

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 1484**

**Spielräume,  
Prärogativen und Kontrollrechte  
in der verfassungsgerichtlichen  
Normenkontrolle**

**Zum Verhältnis von Bundesverfassungsgericht  
und Gesetzgeber**

**Von**

**Matthias Möller**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MATTHIAS MÖLLER

Spielräume, Prärogativen und Kontrolldichte  
in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1484

# Spielräume, Prärogativen und Kontrollrechte in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle

Zum Verhältnis von Bundesverfassungsgericht  
und Gesetzgeber

Von

Matthias Möller



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster  
hat diese Arbeit im Jahr 2021  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 6

Alle Rechte vorbehalten  
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde  
Druck: CPI Books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-18656-3 (Print)  
ISBN 978-3-428-58656-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinem Vater*



## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 fertiggestellt und im Wintersemester 2021/2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand im November 2021 statt.

Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von Ende 2020, darüber hinausgehende Veröffentlichungen konnten nur noch vereinzelt berücksichtigt werden, darunter insbesondere die bedeutenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutz (März 2021) sowie zur Bundesnotbremse im Rahmen der Corona-Pandemie (November 2021).

Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Fabian Wittreck, für die Unterstützung dieser Arbeit und die stets eingeräumte wissenschaftliche Freiheit. Herrn Prof. Dr. Oliver Lepsius danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Der Konrad-Adenauer-Stiftung möchte ich für die Gewährung eines Promotionsstipendiums danken.

Schließlich danke ich meiner Familie, insbesondere meiner Mutter Heike Möller, die mich während der gesamten Studiums- und Promotionszeit stets liebevoll und vorbehaltlos unterstützt hat. Auch wenn er die meiste Zeit des Studiums sowie die Promotionszeit nicht miterleben durfte, war und ist mir mein Vater, Herr Dr. iur. Thomas Möller, nicht nur Vorbild, sondern auch steter Motivator. Ihm ist diese Arbeit in liebevoller Erinnerung und großer Dankbarkeit gewidmet.

Oldenburg, im Februar 2022

*Matthias Möller*





# Inhaltsübersicht

## *Teil 1*

### **Einleitung** 23

- A. Problemaufriss ..... 23
- B. Gang der Untersuchung ..... 30

## *Teil 2*

### **Das Bundesverfassungsgericht im Grundgesetz** 32

- A. Die Kontrollbefugnis des Bundesverfassungsgerichts ..... 32
- B. Grenzen der Kontrollbefugnis ..... 43

## *Teil 3*

### **Spannungsfelder bei der Einleitung der Normenkontrolle** 68

- A. Art der Verfahren ..... 69
- B. Umfang der Verfahren ..... 71

## *Teil 4*

### **Spannungsfelder im Normenkontrollvorgang: Spielräume des Gesetzgebers** 78

- A. Systematisierung der Spielräume ..... 79
- B. Spielräume und Freiheiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ..... 84
- C. Tatsächliche Spannungsfelder und Spielräume ..... 112
- D. Materiell-rechtliche Spannungsfelder und Spielräume ..... 203
- E. Zusammenfassung ..... 262

*Teil 5*

**Spannungsfelder bei der Normenkontrollentscheidung:  
Spielräume des Bundesverfassungsgerichts** 265

- A. Vereinbarkeit mit der Verfassung: Verfassungskonforme Auslegung . . . . . 267
- B. Ausnahmen von der Nichtigkeitserklärung . . . . . 273
- C. Vorgaben an den Gesetzgeber: Appellentscheidungen . . . . . 302
- D. Zusammenfassung . . . . . 314

*Teil 6*

**Schlussbetrachtungen** 316

- A. Das tatsächliche Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber . . . . . 317
- B. „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ . . . . . 325
- C. Zusammenfassung . . . . . 333
- D. Unauflösbarkeit des Spannungsfeldes . . . . . 338

**Literaturverzeichnis** . . . . . 340

**Sachregister** . . . . . 359

# Inhaltsverzeichnis

## *Teil 1*

### **Einleitung** 23

- A. Problemaufriss ..... 23
- B. Gang der Untersuchung ..... 30

## *Teil 2*

### **Das Bundesverfassungsgericht im Grundgesetz** 32

- A. Die Kontrollbefugnis des Bundesverfassungsgerichts ..... 32
  - I. Demokratieprinzip und Verfassungsgerichtsbarkeit ..... 32
  - II. Demokratischer Verfassungsstaat ..... 33
    - 1. Entscheidung für ein Verfassungsgericht ..... 33
    - 2. Formelles und materielles Prüfungsrecht ..... 36
  - III. Das Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgan in der Gewaltenteilung ..... 38
    - 1. Ausgangslage ..... 38
    - 2. Die selbstbewusste Machtbehauptung als Verfassungsorgan ..... 40
- B. Grenzen der Kontrollbefugnis ..... 43
  - I. Judicial Self-Restraint ..... 44
    - 1. Die richterliche Zurückhaltung ..... 44
    - 2. Bewertung ..... 46
    - 3. Recht zur Zurückhaltung ..... 47
    - 4. Political Question Doctrine ..... 47
    - 5. Bundesverfassungsgerichts-Rechtsprechung ..... 49
  - II. Materiell-rechtliche und funktionell-rechtliche Grenzen ..... 49
    - 1. Materiell-rechtliche Verfassungsinterpretation ..... 50
      - a) Auslegungskanon nach Savigny ..... 50
      - b) Bewertung ..... 52
    - 2. Funktionell-rechtliche Verfassungsinterpretation ..... 54
      - a) Bundesverfassungsgericht und Gewaltenteilung ..... 54
        - aa) Bundesverfassungsgericht als vierte Gewalt oder Legislativorgan ..... 54
        - bb) Einordnung als Judikativorgan ..... 56

b) Bundesverfassungsgericht und Politik .....	57
c) Gerichts-Typik .....	59
III. Systematisierung der verfassungsgerichtlichen Prüfung .....	61
1. Strukturierung des Überprüfungsprozesses .....	61
2. Kontextualisierung und Maßstabbildung .....	62
a) Kritik am Maßstäbeteil des Bundesverfassungsgerichts .....	62
b) Notwendigkeit der Maßstabbildung und Dogmatisierung .....	66
c) Richtig verstandene Kontextualisierung.....	66

### *Teil 3*

#### **Spannungsfelder bei der Einleitung der Normenkontrolle** 68

A. Art der Verfahren .....	69
B. Umfang der Verfahren .....	71
I. Prüfungsgegenstand .....	71
II. Prüfungsmaßstab .....	71
1. Grundrechts-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	71
2. Kritik: Banalisierung der Grundrechte .....	73
3. Bewertung .....	75

### *Teil 4*

#### **Spannungsfelder im Normenkontrollvorgang: Spielräume des Gesetzgebers** 78

A. Systematisierung der Spielräume .....	79
I. Strukturelle und epistemische Spielräume .....	79
II. Materiell-rechtliche und tatsächliche Spielräume .....	81
B. Spielräume und Freiheiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	84
I. Verantwortungsbewusstsein des Bundesverfassungsgerichts .....	84
II. Differenzierungen .....	86
1. Strukturelle und begriffliche Differenzierung .....	87
2. Inhaltliche Differenzierung .....	92
a) Begriffliches Vorverständnis .....	92
b) Inhaltlicher Gehalt der Begriffe .....	93
aa) Spielräume .....	93
(1) Gestaltungsspielraum .....	93
(2) Spielraum .....	95
(3) Entscheidungsspielraum .....	96
(4) Einschätzungsspielraum .....	96
(5) Beurteilungs- und Prognosespielraum .....	97

(6) Ausgestaltungsspielraum . . . . .	97
(7) Handlungsspielraum . . . . .	98
(8) Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum . . . . .	98
(9) Spielraum politischen Ermessens . . . . .	98
(10) Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum . . . . .	99
(11) Einschätzungs- und Prognosespielraum . . . . .	99
(12) Regelungsspielraum . . . . .	99
(13) Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum . . . . .	100
(14) Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum . . . . .	100
(15) Beurteilungsspielraum . . . . .	100
(16) Prognosespielraum . . . . .	101
(17) Politischer Spielraum . . . . .	101
(18) Politischer Gestaltungsspielraum . . . . .	101
(19) Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum . . . . .	101
(20) Wertungsspielraum . . . . .	102
(21) Bewertungsspielraum . . . . .	102
(22) Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum . . . . .	102
(23) Einschätzungs- und Wertungsspielraum . . . . .	102
bb) Freiheiten . . . . .	102
cc) Befugnisse . . . . .	103
dd) Weitere Begriffe . . . . .	103
c) Zusammenfassung und Fazit . . . . .	104
aa) Keine differenzierende Verwendung von Begriffen . . . . .	104
bb) Maßstabbildung als Ursache für die begriffliche Unschärfe . . . . .	105
3. Differenzierung nach Reichweite: Kontrolldichte . . . . .	106
III. Zusammenfassung . . . . .	109
C. Tatsächliche Spannungsfelder und Spielräume . . . . .	112
I. Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts zur Ermittlung von Tatsachen und Anstellung von Prognosen . . . . .	112
1. Vorfrage: Pflichten des Gesetzgebers hinsichtlich Tatsachen und Prognosen . . . . .	112
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	115
aa) Erster Senat . . . . .	115
bb) Zweiter Senat . . . . .	117
cc) Zusammenfassung . . . . .	119
b) Für Verfahrenspflichten . . . . .	119
aa) Differenzierung nach Art der Pflicht . . . . .	120
(1) Begründungspflichten . . . . .	120
(2) Sachaufklärungspflicht . . . . .	120
(3) Abwägungspflicht . . . . .	121
(4) Transparenzpflichten . . . . .	122
(5) Zusammenfassung . . . . .	122

bb) Verfassungsrechtliche Anknüpfung . . . . .	122
(1) Abgeleitet aus den Grundrechten . . . . .	122
(2) Abgeleitet aus dem Demokratieprinzip . . . . .	124
(3) Abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip . . . . .	126
c) Gegen Verfahrenspflichten: Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz . . . . .	127
aa) Ablehnung einer Begründungspflicht . . . . .	128
bb) Keine Pflichten an das Verfahren . . . . .	130
d) Stellungnahme . . . . .	131
2. Rechtliche Grundlage für das Bundesverfassungsgericht . . . . .	133
a) Funktionell- und materiell-rechtliche Argumente . . . . .	134
b) Korrelation mit fehlender gesetzgeberischer Tatsachenermitt- lungspflicht . . . . .	135
3. Verfahrensmaßstäbe . . . . .	136
a) Ablehnende Haltung einer Obliegenheit . . . . .	136
b) Obliegenheiten hinsichtlich des Tatsächlichen . . . . .	137
c) Stellungnahme . . . . .	138
4. Zwischenergebnis . . . . .	139
II. Tatsachen in der Normenkontrolle . . . . .	141
1. Versuch einer Definition . . . . .	141
2. Rechtliche Relevanz . . . . .	143
III. Prognosen in der Normenkontrolle . . . . .	144
1. Gegenstand der Prognose . . . . .	144
2. Bedeutung der Prognose . . . . .	145
3. Prognose und Wissenschaft . . . . .	146
IV. Systematisierung . . . . .	148
1. Das Mitbestimmungsurteil als Ausgangspunkt . . . . .	148
a) Das Urteil . . . . .	149
b) Die drei Stufen . . . . .	151
aa) Evidenzkontrolle . . . . .	151
(1) Grundlagenvertrag, Güterkraftverkehr, Weinwirtschafts- abgabe . . . . .	151
(2) Zwischenfazit . . . . .	154
bb) Vertretbarkeitskontrolle . . . . .	154
(1) Absicherungsgesetz, Mühlengesetz, Mühlenstrukturge- setz . . . . .	154
(2) Zwischenfazit . . . . .	156
cc) Intensive Kontrolle . . . . .	156
(1) Apotheken-Urteil, Kassenärzte, Arzneimittelgesetz . . . . .	156
(a) Die Urteile . . . . .	157
(b) Zwischenfazit . . . . .	158
(2) Schwangerschaftsabbruch I, Lebenslange Freiheitsstrafe . . . . .	158
(3) Der intensive Maßstab . . . . .	159

c) Zusammenfassung . . . . .	160
aa) Erforderlichkeits-Evidenz und Zweck-Vertretbarkeit . . . . .	160
bb) Sachverhalts-Dynamiken . . . . .	161
cc) Neue Entwicklungen im Mitbestimmungsurteil . . . . .	161
dd) Rezeption in der weiteren Rechtsprechung . . . . .	162
(1) Legitimer Zweck . . . . .	163
(a) Rechtsprechung und Voraussetzungen . . . . .	163
(b) Fazit . . . . .	165
(2) Geeignetheit . . . . .	166
(3) Erforderlichkeit . . . . .	167
(a) Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	167
(b) Fazit . . . . .	169
(4) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne . . . . .	170
2. Kriterien . . . . .	170
a) Die Möglichkeit der Bildung eines sicheren Urteils . . . . .	171
b) Die Eigenart des Sachbereichs . . . . .	172
aa) Außenpolitische und wirtschaftspolitische Fragen . . . . .	172
bb) Staatsorganisationsrechtliche Fragen: Entscheidung in eigener Sache . . . . .	174
(1) Die Sperrklausel-Rechtsprechung . . . . .	174
(a) Sperrklausel-Urteil Schleswig-Holstein . . . . .	175
(b) Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG . . . . .	177
(c) Drei-Prozent-Sperrklausel Europawahlgesetz . . . . .	178
(2) Weitere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	180
(3) Bewertung . . . . .	181
cc) Irreversibilität der gesetzlichen Maßnahme . . . . .	183
dd) Fazit . . . . .	183
c) Die Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter . . . . .	184
aa) Grundsätzliche Bedeutung . . . . .	184
bb) Keine Vorrangstellung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	185
cc) Rangordnung von Rechtsgütern . . . . .	186
dd) Irreversibilität als entscheidendes Kriterium . . . . .	187
3. Zeitliches Moment . . . . .	188
a) Zeitpunkt der Prognosen- und Tatsachenkontrolle . . . . .	188
aa) Überprüfung ex ante . . . . .	188
bb) Überprüfung ex nunc . . . . .	189
cc) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	189
b) Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht . . . . .	190
aa) Nachbesserungspflicht . . . . .	191
(1) Voraussetzungen und Herleitung . . . . .	191
(2) Umfang und Geltendmachung . . . . .	191
bb) Beobachtungspflicht . . . . .	194



c) Eigener Ansatz . . . . .	195
aa) Kritik an der Konturenlosigkeit . . . . .	195
bb) Entscheidung für einen ex nunc Zeitpunkt . . . . .	196
V. Zusammenfassung . . . . .	199
D. Materiell-rechtliche Spannungsfelder und Spielräume . . . . .	203
I. Kontrolldichte und materiell-rechtliche Spielräume . . . . .	204
1. Verfahren als verfassungsrechtliche Vorgabe . . . . .	206
a) Obliegenheit im Hinblick auf materiell-rechtliche Spielräume . . . . .	206
b) Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtung . . . . .	208
2. Ergebnis . . . . .	210
II. Bestimmung materiell-rechtlicher Spielräume . . . . .	210
1. Allgemeine Vorfragen einer Systematisierung . . . . .	211
a) Funktionell-rechtliche Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnorm . . . . .	211
aa) Der Maßstab . . . . .	211
bb) Bewertung . . . . .	212
b) Rangordnung von Rechtsgütern . . . . .	213
c) Verhältnis der Spielräume zueinander . . . . .	215
2. Systematisierung der Spielräume . . . . .	216
a) Abwehrfunktion der Freiheitsgrundrechte . . . . .	217
aa) Bestandsaufnahme der aktuellen Rechtsprechung . . . . .	217
(1) Abwehrrechte kollidieren mit bloß legitimen Zielen . . . . .	217
(a) Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung . . . . .	217
(b) Zwischenergebnis . . . . .	218
(2) Freiheitsrechte kollidieren mit verfassungsunmittel- baren Rechtsgütern . . . . .	219
(a) Rechtsprechung des Gerichts . . . . .	219
(aa) Kollidierende Grundrechtspositionen . . . . .	219
(bb) Aufeinandertreffen mit einem Verfassungs- prinzip . . . . .	220
(b) Praktische Konkordanz . . . . .	221
(aa) Kritik am Optimierungsgedanken der prakti- schen Konkordanz . . . . .	223
(bb) Praktische Konkordanz und Bundesverfas- sungsgericht . . . . .	224
(cc) Großer Spielraum bei der Herstellung prakti- scher Konkordanz . . . . .	225
(c) Zwischenergebnis . . . . .	226
(3) Freiheitsrechte kollidieren mit Schutzaufträgen . . . . .	226
bb) Zusammenführung . . . . .	228
(1) Abwehrfunktion der Freiheitsgrundrechte . . . . .	228
(2) Ausgleichsfindung durch den Gesetzgeber . . . . .	229
(3) Spielraum und legitimer Zweck . . . . .	231

b) Schutzpflichten, Leistungsfunktionen und Einrichtungsgarantien	232
aa) Schutzpflichten	232
(1) Meinungsstand und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	233
(2) Spezifisch materiell-rechtlicher Spielraum	233
(3) Ergebnis	237
bb) Leistungsrechte	239
cc) Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes	240
(1) Bestandsaufnahme der aktuellen Rechtsprechung	240
(2) Ergebnis	241
c) Gleichheitsgrundrechte	242
aa) Ungleichbehandlung und Freiheitsgrundrechte	244
bb) Gewährnde Staatstätigkeit	244
cc) Ergebnis	245
d) Verfassungsrechtliche Strukturprinzipien und andere Grundrechtsnormen	245
aa) Die rechtsstaatliche Pflicht zu rationalen Gesetzen	246
(1) Systematische Verortung	247
(2) Verfassungsrechtliche Herleitung	248
(a) Die rechtsstaatliche Pflicht zur Folgerichtigkeit und Rationalität	248
(aa) Folgerichtigkeit und Gleichheitssatz	248
(bb) Folgerichtigkeit und Freiheitsrechte	249
(b) Bedeutung des Demokratieprinzips	251
(c) Bewertung: Bedeutung des Demokratieprinzips	253
bb) Art. 38 GG: Wahlrecht	255
cc) Bedeutung des öffentlichen Diskurses für den Spielraum	257
III. Zusammenführung der Ergebnisse	258
1. Bedeutung der materiell-rechtlichen Spielräume	258
2. Systematisierung von Spielräumen	259
E. Zusammenfassung	262

*Teil 5*

**Spannungsfelder bei der Normenkontrollentscheidung:  
Spielräume des Bundesverfassungsgerichts**

A. Vereinbarkeit mit der Verfassung: Verfassungskonforme Auslegung	267
I. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	269
II. Grenzen der verfassungskonformen Auslegung	271
B. Ausnahmen von der Nichtigkeitserklärung	273
I. Unvereinbarerklärung	274
1. Rechtsfolgen der Unvereinbarerklärung	274

2. Anwendungsfälle der Unvereinbarerklärung . . . . .	276
3. Verfassungsrechtliche Herleitung . . . . .	277
a) Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers . . . . .	278
b) Gestaltungsfreiheit und Besonderheiten des Gleichheitssatzes . . . . .	279
c) Rechtsfolgenargument . . . . .	281
aa) Rechtsfolgenargument und Weitergeltung . . . . .	281
bb) Voraussetzungen . . . . .	283
d) Ergebnis . . . . .	284
II. Übergangsregelungen . . . . .	285
1. Arten von Übergangsregelungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	285
2. § 35 BVerfGG als Rechtsgrundlage . . . . .	287
3. Verstoß gegen Verfassungsrecht . . . . .	287
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung . . . . .	289
5. Voraussetzungen . . . . .	290
a) Unterscheidung zwischen echten Übergangsregelungen und modifizierten Fortgeltungsanordnungen . . . . .	291
aa) Tenorierungen des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	291
bb) Differenzierung in inhaltlicher Hinsicht . . . . .	293
b) Systematik inhaltlicher Kriterien . . . . .	294
aa) Nichtigerklärung nicht möglich . . . . .	294
bb) Abwägung . . . . .	295
c) Ergebnis . . . . .	298
III. Fristabläufe . . . . .	300
C. Vorgaben an den Gesetzgeber: Appellentscheidungen . . . . .	302
I. Ausdrückliche Appellentscheidungen . . . . .	302
1. Noch verfassungsgemäße Rechtslagen . . . . .	304
2. Verfassungswidrige Rechtslagen . . . . .	306
3. Zwischenergebnis . . . . .	307
II. Präjudiz-Wirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen . . . . .	308
1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	309
2. Bewertung . . . . .	312
D. Zusammenfassung . . . . .	314

### *Teil 6*

## **Schlussbetrachtungen** 316

A. Das tatsächliche Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber . . . . .	317
I. Direktwahl des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	319
II. Änderung des parteipolitischen Wahlverfahrens . . . . .	320
1. Ausgangssituation . . . . .	321

2. Reformbedarf .....	322
B. „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ .....	325
I. Aufgaben der Gesellschaft .....	327
II. Aufgaben der Politik .....	328
III. Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts .....	331
C. Zusammenfassung .....	333
D. Unauflösbarkeit des Spannungsfeldes .....	338
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>340</b>
<b>Sachregister</b> .....	<b>359</b>

## Abkürzungsverzeichnis

abw.	abweichende
Anl.	Anlass
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AtomG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKA	Bundeskriminalamt
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWahlG	Bundeswahlgesetz
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
d.	des
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
Ed.	Edition
et al.	et alii = und andere
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
FDP	Freie Demokratische Partei
Festg.	Festgabe
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote

gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GOBT	Geschäftsordnung Deutscher Bundestag
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i. V. m.	in Verbindung mit
IHK	Industrie- und Handelskammer
IHKG	Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern
i. S. e.	im Sinne eines/r
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KiFöG-LSA	Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt
KJ	Kritische Justiz
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
m. a. W.	mit anderen Worten
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o. Ä.	oder ähnliches
o. g.	oben genannt(en)
PsychKG	Psychisch-Kranken-Gesetz
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Randnummer
RuP	Recht und Politik
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
stRspr	ständige Rechtsprechung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.	und

u. a.	unter anderen/m
u. v. m.	und viele mehr
US	United States
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRV	Weimarer Verfassung
Yale L.J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## Teil 1

# Einleitung

## A. Problemaufriss

Charles de Montesquieu gehört wohl zu den bedeutendsten staatstheoretischen Vordenkern der Aufklärung. In seinem 1748 veröffentlichten Werk „De l’esprit des lois“ prägte er maßgeblich den Begriff der Gewaltenteilung, den auch die heutige Staatswissenschaft weiterhin beschäftigt<sup>1</sup>. In der am 26. August 1789 von der französischen Nationalversammlung verkündeten Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte heißt es in Art. 16: „Eine Gesellschaft, in der die Gewährleistung der Rechte nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung“<sup>2</sup>.

Die Verpflichtung, den jeweiligen Kernbereich der Gewalten unangetastet zu lassen – und damit die Gewaltenteilung zu sichern –, gilt als eine der wesentlichen Voraussetzungen des freiheitlichen, rechtstaatlichen und demokratischen Verfassungsstaats<sup>3</sup>. Im Grundgesetz wurde die Gewaltenteilung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, nach dem die staatliche Gewalt durch die besonderen Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird sowie in Art. 1 Abs. 3 GG, wonach die drei genannten Gewalten an die nachfolgenden Grundrechte gebunden werden, kodifiziert<sup>4</sup>. Die

---

<sup>1</sup> *Weber-Fas*, Freiheit durch Gewaltenteilung – Montesquieu und der moderne Verfassungsstaat, JuS 2005, 882 (882); *Grzeszick*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 [Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht] V. Rn. 4; in diesem Sinne ebenso *Wittreck*, Gewaltenteilung – Gewaltenverschränkung – Gewaltengliederung, La división de poderes 5 (2009), S. 1 (2, 8), der jedoch darauf hinweist, dass die Anknüpfung an Montesquieu wohl zutreffend, aber dennoch „stark verkürzt“ sei.

<sup>2</sup> *Wißmann* (Hrsg.), Europäische Verfassungen 1789–1990, 2015, S. 13.

<sup>3</sup> *Ossenbühl*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, 1998, S. 75 (75); *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, 34. Aufl. 2018, S. 116. Die Aussage der französischen Menschenrechtserklärung, dass ein Staat ohne Gewaltenteilung schlechthin keine Verfassung haben kann, bedarf damit einer Präzisierung. Eine Verfassung kann sich auch ein Despot zulegen, dazu *Puhl*, Gewaltenteilung, in: Kube (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, 1/Staat und Verfassung, 2013, S. 249 (249 f.).

<sup>4</sup> Zu weiteren die Gewaltenteilung näher regelnden Vorschriften im GG siehe *Wittreck*, Gewaltenteilung (Fn. 1), S. 4 f.



Anknüpfung an diese beiden Normen führt zu einer Absicherung der Gewaltenteilung durch das Änderungsverbot des Art. 79 Abs. 3 GG, sodass die Aufgabenverteilungen auch durch Verfassungsänderung allenfalls graduell verschoben, der Kernbereich der Gewalten jedoch nicht angetastet werden darf<sup>5</sup>. Gegenstand der nachfolgenden Ausarbeitung ist die Frage, inwiefern das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Gewaltenteilung in verfassungsrechtlich problematischer Weise in Konflikt mit dem der Legislative vorbehaltenen Bereich kommt, wenn es Normen des Gesetzgebers kontrolliert.

Während für Montesquieu die Gewaltenteilung die entscheidende Aufgabe hatte, durch Begrenzung des Staates die Freiheit des Einzelnen zu sichern<sup>6</sup>, wird dem Grundsatz der Gewaltenteilung nunmehr auch eine Rationalisierungsfunktion im Sinne einer effizienten Staatsorganisation zugesprochen<sup>7</sup>. Die Gewaltenteilung ziele danach darauf ab, dass staatliche Entscheidungen von den Einrichtungen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen<sup>8</sup>. Die im Folgenden vorzunehmende Funktionsabgrenzung zwischen dem Gesetzgeber von formellen Parlamentsgesetzen und dem Bundesverfassungsgericht hat damit das interne Spannungsfeld der Zuständigkeitsabgrenzungen der Gewalten sowie den „sprichwörtlichen Leviathan“ insgesamt zu berücksichtigen, welcher sowohl durch „Fesselung gebremst“ als auch „rascher marschieren“ gelassen werden soll<sup>9</sup>.

Die Aufgabe der Verabschiedung von formellen Parlamentsgesetzen kommt gem. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG der gesetzgebenden Gewalt zu. Sie ist – wie es der Deutsche Bundestag selbst formuliert<sup>10</sup> – die wichtigste Aufgabe<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 III Rn. 50.

<sup>6</sup> Wittreck, Gewaltenteilung (Fn. 1), S. 7; Puhl, Gewaltenteilung (Fn. 3), S. 250.

<sup>7</sup> Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 98; Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 79 (2013) Rn. 146; Puhl, Gewaltenteilung (Fn. 3), S. 252, der jedoch davor warnt, diese demokratische Wurzel zum „Einfallstor für organisationssoziologisch-rechtspolitische Effizienzüberlegungen zu machen“.

<sup>8</sup> Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 45. Ed. 2020, Art. 20 GG Rn. 156; BVerfG 1 BvR 781/21 u. a. (Rn. 140) – Bundesnotbremse I (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen) (2021).

<sup>9</sup> In diesem Sinne illustriert Wittreck, Gewaltenteilung (Fn. 1), S. 7 das Spannungsverhältnis.

<sup>10</sup> Online-Glossar Deutscher Bundestag, <https://www.bundestag.de/services/glossar/glossar/L/legislative-245488> (22.09.2020).

<sup>11</sup> Weitere Aufgaben sind im Rahmen seiner demokratischen Gesamtleitungs-, Willensbildungs- und Kontrollfunktion die Wahl des Bundeskanzlers, Kontrolle der Bundesregierung, Einsetzung von Untersuchungsausschüssen, Ausübung des Haus-

der Legislative<sup>12</sup>. Der Erlass abstrakt-genereller Normen gehört zum typischen „unveränderlichen Kernbereich“ des Gesetzgebers<sup>13</sup>. Das Bundesverfassungsgericht formuliert im Hinblick auf diesen Kernbereich, dass keine der Gewalten „ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere Gewalt erhalten [darf] [...]. Der Kernbereich der verschiedenen Gewalten ist unveränderbar. Damit ist ausgeschlossen, daß eine der Gewalten die ihr von der Verfassung zugeschriebenen typischen Aufgaben preisgibt“<sup>14</sup>. Der Gesetzgeber<sup>15</sup> schafft also die Gesetze. Das Bundesverfassungsgericht hingegen kann neben dem Gesetzgeber selbst als einzige Institution Gesetze wieder abschaffen, es prüft die Vereinbarkeit von Gesetzen mit dem Grundgesetz (Art. 93 Abs. 1 GG) und erklärt Gesetze bei Unvereinbarkeit für nichtig (§ 78 S. 1 BVerfGG).

Zweifelsohne steht das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf seine Normverwerfungskompetenz bei der Überprüfung von Gesetzen der Legislative daher in einem besonderen Spannungsverhältnis zum Gesetzgeber und dem der Legislative vorbehaltenen Kernbereich. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz – d.h. nur über verfassungsgerichtliche und nicht einfachrechtliche Fragen entscheiden darf – ist, ein Gericht seiner Natur nach aber möglichst umfassend entscheiden möchte. Da, wo das Gericht aber nicht – wie z.B. der US-amerikanische Supreme Court – über das einfache Recht entscheiden darf, unterläuft es schnell der Gefahr, das Verfassungsrecht zu extensiv auszulegen (aus „Wo kein Verfassungsrecht, da kein Verfassungsgericht“ wird dann „Wo das Verfassungsgericht, da auch Verfassungsrecht“<sup>16</sup>).

---

haltsrechts u. v. m., vgl. *Benda*, Das Verhältnis von Parlament und Bundesverfassungsgericht, in: Thaysen (Hrsg.), US-Kongress und Deutscher Bundestag, 1988, S. 217 (219).

<sup>12</sup> Wenngleich im Nachfolgenden häufig von Gesetzgeber gesprochen wird, so ist der Begriff „gesetzgebende Gewalt“ oder „Gesetzgebung“ zutreffender. Der Gesetzgeber ist kein „weiser alter Mann mit Bart“, keine „mythische Figur“, sondern „Gesetzgebung ist ein verfassungsrechtlich geordnetes Verfahren, welches mehrere hierzu legitimierte und kompeten Organe im Wege der Interaktion zu einer Handlungseinheit zusammenfügt“, vgl. *Ossenbühl*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 3), S. 88.

<sup>13</sup> *Puhl*, Gewaltenteilung (Fn. 3), S. 255.

<sup>14</sup> BVerfGE 34, 52 (Rn. 29) – *Hessisches Richtergesetz* (1972); BVerfGE 95, 1 (Rn. 73) – *Südfahrt Stendal* (1996); zuletzt auch BVerfG 1 BvR 781/21 u. a. (Rn. 140) – *Bundesnotbremse I* (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen) (2021).

<sup>15</sup> Der Begriff des Gesetzgebers erfasst dabei insbesondere den Bundestag und Bundesrat, daneben aber auch bei weiter Betrachtung den Bundespräsidenten, vgl. *Hölscheidt/Menzenbach*, Das Gesetz ist das Ziel: Zum Zusammenhang zwischen gutem Verfahren und gutem Gesetz, DÖV 2008, 139 (140).

<sup>16</sup> Treffend *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: *Jestaedt et al.*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 77 (112); in diesem Sinne auch *Jarass*, Die Konstitutionalisierung des