweckt hat, die institutionelle Autorität des Gerichts zu behaupten.[1122] Von einer harten Durchsetzung der Entscheidung sah das Bundesverfassungsgericht hingegen ab.[1123] Daraus lässt sich schließen, dass das Bundesverfassungsgericht nicht um jeden Preis dem konkreten Akzeptanzdefizit begegnen wollte, sondern vor allem beweisen musste, im Notfall auch bereit zu sein, das ultima ratio Mittel der ultra vires-Kontrolle gegenüber dem EuGH überhaupt anzuwenden.[1124] Angesichts eines zunehmenden Politisierungsgrades der europäischen Geldpolitik[1125] und der fehlenden Bereitschaft des EuGH, auf die Positionen des Bundesverfassungsgerichts einzugehen,[1126] musste das Bundesverfassungsgericht deutlich den Anspruch unterstreichen, auch künftig dem politischen Geschehen einen verfassungsrechtlichen Rahmen geben zu können.[1127] Indem es auf die Nichtbefolgung durch den EuGH mit dem ultra vires-Verdikt reagierte, hat es dies getan,

1118 EuGH NJW 2019, 907.

1119 BVerfGE 154, 17 – PSPP (2020).

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

b. Offene Konfrontation bei offensichtlicher Überordnung

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

1128 *Kischel* in: *Urbanik/Bodnar* (Hrsg.), FS Wyrzykowski, 2021, S. 301 (311).
1129 Vgl. dazu o. S. 190.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

---

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

1131 Interview Nr. 1.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

1138 Interview Nr. 11.

1139 BVerfG NVwZ 2004, 90 (92).

1140 Vgl. bereits o. Fn. 633.

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

1142 Interview Nr. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

c. Zusammenfassung

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

4. Die kommunikative Konfliktlösung eines abhängigen BVerfG

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

III. Schlussfolgerung: Informell-kommunikative Durchsetzungsmechanismen statt formeller Vollstreckung

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

D. Zusammenfassung: Das Gericht in institutionalisierter Abhängigkeit

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 6 Schluss

Ausgangspunkt dieser Untersuchung war die These, dass das Bundesverfassungsgericht die geringe Normierungsdichte seiner Instrumente zur Entscheidungsdurchsetzung kompensieren muss. Die Arbeit war von dem Erkenntnisinteresse geleitet, eine Dogmatik der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsdurchsetzung herauszuarbeiten. Dies sollte die Möglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts, seine Entscheidungsgehalte effektiv implementiert zu sehen, sichtbar machen. Im Ergebnis steht die zentrale Erkenntnis, dass das Bundesverfassungsgericht Obstruktionstendenzen nicht hilflos ausgeliefert ist, sondern über ein breites Instrumentarium an Mitteln verfügt, um seinen Entscheidungen zur Geltung zu verhelfen. Das verfassungsgerichtliche Durchsetzungsverfahren ist nämlich nur dem ersten Anschein nach dünn normiert. Bei genauerer Betrachtung lässt sich eine Vielzahl an Vorschriften des Verfassungsprozessrechts identifizieren, die zu den Bedingungen einer effektiven Entscheidungsumsetzung beitragen. Es besteht ein institutionalisiertes Durchsetzungsverfahren, dass sich aus formellen und informellen Instrumenten zusammensetzt.

Die starke Akzeptanz des Gerichts bildet die Grundlage dieses Durchsetzungsverfahrens. Weil das Gericht sich innerhalb der Gesellschaft großer Beliebtheit erfreut, ist das Risiko einer strukturellen Missachtung des Bundesverfassungsgerichts gering und beschränkt sich lediglich auf Einzelfälle. Die Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts beruht im Wesentlichen auf der Rolle, die es in der deutschen Staats- und Gesellschaftsordnung einnimmt. Eine Standortbestimmung dieser Rolle hat gezeigt, dass es dem Gericht gelungen ist, von sich das Bild eines Hüters der Grundrechte und eines politisch neutralen Ordners von Staat und Gesellschaft zu verankern. Dabei hat es bereits in seiner Gründungszeit ein Akzeptanzkapital aufgebaut, das sich im kollektiven Gedächtnis der Gesellschaft verankert hat und heute noch die starke gesellschaftliche Stellung des Gerichts befördert. Damit ist die Akzeptanz des Gerichts eine institutionelle und nicht lediglich eine entscheidungsbezogene.

Die Rollen spiegeln sich in funktionalen Erwartungen an das Gericht wider, die den Rahmen des verfassungsgerichtlichen Prozessrechts und damit auch des Durchsetzungsverfahrens liefern. Den Mitgliedern des Gerichts ist bewusst, dass die Akzeptanz des Gerichts durch das Verfahren beeinflusst wird. Sie nehmen deswegen Akzeptanzaspekte bei der Ausgestaltung des

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verfahrens mit in den Blick, ohne dass aber der Inhalt der Entscheidung hiervon beeinflusst wird. Aus einer Durchsetzungsperspektive wirken sich Rollenerwartungen somit auf die entscheidungsbegleitenden Aspekte sowie die sprachliche Ausgestaltung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung aus, nicht aber auf deren materielle Aussagen. Die Rolle des Bundesverfassungsgericht steht somit nicht lediglich in einer Wechselbeziehung zu seiner institutionellen Stellung, sondern auch zu seinen Verfahrenshandlungen.

Darüber hinaus beeinflussen die Rollenerwartungen organisatorische Aspekte des Verfassungsprozessrechts. Die Zusammensetzung des Gerichts, die maßgeblich durch die Richterwahl bestimmt wird, kann etwa die Neutralitätserwartung bestärken und dem Gericht so dazu verhelfen, dass es als seiner Rolle entsprechend wahrgenommen wird. Auch an anderer Stelle, nämlich im Kontext der formalen Pluralitätsabsicherung mit dem Zweck, gesellschaftliche Werte integrierend in den Verfassungsprozess einzubinden und so drohenden Akzeptanzdefiziten zu begegnen, hat sich gezeigt, welche Bedeutung der Gerichtsbesetzung zukommt. Damit ist eine Erkenntnis zum verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahren verbunden. Das Durchsetzungsverfahren sieht als Subjekt nicht lediglich das Bundesverfassungsgericht selbst vor, sondern auch andere Beteiligte. Hinsichtlich der Richterwahl haben beispielsweise Bundestag und Bundesrat als Wahlorgane einen Einfluss darauf, wie eine akzeptanzfördernde Besetzung des Gerichts ausgestaltet wird. Insgesamt ist ein zentraler Aspekt des Durchsetzungsverfahrens, dass die fehlenden Möglichkeiten zwangsweiser Entscheidungsdurchsetzung durch eine Vielzahl an Interaktionsmustern des Bundesverfassungsgerichts mit anderen Beteiligten kompensiert werden.

Diese Interaktionsmuster sind bei den verfahrensunabhängigen Durchsetzungsmechanismen von zentraler Bedeutung. Hier ist das Verhalten des Gerichts in Teilen von den gesellschaftlich vorgefundenen Gegebenheiten abhängig. Die Berücksichtigung von in der Gesellschaft verankerten Werten in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts trägt beispielsweise zur Akzeptanz der Institution bei. In der pluralen Gesellschaft des Grundgesetzes findet das Gericht allerdings keine Wertehomogenität vor, sodass es gesellschaftliche Werte in anderer Form berücksichtigen muss, als lediglich die Entscheidungen hieran auszurichten. Damit Entscheidungen anerkennungsfähig sind, muss das Gericht den Entscheidungsrezipienten den Eindruck vermitteln, dass es ihre Wertvorstellung berücksichtigt. Das spiegelt sich zum einen in der Verfahrensgestaltung wider. Es erfordert aber auch dem konkreten Verfahren vorgelagert ein Maß an Responsivität und

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rückkopplung des Gerichts mit Politik und Gesellschaft. Diese Vernetzung ist als Vorstufe konkreter Entscheidungen ein Teil der akzeptanzfördernden Maßnahmen, die über ein konkretes Verfahren hinaus wirken. Zusätzlich sichert das Gericht den Ausgleich von Wertvorstellungen auch dadurch ab, dass die plurale Besetzung des Gerichts sich nicht nur auf Senatsentscheidungen auswirkt, sondern auch im Rahmen des Kammerverfahrens durch eine ausgeglichene Besetzung eine gewisse Wertevielfalt abgesichert ist. Dieses Zusammenspiel der förmlichen Kammerbesetzung und der nicht formgebundenen Rückkopplung mit Rezipienten ist lediglich eines der vielen Beispiele, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Durchsetzungsverfahren unterschiedliche Instrumente kombiniert, um seine institutionelle Akzeptanz abzusichern.

Die Rückkopplung mit Politik, Gesellschaft und Fachgerichtsbarkeit erfolgt zweigliedrig, nämlich einmal durch das Bundesverfassungsgericht als solchem und einmal durch eine individuelle Vernetzung der Richter. Der Erfolg hiervon hängt dabei auch von individuellen Fähigkeiten der Richter ab. Die Vernetzung mit den anderen Staatsorganen birgt allerdings neben Chancen für die Akzeptanz auch Risiken. Damit nicht der Eindruck eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Bundesverfassungsgericht und den übrigen Staatsorganen erweckt wird, kann das Gericht selbstständig durch weiche Faktoren wie etwa der umsichtigen Terminierung von Vernetzungstreffen oder indem es die besprochenen Themen veröffentlicht, dazu beitragen, die Rezeption der Treffen akzeptanzfreundlich zu lenken. Voraussetzung hierfür ist allerdings ein politisches Gespür unter den Richtern des Bundesverfassungsgerichts.

Schließlich trägt auch die Selbstdarstellung des Gerichts verfahrensunabhängig zu seiner Akzeptanz bei. Nicht lediglich eine einprägsame Symbolik, die Rolle und Autorität des Gerichts unterstreicht, spielt in die Selbstdarstellung hinein. Wichtig ist in diesem Kontext vor allem auch das öffentliche Auftreten des Gerichts als Institution sowie der einzelnen Richter als Repräsentanten des Gerichts. Es lässt sich eine Bewegung hin zu mehr Öffentlichkeitsarbeit und mehr erläuternder Tätigkeit des Gerichts erkennen. Durch ein größeres Maß an Transparenz bewirkt das Gericht auf diese Weise mehr Verständnis innerhalb der Bevölkerung für seine Arbeit und damit auch ein größeres Maß an gesellschaftlicher Akzeptanz. Die Öffentlichkeitsarbeit des Bundesverfassungsgerichts folgt hierbei einer zunehmend gefestigten Struktur. Die Erläuterungstätigkeit einzelner Richter ist hingegen individuell davon abhängig, wie der jeweilige Richter sie ausgestaltet. Exemplarisch verdeutlicht das auch, dass die Durchführung des

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Durchsetzungsverfahrens in einem erheblich höheren Maße als in anderen Prozessrechtsordnungen personenabhängig ist.

Auch hinsichtlich der Durchsetzungsregelungen im konkreten Verfahren ist das Bundesverfassungsgericht nicht fremdbestimmt. So fließen nicht lediglich gestalterische Elemente des Gesetzgebers in das verfassungsgerichtliche Verfahren ein, indem dieses Lücken des BVerfGG mit einer entsprechenden Anwendung prozessualer Grundsätze anderer Prozessrechtsordnungen schließt. Das Gericht übt vielmehr einen erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung seines Verfahrens- und damit auch seines Durchsetzungsverfahrensrechts aus. Das Prozessrecht ist für das Bundesverfassungsgericht ein Mittel, um seinen Entscheidungsgehalten eine Breitenwirkung zu verschaffen, die ihre Implementation durch die Fachgerichtsbarkeit ermöglichen und so die Rechtsordnung hiermit regelrecht anreichern. Aufgrund der Selektionsfunktion des Prozesses kann das Bundesverfassungsgericht die Entscheidungen identifizieren, die am besten zum Transport seiner Wertungen geeignet sind und diese geschickt platzieren. Das Prozessrecht ermöglicht allerdings im konkreten Verfahren nicht nur, durchsetzungsbedürftige und -fähige Entscheidungen zu identifizieren, sondern liefert selbst auch die notwendigen Instrumente, damit diese Durchsetzung gelingt.

Das Gericht kombiniert in dem Zuge positive und nicht positivierte Normen und gestaltet so in weiten Teilen sein Verfahren selbst. Auf den Erlass positiver Normen vermag das Gericht Einfluss zu nehmen, indem es dem Gesetzgeber seine prozessualen Bedürfnisse kommuniziert. Die nicht positivierten Durchsetzungsinstrumente perpetuiert das Gericht, indem es bestimmte Verfahrensmechanismen im Wege einer ständigen Übung faktisch etabliert. So hat sich im Laufe der Rechtsprechungsentwicklung ein breites Instrumentarium an Durchsetzungsinstrumenten herausgebildet. Hierbei ist das Bundesverfassungsgericht aufgrund eines der Judikative inhärenten mangelnden Initiativrechts abhängig von der Zusammenarbeit mit anderen Implementationsteilnehmern. Es lässt sich ein weiteres Charakteristikum des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens erkennen, nämlich dass das Bundesverfassungsgericht abhängiger Herr des Durchsetzungsverfahrens ist. Es verfügt zwar über erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten, kann diese aber nur im Zusammenwirken mit anderen Beteiligten, seien es Gesetzgebungsorgane oder Verfahrensbeteiligte, voll entfalten.

Die so entwickelten Instrumente haben eine unterschiedlich starke Eingriffsintensität. Diese Eingriffsintensität zu bestimmen, ist Bestandteil des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens. Dabei liefert die Zuordnung einer Maßnahme zu einer Kategorie der Durchsetzungsinstrumente

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lediglich Anhaltspunkt bezüglich ihrer Intensität. Abschließend muss sie im Rahmen einer einzelfallabhängigen Prüfung beurteilt werden. Den Ausgangspunkt der verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsinstrumente bildet die Bindungswirkung der konkreten Entscheidung gem. § 31 BVerfGG. Die Durchsetzungsinstrumente im konkreten Verfahren sind vornehmlich darauf ausgerichtet, diese Bindungswirkung abzusichern. In die weitere Ausgestaltung der Durchsetzungsinstrumente spielt eine Vielzahl an Faktoren hinein. So bestehen etwa je nach Durchsetzungsadressat aufgrund funktionaler und kompetenzieller Abgrenzungen abgestufte Möglichkeiten, die Durchsetzungsmaßnahmen auszugestalten. Auch der Entscheidungsadressat beeinflusst insofern das Durchsetzungsverfahren.

Das Instrumentarium der Durchsetzungsmittel erstreckt sich auf autoritative und diskursive Instrumente. Während das Bundesverfassungsgericht zur präventiven Absicherung seiner Entscheidungsgehalte zuweilen auch autoritative Instrumente in Gestalt einstweiliger Anordnungen verwendet, ist es bei der nachträglichen Entscheidungsabsicherung durch eine aktive Anwendung von Vollstreckungsanordnungen eher zurückhaltend. Den größeren Teil der Durchsetzungsmaßnahmen machen hierbei stattdessen kommunikative Mechanismen und solche Vorgehensweisen aus, die Mittel eines Rechtsfolgenmanagements darstellen und damit verbunden vor allem die Akzeptanz der Einzelentscheidung absichern sollen. Zu diesem Zweck erweitert das Bundesverfassungsgericht aus der Perspektive seines Durchsetzungsverfahrens die herkömmliche Funktion prozessrechtlicher Instrumente. Dennoch ist das Gericht hierbei nicht gänzlich autonom, sondern muss gesetzgeberische Wertungen berücksichtigen. Die Durchsetzung seiner Entscheidungen zu fördern ist zulässiger Nebeneffekt, darf aber beispielsweise bei den Beweismitteln nicht zentraler Beweggrund ihres Einsatzes sein.

Beispielhaft für ein akzeptanzorientiertes Rechtsfolgenmanagement sind auch die Tenorierungsvarianten des Gerichts, die einen Normwegfall im Falle einer Verfassungswidrigerklärung abfedern sollen. Die Tenorierungsvarianten stehen in einem multipolaren Verhältnis in der Beziehung zwischen Gesetzgeber, Bundesverfassungsgericht und Rechtsanwender. Sie machen es für das Bundesverfassungsgericht erforderlich, die Folgen der Entscheidungsoptionen zu prognostizieren. Zum einen drohen Übergriffe in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers. Bei der Ausgestaltung des Tenors muss das Gericht also prüfen, inwiefern dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum verbleibt. Daneben muss das Gericht in den Blick nehmen, dass

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die geschaffenen Übergangsregelungen als abstrakt-generelle Rechtssätze durch die Rechtsanwender auslegungsfähig sind.

Auch wenn die Möglichkeit einer Tenorierungsvariante im Prozessrecht lediglich angedeutet ist, folgt das Gericht bei ihrer Formulierung einem in Grundzügen strukturierten Verfahren. Zu diesem Verfahren zählt zunächst die Abwägungsentscheidung, die bestimmt, ob eine Tenorierungsvariante erforderlich ist. Anschließend leitet das Gericht aus den Entscheidungsgründen und ggf. weiteren Materialien eine Formulierung ab, ohne selbst voluntativ-schöpferisch tätig zu werden.

Weil die Tenorierungsvarianten abstrakt-generelle Rechtssätze darstellen, eröffnet das Bundesverfassungsgericht sich durch ihre Verwendung eine Möglichkeit, kooperativ mit der Fachgerichtsbarkeit auf eine Art und Weise zusammenzuwirken, die über ein konkretes Verfahren hinausgeht. Dieser Diskurs mit der Fachgerichtsbarkeit, bei dem das Bundesverfassungsgericht zwar in der Sache letztverbindlich entscheidet, im Verfahren aber auf die Fachgerichtsbarkeit argumentativ eingehen muss, um seine Akzeptanz nicht zu gefährden, ist ein weiterer Aspekt des umfangreichen verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens.

Auch in dem Fall, dass ein kontrolliertes Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist, zielt das Bundesverfassungsgericht durch die Verwendung kommunikativer Mittel darauf ab, seine Auslegung grundgesetzlicher Normen in der fachgerichtlichen Rechtsprechung zu verankern. Das Bundesverfassungsgericht nutzt hier seine Autorität, um verbindliche grundgesetzliche Vorgaben an die Auslegung von Fachrecht zu postulieren. Ein Kompetenzkonflikt besteht dann nicht lediglich mit dem Gesetzgeber, sondern auch mit der Fachgerichtsbarkeit. Damit die Akzeptanz des Gerichts keinen Schaden nimmt, ist hier eine kommunikativ-diskursive Auseinandersetzung mit der Fachgerichtsbarkeit erforderlich. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht also für sich in Anspruch nimmt, letztverbindlich über die Auslegung des Grundgesetzes zu entscheiden, geschieht dies im stetigen diskursiven Austausch mit den Entscheidungsrezipienten. Das ist ein prägender Faktor des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens.

Dieses Zusammenspiel zwischen kommunikativen und autoritativen Elementen, zwischen formellen und informellen Durchsetzungsmitteln setzt sich schließlich auch im Verfahrensstadium, dass der Entscheidung nachgelagert ist, fort. Damit das Gericht in diesem Stadium überhaupt tätig werden kann, ist es auf die Beobachtung der Entscheidungsimplementation angewiesen. Dieses Umsetzungsmonitoring betreibt es nicht alleine, sondern im Zusammenspiel mit der Öffentlichkeit, die ein Interesse an

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Umsetzung einer Entscheidung hat. Prozessuale Instrumente helfen dem Gericht einerseits, den Umsetzungsstand einzelner Verfahren aktiv zu verfolgen. Andererseits nutzt das Gericht die prozessualen Mittel aber auch, um Aufmerksamkeit für bestimmte Verfahren zu generieren, sofern diese Aufmerksamkeit nicht ohnehin schon besteht. Dass ein Umsetzungsmonitoring durch die Öffentlichkeit überhaupt möglich ist, liegt sowohl an der guten Arbeitsbeziehung zwischen Bundesverfassungsgericht und Presse sowie der großen institutionellen Beliebtheit des Gerichts als auch an der Relevanz der Verfahrensgegenstände für Politik und Gesellschaft. Aufgrund der besonderen Entscheidungsmaterie handelt es sich bei diesem Wirkmechanismus des Umsetzungsmonitorings im Vergleich zu anderen Gerichten um eine verfassungsgerichtliche Besonderheit. Auch dieses Element des Durchsetzungsverfahrens funktioniert aufgrund eines Zusammenwirkens formeller und informeller Durchsetzungsmittel und ist wahrscheinlich nur aufgrund der besonderen Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts überhaupt erst ohne weitere gesetzliche Ausformung wirksam.

Diese letzte Aussage lässt sich genauso auf die Handlungsmöglichkeiten des Gerichts übertragen, die es entwickelt hat, um nach der Entscheidung mit erkannten Umsetzungsdefiziten umzugehen. Das Durchsetzungsverfahren geht hier von der grundsätzlichen Akzeptanz und Folgebereitschaft aus, sodass eine erläuternde Tätigkeit des Gerichts und seiner Richter den Regelfall der nachträglichen Durchsetzungstätigkeit ausmacht. Eine bewusste, gewollte Widersetzung durch die Entscheidungsrezipienten ist eine Ausnahme. Bei einer erkannten defizitären Umsetzung muss das Gericht also identifizieren, ob es dem Umsetzungsdefizit mit einer reinen Erläuterungstätigkeit begegnen kann oder ob ein auflösungsbedürftiger Konflikt zwischen Gericht und Umsetzungsverpflichteten besteht. Im letzteren Fall differenziert das Bundesverfassungsgericht im Umgang mit dem Konflikt danach, ob ein offensichtliches Über-Unterordnungsverhältnis besteht oder nicht und inwiefern der Streitigkeit auch eine politische Brisanz innewohnt. Widersetzt sich etwa ein Fachgericht und verlässt den Rahmen des Austauschs von Rechtsmeinungen, so hat das Bundesverfassungsgericht die prozessualen Mittel, die Entscheidung aufzuheben. Besteht die Auseinandersetzung aber mit einem Rezipienten, für den das Prozessrecht nicht ohne weiteres ein prozessuales Mittel – den § 35 BVerfGG als ultima ratio einmal ausgeklammert – vorgesehen hat, behilft das Gericht sich mit einer kommunikativen Entschärfung des Konflikts. Um seine Ressource Akzeptanz nicht zu gefährden, lässt das Gericht in solchen politisch brisanten Si-

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tuationen auch durchaus Lösungsmöglichkeiten zu, die dem Aussagegehalt seiner Entscheidung lediglich oberflächlich nachkommen.

Insgesamt hat sich insbesondere bei der Untersuchung der verfahrensbezogenen Durchsetzungsmechanismen gezeigt, dass das Bundesverfassungsgericht nicht auf die Anwendung von Zwang baut. Stattdessen aktiviert es seine Autorität und veranlasst die Entscheidungsadressaten zur freiwilligen Befolgung der gerichtlichen Entscheidungen. Dies gelingt, indem das Gericht nicht nur auf seine institutionelle Akzeptanz zurückgreift, sondern zusätzlich durch mittlerweile etablierte Verfahrensmechanismen eine Akzeptanz für die jeweilige Einzelentscheidung generiert. Zentral ist hierbei, die Verfahrensbeteiligten einzubeziehen, statt ihnen Recht aufzuerlegen. In jedem Verfahrensstadium sind Muster erkennbar, die eine Partizipation der Verfahrensbeteiligten oder Entscheidungsbetroffenen erkennen lassen. Weil das Gericht diese Methodik außerordentlich souverän beherrscht, kann es ohne größere Bedenken – jedoch bei gebotener Zurückhaltung – zuweilen auf autoritative Instrumente zurückgreifen.

Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts konstituiert ein besonderes Rechtsgebiet. Obwohl es dem ersten Anschein nach dünn normiert ist, hat das Gericht über die Jahre unterschiedliche Mechanismen entwickelt und institutionalisiert. Dabei liegen die Voraussetzung für eine erfolgreiche Implementation der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Teil im außerrechtlichen Bereich. Zentral ist etwa die doppelte Bedeutung der Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts als Institution. Das Bundesverfassungsgericht zielt in seiner Arbeit, sowohl im konkreten Verfahren als auch losgelöst von einzelnen Verfahren darauf ab, Akzeptanz zu generieren. Diese Akzeptanz ist aber nicht nur Ziel des verfassungsgerichtlichen Verfahrens, sondern gleichzeitig Grundlage für den Erfolg des Bundesverfassungsgerichts.

Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgericht ist ebenfalls durch die besondere Prozessmaterie des Gerichts geprägt. Durch den Umgang mit oftmals politischen Organen als Streitparteien, politischen Streitigkeiten als Prozessgegenstand und weitreichenden gesellschaftlichen und politischen Folgen der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, ist bei der Ausgestaltung des Prozesses durch die Richter des Bundesverfassungsgerichts ein besonderes politisches Fingerspitzengefühl gefordert. Die erfolgreiche Ausgestaltung des Durchsetzungsverfahrens erfordert es, strategische Aspekte miteinzubeziehen. Vor diesem Hintergrund kommt der Besetzung des Gerichts für das Durchsetzungsverfahren eine besondere Bedeutung zu. Das verfassungsgerichtliche Durchsetzungsverfahren ist in einem ho-

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen Maße personenabhängig, sodass sich die konkrete Ausgestaltung des Durchsetzungsverfahrens je nach Besetzung des Gerichts unterscheiden kann. Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts ist dementsprechend dynamischer als das fachgerichtliche Durchsetzungsverfahren.

Obwohl das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts von mehreren Teilnehmern abhängig ist, die jeweils für sich betrachtet eigene Interessen verfolgen, hat sich das Verfahren als funktionsfähig etabliert. Mit kleineren Disruptionen weiß das Bundesverfassungsgericht souverän umzugehen, größeren Obstruktionstendenzen kommt das Gericht durch seine ausgleichende, die breite Öffentlichkeit einbindende und zugleich unabhängig-souveräne Tätigkeit zuvor. Insgesamt bewirkt das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts, dass die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen erfolgreich gelingt.

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis & Quellen

Verwendete Literatur

Achterberg, Norbert, Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote, DÖV 1977, 649 – 659

Albers, Marion, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 257 – 295

Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Auflage, Frankfurt (Main) 1991

Alleweldt, Ralf, Präventiver Menschenrechtsschutz, EuGRZ 1998, 245 – 271

Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 4. Bearbeitung, Berlin 1933

Arendt, Hannah, Zwischen Vergangenheit und Zukunft – Übungen im politischen Denken I, 4. Auflage, München 2016 (zit. als „Übungen im politischen Denken I")

Arndt, Adolf, Das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1952, 1 – 5

ders., Umwelt und Recht, NJW 1960, 1607 – 1609

Astolfi, Roberta, Über Begriffe und Werte im Recht, Berlin 2020, zugl. Jur. Diss. an der Universität Göttingen (2019)

Aswege, Hanka von, Quantifizierung von Verfassungsrecht, Berlin 2016, zugl. Jur. Diss. an der Humboldt-Universität Berlin (2015)

Augsberg, Ino/Augsberg, Steffen, Kombinationsgrundrechte, AöR 132 (2007), 539 – 581

dies., Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch 98 (2007), 290 – 316

Augsberg, Ino, Methodisch verfahren, JZ 2024, 157 – 166

Austermann, Philipp, Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber, DÖV 2011, 267 – 272 (zit. als „Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts")

Ax, Dorothee, Prozeßstandschaft im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, Baden-Baden 1994, zugl. Jur. Diss. an der Universität Freiburg (1994)

Baade, Björnstern, Wahrheit und Recht, Tübingen 2023, zugl. Habilitationsschrift an der Freien Universität Berlin (2022)

Bachof, Otto, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951

ders., Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen 1959

Baer, Franziskus, Staatliche Steuerung durch Nudging im Lichte der Grundrechte, Tübingen 2023, zugl. Jur. Diss. an der Freien Universität Berlin (2020/21)

Baer, Susanne, „Praxen des Verfassungsrechts", in: *Bäuerle, Michael/Dann, Philipp/Wallrabenstein, Astrid* (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, Tübingen 2013, S. 3 – 22 (zit. als „FS Bryde")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dies., Das Soziale und die Grundrechte, NZS 2014, 1 – 5

dies., Zuhören und dazu gehören, JZ 2023, 655 – 658

dies./Wefing, Heinrich, „Erschütternd, dramatisch und langweilig", Die Zeit, 2. März 2023, S. 9

Barczak, Tristan, Das Bundesverfassungsgericht an der Belastungsgrenze, RuP 2021, Beiheft 9, 86 – 99

ders., Demokratische Zukunftsverantwortung zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, DÖV 2023, 925

Bartmann, Charlotte, Das Beweisrecht in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, Berlin 2020 (zit. als „Beweisrecht"), zugl. Jur. Diss. an der Universität Heidelberg (2019)

Basty, Susanne, Die sachliche Erledigung der Verfassungsbeschwerden, Hamburg 2010, zugl. Jur. Diss an der Universität Frankfurt (Oder) (2009)

Battis, Ulrich/Grigoleit, Klaus Joachim, Rechtsextremistische Demonstrationen und öffentliche Ordnung – Roma locuta?, NJW 2004, 3459 – 3462

Bauer, Horst, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, Berlin 1973, zugl. Jur. Diss. an der Universität Heidelberg (1972)

Baum, Lawrence, Judges and Their Audiences, Princeton (USA) 2006

Bayreuther, Frank, Das BVerfG und die sachgrundlose Befristung – Neues aus dem Arbeitsrecht, NZA 2018, 905 – 909 (zit. als „Das BVerfG und die sachgrundlose Befristung")

Beaucamp, Guy, Rechtssicherheit als Wert und als Argument im Verhältnis der Staatsgewalt zueinander, DÖV 2017, 699 – 708 (zit. als „Rechtssicherheit als Wert")

Becker, Peter, Im Zeitalter von Donald Trump: Hüter der Verfassung – U.S. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht im Vergleich, VR 2018, 397 – 407 (zit. als „U.S. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht im Vergleich")

Benda, Ernst, Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, DÖV 1983, 305 – 310 (zit. als „Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen")

ders., Gegenwind und Kreuzseen, NJW 1997, 560 – 562

ders., Skandale, immer wieder, NJW 1997, 3004 – 3006

ders., Streit als Schaden, NJW 1998, 3330 – 3331

ders./Klein, Eckart/Klein, Oliver, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage Heidelberg 2020

Berkemann, Jörg, Das Bundesverfassungsgericht und „seine" Fachgerichtsbarkeit – Auf der Suche nach Funktion und Methodik, DVBl. 1996, 1028 – 1040 (zit. als „Das Bundesverfassungsgericht und „seine" Fachgerichtsbarkeit")

ders., Machtspiele zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof: Eine neue Variante, DÖV 2015, 393 – 405 (zit. als „Machtspiele")

ders., Machtlose Verwaltungsgerichte? § 172 VwGO als Prüfstein für das Verhältnis von Justiz und Exekutive, DÖV 2019, 761 – 773 (zit. als „Machtlose Verwaltungsgerichte?")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., „Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG) – Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel, DÖV 2021, 701 – 715 (zit. als „Intertemporaler Klimaschutz)

ders., Die Entscheidungsformel des Klima-Beschlusses des BVerfG vom 24. März 2021 – Eine Analyse, ZUR 2021, 585 – 595 (zit. als „Die Entscheidungsformel des Klima-Beschlusses")

ders., Die Unfähigkeit des Bundesgesetzgebers – Ein Lehrstück im Atomausstieg, DVBl. 2021, 151 – 158 (zit. als „Die Unfähigkeit des Bundesgesetzgebers")

Bethge, Herbert, „Die Rechtskraft im Verfassungsprozess", in: *Heinrich, Christian* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Musielak, München 2004, S. 77 – 104 (zit. als „FS Musielak")

ders., „Die Bindung des BVerfG an seine Entscheidungen", in: *Coelln, Christian von/Kempen, Bernhard/Nußberger, Angelika/Windthorst, Kay* (Hrsg.), Konsistenz und Dogmatik des Rechts, München 2024, S. 532 – 546

Bethge, Johannes, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, Tübingen 2020, zugl. Jur. Diss. an der Humboldt-Universität Berlin (2019)

ders., „Wessen (Un-)Wissen? Zur Tatsachengrundlage der Einschätzungsprärogative", in: *Münkler, Laura* (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, Tübingen 2019, S. 201 – 215

Bettermann, Karl August, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses, JBl. 1972, 57 – 68 (zit. als „Verfassungsrechtliche Grundlagen")

ders., Die verfassungskonforme Auslegung, Heidelberg 1986

Beyme, Klaus von, „Das Bundesverfassungsgericht aus der Sicht der Politik- und Gesellschaftswissenschaften" in: *Badura, Peter/Dreier, Horst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 1, Tübingen 2001, S. 493 – 505 (zit. als „FS 50 Jahre BVerfG")

Bickenbach, Christian, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, Tübingen 2014, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Mainz (2013)

Biddle, Bruce, Recent development in role theory, Annual Review of Sociology, 1986, 67 – 92

Blanke, Hermann-Josef/Sander, Aimee, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher – Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn, EuR 2023, 54 – 83 (zit. als „Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher")

Blankenburg, Erhard, Mobilisierung des Rechts, Berlin 1995

Blatter, Joachim/Langer, Phil/Wagemann, Claudius, Qualitative Methoden in der Politikwissenschaft, Wiesbaden 2018

Blüggel, Jens, Unvereinbarerklärung statt Nomkassation durch das Bundesverfassungsgericht, Berlin 1998 (zit. als „Unvereinbarerklärung statt Nomkassation"), zugl. Jur. Diss. an der Freien Universität Berlin (1997)

Blüm, Christoph, Die Legitimität strategischer Prozessführung, Tübingen 2025, zugl. Jur. Diss. an der Universität Heidelberg (2024)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Böckenförde, Christoph, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Berlin 1966, zugl. Jur. Diss. an der Universität Münster (1965)

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 – 31

ders., Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1996, 281 – 284

ders., Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?, EuGRZ 2004, 598 – 603

ders., „§ 24 Demokratie als Verfassungsprinzip", in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, S. 429 – 496

ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin 2011

Bockslaff, Rafaela, Die Behandlung des „Mephisto"-Falles als Beispiel für die Problematik der Vollstreckung von bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen, Frankfurt (Main) 1987 (zit. als „Vollstreckung von bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen"), zugl. Jur. Diss. an der Universität Kiel (1987)

Bogdandy, Armin von/Bernstorff, Jochen von, Die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Menschenrechtsarchitektur und ihre Fortentwicklung durch den Vertrag von Lissabon, EuR 2010, 141 – 165 (zit. als „Die Europäische Agentur für Grundrechte")

Bogner, Alexander/Littig, Beate/Menz, Wolfgang, Interviews mit Experten, Wiesbaden 2014

Bode, Matthias, Der Regelungsauftrag an den Gesetzgeber nach Unvereinbarkeitserklärungen des BVerfG und die Folgen eines fruchtlosen Fristablaufs, zugleich eine Beobachtung über das Verhältnis von Recht und Technik, ZG 2021, 266 – 289 (zit. als „Fristablauf")

Bourdieu, Pierre, Sozialer Sinn, Frankfurt (Main) 1987

Boulanger, Christian, „Rollen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit – eine theoretische Annäherung", in: *Wrase, Michael/Boulanger, Christian* (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, Baden-Baden 2013, S. 67 – 87

Brade, Alexander, „Ein Verdacht ist ein Verdacht ist ein Verdacht": § 362 Nr. 5 StPO auf dem Prüfstand des BVerfG, VerfBlog vom 26.5.2023, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/ein-verdacht-ist-ein-verdacht-ist-ein-verdacht/ (Stand: 30.03.2025)

Breckwoldt, Maike, Grundrechtskombinationen, Tübingen 2015, zugl. Jur. Diss. an der Universität Hamburg (2014)

Bredemeier, Barbara, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen 2007, zugl. Jur. Diss an der Universität Freiburg (2006/07)

Breuer, Rüdiger, Legislative und Administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat 16 (1977), 21 – 54

Breyer, Stephen, The Cherokee Indians and the Supreme Court, Journal of Supreme Court History 2000, 215 – 227

Brink, Stefan, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, Frankfurt (Main) 1999 (zit. als „Entscheidungsbegründung"), zugl. Jur. Diss. an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer (1998)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Britz, Gabriele, „Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur normativen Kraft der Grundrechte", in: *Krüper, Julian/Payandeh, Mehrdad/Sauer, Heiko* (Hrsg.), Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung, Tübingen 2019, S. 144 – 163

dies., Entscheiden im Bundesverfassungsgerichtsmodus, JZ 2023, 659 – 661

dies., Grundrechtliche Schutzpflichten in bald 50 Jahren Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2023, 1449 – 1458

Brocker, Lars, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, NJW 2012, 2996 – 3000

Brohm, Winfried, Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?, NJW 2001, 1 – 10 (zit. als „Die Funktion des BVerfG")

Bröhmer, Jürgen, Transparenz als Verfassungsprinzip, Tübingen 2004, zugl. Habilitationsschrift an der Jur. Fakultät der Universität des Saarlandes (2002)

Broß, Siegfried, Das Bundesverfassungsgericht und die Fachgerichte, BayVBl. 2000, 513 – 518

Brune, Martin/ Schmitz-Scholemann, Christoph, Chefarzt, Egenberger und nun Hebamme, NZA 2022, 1646 – 1651

Brüning, Christoph, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit in der „streitbaren Demokratie", Der Staat 41 (2002), 213 – 243 (zit. als „Grundrecht der Versammlungsfreiheit")

Brunn, Bernd, Prognosen mit rechtlicher Bedeutung, NJOZ 2014, 361 – 380

Brunner, Otto, „Bemerkungen zu den Begriffen „Herrschaft" und „Legitimität", in: *ders.,* Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte, 3. Auflage, Göttingen 1980

Brunnengräber, Achim, Ewigkeitslasten, 2. Auflage, Baden-Baden 2019

Bryde, Brun-Otto, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982 zugl. Habilitationsschrift an der Universität Hamburg (1981)

ders., „Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", in: *Badura, Peter/Dreier, Horst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 1, Tübingen 2001 (zit. als FS 50 Jahre BVerfG), S. 533 – 561

Buchheim, Johannes, Rechtsprechung ohne Fall, AöR 148 (2023), 521 – 586

Buckler, Julius, Ein Meilenstein für den völkerrechtlichen Meeresschutz?, DÖV 2023, 1025 – 1034

Bumke, Christian, Abstrakt-generelle Hinweise des Gerichts – (k)eine judikative Handlungsform, NJW 2021, 1366 – 1370 (zit. als „Abstrakt-generelle Hinweise des Gerichts")

Burckhardt, Walther, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Zürich 1948

Burkiczak, Christian/Dollinger, Franz-Wilhelm/Schorkopf, Frank (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage, Heidelberg 2021 (zit. als „BVerfGG")

Carrubba, Clifford James, A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems, JOP 71 (2009), 55 – 69 (zit. als „Model of Endogenous Development")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Chatziathansiou, Konstantin, Die Status-Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts als informaler Beitrag zur Entstehung der Verfassungsordnung, RW 11 (2020), 145 – 169 (zit. als „Die Status-Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts")

Chebout, Lucy/Xylander, Benedikt, Das eheliche Kind und sein zweiter rechtlicher Elternteil, NJW 2021, 2472 – 2477

Christ, Josef, Der Klimaschutz-Beschluss des BVerfG – mögliche Konsequenzen und Handlungsalternativen, NVwZ 2023, 1193 – 1202 (zit. als „Der Klimaschutz-Beschluss des BVerfG")

Classen, Claus Dieter, Funktionsadäquate checks and balances statt richterlicher Vollkontrolle unter demokratischem Vorwand, EuR 2015, 477 – 486 (zit. als „Funktionsadäquate checks and balances")

Clemens, Thomas, „Politische Parteien im Organstreit", in: *Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin 1987 (zit. als FS Zeidler), S. 1261 – 1287

Collings, Justin, Democracy's guardians, Oxford 2015

Cornils, Matthias, Politikgestaltung durch den Vermittlungsausschuss, DVBl 2002, 497 – 507

Coupette, Corinna/Fleckner, Andreas, Quantitative Rechtswissenschaft, JZ 2018, 379

Cremer, Wolfram, Freiheitsgrundrechte, Tübingen 2003, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Rostock (2002)

Crispin, Kenneth John, „Law, Values, and Moral Influence", in: *Witte, John/Welker, Michael* (Hrsg.), The impact of the Law, Leipzig 2021, S. 263 – 277

Dahrendorf, Ralf, Homo sociologicus, 17. Auflage, Wiesbaden 2010

Darnstädt, Thomas, Verschlusssache Karlsruhe, München 2018

Degenhart, Christoph, Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG, NJW 2022, 123 – 127 (zit. als „Entscheidung unter Unsicherheit")

Denninger, Erhard, Freiheitsordnung – Werteordnung – Pflichtordnung: Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1975, 545 – 550 (zit. als „Freiheitsordnung – Werteordnung – Pflichtordnung")

Deppe, Gigi, Richter sollten nicht nur durch Urteile sprechen, ZRP 2021, 100 – 102

De Schutter, Olivier, „The genesis of the EU Fundamental Rights Agency", in: *Byrne, Rosemary/Entzinger, Han* (Hrsg.), Human Rights Law and Evidence-Based Policy, London, New York 2020, S. 13 – 27

Detterbeck, Steffen, Streitgegenstand und Entscheidungswirkung im Öffentlichen Recht, Tübingen 1995, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Passau (1994)

Dietlein, Johannes, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Auflage, Berlin 2005, zugl. Jur. Diss. an der Universität Münster (1991)

Di Fabio, Udo, Herrschaft und Gesellschaft, Tübingen 2019

ders., Wirkungsmacht und Grenzen des Bundesverfassungsgerichts, APuZ 37/2021, 19 – 24

Dolzer, Rudolf, Die staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1972, zugl. Jur. Diss. an der Universität Heidelberg (1971)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dopatka, Friedrich-Wilhelm, Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt, Berlin 1982, zugl. Jur. Diss. an der Universität Bremen (1979)

Draht, Martin, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1966), 17 – 116

Dreier, Horst (Hrsg.), GG, Band 1, 4. Auflage, Tübingen 2023

ders., GG, Band 2, 3. Auflage, Tübingen 2015

ders., Verfassungsgerichtsbarkeit in Weimar, DÖV 2019, 609 – 621

ders., Grundrechtsexpansion, DÖV 2024, 413 – 425

Duden, Konrad, Die Wahl der Richterinnen und Richter des BVerfG und der obersten Bundesgerichte, JuS 2019, 859 – 864

ders., Richterwahl und parteipolitische Einflussnahme, RabelsZ 84 (2020), 637 – 665

ders., Schützt das Bundesverfassungsgericht!, VerfBlog vom 7.2.2024, https://verfassungsblog.de/schutzt-das-bundesverfassungsgericht/ (Stand: 30.03.2025)

Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), Grundgesetz, 105. Ergänzungslieferung, München 2024

Ebsen, Ingwer, Gesetzesbindung und „Richtigkeit" der Entscheidung, Berlin 1974, zugl. Jur. Diss. an der Universität Mainz (1972)

ders., Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlin 1985, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Frankfurt (Main) (1983)

ders., „Entscheidungsspezifische und adressatenspezifische Durchsetzungsbedingungen der Judikate des Bundesverfassungsgerichts", in: *Raiser, Thomas/Voigt, Rüdiger* (Hrsg.), Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, Baden-Baden 1990, S. 167 – 189

ders., Sozialversicherungsrechtliche Behandlung einmaligen Arbeitsentgelts – zugleich eine Fallstudie zum Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, NZS 1997, 441 – 449 (zit. als „Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung")

Ehlers, Dirk/Schoch, Friedrich (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, München 2021

Eichberger, Michael, Die Rechtsschutzgarantie vor Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht, NVwZ-Beilage 2013, 18 – 24

Engelmann, Klaus, Prozessgrundsätze im Verfassungsprozessrecht, Berlin 1977, zugl. Jur. Diss. an der Universität Marburg (1976)

Erichsen, Hans-Uwe, Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Hochschulpolitik, NVwZ 1990, 8 – 17

Eser, Albin, Schwangerschaftsabbruch: Reformversuche in Umsetzung des BVerfG-Urteils, JZ 1994, 503 – 510 (zit. als „Schwangerschaftsabbruch")

Faller, Hans Joachim, „Das Ringen um Entlastung des Bundesverfassungsgerichts", in: *Klein, Eckart* (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg 1995 (zit. als „FS Benda"), S. 43 -66

Federer, Julius, Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters, JZ 1968, 511 – 521

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Feick, Martin/Henn, Thomas, Drohendes Überschreiten der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftsteuer gesetzten Frist zum 31. Dezember 2008: Darf das alte Recht weiter angewandt werden?, DStR 2008, 1905 – 1909 (zit. als „Neuregelung der Erbschaftssteuer")

Felz, Sebastian, „Die Historizität der Autorität oder: Des Verfassungsrichters neue Robe", in: *Draganova, Viktoria/Kroll, Stefan/Landerer, Helmut/Meyer, Ulrike* (Hrsg.), Inszenierung des Rechts, München 2011, S. 101 – 117

Forsthoff, Ernst, „Zur Problematik der Verfassungsauslegung" in: *ders.,* Rechtsstaat im Wandel, 2. Auflage, München 1976, S. 153 – 174

ders., „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in: *ders.,* Rechtsstaat im Wandel, 2. Auflage, München 1976, S. 130 – 152

Frammersberger, Alexander, Der Hängebeschluss – Eine Möglichkeit der Rechtsschutzintensivierung im Eilverfahren, NVwZ 2022, 1866 – 1870 (zit. als „Der Hängebeschluss")

Franzius, Claudio, Das Paris-Abkommen zum Klimaschutz, ZUR 2017,515 – 524

Friedrich, Lutz, Vom Recht zur Berechtigung, Tübingen 2020, zugl. Jur. Diss. an der Universität Münster (2019)

Friesenhahn, Ernst, „Staatsgewalt und Rechtskontrolle 1932 und 1982", in: *Listl, Joseph/Schambeck, Herbert* (Hrsg.), Demokratie in Anfechtung und Bewährung, Berlin 1982 (zit. als „FS Broermann"), S. 517 – 554

Froese, Judith, Akzeptanz – ein rechtliches Argument?, DÖV 2023, 334 – 340 (zit. als „Akzeptanz")

Fröhlinger, Margot, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, Baden-Baden 1982, zugl. Jur. Diss. an der Universität Trier (1981)

Fromme, Friedrich Karl, Verfassungsrichterwahl, NJW 2000, 2977 – 2978

Fuß, Ernst-Werner, Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 1959, 201

Fuß, Susanne/Karbach, Ute, Grundlagen der Transkription, Opladen/Toronto 2014

Füssel, Hans-Peter/Hage, Karl-Heinz/Staupe, Jürgen, „Aspekte der Implementation von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsentscheidungen im Schulwesen", in: *Blankenburg, Erhard/Voigt, Rüdiger* (Hrsg.), Implementation von Gerichtsentscheidungen, Opladen 1987, S. 395 – 412

Gaier, Reinhard, Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, JuS 2011, 961 – 966

Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf, „Implementation von Programmen des Bundesverfassungsgerichts", in: *Raiser, Thomas/Voigt, Rüdiger* (Hrsg.), Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, Baden-Baden 1990, S. 226 – 239

Gawron, Thomas, Bundesverfassungsgericht und Religionsgemeinschaften, Berlin 2017

Gas, Tonio, Die Auflösung des Bundestages nach Art. 68 GG mittels unechter (auflösungsgerichteter) Vertrauensfrage, BayVBl. 2006, 65 – 71 (zit. als „Auflösung des Bundestages")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geis, Max-Emanuel, Die „Eilversammlung" als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung – Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung, NVwZ 1992, 1025 – 1030 (zit. als „Die „Eilversammlung" als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung")

Gerontas, Apostolos, Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1982, 486 – 491 (zit. als „Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit")

Gläß, Anne-Christin, „Das Bundesverfassungsgericht als ‚Hüter der Verfassung' – Zur Rolle und Bedeutung von Verfassungsgerichten in Krisenzeiten", in: *Donath, Philipp/Bretthauer, Sebastian/Dickel-Görig, Marie/Drehwald, Jennifer/Gourdet, Sascha/Heger, Alexander/Henrich, Christina/Hoffmann, Julia/Kirchbach, Cornelia/Kring, Jennifer/Lang, Lea Isabelle/Neumann, Theresa/Plicht, Sandra/Stix, Carolin/Völzmann, Berit/Wolckenhaar, Leonard/Zimmermann, Sören* (Hrsg.), Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit, Baden-Baden 2019, S. 263 – 282 (zit. als „Verfassungen")

Gläser, Jochen/Laudel, Grit, Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse, 4. Auflage, Wiesbaden 2010

Glatzmeier, Armin, Gerichte als politische Akteure, Baden-Baden 2019, zugl. Diss. an der Universität Passau (2016)

Glöckner, Andreas, „Legitimität und Rechtsbefolgung: Eine empirisch-psychologische Perspektive", in: *Herbst, Tobias/Zucca-Soest, Sabrina* (Hrsg.), Legitimität des Staates, Baden-Baden 2020, S. 47 – 64

Goffman, Erving, The presentation of self in everyday life, Garden City, USA, 1959

Goldhammer, Michael, „Zwischen Prophetie und Prognose – zur Eigenlogik der hoheitlichen Vorhersage", in: *Münkler, Laura* (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, Tübingen 2019, S. 217 – 232

Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 3, 8. Auflage, Freiburg 2019

Gostomzyk, Tobias, Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee, JuS 2004, 949 – 954

Grabenwarter, Christoph, „§ 11 Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung", in: *Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph* (Hrsg.) Verfassungstheorie, Tübingen 2010, S. 391 – 416

Graf, Jürgen (Hrsg.), BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, 54. Edition, Stand 1.1.2025, München 2025

Graßhof, Karin, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 225. EL, Heidelberg 2024

Graßhof, Malte, Die Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurt (Main) 2003 (zit. als „Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen"), zugl. Jur. Diss. an der Universität Potsdam (2002)

Grefrath, Holger, Exposé eines Verfassungsprozessrechts von den Letztfragen?, AöR 135 (2010), 221 – 250

Grigoleit, Klaus Joachim, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, Tübingen 2004, zugl. Habilitationsschrift an der Humboldt-Universität Berlin (2002/2003)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grimm, Dieter, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, JZ 1976, 697 – 703

ders., „Recht und Politik", in: *Klein, Eckart* (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg 1995, S. 91 – 103 (zit. als „FS Benda")

ders., Politikdistanz als Voraussetzung von Politikkontrolle, EuGRZ 2000, 1 – 3

ders., Wachsende Heterogenität – schwierige Integration, Merkur 2013, 863 – 871 (zit. als „Wachsende Heterogenität")

ders./Lepsius, Oliver/Waldhoff, Christian/Roßbach, Matthias, „Ich bin ein Freund der Verfassung", Tübingen 2017

ders., Vorbereiter – Nachbereiter, Tübingen 2019

ders., Recht oder Politik?, Berlin 2020

ders., Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 59 (2020), 321 – 353

ders., „Zum Verhältnis von Verfassungsgericht und Fachgerichten", in: *ders.,* Verfassungsgerichtsbarkeit, Berlin 2021, S. 296 – 313

ders., Die Historiker und die Verfassung, München 2022

Groh, Jakob/Gigga, Victor, „Agree to disagree" – Die Zulässigkeit von (vereinbarten) Sondervoten im deutschen Schiedsverfahrensrecht, NZG 2020, 1251 – 1255

Großfeld, Bernhard, Götterdämmerung?, NJW 1995, 1719 – 1723

Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Bielefeld 1974

Gusy, Christoph, Grundrechtsmonitoring, Der Staat 47 (2008), 511 – 549

Häberle, Peter, „Gemeinwohljudikatur" und Bundesverfassungsgericht, AöR 95 (1970), 86 – 125

ders., Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts, JZ 1973, 451 – 455

ders., Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297 – 305

ders., Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, JZ 1976, 377 – 384

ders., „Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft", in: *Becker, Josef* (Hrsg.), Dreißig Jahre Bundesrepublik – Tradition und Wandel, München 1979, S 53 – 76 (zit. als „Tradition und Wandel")

ders., Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, Königstein (Taunus) 1980

ders., Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht, Berlin 2014

ders., „Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft", in: *Ooyen, Robert van/Möllers, Martin* (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Auflage, Wiesbaden 2015, S. 31 – 45 (zit. als „BVerfG im politischen System")

Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung, 5. Auflage, Frankfurt (Main) 1997

Haberzettl, Kai, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG, NVwZ-Extra 2015, 1 – 8

Hagen, Johann Josef, Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliche Verfahren, München 1971 (zit. als „Allgemeine Verfahrenslehre")

Hahn, Lisa, Strategische Prozessführung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 39 (2019), 5 – 32

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hainthaler, Claudia, Die Sicherung der Werteunion, Berlin 2024, zugl. Jur. Diss. an der Universität Würzburg (2023)

Haltern, Ulrich, Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, NVwZ 2020, 817 – 823

ders., Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen, AöR 146 (2021), 195 – 252 (zit. als „Wirkliche Widersprüche")

Hartwig, Matthias, „Die zukünftige Position des Bundesverfassungsgerichts im staatsrechtlichen Gefüge der Bundesrepublik Deutschland", in: *Piazolo, Michael* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, Mainz 1995, S. 165 – 188

Hatajiri, Tsuyoshi, „Integrierte und isolierte Verfassungsgerichtsbarkeit" in: *Jestaedt, Matthias/Suzuki, Hidemi* (Hrsg.), Verfassungsentwicklung II, Tübingen 2019, S. 29 – 35

Hatje, Armin, Warten auf ultra vires, IWRZ 2016, 195 – 200

Haupt, Heiko, Der Beschluss des BVerfG zur Vollverzinsung – Eine vage Chance für den Rechtsstaat, DStR 2022, 126 – 132 (zit. als „Vollverzinsung")

Häußler, Richard, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, Berlin 1994, zugl. Jur. Diss. an der Universität Würzburg (1993)

Hecker, Wolfgang, Verweigerung der Stadthallennutzung gegenüber der NPD, NVwZ 2018, 787 – 791

Heise, Michael, The Past, Present, and the Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism, University of Illinois Law Review 2002, 819 – 850 (zit. als „Judicial Decision Making and the New Empiricism")

Heiser, Patrick, Meilensteine der qualitativen Sozialforschung, Wiesbaden 2018

Heldt, Amelie/Klatt, Matthias, Die Privilegierung der Justizpressekonferenz durch das Bundesverfassungsgericht, NVwZ 2021, 684 – 689

Helfferich, Cornelia, Die Qualität qualitativer Daten, 4. Auflage, Wiesbaden 2011

Heller, Hermann, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit – Aussprache, VVDStRL 5 (1929), 88 – 123

Henckel, Wolfram, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970

ders., Prozessrecht und materielles Recht, Athen 1988

Henne, Thomas, „Von 0 auf Lüth in 6 ½ Jahren", in: *ders./Riedlinger, Arne* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 197

Hensel, Roman, Bindungswirkung und Verfahren, Der Staat 50 (2011), 581 – 607

Herbst, Tobias, Die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage, Der Staat 45 (2006), 45 – 82

Herzmann, Karsten, Monitoring als Verwaltungsaufgabe, DVBl. 2007, 670 – 674

Herzog, Roman, Das Problem der staatlichen Autorität im westdeutschen Verfassungssystem, ZfP 1963, 145 – 161 (zit. als „Das Problem der staatlichen Autorität")

ders., Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 4 (1965), 37 – 49

Hesse, Konrad, Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JZ 1995, 265 – 273

ders., „Skepsis und Zuversicht", in: *Klein, Eckart* (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg 1995, S. 1 – 15

Heun, Werner, Staatshaushalt und Staatsleitung, Baden-Baden 1989, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Bonn (1988)

ders., Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1992

ders. „Rechtliche Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen", in: *Starck, Christian* (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil II, Baden-Baden 2006, S. 173 – 186

ders., Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, Tübingen 2014

Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, Tübingen 2019

Hillgruber, Christian, Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, JZ 2011, 861 – 871 (zit. als „Ohne rechtes Maß")

ders./Goos, Christoph, Verfassungsprozessrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2020

Hirschl, Ran, „Verfassungsrecht und vergleichende Politikwissenschaft – an den Grenzen der Disziplinen", in: *Hein, Michael/Petersen, Felix/von Steinsdorff, Silvia* (Hrsg.), Die Grenzen der Verfassung, Baden-Baden 2018, S. 15 – 30

Hirzel, David, Macht und Methode, Berlin 2023, zugl. Jur. Diss. an der Universität Speyer (2022)

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Beharrung oder Innovation – Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Der Staat 13 (1974), 335 – 364 (zit. als „Beharrung oder Innovation)

ders., „Zur Verwendung der Sozialwissenschaften für die Juristenausbildung", in: *Giehring, Heinz/Haag, Fritz/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Ott, Claus* (Hrsg.), Juristenausbildung – erneut überdacht, Baden-Baden 1990, S. 75 – 108

ders., Nachvollziehende Grundrechtskontrolle, AöR 128 (2003), 173 – 225

ders., Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 46 (2004), 203 – 233

ders., Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009 – 1022

Honer, Mathias/Rudloff, Tobias, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, DÖV 2020, 461 – 468

Honsell, Heinrich, Wächter oder Herrscher? – Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zwischen Recht und Politik, ZIP 2009, 1689 – 1697 (zit. als „Wächter oder Herrscher")

Hopf, Christel, „Qualitative Interviews – ein Überblick" in: *Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage, Hamburg 2022, S. 349 – 360

Höreth, Marcus, Die Europäische Union im Legitimationstrilemma, Baden-Baden 1999, zugl. Jur. Diss. an der Universität Freiburg (1998)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hörnle, Tatjana, Die subjektiven Rechte der Angehörigen von Mordopfern – und ihre Relevanz für die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO, GA 169 (2022), 184 – 194 (zit. als „Wiederaufnahme")

Huber, Norbert, Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde, Herdecke 1999 (zit. als „Einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG"), zugl. Jur. Diss. an der Universität Passau (1998/99)

Huber, Peter, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, JZ 2003, 290 – 297 (zit. als „Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand")

ders., „§ 6 Rechtsstaat", in: *Herdegen, Mathias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021

ders., Die Politik muss dem Recht angepasst werden, FAZ vom 16.12.2021, S. 8

ders., Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, JZ 2022, 1 – 7

ders., Der Erfolg des Bundesverfassungsgerichts, FAZ vom 06.04.2023, S. 8

ders./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz, Band 3, 8. Auflage, München 2024

Hufen, Friedhelm, „Nudging – oder: Wohin und wie weit darf der Staat seinen Bürger schubsen?", in: *Ludwigs, Markus* (Hrsg.), Regulierender Staat und konfliktschlichtendes Recht, Berlin 2018, S. 99 – 109 (zit. als „FS Schmidt-Preuß)

Huff, Martin, Justiz und Öffentlichkeit, Berlin 1996

ders., Information ist auch eine Aufgabe des BVerfG – Anmerkungen zur Öffentlichkeitsarbeit, NJW 2001, 2951 – 2953 (zit. als „Information")

Ingold, Albert, Reichweite und Konsequenzen der föderalen Umsetzungsverantwortung im Rundfunkbeitragsfestsetzungsverfahren, ZUM 2021, 881 – 887

Ipsen, Jörn, Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975, zugl. Jur. Diss an der Universität Göttingen (1974)

ders., Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Göttingen (1979/80)

ders., „Bindungswirkung der Entscheidungen und Auslegung des Verfassungsgerichts", in: *Heun, Werner/Starck, Christian* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, Baden-Baden 2008, S. 203 – 209

ders., Der Staat der Mitte, München 2009

Isensee, Josef, Grundrechte und Demokratie, Bonn 1981

ders., „Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik", in: *Piazolo, Michael* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, Mainz 1995, S. 49 – 59

ders., Karlsruhe ist nicht mehr unangreifbar, FAZ vom 26. 9. 1996, S. 13

Jäger, Melanie/Hökendorf, Jörn, Das Sanktionsmoratorium und die Umsetzung in der Praxis, info also 2022, 147 – 153

Jaeger, Renate, Erfahrungen mit Entlastungsmaßnahmen zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2003, 149 – 154 (zit. als „Erfahrungen mit Entlastungsmaßnahmen")

Jahn, Jannika, Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen, Baden-Baden 2021, zugl. Jur. Diss. an der Universität Heidelberg (2020)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dies., Das Bundesverfassungsgericht, die Bundesregierung und der Interorganaspekt, VerfBlog 2022/7/11,https://verfassungsblog.de/das-bundesverfassungsgericht-die-bundesregierung-und-der-interorganrespekt/ (Stand. 30.03.2025)

Jahn, Matthias, Stürmt Karlsruhe die Bastille? – Das Bundesverfassungsgericht und die überlange Untersuchungshaft, NJW 2006, 652 – 654 (zit. als „Das Bundesverfassungsgericht und die überlange Untersuchungshaft")

Jarass, Hans, „Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen" in: *Badura, Peter/Dreier, Horst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2, Tübingen 2001, S. 35 – 53 (zit. als „FS 50 Jahre BVerfG")

Jasper, Gotthard, Der Schutz der Republik, Tübingen 1963, zugl. Dissertation an der Universität Tübingen (1960)

Jauernig, Othmar, Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971, 329 – 334

Jestaedt, Matthias, „Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist", in: *Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage, Berlin 2019, S. 77 – 158

Johannes, Paul, Forschungsdatenmanagement in der Rechtswissenschaft, DÖV 2017, 899 – 906

Junker, Abbo, Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht – Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH, NJW 2018, 1850 – 1853 (zit. als „Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht")

Kahl, Wolfgang, Optimierungspotenzial im „Kooperationsverhältnis" zwischen EuGH und BVerfG, NVwZ 2020, 824 – 828 (zit. als „Optimierungspotenzial")

Kaiser, Robert, Qualitative Experteninterviews, 2. Auflage, Wiesbaden 2021

Kaspar, Johannes, Mord-Freisprüche nur noch unter Vorbehalt? Strafprozessuale und verfassungsrechtliche Probleme der neuen Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 362 Nr. 5 StPO, GA 169 (2022), 21 – 36 (zit. als „Mord-Freisprüche nur noch unter Vorbehalt?")

Kelsen, Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 30 – 88

ders., Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1929

ders., Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960

ders., „Wer soll Hüter der Verfassung sein?" in: *Ooyen, Robert van* (Hrsg.), Wer soll Hüter der Verfassung sein?, 2. Auflage, Tübingen 2019

ders., „Allgemeine Staatslehre" in: *Jestaedt, Matthias* (Hrsg.), Allgemeine Staatslehre, Tübingen 2019

Kempny, Simon, Mittelbare Rechtssatzverfassungsbeschwerde und unmittelbare Grundrechtsverletzung, Der Staat 53 (2014), 577 – 631

Kielmansegg, Peter Graf, Legitimität als analytische Kategorie, PVS 12 (1971), 367 – 401

Kingreen, Thorsten, Woher weißt Du das?, Berlin 2024

Kirchhof, Ferdinand, Die Strukturen der Rechtsprechung von BVerwG und BVerfG bei der Auslegung von Grundrechten, NVwZ-Beilage 2013, 13 – 17 (zit. als „Strukturen der Rechtsprechung")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, NJW 2020, 1494 – 1497

Kirchhof, Paul, „Rechtsstaatliche Anforderungen an den Rechtsschutz in Steuersachen", in: *Trzaskalik, Christoph* (Hrsg.), Der Rechtsschutz in Steuersachen, Köln 1995, S. 17 – 46

ders., Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs, NJW 1996, 1497 – 1503

Kirchner, Raven, Grundsatzkritik an der wiederholten Weigerung der Pressekammer des LG Berlin, der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf prozessuale Waffengleichheit zu folgen, EuGRZ 2023, 410 – 417 (zit. als „Wiederholte Weigerung")

ders., Karlsruhes Vollstrecker, *VerfBlog,*2024/4/10, https://verfassungsblog.de/karlsruhes-vollstrecker/ (Stand: 30.03.2025)

Kischel, Uwe, Die Begründung, Tübingen 2003, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Mannheim (2001/2002)

ders., „A step forward for Europe – The German Constitutional Court's decision on PSPP", in: *Urbanik, Jakub/Bodnar, Adam* (Hrsg.), Law in a time of constitutional crisis, Warschau 2021, S. 301 – 322 (zit. als „FS Wyrzykowski")

Klatt, Matthias, Autoritative und diskursive Instrumente des Bundesverfassungsgerichts, JöR 68 (2020) 63 – 87

ders., Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2023, zugl. Jur. Diss. an der Universität Hamburg (2021)

Klein, Eckart, „Verfahrensgestaltung durch Gesetz und Richterspruch: Das ‚Prozessrecht' des Bundesverfassungsgerichts", in: *Badura, Peter/Dreier, Horst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 1, Tübingen 2001 (zit. als FS 50 Jahre BVerfG), S. 509 – 531

Klein, Hans Hugo, Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, Frankfurt (Main) 1968

ders., „Verfassungsgerichtliche Befugnisse zur Begründung neuer prozessualer Rechtsfiguren", in: *Heun, Werner/Starck, Christian,* Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, Baden-Baden 2008, S. 147 – 157

Klement, Jan Henrik, „Rechtsbefolgung und Rechtsdogmatik", in: *Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen* (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, Tübingen 2019, S. 227 – 250

Kloepfer, Michael, Die Wahlen von Bundesverfassungsrichtern im Sechsparteienstaat, NJW 2022, 1509 – 1512 (zit. als „Die Wahlen von Bundesverfassungsrichtern")

ders., Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022

Kluckert, Sebastian, „§ 40 Das Verfassungsgericht – das BVerfG", in: *Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band 2, 2. Auflage, München 2022

Kment, Martin, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage, Baden-Baden 2019

Knauer, Christoph /Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Band 3, 2. Auflage, München 2024 (zit. als: „MüKo StPO")

Kneip, Sascha, Verfassungsgerichte als demokratische Akteure, Baden-Baden 2009, zugl. Dissertation an der Humboldt-Universität Berlin (2009)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Köck, Wolfgang, Der Umgang mit wissenschaftlicher Unsicherheit in der Rechtsprechung zum EU-Naturschutzrecht, ZUR 2022, 259 – 270 (zit. als „Der Umgang mit wissenschaftlicher Unsicherheit")

Koepsell, Philipp, Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, Tübingen 2023, zugl. Jur. Diss. an der Universität Freiburg im Breisgau (2023)

Kollmann, Andreas, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht, Berlin 1996 (zit. als „Begriffs- und Problemgeschichte"), zugl. Jur. Diss. an der Universität Freiburg (1993/94)

Koppensteiner, Franz, Black Box EuGH?, EuR 2022, 711 – 730

Kowal, Sabine/O'Connel, Daniel, „Zur Transkription von Gesprächen", in: *Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage, Hamburg 2022, S. 437 – 447

Kranenpohl, Uwe, Herr des Verfahrens oder nur Einer unter Acht? Der Einfluss des Berichterstatters in der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 30 (2009), 135 – 163 (zit. als „Herr des Verfahrens")

ders., Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, Wiesbaden 2010 (zit. als „Beratungsgeheimnis"), zugl. Habilitationsschrift an der Universität Passau (2009)

Krebs, Klaus, Aktuelle „Werte-Rechtsprechung" aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Kritik, NVwZ 2023, 557 – 562 (zit. als „Aktuelle ‚Werte-Rechtsprechung'")

Kreutzberger, Senja, Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurt (Main) 2007 (zit. als „Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts"), zugl. Jur. Diss. an der Universität Würzburg (2007)

Kriele, Martin, Gesetzesprüfende Vernunft und Bedingungen rechtlichen Fortschritts, Der Staat 6 (1967), 45 – 60

Krings, Günter, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, Berlin 2003, zugl. Jur. Diss. an der Universität Köln (2002)

Kroitzsch, Hermann, Wegfall der Begründungspflicht – Wandel der Staatsform der Bundesrepublik, NJW 1994, 1032 – 1035 (zit. als „Wegfall der Begründungspflicht")

Krüger, Wolfgang, Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung im Spannungsfeld zwischen materiellem und formellem Recht, NJW 1990, 1208 – 1213 (zit. als „Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung")

Kühling, Jürgen, Das „Recht auf Vergessenwerden" vor dem BVerfG – November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, 275 – 280 (zit. als „Das ‚Recht auf Vergessenwerden' vor dem BVerfG")

Kulick, Andreas/Vasel, Johann Justus, Das konservative Gericht, Tübingen 2021

Kunz, Karl-Ludwig/Mona, Martino, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, 2. Auflage, Bern 2015

Kutscha, Martin, Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?, NJW 2008, 1042 – 1044.

Ladeur, Karl-Heinz, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise? – Eine transnationale Probe aufs Exempel – USA, Israel, Deutschland, Polen, Ungarn, Ekuador, Südafrika, RuP 2024, 30 – 48 (zit. als „Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lamnek, Siegfried/Krell, Claudia, Qualitative Sozialforschung, 6. Auflage, Weinheim 2016

Lamprecht, Rolf, Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1996

ders., Obiter dictum – Arabeske oder Ballast?, NJW 1998, 1039 – 1041 (zit. als „Obiter dictum")

ders., Vom Untertan zum Bürger – Wie das Bonner Grundgesetz an seinem Karlsruher „Über-Ich" gewachsen ist, NJW 2009, 1454 – 1457 (zit. als „Vom Untertan zum Bürger")

ders., Kooperation und Konfrontation, ZRP 2012, 149 – 152

Landau, Herbert, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, 121 – 129 (zit. als „Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege")

ders., Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG zu den Absprachen im Strafprozess vom 19. März 2013, NStZ 2014, 425 – 430 (zit. als „Absprachen im Strafprozess")

Landfried, Christine, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Baden-Baden 1984, zugl. Jur. Diss. an der Universität Heidelberg (1984)

dies., Judicial Policy-Making in Germany: the Federal Constitutional Court, WEP 15 Nr. 3 (1992), 50 – 67 (zit. als „Judicial Policy-Making in Germany")

dies., Vorhang auf für die Bühne in Karlsruhe, ZRP 2011, 156 – 158

dies., „Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Potential für demokratisches Regieren", in: *Heinig, Hans Michael/Schorkopf, Frank* (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz, Göttingen 2019, S. 255 – 266

Lang, Andrej, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung: Rechtsprechungskoordination in rechtsordnungsübergreifenden Richternetzwerken, Berlin 2020 (zit. als „Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung"), zugl. Jur. Diss an der Freien Universität Berlin (2019)

ders., Das „Kooperationsverhältnis" zwischen Bundesverfassungsgericht und dem Europäischem Gerichtshof nach dem PSPP-Urteil, Der Staat 60 (2021), 99 – 131 (zit. als „Kooperationsverhältnis")

Lange, Felix, Der Dehler-Faktor – Die widerwillige Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts durch die Staatsrechtslehre, Der Staat 56 (2017), 77 – 105 (zit. als „Der Dehler-Faktor")

Lange, Pia, Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren, Baden-Baden 2012, zugl. Jur. Diss. an der Universität Göttingen (2011)

dies., Auf der Suche nach dem idealen Beschwerdeführer, ZRP 2017, 18 – 21

Langer, Antje, „Transkribieren – Grundlagen und Regeln", in: *Friebertshäuser, Barbara/Langer, Antje/Prengel, Annedore* (Hrsg.), Handbuch Qualitative Forschungsmethoden in der Erziehungswissenschaft, 4. Auflage, Weinheim/Basel 2013, S. 515 – 526 (zit. als „Qualitative Forschungsmethoden")

Laufer, Heinz, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, Tübingen 1968, zugl. Habilitationsschrift an der Universität München (1967)

Laufs, Adolf, Ein Jahrhundert wird besichtigt – Rechtsentwicklungen in Deutschland: 1900 bis 1999, JuS 2000, 1 – 10

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Laumen, Simone, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG, Frankfurt 1997, zugl. Jur. Diss. an der Universität Bonn (1996/97)

Lautsch, Eva Ricarda, „Die offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten?", in: *Donath, Philipp/Bretthauer, Sebastian/Dickel-Görig, Marie/Drehwald, Jennifer/Gourdet, Sascha/Heger, Alexander/Henrich, Christina/Hoffmann, Julia/Kirchbach, Cornelia/Kring, Jennifer/Lang, Lea Isabelle/Neumann, Theresa/Plicht, Sandra/Stix, Carolin/Völzmann, Berit/Wolckenhaar, Leonard/Zimmermann, Sören* (Hrsg.), Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit, Baden-Baden 2019, S. 37 – 52 (zit. als „Verfassungen")

Lechner, Hans, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1. Auflage, München u. Berlin 1954

ders./Zuck, Rüdiger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Auflage, München 2019

Lehmann, Günter, Die effektive Befragung, 3. Auflage, Tübingen 2022

Leibholz, Gerhard, Einleitung in die Materialien zum Status des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6 (1957), 109 – 221

Leisner, Walter, Die Prognose im Staatsrecht, Berlin 2015

Leisner-Egensperger, Anna, Die Freiheit und ihr Schutz, NJW 2021, 2415 – 2420

Lembcke, Oliver, Hüter der Verfassung, Tübingen 2007, zugl. Dissertation an der Universität Jena (2004)

ders., „Inspekteur statt Gestalter der Demokratie" – 70 Jahre BVerfG, ZRP 2021, 217 – 220

ders., Empirical Research on the Federal Constitutional Court of Germany, Zeitschrift für Rechtssoziologie 42 (2022), 89 – 105

Lembke, Mark/Tegel, Johannes, Neues zum Vorbeschäftigungsverbot des Befristungsrechts, NZA 2019, 1029 – 1035

Lenz, Christofer/Hansel, Ronald, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2024

Lepsius, Oliver, „Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration", in: *Doering-Manteuffel, Anselm/Greiner, Bernd/Lepsius, Oliver* (Hrsg.), Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen 2015, S. 113 – 165 (zit. als „Brokdorf-Beschluss")

ders./Doering-Manteuffel, Anselm, „Die Richterpersönlichkeiten und ihre protestantische Sozialisation", in: in: *Doering-Manteuffel, Anselm/Greiner, Bernd/Lepsius, Oliver* (Hrsg.), Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen 2015, S. 167 – 224 (zit. als „Brokdorf-Beschluss")

ders., „Die maßstabsetzende Gewalt", in: in: *Jestaedt, Mathias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage, Berlin 2019, S. 159 – 279

ders., Einstweiliger Rechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes, Der Staat 60 (2021), 609 – 651

Lerche, Peter, „Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs", in: *Heinze, Meinhard/Schmitt, Jochem* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter, Wiesbaden 1995, (zit. als FS Gitter) S. 509 – 517

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Limbach, Jutta, „Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen", in: *Brand, Jürgen/Strempel, Dieter* (Hrsg.), Soziologie des Rechts, Baden-Baden 1998, S. 207 – 219

dies., Im Namen des Volkes, Stuttgart 1999

dies., Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, 2913 – 2919

dies., Die deutsche Einheit als Herausforderung der Justiz, NJ 2002, 453 – 455

dies., „Zur Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts", in: *Herdegen, Mathias/Klein, Hans Hugo/Papier, Hans-Jürgen/Scholz, Rupert* (Hrsg.), Staatsrecht und Politik, München 2009, S. 273 – 279 (zit. als „FS Herzog")

Linton, Ralph, The Study of Man, New York, USA 1936

Lorenz, Dieter, Grundrechte und Verfahrensordnungen, NJW 1977, 865 – 872

Lübbe-Wolff, Gertrude, Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?, Göttingen 2015

dies., Beratungskulturen, 2. Auflage, Berlin 2023

Lucke, Doris Mathilde, Akzeptanz, Opladen 1995, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Bonn (1994)

dies., „‚Kein Mensch hat das Recht zu gehorchen´ – Rechtsbefolgung aus soziologischer Perspektive", in: in: *Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen* (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, Tübingen 2019, S. 73 – 100

Lücke, Jörg, Die stattgebende Entscheidung im verfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen, JZ 1983, 380 – 383 (zit. als „Die stattgebende Entscheidung")

Lüdemann, Jörn, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, 27 – 30

Ludwigs, Markus, Scherbenhaufen oder Chance?, EuZW 2020, 530 – 533

Luetjohann, Eberhard, Nicht-normative Wirkungen des Bundesverfassungsgerichts, 1991, zugl. Jur. Diss. an der Universität Kiel (1989/90)

Luhmann, Niklas, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt (Main) 1983

ders., „Complexity, Structural Contingencies and Value Conflicts", in: *Heelas, Paul/Lash, Scott/Morris, Paul* (Hrsg.), Detraditionalization, Cambridge (USA) 1996, S. 59 – 71

Lundmark, Thomas/Herrmann, Sebastian, Auslegung von Rechtsprechung, NJW 2020, 28 – 31

Lutz-Bachmann, Matthias, „Werte und Normen", in: *Forst, Rainer/Günther, Klaus* (Hrsg.), Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 249 – 277

Mager, Ute, „The German Constitution as Value System", in: *Witte, John/Welker, Michael* (Hrsg.), The impact of the Law, Leipzig 2021, S. 141 – 149

Mahrenholz, Ernst Gottfried, „Kammerbeschlüsse – Nichtannahmegebühren" in: *Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin 1987, S. 1361 – 1377 (zit. als „FS Zeidler")

Mankowski, Peter, Rechtskultur, Tübingen 2016

Manow, Philip, Der Geist der Gesetze, Merkur 891 (2023), 5 – 14

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., Unter Beobachtung, Berlin 2024

Märker, Klaus, Drittes Geschlecht? NZFam 2018, 1 – 5

Marsch, Nikolaus, Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 137 (2012), 592 – 624 (zit. als „Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde")

Marschall, Stefan, Das politische System Deutschlands, 4. Auflage, München 2018

Martens, Sebastian, Methodenlehre des Unionsrechts, Tübingen 2013, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Regensburg (2012)

Masing, Johannes, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin 1997, zugl. Jur. Diss. an der Universität Freiburg (1996) (zit. als „Die Mobilisierung des Bürgers")

ders., „Entscheidung in unterschiedlichen Spruchkörpern", in: *Jestaedt, Matthias/Suzuki, Hidemi* (Hrsg.), Verfassungsentwicklung II, Tübingen 2019, S. 177 – 193

ders., Balance wahren, ZRP 2020, 194 – 199

ders., „§ 15 Das Bundesverfassungsgericht" in: *Herdegen, Mathias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021

ders., Politische Friedensgewähr und Idealität der Verfassung, JZ 2022, 137 – 138

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. Ergänzungslieferung, München 2024

Mayer, Franz, Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, 473 – 513 (zit. als „Rebels without a cause?")

Mayer, Horst Otto, Interview und schriftliche Befragung, 6. Auflage, München 2013

Mayring, Philipp, Qualitative Inhaltsanalyse, 13. Auflage, Weinheim 2022

Merkens, Hans, „Auswahlverfahren, Sampling, Fallkonstruktion", in: in: *Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage, Hamburg 2022, S. 286 – 299

McCombs, Maxwell, Setting the Agenda, Cambridge 2004

Meickmann, Till Valentin, Evidenzkontrolle und Folgenabwägung als Voraussetzung einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht, DÖV 2022, 137 – 147 (zit. als „Evidenzkontrolle und Folgenabwägung")

Meier, Horst, Politische Einheit im Dissens, Baden-Baden 2022

Meinel, Florian, Berlin ist nicht Bonn, AöR 138 (2013), 584 – 632

ders., Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition: zur Rechtsprechung seit dem Lissabon-Urteil, Der Staat 60 (2021), 43 – 98 (zit. als „Das BVerfG in der Ära der Großen Koalition")

Menger, Christian-Friedrich, „Allgemeine Prozessrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung", in: *Külz, Helmut/Naumann, Richard* (Hrsg.), Staatsbürger und Staatsgewalt, Band 2, Karlsruhe 1963, S. 427 – 447

Merkel, Claus Theo, Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und die staatsrechtliche Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts, Heidelberg 1975, zugl. Jur. Diss. an der Universität Heidelberg (1976) (zit. als „Einstweilige Anordnung)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Merkl, Adolf, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, öZBl 39 (1921), 569 – 609

Meßerschmidt, Klaus, Quantitative Vorgaben in der Gesetzgebung und ihre judikative Kontrolle, DÖV 2023, 225 – 235

Michl, Fabian, „Zwischen bewusster Auswahl und selektiver Wahrnehmung – Zur selektiven Rezeption von Rechtsprechung durch die Rechtswissenschaft im europäischen Kontext" in: *Mülder, Marje/Drechsler, Stefan/Helmrich, Christian/Streule, Veronika/Weitensteiner, Julia* (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht, Baden-Baden 2018, S. 379 – 406 (zit. als „Richterliche Abhängigkeit")

ders., Erna Scheffler und die Willkür des NS-Regimes, NJW 2021, 3436 – 3440

ders., Schutz des BVerfG – Sichern mit Augenmaß, ZRP 2024, 33 (zit. als „Schutz des BVerfG")

Miles, Edwin, After John Marshall's Decision: Worcester v. Georgia and the Nullification Crisis, The Journal of Southern History 39 (1973), 519 – 544

Mitter, Maximilian Alexander, Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik – Vornehmlich der Normenkontrolle, GRZ 2022, 145 – 154 (zit. als „Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit")

Moes, Christoph, Die abstammungsrechtliche Zuordnung der Elternschaft in den Ehen zweier Frauen, NJW 2021, 3359 – 3364

Möller, Matthias, Spielräume, Prärogativen und Kotrolldichte in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, Berlin 2022, zugl. Jur. Diss. an der Universität Münster (2021) (zit. als „Spielräume")

Möllers, Christoph, Die drei Gewalten, Weilerswist 2008

ders., Die Möglichkeit der Normen, Berlin 2015

ders., „Funktionen des Verfassungsprozessrechts", in: *Münch, Joachim/Thiele, Alexander* (Hrsg.), Verfassungsrecht im Widerstreit, Tübingen 2019, S. 149 – 173 (zit. als „GS Heun")

ders., „Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts", in: *Jestaedt, Mathias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage, Berlin 2019, S. 281- 422

ders., Freiheitsgrade, Berlin 2020

Morlok, Martin, Das Recht des politischen Prozesses, JuS 2022, 1 – 9

Möstl, Markus, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Tübingen 2002, zugl. Habilitationsschrift an der Universität München (2002)

Müller, Gebhard, Das Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland, Journal der Internationalen Juristenkommission, 1965, 219 – 245 (zit. als. „BVerfG")

Müller, Wolfgang, Der Conseil d'Etat, AöR 117 (1992), 337 – 409

Münkler, Laura, Expertokratie, Tübingen 2020, zugl. Habilitationsschrift an der Universität München (2020)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dies., Praktikabilität als rechtliches Argument?, AöR 146 (2021), 595 – 641

Murach, Jochen, Anwendbarkeit des § 945 ZPO bei einstweiligen Anordnungen des BVerfG im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde, DÖV 2000, 631 – 638 (zit. als „Anwendbarkeit des § 945 ZPO bei einstweiligen Anordnungen")

Murswiek, Dietrich, Paradoxa der Demokratie, JZ 2017, 53 – 61

ders., Karlsruhe als Klimaaktivist, FAZ Einspruch vom 19.7.2021, abrufbar unter: https://www.faz.net/aktuell/politik/einspruch-exklusiv-karlsruhe-als-klimaaktivist-17444835.html (Stand: 30.03.2025)

Muthorst, Olaf, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, München 2020

Nebeling, Martin/Lankes, Florian, „Kirchliches Arbeitsrecht in Deutschland" und das Wechselspiel zwischen Unionsrecht und nationalem Recht, RdA 2023, 33 – 42 (zit. als „Kirchliches Arbeitsrecht in Deutschland")

Nettesheim, Martin, Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben, Paderborn 2017

Neumann, Volker, Legislative Einschätzungsprärogative und gerichtliche Kontrolldichte bei Eingriffen in die Tarifautonomie, RdA 2007, 71 – 76 (zit. als „Legislative Einschätzungsprärogative")

Neumeier, Christian, „§ 7 – Monetäre Souveränität", in: *Holterhus, Till Patrik/Weber, Ferdinand* (Hrsg.), Handbuch Europäische Souveränität, Tübingen 2024, S. 247 – 290

Neutz, Wolfgang, Verfassungsprozessrecht, Mainz 1990, zugl. Jur. Diss. an der Universität Mainz (1990)

Nußberger, Angelika, Makro- und Mikrotrends in der Entwicklung des Grundrechtsschutzes, Der Staat 61 (2022), 539 – 578

Oexle, Anno/Lammers, Thomas, Klimapolitik vor den Verwaltungsgerichten – Herausforderungen der „climate change litigation", NVwZ 2020, 1723 – 1727 (zit. als „Klimapolitik vor den Verwaltungsgerichten")

Ooyen, Robert van, „Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts", in: *ders./Möllers, Martin* (Hrsg.), Verfassungs-Kultur, Baden-Baden 2016, S. 163 – 174

Oppermann, Thomas, „Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre", in: *Badura, Peter/Dreier, Horst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 1, Tübingen 2001, S. 421 – 460 (zit. als „FS 50 Jahre BVerfG")

Ortloff, Karsten-Michael, Rechtspsychologie und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Das Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung, NVwZ 1995, 28 – 30 (zit. als „Das Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung")

ders., Kommunikationsdefizite im Verwaltungsprozess?, NVwZ 2002, 1310 – 1316

Ossenbühl, Fritz, „Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht", in: *Müller, Georg/Rhinow, René/Schmid, Gerhard/Wildhaber, Luzius* (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Basel 1982, S. 183 – 195 (zit. als „FS Eichenberger")

Pagenkopf, Martin, Fachkompetenz und Legitimation der Richter des BVerfG, ZRP 2011, 229 – 232

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Paha, Johannes, „Warum befolgen wir Recht? – Rechtsbefolgung aus ökonomischer Perspektive", in: *Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen* (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, Tübingen 2019, S. 43 – 72

Papier, Hans-Jürgen, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, EuGRZ 2006, 530 – 532

ders., „§ 80 Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte", in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band 3, Heidelberg 2009 (zit. als „Handbuch der Grundrechte")

ders., „§ 176 Justizgewährungsanspruch", in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 8, 3. Auflage, Heidelberg 2010

ders., „Das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu Politik und Öffentlichkeit", in: *Melville, Gert/Rehberg, Karl-Siegbert* (Hrsg.), Dimensionen institutioneller Macht, Köln/Weimar/Wien 2012, S. 253 – 266

ders., Solidarität, Gerechtigkeit, Gemeinwohl, IWRZ 2020, 195 – 200

Patzelt, Werner, „‚Weiche Faktoren' institutioneller Macht", in: *Melville, Gert/Rehberg, Karl-Siegbert* (Hrsg.), Dimensionen institutioneller Macht, Köln/Weimar/Wien 2012, S. 217 – 251

ders., „Warum mögen die Deutschen ihr Verfassungsgericht so sehr?", in: *Ooyen, Robert van/Möllers, Martin* (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Auflage, Wiesbaden 2015, S. 313 – 331 (zit. als „BVerfG im politischen System")

Paulus, Andreas, Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in herausfordernden Zeiten, EuGRZ 2022, 357 – 360

Pawlowski, Hans-Martin, Die rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur, DÖV 1976, 505 – 511

Payandeh, Mehrdad, Judikative Rechtserzeugung, Tübingen 2017, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Düsseldorf (2016)

Petersen, Niels, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010), 435 – 455

ders./Chatziathanasiou, Konstantin, Empirische Verfassungsrechtswissenschaft, AöR 144 (2019), 501- 535

Pfeiffer, Gerd, „Karlsruhe – Auf dem Weg zur Residenz des Rechts", in: *Kirchgässner, Bernhard/Becht, Hans-Peter* (Hrsg.), Residenzen des Rechts, Sigmaringen 1993, S. 99 – 111

Philippi, Klaus Jürgen, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1971, zugl. Jur. Diss. an der Universität des Saarlandes (1971)

Piazolo, Michael, „Das Bundesverfassungsgericht und die Beurteilung politischer Fragen", in: *ders.* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, Mainz 1995, S. 243 – 257

Picker, Eduard, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung? – Teil 2, JZ 1988, 62 – 75 (zit. als „Richterrecht oder Rechtsdogmatik II")

ders., „Richterrecht und Rechtsdogmatik. Zur rechtsdogmatischen Disziplinierung des Richterrechts", in: *Bumke, Christian* (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012, S. 85 – 119

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Plett, Konstanze, Nachruf auf Jutta Limbach (1934 – 2016), Zeitschrift für Rechtssoziologie 36 (2016), 314 – 320

Pohle, Albrecht Peter, Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, Frankfurt (Main) 1979, zugl. Jur. Diss. an der Universität Bielefeld (1978/79)

Pohlmann, Markus, Einführung in die Qualitative Sozialforschung, Konstanz 2022

Posser, Herbert, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, Berlin 1993, zugl. Jur. Diss. an der Universität Münster (1992/93)

Preßlein, David, Grundgesetz vs. Grundrechtecharta? Zur „europäisierten Grundrechtsprüfung" des BVerfG nach den Beschlüssen zum „Recht auf Vergessen" und „Europäischer Haftbefehlt III", EuR 2021, 247 – 273 (zit. als „Grundgesetz vs. Grundrechtecharta?")

Prütting, Hanns, „Prozessrecht und materielles Recht", in: *Münch, Joachim* (Hrsg.), Prozessrecht und materielles Recht, Tübingen 2015, S. 261 – 267 (zit. als „FS Henckel)

Pschorr, Simon, Die Fachgerichtsbarkeit zwischen Vorlagepflicht und Entscheidungserheblichkeit, JZ 2025, 102 – 105

Ramsauer, Ulrich, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NordÖR 2019, 157 – 166

Rath, Christian, „Pressearbeit und Diskursmacht des Bundesverfassungsgerichts", in: *Ooyen, Robert van/Möllers, Martin* (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Auflage, Wiesbaden 2015, S. 403 – 412

ders., Die öffentliche Wahrnehmung des Bundesverfassungsgerichts, APuZ 37/2021, 25 – 30

Rauber, Jochen, Karlsruhe sehen und sterben: Verfassungsprozessuale Probleme beim Tod des Beschwerdeführers im Verfassungsbeschwerdeverfahren, DÖV 2011, 637 – 645 (zit. als „Tod des Beschwerdeführers")

ders., Kompensation durch Verfahren, Tübingen 2024, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Heidelberg

Rawls, John, Political liberalism, New York (USA) 2005

Redder, Jan-Philipp, Der Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit, JA 2023, 265 – 270

Redeker, Konrad, Zeitgeist und Wertordnung, NJW 1999, 3687 – 3688

Rehder, Britta/Gröning, Leonie, „Die Legitimationspolitik des Bundesverfassungsgerichts. Eingeschlagene Reformpfade und Grenzen der Selbstlegitimierung.", in: *Gawron, Thomas/Lembcke, Oliver/Ooyen, Robert van* (Hrsg.), Reform des Bundesverfassungsgerichts?, Berlin 2021, S. 153 – 159

Reimer, Franz, Vertrauensfrage und Bundestagsauflösung bei parlamentarischer Anscheinsgefahr, JuS 2005, 680 – 683

Richter, Philipp, Es werde Licht! Und es ward Licht? – Zur Wirkung von Transparenz auf die Legitimität öffentlicher Verwaltung, PVS 2017, 234 – 257 (zit. als „Zur Wirkung von Transparenz auf die Legitimität öffentlicher Verwaltung")

Ridder, Helmut, „In Sachen Opposition: Adolf Arndt und das Bundesverfassungsgericht", in: *Ehmke, Horst/Schmid, Carlo/Scharoun, Hans* (Hrsg.), Festschrift für Adolf Arndt, Frankfurt (Main) 1969, S. 323 – 348 (zit. als „FS Arndt")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ritterspach, Theodor, „Erinnerungen an die Anfänge des Bundesverfassungsgerichts", in: *Klein, Eckart* (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg 1995, S. 201 – 207 (zit. als „FS Benda")

Rixen, Stephan, Wie lange gilt die Übergangsregelung des Tarifeinheitsurteils?, NVwZ 2018, 784 – 787

Robbers, Gerhard, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, 935 – 940

Roellecke, Gerd, Roma locuta – Zum 50-jährigen Bestehen des BVerfG, NJW 2001, 2924 (zit. als „Zum 50-jährigen Bestehen des BVerfG")

Röhl, Klaus, Rechtssoziologie, Köln 1987

Roth, Wolfgang, Die verfassungsgerichtliche Überprüfung verfassungskonformer Auslegung im Wege abstrakter Normenkontrolle, NVwZ 1998, 563 – 567

Ruf, Simone, Die legislative Prognose, Tübingen 2021, zugl. Jur. Diss. an der Universität Augsburg (2020/21)

Rupp, Hans Heinrich, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85 (1960), 301 – 336 (zit. als „Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung")

ders., Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976), 161 – 201

Rupp- von Brünneck, Wiltraut, „Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?", in: *Ritterspach, Theo/Geiger, Willi* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 355 – 378

dies., Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, AöR 102 (1977), 1 – 26

Rupprecht, Reinhard, Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, NJW 1971, 169 – 173

Rüthers, Bernd, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365 – 371

ders., Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, 2759 – 2761

ders./Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie, 11. Auflage, München 2019

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 9. Auflage, München 2022 (zit. als „MüKo BGB)

Sachs, Michael, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, München 1977, zugl. Jur. Diss. an der Universität Köln (1976)

ders., Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, NVwZ 1982, 657 – 662

ders., (Hrsg.), Grundgesetz, 10. Auflage, München 2024

Sacksofsky, Ute, „Wenn Rechtfertigungen brüchig werden – Verfassungsgerichte in der Diskriminierungsbekämpfung am Beispiel der Geschlechterordnung vor dem Bundesverfassungsgericht", in: *Forst, Rainer/Günther, Klaus* (Hrsg.), Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 604 – 631

Sauer, Heiko, Selbstorganisation des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2025, 12 – 21

Schaal, Gary, Vertrauen, Verfassung und Demokratie, Wiesbaden 2004, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Stuttgart (2003)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders./Lancaster, Kelly/Struwe, Alexander, „Deutungsmacht und Konfliktdynamiken – Eine Analyse der Akzeptanz von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", in: *Wrase, Michael/Boulanger, Christian* (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, Baden-Baden 2013, S. 187 – 215

Schachtschneider, Karl, Der Sozialwissenschaftler als Richter, RuP 1972, 111 – 116

Schaefer, Jan Philipp, Grundlegung einer ordoliberalen Verfassungstheorie, Berlin 2007, zugl. Jur. Diss. an der Universität Heidelberg (2006)

ders., Das Individuum als Grund und Grenze deutscher Staatlichkeit, AöR 135 (2010), 404 – 430 (zit. als „Das Individuum als Grund und Grenze")

Schelsky, Helmut, Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen, JZ 1974, 410 – 416

Schenke, Wolf-Rüdiger, Die Verfassungsorgantreue, Berlin 1977

ders., Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Heidelberg 1987

Scheuner, Ulrich, Die staatsrechtliche Stellung der Bundesrepublik, DÖV 1973, 581 – 584

Schiffer, Eugen, Verfassungsreform, DJZ 1933, 385 – 394

Schiffers, Reinhard, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, Düsseldorf 1984

Schlaich, Klaus, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 99 – 146

ders./Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Auflage, München 2021

Schliesky, Utz, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, Tübingen 2004, zugl. Habilitationsschrift an der Universität Kiel (2002/2003)

ders., Legitimität, Berlin 2020

Schlink, Bernhard, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), 161 – 172 (zit. als „Entthronung")

Schluckebier, Wilhelm, Warum hält das Bundesverfassungsgericht eine „Mutwillensgebühr" für erforderlich?, ZRP 2012, 133 – 135

Schmidt, Christiane, „Auswertungstechniken von Leitfadeninterviews", in: *Friebertshäuser, Barbara/Langer, Antje/Prengel, Annedore* (Hrsg.), Handbuch Qualitative Forschungsmethoden in der Erziehungswissenschaft, 4. Auflage, Weinheim/Basel 2013, S. 473 – 486 (zit. als „Qualitative Forschungsmethoden")

dies., „Analyse von Leitfadeninterviews", in: *Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines* (Hrsg.), Qualitative Forschung, 14. Auflage, Hamburg 2022, S. 447 – 456

Schmidt, Reiner, Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts?; JZ 2022, 853 – 858

Schmidt, Thorsten, LER – Der Vergleich vor dem BVerfG, NVwZ 2002, 925 – 932

ders., Die Geschäftsordnung der Verfassungsorgane als individuell-abstrakte Regelungen des Innenrechts, AöR 128 (2003), 608 – 648 (zit. als „Geschäftsordnung der Verfassungsorgane")

Schneider, Hans-Peter, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG – ein Notverordnungsrecht des Bundesverfassungsgerichts?, NJW 1994, 2590 – 2594 (zit. als „Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., „Niemand darf wegen seiner wissenschaftlichen Äußerungen von hohen Ämtern ferngehalten werden" – Verfassungsrechtliche Lehren aus dem „Fall Dreier", ZRP 2008, 229 – 230 (zit. als „Verfassungsrechtliche Lehren aus dem ‚Fall Dreier'")

Schneider, Linda, Die Durchsetzung von Normenkontrollentscheidungen, Tübingen 2022, zugl. Jur. Diss. an der Humboldt-Universität Berlin (2021)

Schnetter, Marcus, Das Bundesverfassungsgericht als Influencer?, DÖV 2022, 251 – 254

Schomäcker, Iris, „Die Neuregelungsverpflichtung des Gesetzgebers bei erkannter Verfassungswidrigkeit", in: *Müller, Daniel/Dittrich, Lars* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 6, Berlin 2022, S. 743 – 765

Schönberger, Christoph, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 296 – 335

ders., „Anmerkungen zu Karlsruhe" in: *Jestaedt, Mathias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage, Berlin 2019, S. 9 – 76

Schorkopf, Frank, Die prozessuale Steuerung des Verfassungsrechtsschutzes, AöR 130 (2005), 465

ders., Staat und Diversität, Paderborn 2017

ders., Staatsrecht der internationalen Beziehungen, München 2019

ders., Gesetzgebung durch Höchstgerichte und Parlamente, AöR 144 (2019), 202 – 233

ders., BVerfGE 18, 85 – Spezifisches Verfassungsrecht (1964), ZöR 2022, 789 – 793 (zit. als „BVerfGE 18, 85")

ders., „§ 14: Einheit und Vielfalt, Mehrheit und Minderheit", in: *Kischel, Uwe /Kube, Hanno* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 2023

Schröder, Christoph, Der sachkundige Dritte im Verfassungsprozess, DÖV 2023, 119 – 124

ders., Grundrechtsverbindungen in der Fallbearbeitung, JuS 2023, 1010 – 1014

ders., Konstitutionalisierung als Sicherungsmechanismus des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2025, 96 – 106

Schulze-Fielitz, Helmuth, Der informale Verfassungsstaat, Berlin 1984

ders., Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists, AöR 122 (1997), 1 – 31

ders., Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2. Auflage, Tübingen 2022

Schuppert, Gunnar Folke, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein, 1980

ders., „Von der Pluralität normativer Ordnungen zur Pluralität ihrer Durchsetzungsregime", in: *Collin, Peter* (Hrsg.), Justice without the State within the State, Frankfurt (Main) 2016, S. 13 – 47

Schur, Fabian, Diskriminierung von Männern in der Gesetzgebung und Rechtsprechung des BVerfG, NJOZ 2021, 1185 – 1190

Schwabenbauer, Thomas/Kling, Michael, Gerichtliche Kontrolle administrativer Prognoseentscheidungen am Merkmal der „Zuverlässigkeit", VerwArch 101 (2010), 231 – 256 (zit. als „Gerichtliche Kontrolle administrativer Prognoseentscheidungen")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schwander, Timo, Die Bindung Privater an verfassungsgerichtliche Entscheidungen, DÖV 2019, 1001 – 1004

Schwarz, David, Demokratische Nachhaltigkeit und intertemporale Legitimation, DÖV 2024, 11 – 18

Schwarz, Kyrill-Alexander, Verfassungsprozessrecht, München 2021

Schwindt, Michael, Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze, Köln 2014, zugl. Jur. Diss. an der Universität Köln (2014)

Schwintowski, Hans-Peter, Konzept für eine Neue Analytische Regelwirkungsforschung, ZG 2018, 252 – 264

Seer, Roman, Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht, NJW 1996, 285 – 290

Sehl, Markus, Was will der Gesetzgeber?, Baden-Baden 2019, zugl. Jur. Diss. an der Humboldt-Universität Berlin (2018)

Siedler, Nina-Luisa, Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Hamburg 1999, zugl. Jur. Diss. an der Universität Bielefeld (1998)

Sicko, Corinna, Erfüllen Gesetzesfolgenabschätzungen und Gesetzesevaluation die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das innere Gesetzgebungsverfahren?, Zeitschrift für Rechtssoziologie 32 (2011), 27 – 42 (zit. als „Gesetzesfolgenabschätzung")

Sikora, Patrick, PSPP auf dem Prüfstand – Das Weiss-Urteil des EuGH, EWS 2019, 139 – 149 (zit. als „PSPP auf dem Prüfstand")

Simon, Helmut, „Die rechts- und sozialstaatliche Demokratie", in: *Güde, Max/Raiser, Ludwig/Simon, Helmut/Weizäcker, Carl Friedrich von* (Hrsg.), Zur Verfassung unserer Demokratie, Hamburg 1978, S. 61 – 80

ders., „Grundrechte im demokratischen und sozialen Rechtsstaat", in: *Klein, Eckart* (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg 1995, S. 337 – 352

ders., Leben zwischen den Zeiten, Baden-Baden 2020

Simmel, Georg, Soziologie, Leipzig 1908

Smend, Rudolf, „Verfassung und Verfassungsrecht" (1928), in: *ders.,* Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Auflage, Berlin 2010, S. 119 – 276

ders., „Das Bundesverfassungsgericht" (1962), in: *ders.,* Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Auflage, Berlin 2010, S. 581 – 593

Smid, Stefan, Richterliche Rechtserkenntnis, Berlin 1989

Sobota, Katharina, „Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", in: *Dyck, Joachim/Jens, Walter/Ueding, Gert* (Hrsg.), Rhetorik, Tübingen 1996, S. 115 – 136

Sodan, Helge, Der Anspruch auf Rechtssetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, NVwZ 2000, 601 – 609

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., Kontinuität und Wandel im Verfassungsrecht, NVwZ 2009, 545 -551

Sommer, Bertold, „Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht: Richtervorlagen und Verfassungsbeschwerden (1953 bis 2000)" in: *Schmidt-Aßmann, Eberhard/Sellner, Dieter/Hirsch, Günter/Kemper, Gerd-Heinrich/Lehmann-Grube, Hinrich* (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln 2003 (zit. als „FS 50 Jahre BVerwG"), S. 19 – 36

Spenlé, Christoph, Die Staatenberichtsverfahren der UNO-Menschenrechtsverträge, Zürich/Basel/Genf 2011

Spiecker gen. Döhmann, Indra, „Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen", in: *Kahl, Wolfgang/Mager, Ute* (Hrsg.), Verwaltungsaufgaben und Legitimation der Verwaltung, Baden-Baden 2022, S. 261 – 300 (zit. als „Verwaltungsaufgaben")

Spieth, Wolf Friedrich/Hellermann, Niclas, Not kennt nicht nur ein Gebot – Verfassungsrechtliche Gewährleistungen im Zeichen der Corona-Pandemie und Klimawandel, NVwZ 2020, 1405 – 1408 (zit. als „Verfassungsrechtliche Gewährleistungen im Zeichen der Corona-Pandemie und Klimawandel")

Spitzlei, Thomas, Das neue Bürgergeld – Paradigmenwechsel im SGB II?, NZS 2023, 121 – 129 (zit. als „Das neue Bürgergeld")

Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band II/2, Teil O, München 1996

Starck, Christian, „Das parlamentarische Regierungssystem in Deutschland als Faktor der Stabilität", in: *Akademie der Wissenschaft zu Göttingen* (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz, Göttingen 2020, S. 17 – 40

Steiner, Udo, Der Richter als Ersatzgesetzgeber – Richterliche Normenkontrolle – Erfahrungen und Erkenntnisse, NJW 2001, 2919 – 2923 (zit. als „Der Richter als Ersatzgesetzgeber")

Steininger, Andreas, Die Jurisprudenz auf Erkenntnissuche? – Ein Plädoyer für eine Neuorientierung der Rechtswissenschaft, NJW 2015, 1072 – 1077 (zit. als „Die Jurisprudenz auf Erkenntnissuche?")

Steinke, Ines, Kriterien qualitativer Forschung, Weinheim/München 1999

Stelmach, Jerzy/Brozek, Bartosz, Theorie der juristischen Verhandlungen, Baden-Baden 2014

Stern, Klaus, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, DÖV 2010, 241 – 249 (zit. als „Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte")

Sternberger, Dolf, „Verfassungspatriotismus", in: *Haungs, Peter/Landfried, Klaus/Orth, Elsbeth/Vogel, Bernhard* (Hrsg.), Verfassungspatriotismus, Frankfurt (Main) 1990, S. 17 – 31

Streit, Thilo, Entscheidung in eigener Sache, Berlin 2006, zugl. Jur. Diss. an der Universität Düsseldorf (2005/06)

Strobel, Vera, Strategischer Zugang zum Recht, DÖV 2021, 1067 – 1074

Strübing, Jörg/Hirschauer, Stefan/Ayaß, Ruth/Krähnke, Uwe/Scheffer, Thomas, Gütekriterien qualitativer Sozialforschung. Ein Diskussionsanstoß, Zeitschrift für Soziologie 2018, 83 – 100 (zit. als „Gütekriterien")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stürner, Rolf, „Verfahrensrecht und materielle Gerechtigkeit", in: *Münch, Joachim* (Hrsg.), Prozessrecht und materielles Recht, Tübingen 2015, S. 359 – 375 (zit. als „FS Henckel)

Stüwe, Klaus, „Bundesverfassungsgericht und Opposition", in: in: *Ooyen, Robert van/ Möllers, Martin* (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Auflage, Wiesbaden 2015, S. 349 – 367 (zit. als „BVerfG im politischen System")

Suchman, Mark, Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches, The Acadamy of Management Review, 20 (1995), 571 – 610 (zit. als „Managing Legitimacy")

Suliak, Hasso, BVerfG prüft umstrittene Wiederaufnahme-Vorschrift: Erteilt Karlsruhe dem "Freispruch unter Vorbehalt" seinen Segen?, LTO vom 24.05.2023, abrufbar: https://www.lto.de/persistent/a_id/51848/ (Stand: 30.03.2025), zit. als „Freispruch unter Vorbehalt?"

Sura, Stephan, Die jüngere Rechtsprechung des BAG im Befristungsrecht, NZA-RR 2023, 169 – 175

Techet, Péter, Die „Reine Rechtslehre" im Kontext der verfassungsrichterlichen Tätigkeit von Hans Kelsen. Verflechtungen und Widersprüche zwischen Theorie und Praxis, Der Staat 62 (2023), 299 – 359 (zit. als „Verfassungsrichterlichen Tätigkeit von Hans Kelsen")

Thym, Daniel, Friendly Takeover, or: The Power of the 'First Word'. The German Constitutional Court Embraces the Charter of Fundamental Rights as a Standard of Domestic Judicial Review, EUConst 16 (2020), 187 – 212 (zit. als „Friendly Takeover")

ders., Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft, AöR 145 (2020), 40 – 74

Trautwein, Thomas, Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern, München 1994, zugl. Jur. Diss. an der Universität Passau (1993)

Tschentscher, Axel, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000, zugl. Jur. Diss. an der Universität Kiel (1998/99)

Tüttenberg, Hanns Paul, Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, Mainz 1968, zugl. Jur. Diss. an der Universität Mainz (1967)

Ulsamer, Gerhard, Neue gesetzliche Regelungen zur Entlastung und Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1986, 110 (zit. als „Regelungen zur Entlastung und Sicherung der Funktionsfähigkeit")

Ungern-Sternberg, Antje von, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013), 1 – 59 (zit. als „Normative Wirkungen von Präjudizien")

Unruh, Peter, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996

Vanberg, Georg, Abstract judicial review, legislative bargaining and policy compromise, Journal of theoretical politics 10 (1998), 299 – 326 (zit. als „Abstract judicial review")

ders., Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review, American Journal of Political Science 45 (2001), 346 – 361 (zit. als „Legislative-Judicial Relations")

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., The politics of constitutional review in Germany, Cambridge 2005

ders., Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment, Annual Review of Political Science 2015, 167 – 185 (zit. als „Constitutional Courts in Comparative Perspective")

Vasquez, Jorge Luis León, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozessrecht und Pluralismus, Berlin 2016 (zit. als „Verfassungsgerichtsbarkeit), zugl. Jur. Diss. an der Universität Hamburg (2016)

Vocke, Martin, Verfassungsinterpretation und Normbegründung – Grundlegung zu einer prozeduralen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, Frankfurt (Main) 1995, zugl. Jur. Diss an der Universität Würzburg (1995)

Vogel, Hans-Jochen, Videant judices! Zur aktuellen Kritik am Bundesverfassungsgericht, DÖV 1978, 665 – 668 (zit. als „Videant judices!")

Volkmann, Uwe, Demokratiesicherung durch Verfassungsgerichte?, Der Staat 63 (2024), 487 – 514

Vollmeyer, Jan, Zweckprüfung und Zwecksetzung, DÖV 2009, 55 – 61

Völzmann, Berit, Gesellschaftliche Teilhabe über den Zugang zu Gericht – Zugleich ein Blick auf die KlimaSeniorinnen-Entscheidung des EGMR, JZ 2024, 903 – 910 (zit. als „Gesellschaftliche Teilhabe über den Zugang zu Gericht")

Von dem Berge, Benjamin, „Teilstandardisierte Experteninterviews", *in*: *Tausendpfund, Markus* (Hrsg.), Fortgeschrittene Analyseverfahren in den Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2020

Vorländer, Hans, „Wovon Stärke und Schwäche der Verfassungsgerichtsbarkeit abhängt", in: *Holterhus, Till Patrik/Michl, Fabian* (Hrsg.), Die schwache Gewalt?, Tübingen 2022, S. 45 – 52

Voßkuhle, Andreas, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125 (2000), 177 – 201 (zit. als. „Verfassungskonforme Auslegung")

ders., Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 – 8

ders./Kaiser, Anna-Bettina, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der allgemeine Justizgewährungsanspruch, JuS 2014, 312 – 314 (zit. als „Der allgemeine Justizgewährungsanspruch")

ders., Rechtsstaat und Demokratie, NJW 2018, 3154 – 3159

ders., Die weltweite Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit, JZ 2024, 1 – 7

Wagner, Peter, Fortschritt, Frankfurt (Main) 2018

Wahl, Rainer, „Quo Vadis – Bundesverfassungsgericht? Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken", in: *Guggenberger, Bernd/Würtenberger, Thomas* (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, Baden-Baden 1998, S. 81 – 120 (zit. als „Hüter der Verfassung")

ders., „Das Bundesverfassungsgericht der Gründungsphase – Entwicklungsgeschichten der Institution und der Rechtsprechung" in: *Meinel, Florian* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, Tübingen 2019 (zit. als „Verfassungsgerichtsbarkeit")

Waldhoff, Christian, Staat und Zwang, Paderborn 2008

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders./Jahn, Christian, Vollstreckung der Verfassung?, ZRP 2018, 121 – 122

ders., Verfassungsjubiläen – Gedanken zur Verfassungskultur aus Anlass des 70. Jahrestags des Grundgesetzes, NJW 2019, 1553 – 1560

Walter, Christian/Grünewald, Benedikt (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 18. Edition, Stand 1.12.2024, München 2024 (zit. als „BeckOK BVerfGG")

Waltersdorf, Maurice, Public Opinion As A Means Of Social Control, Social Science 2 (1926), 45 – 49

Warmke, Reinhard, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, Berlin 1993, zugl. Jur. Diss. an der Universität Passau (1992)

Weber, Ferdinand, Europäisierung von Innen?, AöR 147 (2022), 361 – 410

ders., „Wir-Gefühl' in einer diversen Gesellschaft", in: *Thym, Daniel* (Hrsg.), Deutschland als Einwanderungsland, Tübingen 2024, S. 71 – 91

Weber, Max, „Wirtschaft und Gesellschaft", in: *Borchardt, Knut/ Hanke, Edith/ Schluchter, Wolfgang* (Hrsg.), Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Soziologie, Studienausgabe, Tübingen 2014 (zit. als „MWS")

Weber, Vincent/Wolff, Heinrich Amadeus, Die schlichte Schiebeanordnung als neue Erscheinung des Verfassungsprozessrechts, BayVBl 2021, 361 – 365

Wegener, Bernhard, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, ZUR 2019, 3 – 13

Wehler, Wolfgang, Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, Bonn 1979, zugl. Jur. Diss. an der Universität Bonn (1979)

Wendenburg, Helge, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Göttingen 1984, zugl. Jur. Diss. an der Universität Göttingen (1982) (zit. als „Verfassungsgerichtsbarkeit")

Wenglarczyk, Fynn, Grundzüge des Eilrechtsschutzverfahrens vor dem BVerfG nach § 32 BVerfGG, JuS 2021, 1024 – 1029

Werner, Wolfram (Bearb.), Der Parlamentarische Rat, Akten und Protokolle, Bd. 9, München 1996

Wesel, Uwe, Der Gang nach Karlsruhe, München 2004

Weyreuther, Felix, Bemerkenswertes über Grundsätzliches, DÖV 1989, 321

Wiegandt, Manfred, Gerhard Leibholz (1901 – 1982) – Ein deutscher Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, JuS 2001, 1159 – 1160 (zit. als „Gerhard Leibholz (1901 – 1982)")

Will, Martin, Nichtigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen, NJW 2014, 1421 – 1424

Windoffer, Alexander, Entscheidungsmonitoring in Gesetzgebung und Verwaltung, VerwArch 102 (2011), 343 – 358

Wischermann, Norbert, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Berlin 1979, zugl. Jur. Diss. an der Universität Münster, 1978

Wöhrmann, Gotthard, „Reformvorschläge zum Verfahren des Bundesverfassungsgerichts" in: *Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin 1987 (zit. als FS Zeidler), S. 1343 – 1360

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wolff, Heinrich Amadeus, Der Vergleichsvorschlag des Bundesverfassungsgerichts in den Verfahren um das Brandenburgische Schulgesetz (LER) – Verfahrensfortbildung contra legem, EuGRZ 2003, 463 – 471 (zit. als „Vergleichsvorschlag")

ders., De lege ferenda: Das Integrationskontrollverfahren, DÖV 2010, 49 – 58

Wördenweber, Max, Monitoringverfahren des Vorhabenträgers im Naturschutzrecht, Baden-Baden 2023, zugl. Jur. Diss. an der Universität Gießen (2021)

Zeccola, Marc/Pfleiderer, Roman, Legitimation durch Partizipation?, DÖV 2021, 59 – 69

Zembsch, Günther, Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1971, zugl. Jur. Diss. an der Universität Erlangen-Nürnberg (1970)

Zoll, Fryderyk, „Das Verfassungsgericht und die heutige Lage der Justiz in Polen", in: *Perne, Volker* (Hrsg.), Funktionsbedingungen unabhängiger Verfassungsgerichtsbarkeit, Mainz 2019, S. 61 – 75

Zons, Jonas von, Hinaus aus dem Hinterzimmer! – Ein Plädoyer für mehr Transparenz und Öffentlichkeit bei der Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts, RuP 60 (2024), 299 – 312 (zit. als „Hinaus aus dem Hinterzimmer!")

Zuck, Holger/Eisele, Reiner, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 6. Auflage, München 2022

Zuck, Rüdiger, Political-Question-Doktrin, Judicial-self-restraint und das Bundesverfassungsgericht, JZ 1974, 361 – 368

ders., Die Fünfte Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, NJW 1986, 968 – 971

ders., Vom Winde verweht: § 93d BVerfGG und menschliche Schicksale, NJW 1997, 29 – 30 (zit. als „Vom Winde verweht")

ders., Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1997, 95 – 99

ders., Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Auflage, München 2017

ders., Die Bindungswirkung von Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2018, 619 – 625

Quellen

Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Haushaltsrechnung und Vermögensrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 1998

Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Haushaltsrechnung und Vermögensrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2000

Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Haushaltsrechnung und Vermögensrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2005

Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Haushaltsrechnung und Vermögensrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2010

Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Haushaltsrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2015, Band 2

Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Haushaltsrechnung des Bundes für das Haushaltsjahr 2020, Band 2

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bundesarchiv (BArch), *Stürner, Rolf,* Gutachten für das Normenkontrollverfahren betreffend das Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens usw., 1992, B 237/187273 (zit. als „Gutachten Schwangerschaftsabbruch II")

Bundesministerium der Justiz/Bündnis90-Die Grünen-Fraktion/CDU-CSU-Fraktion/FDP-Fraktion/SPD-Fraktion (Hrsg.), Resilienz des Bundesverfassungsgerichts – Gemeinsames Erläuterungspapier der Fraktionen, 23. Juli 2024

Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, 28. März 1950, BT-Drs. 1/788

dies., Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, 10. September 1955, BT-Drs. II/1662

dies, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, 4. Mai 1963, BT-Drs. IV/1224

dies., Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, 28. Februar 1985, BT-Drs. 10/2951

dies., Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, 5. November 1992, BT-Drs. 12/3628

dies., Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Gesetzes über das Amtsgehalt der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts, 15. Mai 1997, BT-Drs. 13/7673

BVerfG, Pressemitteilung Nr. 68/2004 vom 9. Juli 2004

dasselbe, Pressemitteilung Nr. 114/2010 vom 9. Dezember 2010

dasselbe, Pressemitteilung Nr. 21/2017 vom 28. März 2017

dasselbe, Pressemitteilung Nr. 15/2019 vom 26. Februar 2019

dasselbe, Pressemitteilung Nr. 91/2020 vom 20. Oktober 2020

dasselbe, Pressemitteilung Nr. 19/2021 vom 3. März 2021

dasselbe, Pressemitteilung Nr. 54/2021 vom 1. Juli 2021

dasselbe, Pressemitteilung Nr. 78/2021 vom 20. August 2021

dasselbe, Pressemitteilung Nr. 95/2022 vom 22. November 2022

dasselbe, Pressemitteilung Nr. 55/2024 vom 28. Juni 2024

Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 37. Plenarsitzung des 19. Deutschen Bundestages, 8. Juni 2018, Plenarprotokoll 19/37

Fraktionen der CDU/CSU, SPD, Die Linke. und Bündnis 90/Die Grünen, Gesetzesentwurf zum 9. Gesetz zur Änderung des BVerfGG, BT Drs. 18/2737

Hessischer Landtag, Plenarprotokoll 19/134 vom 22. März 2018

ders., Plenarprotokoll 19/137 vom 26. April 2018

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, Schriftlicher Bericht über den Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, 26. November 1970, BT-Drs. VI/1471

ders., Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Fünften Änderungsgesetz zum BVerfGG vom 29. Oktober 1985, BT-Drs. 10/4105

SPD-Fraktion, Entwurf eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, 14. Dezember 1949, BT-Drs. 1/328

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nicht gedruckte Quellen

Schreiben des Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts *Ferdinand Kirchhof* vom 12. Juli 2016

Sonstige Quelle

Bundesarbeitsgericht, Instanzen im Dialog, https://www.bundesarbeitsgericht.de/en/news-and-events/instanzen-im-dialog/ (Stand: 30.03.2025)

Bundesverfassungsgericht, Jahresberichte seit 2020, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Mediathek/Jahresberichte/jahresberichte_artikel.html (Stand: 30.03.2025)

dasselbe, Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/DasBundesverfassungsgericht/RichterinnenRichter/Verhaltensleitlinien/verhaltensleitlinie.html (Stand: 30.03.2025)

Civey, Wie groß ist Ihr Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht, Statista, 30. Oktober 2020, abrufbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1415792/umfrage/umfrage-zum-vertrauen-in-das-bundesverfassungsgericht/ (Stand 30.03.2025)

ntv, In welche der folgenden Institutionen und Berufsgruppen haben Sie großes Vertrauen?, Statista, 4. Januar 2024, abrufbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1283706/umfrage/vertrauen-in-institutionen-in-deutschland/ (Stand 30.03.2025)

Rasch, Michael, Verfassungsrichter Peter Huber zur Geldpolitik der EZB: «Ermächtigungen ohne Grenzen wären Absolutismus», NZZ vom 8.12.2020, abrufbar unter: https://www.nzz.ch/wirtschaft/verfassungsrichter-peter-huber-zur-geldpolitik-der-ezb-ld.1590643 (Stand: 30.03.2025) (zit. als „Interview mit Peter Huber")

SWR, Interview mit Andreas Voßkuhle vom 15.5.2020, abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=YDK5X_AfAMU (Stand: 30.4.2024)

Murswiek, Dietrich, Antrag auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung vom 7.8.2020, abrufbar unter http://www.dietrich-murswiek.de/files/Antrag-auf-Vollstreckungsanordnung-2020-08-07-oU.pdf (Stand: 30.3.2025)

ZDF, Interview mit Henning Radtke vom 2.1.2022, abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=XKVzD5bApj0&t=299s (Stand 11.4.2025)

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anhang I

Die folgenden Richterinnen und Richter wurde im Rahmen der Leitfadeninterviews befragt (alphabetische Reihenfolge):

- Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio
- Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm
- Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem
- Prof. Dr. Peter M. Huber
- Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof
- Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof
- Prof. Herbert Landau
- Prof. Dr. Christine Langenfeld
- Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff
- Prof. Dr. Andreas L. Paulus
- Prof. Dr. Udo Steiner
- Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Andreas Voßkuhle

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anhang II

Die folgenden Fragen stellten den Leitfaden für die Interviews dar:

1. Welches sind Ihrer Auffassung nach die zentralen Voraussetzungen, um die Entscheidungsgehalte des Bundesverfassungsgerichts zu effektuieren?
2. Wie umfangreich denkt das Gericht Ihrer Erfahrung nach die Durchsetzbarkeit bei seiner Entscheidungsfindung mit? Wird die Befolgung der Entscheidung als gegeben vorausgesetzt oder nimmt das Gericht die Frage der Effektuierung von Entscheidungsgehalten auch kritisch in den Blick?
3. Welchen Stellenwert hat die Prognose von rechtlichen wie tatsächlichen Entscheidungsfolgen einerseits und von der Akzeptanz und freiwilligen Befolgung der Entscheidung andererseits?
4. Welche Rolle spielt der Diskurs des Gerichts mit Prozessbeteiligten im weiteren Sinne? In welchem Verhältnis er zu autoritativen Vorgaben des Gerichts?
5. Welchen Einfluss hat der Verlauf der mündlichen Verhandlung auf die Entscheidungsbegründung, auch in Hinblick auf die Gewichtung einzelner Ausführungen im Urteil?
6. Bemerken Sie während des Verfahrens sowie nach der Entscheidungsverkündung ein größeres Maß an Akzeptanz, wenn die Beteiligten die Möglichkeit zur umfassenden Äußerung – vor allem im Rahmen einer mündlichen Verhandlung – hatten?
7. Ausgehend von der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen: Wie gelingt es dem Bundesverfassungsgericht zu vermitteln, wie seine Auslegung grundgesetzlicher Normen auf das einfache Recht angewendet werden sollen? Welchen Einfluss hat die Vernetzung des Bundesverfassungsgerichts mit Vertretern der Fachgerichtsbarkeit auf die fachgerichtliche Rezeption verfassungsgerichtlicher Wertungen?
8. Im Tenor verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, die die Kontrolle einer Norm zum Gegenstand haben, wird die Weitergeltung einer Norm zum Teil nur unter Beachtung einer bestimmten Maßgabe zugelassen, teilweise wurden eigene Übergangsregelungen an die Stelle der verfassungswidrigen Regelung gesetzt. Hier sollten allerdings nur

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

solche Regelungen zum Tragen kommen, die „unerlässlich" sind. Anhand welchen Maßstabs entscheidet das Gericht, welche Maßnahmen unerlässlich sind?

9. Wie kommt das Gericht zu einer konkreten Formulierung dieser Übergangsregelung, die faktisch ja Ähnlichkeiten mit Gesetzen aufweisen?
10. Inwiefern hat der auch politische Charakter, der dem Verfassungsrecht innewohnt, einen Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung derartiger Anordnungen?
11. Durch eine einstweilige Anordnung kann das Bundesverfassungsgericht einen Zustand vorläufig regeln, inhaltliche Vorgaben zur Ausgestaltung solcher Regelungen gibt es nicht. Welche Aspekte fließen in den Formulierungsvorgang der einstweiligen Anordnungen ein?
12. Wie kann das Gericht beobachten und nachvollziehen ob und wie seine Entscheidungen tatsächlich umgesetzt werden?
13. Gibt es reaktive Mechanismen zur Akzeptanzsicherung der Entscheidung?

https://doi.org/10.5771/9783748962793 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY