

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 68

Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts

Von

Mathias Kleuker



Duncker & Humblot · Berlin

MATHIAS KLEUKER

Gesetzungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

**Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp**

Band 68

Gesetzungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts

**Von
Mathias Kleuker**



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kleuker, Mathias:

Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts / von
Mathias Kleuker. – Berlin : Duncker und Humblot, 1993

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft ; Bd. 68)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-07647-8

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0935-5383

ISBN 3-428-07647-8

***Meinen Eltern
und Bettina***

Vorwort

Die hier veröffentlichte Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Sommersemester 1992 als Dissertation vor. Sie entstand während meiner Tätigkeit am Institut für Öffentliches Recht und Politik.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Ebsen, der die Untersuchung angeregt und betreut hat. Ihm und Herrn Professor Dr. Oebbecke als Zweitkorrektor danke ich auch für die zügige Durchsicht meiner Arbeit. Danken möchte ich außerdem Herrn Ministerialdirektor Dr. Heyde und Herrn Ministerialrat Büchel für die Informationen aus dem Bundesjustizministerium sowie Herrn Professor Dr. Erichsen für die Aufnahme meiner Dissertation in diese Schriftenreihe.

Gronau, im August 1992

Mathias Kleuker

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
-------------------	-----------

1. Kapitel

Rechtliche Zulässigkeit der Gesetzgebungsaufträge

A. Rechtsprechungsfunktion und Gerichtscharakter.....	20
I. Verpflichtung des Gesetzgebers	20
1. Verfahren gegen gesetzgeberisches Unterlassen	26
2. Normenkontrollverfahren	30
a) Verpflichtung des Gesetzgebers zur Beseitigung verfassungswidriger Lagen aus Art. 20 Abs. 3 GG	30
aa) Nichtigklärung.....	31
bb) Unvereinbarerklärung.....	32
cc) Vereinbarerklärung.....	41
b) Verpflichtung des Gesetzgebers aus Verfassungsauftrag.....	47
II. Regelungsvorgaben.....	52
III. Prozessualer Aspekt.....	63
IV. Zusammenfassung	75
B. Funktion gerichtlicher Verfassungssicherung	76

2. Kapitel

Rechtsfolgen der Gesetzgebungsaufträge

A. Rechtsfolgenerörterung in der Literatur	84
B. Rechtsfolgenuntersuchung	87
I. Materielle Rechtsfolgen.....	87
1. Gesetzgebungspflicht als Rechtsfolge des Appells	87
2. Auswirkung des Appells auf die Entwicklung der überprüften Rechtslage.....	89

II. Prozeßrechtliche Rechtsfolgen	90
1. Verbindliche Feststellung der Gesetzgebungspflicht	90
a) Bindung an den Tenor	90
b) Bindung an die Entscheidungsgründe	99
c) Verbindliche Feststellung der Verpflichtung in den einzelnen Formen von Appellentscheidungen	100
2. Prozeßrechtliche Rechtsfolgen der Fristsetzung.....	103
a) Begrenzung der Bindungswirkung	103
b) Begrenzung der weiteren Anwendbarkeit einer Norm	105
III. "Der Gesetzgeber" als verpflichtbares Subjekt.....	107

3. Kapitel

Umsetzung der Gesetzgebungsaufträge

A. Implementationstheoretische Untersuchung der Gesetzgebungsaufträge und ihrer Umsetzung	114
I. Geschichte und grundlegende Begrifflichkeit des Implementations- ansatzes	114
II. Anwendbarkeit des Implementationsansatzes auf Bundesverfassungs- gerichtsentscheidungen	118
III. Tatsächliche Umsetzung und Umsetzungsprobleme	121
1. Grundsätzliche Umsetzung der Gesetzgebungsaufträge.....	122
2. Umsetzungsprobleme.....	128
a) Umsetzungsdauer.....	128
b) Nichtberücksichtigung des Appells im Gesetzgebungsverfahren	130
c) Nichtbefolgung von Regelungsvorgaben	132
d) Kritik gegenüber Gesetzgebungsaufträgen, insbesondere gegen- über Vorgaben und Fristsetzung.....	137
e) Diffusionswirkung	141
f) Implementationsproblem im Zusammenhang mit der vorangegan- genen Entscheidung	141
3. Bewertung des Programm Erfolges.....	144
IV. Umsetzung und Umsetzungsprobleme aus steuerungstheoretischer Sicht.	145
1. Implementationsstruktur	146
a) Gesetzgebungsprozeß und beteiligte Akteure	147
b) Eigenarten und wechselseitige Beziehungen der beteiligten Ak- teure	150
c) Bedeutung der Verfahrens- und Einflußkonstellation für die Um- setzung der Gesetzgebungsaufträge.....	152
aa) Interorganisatorisches Implementationsverhalten	153
bb) Organisatorisches Implementationsverhalten.....	156
2. Steuerungsverhalten des Bundesverfassungsgerichtes	159
a) Steuerung durch Programmgestaltung.....	159
aa) Programmtyp und Steuerungsmechanismus	160

Inhaltsverzeichnis	11
bb) Fixierung der Implementationsfelder, Akteure und Adressaten.....	179
b) Programmbegleitendes Steuerungsverhalten.....	182
aa) Wahl des Auftragsgegenstandes.....	182
bb) Gestaltung des Auftragsumfeldes.....	184
cc) Maßnahmen zur Legitimitätssteigerung.....	188
B. Implementation der Gesetzgebungsaufträge und Konsequenzen für die Stellung des Bundesverfassungsgerichtes im politischen Prozeß.....	190
 Literaturverzeichnis	 191

Einleitung

Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts werden seit 1979 vom Referat "Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und Verfassungsprozeßrecht" im Bundesministerium der Justiz registriert. Das Spektrum der erfaßten Aufträge reicht vom konkludenten Hinweis auf legislativen Handlungsbedarf¹ bis zur ausdrücklichen Verpflichtung des Gesetzgebers.² Den folgenden Ausführungen liegt ein entsprechend weiter Begriff des Gesetzgebungsauftrags zugrunde. Jede Aufforderung des Bundesverfassungsgerichtes an den Gesetzgeber, tätig zu werden, wird als Gesetzgebungsauftrag verstanden.

Derartige Aufforderungen finden sich in Verfahren, in denen das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungswidrigkeit gesetzgeberischen Unterlassens zu entscheiden hat. Solche Entscheidungen stellen jedoch nur Ausnahmen in der Entscheidungspraxis des Gerichtes dar. In erster Linie ist an Verfassungsbeschwerden gegen gesetzgeberisches Unterlassen zu denken.³

Der ganz überwiegende Teil der Gesetzgebungsaufträge ergeht im Rahmen von Verfahren, in denen das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit von Normen mit der Verfassung prüft. Das sind Verfassungsbeschwerdeverfahren,⁴ abstrakte⁵ und konkrete⁶ Normenkontrollverfahren sowie Organstreitverfahren.⁷

¹ BVerfGE 61, 43, 68.

² BVerfGE 78, 249, 286 f.

³ BVerfGE 8, 1; BVerfGE 6, 257 und E 56, 54 enthalten zwar allgemeine Ausführungen des Gerichtes zu Gesetzgebungsaufträgen, ein Auftrag wird aber nicht ausgesprochen, da das Unterlassen des Gesetzgebers nicht als verfassungswidrig angesehen wird.

⁴ BVerfGE 75, 284; E 72, 155; E 39, 302; E 54, 11.

⁵ BVerfGE 72, 330; E 39, 1.

⁶ BVerfGE 79, 256; E 79, 87; E 78, 364; E 78, 249.

⁷ Ein Gesetzgebungsauftrag im Zusammenhang mit einem Organstreitverfahren findet sich nicht unter den Entscheidungen, die in der Liste des Bundesjustizministeriums auf dem Stand vom 1.4.1989 aufgeführt sind. Das Bundesverfassungsgericht verbindet zwar in BVerfGE 73, 40 ein Verfassungsbeschwerde- und ein Organstreitverfahren. Der Gesetzgebungsauftrag ist aber ausschließlich dem Verfassungsbeschwerdeverfahren zuzurechnen, da der Antrag der Bundespartei der GRÜNEN im Organstreitverfahren als unbegründet zurückgewiesen wurde. Als Beispiel kann allerdings die Entscheidung zum Bundeswahlgesetz vom 29.9.1990, BVerfGE 82, 322, dienen, die auch in der aktualisierten Liste vom 23.9.1991 ausgewiesen ist.

Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich darauf, die Situation in Verfahren gegen gesetzgeberisches Unterlassen von derjenigen im Zusammenhang mit Verfahren, in denen eine Normenkontrolle stattfindet, abzugrenzen. Daher sollen zur Vereinfachung unter Normenkontrollverfahren - wie bei *Gawron/Rogowski*⁸ - in einem weiteren Sinne alle Verfahren verstanden werden, in denen Normen Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Kontrolle sind. Entgegen der üblichen Differenzierung⁹ sind deshalb auch Organstreit- und Verfassungsbeschwerdeverfahren als potentielle Normenkontrollverfahren aufzufassen.¹⁰

Die Auftragserteilung ist nicht von der Tenorierungsform im jeweiligen Normenkontrollverfahren abhängig. Das Bundesverfassungsgericht erläßt Gesetzgebungsaufträge sowohl in Verbindung mit einer Nichtig- als auch in Verbindung mit einer Unvereinbar¹¹ oder Vereinbarerklärung der überprüften Norm.¹²

So erklärte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 14.3.1989 zum Antwort-Wahl-Verfahren der Ärztlichen Prüfung¹³ § 14 Abs. 5 der Approbationsordnung für Ärzte 1978 für nichtig, der eine absolute Beste-

Zum Ganzen vgl. *Gawron/Rogowski*, Normenkontrolle und Gesetzgebungsauftrag, in: Verfassungsgerichte im Vergleich/Constitutional Courts in Comparison, S. 348 ff, S. 356.

⁸ *Gawron/Rogowski*, aaO, S. 256.

⁹ Vgl. zum Beispiel *M/S-B/K/U-Maunz*, BVerfGG, § 13 Rdn. 115 und 119.

¹⁰ Zur mittelbaren Normenkontrolle bei Urteilsverfassungsbeschwerde vgl. auch BVerfGE 78, 58, 70 und E 62, 169.

¹¹ Die Unvereinbarerklärung enthält nach überwiegender Ansicht sogar stets den konkludenten Auftrag zur Beseitigung der verfassungswidrigen Lage, vgl. *Sachs*, *Bloße* Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen, NVwZ 1982, S. 657-662, S. 657ff; *Maurer*, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, FS W. Weber, S. 345-368, S. 347.

Der Unterschied zwischen Unvereinbar- bzw. Verfassungswidrigerklärung und Nichtig-erklärung besteht darin, daß das Gericht sich im ersten Fall darauf beschränkt, die Verfassungswidrigkeit der überprüften Norm festzustellen und die Beseitigung des Verfassungsverstoßes dem Gesetzgeber überläßt. Im Fall der Nichtig-erklärung beseitigt das Gericht die als verfassungswidrig erkannte Norm dagegen selbst, indem es sie für nichtig erklärt; vgl. *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 213 und 266. Auf die Frage, inwiefern es sich um eine "Beseitigung" handelt, wird noch einzugehen sein, vgl. unten S. 32.

Zum Verhältnis der beiden Tenorierungsformen vgl. auch *Klein*, Verfassungsprozeßrecht, Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, AöR 108 (1983), S. 410 ff und 561 ff, S. 422.

¹² *Gawron/Rogowski*, Normenkontrolle, S. 369; *Achterberg*, Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote, DÖV 1977, S. 649 ff, S. 655; *Maurer*, Verfassungswidrigerklärung, S. 347.

¹³ BVerfGE 80, 1.

hensregel vorsah. Die entstandene Lücke müsse in angemessener Frist vom Verordnungsgeber ausgefüllt werden.¹⁴

In der Entscheidung vom 31.1.1989 zur Ehelichkeitsanfechtung durch volljährige Kinder¹⁵ beschränkte sich das Gericht darauf, die §§ 1593, 1598 in Verbindung mit 1596 Abs. 1 BGB insoweit für mit dem Grundgesetz unvereinbar zu erklären, als die eigene Abstammung nur über die Ehelichkeitsanfechtung geklärt werden könne, diese aber wiederum auf wenige Ausnahmetatbestände beschränkt sei.¹⁶ Der Gesetzgeber wurde aufgefordert, der verfassungsrechtlichen Beanstandung Rechnung zu tragen.¹⁷

§ 1 Abs. 4 des Gesetzes über den Abbau der Fehlsubventionen im Wohnungswesen hielt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 8.6.1988¹⁸ für noch mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Regelung, die die Möglichkeit, Fehlbelegungsabgaben zu erheben, auf Gemeinden mit mehr als 300.000 Einwohnern und Gemeinden, die mit diesen einen einheitlichen Wirtschaftsraum bilden, begrenzte, sei als typisierende Regelung von Massenerscheinungen noch mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, zumal es sich um einen komplexen Sachverhalt handle.¹⁹ Der Gesetzgeber sei aber verpflichtet, auf der Grundlage der inzwischen gewonnenen Erkenntnisse eine Neuregelung für die Zeit ab 1990 zu treffen.²⁰

Die Fälle der letztgenannten Gruppe, in denen das Gericht trotz festgestellter verfassungsrechtlicher Bedenken die Norm noch für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt, den Gesetzgeber aber gleichzeitig auffordert, die angesprochenen verfassungsrechtlichen Mängel zu beseitigen, bezeichnet die Literatur üblicherweise als Appellentscheidungen.²¹ Der Begriff wird jedoch nicht einheitlich in diesem engen Sinne verwandt.²² *Maurer* sieht zwar als Appellent-

¹⁴ BVerfGE 80, 1, 34.

¹⁵ BVerfGE 79, 256.

¹⁶ BVerfGE 79, 256, 274.

¹⁷ BVerfGE 79, 256, 274.

¹⁸ BVerfGE 78, 249.

¹⁹ BVerfGE 78, 249, 287 f.

²⁰ BVerfGE 78, 249, 251, 287 und 289.

²¹ *Bryde*, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 395; *Ebsen*, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, S. 95; *Ipsen*, Rechtsfolgen, S. 132; *Moench*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, S. 70. Zurückzuführen ist der Begriff auf *Rupp-von Brünneck*, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, FS G. Müller, S. 355 ff, S. 369.

²² *Maurer*, Verfassungswidrigerklärung, S. 346 Fn 4; *Schulte*, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes, DVBl. 1988, S. 1200-1206, S. 1201; vgl. z.B. *Bernd*, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, S. 136.