

§ 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.

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 effektiviert 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.

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.

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 *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.

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.

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.

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 *Verfassungsgerichtsbarkeit* 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.

1. 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.).

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 Auseinandersetzung⁹⁹ 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 wohlgerne 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.

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 Effektivierung 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 wohlgermerkt 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 veröffentlichten 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 II (2020), 145 (164 f.).

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 Verfassungsorgane 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 Erbschaftssteuer 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.).

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 erkenntnistiftend. 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 Leitfadenterviews 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.).

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 wohlher 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.

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 Befolungsanspruch 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.

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).

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).

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 höchstbrisannte 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.

te bejaht hatte¹⁴⁰ oder die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in der *Elfes*-Entscheidung zu einem umfassendem Auffanggrundrecht erhoben hat¹⁴¹ 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-Urteils¹⁴³ 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).

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 Grundrechtseffektivierung,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); Lübke-Wolff, Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?, 2015, S. 7.

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

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 Dissens 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. III 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).

Britz, wenn sie Bezug nehmend auf Konrad Hesse¹⁵⁷ 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 Lübke-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.

Staat auslegt, sondern auch Schutzpflichten und Leistungsrechte aus ihnen herleitet,¹⁶³ transportiert es dieses Selbstverständnis, für eine umfassende Effektivierung 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 *Smonds* 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).

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).

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 Rechtsprechungsline 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 gewährleistet.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

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.).

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

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.).

Selbstzweck, sondern fußt auf der Erkenntnis des Gerichts, dass die fehlende Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts 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).

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.

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.

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* – wohlgermerkt nicht unwidersprochen²⁰⁶ – 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 begrenzbar 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-

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

1. 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

senchaftliche 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 (501f.); 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

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. III 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).

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, III (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.).

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 vergegenwärtigen.

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. III 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. II; 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.).

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 wertorientierte, 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.

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 Personalauswahl 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.

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, I (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-

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 Tutzingener 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).

Rolle setzt es aber normativ auch voraus, dass das Gericht eine Distanz zum politischen Prozess wahr,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 Verfassungen 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.

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: Piazzolo (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht*, 1995, S. 165 (171); Volkmann, *Demokratisierung 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).

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-Organ[e] [...], 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.).

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.

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).

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, vopolitischen 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 III, 382 (398).

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

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 Moderatoreigenschaft 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.

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.

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 Verfassungsrechtsordnung²⁸⁶ 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.

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 Klimapolitik 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).

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.

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 legitimierungstheoretischen 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.

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.).

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).

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, rechtfertigt 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 Effektivierung 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 Effektivierung 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 vorge-schoben 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.

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 Verfassungenauslegung 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 Akzeptanzsicherungsmechanismen³¹⁸ 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.

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 Verfassungskonstruktion 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).

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.

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

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 gewaltenteilten Ordnung zu bewahren.