

Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung

*Carola Schulze**

Das *BVerfG* ist im Jahr 2011 60 Jahre alt geworden. 60 Jahre *BVerfG* – das ist eine Erfolgsgeschichte sondergleichen. Vor dem *BVerfG* waren seit dem 07.09.1951 bis zum 31.12.2010 insgesamt 188.810 Verfahren anhängig. Davon waren 182.151 (96,47 %) Verfassungsbeschwerden, 3.641 (1,93 %) abstrakte und konkrete Normenkontrollen, acht (0,01 %) Parteienverbotsverfahren und 2.985 (1,58 %) andere Verfahren. Erledigt wurden von den 188.810 anhängigen Verfahren bis zum 31.12.2010 185.827 Verfahren, davon 179.258 (96,46 %) Verfassungsbeschwerden (von diesen wiederum waren 4.308 = 2,4 % erfolgreich), 3.583 abstrakte und konkrete Normenkontrollen, acht Parteienverbotsverfahren und 2.953 andere Verfahren.¹

Eine im Jahr 2011 durchgeführte Allensbach-Umfrage zu der Frage, welchem Verfassungsorgan die Deutschen am meisten vertrauen, erbrachte das Ergebnis, dass 54 % der Bevölkerung dem *BVerfG* das größte Vertrauen entgegen bringen. Das ist der vorläufige Vertrauenshöhepunkt für das *BVerfG* im Vergleich zu 1974 – 47 % und zu 1988 – 53 % (nach der Bundesregierung und dem Bundestag).

I. *BVerfG* und Gesetzgebung

Überblickt man die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, so wird man nicht leugnen können, dass das *BVerfG* zu einem wichtigen Machtfaktor im politischen Leben geworden ist.² Seine Entscheidungen setzen nicht nur für den Einzelfall die Grenzen staatlicher Gewalt fest, sondern bestimmen auch den Rahmen, innerhalb dessen sich die Politik entwickeln kann. Nicht selten ergeben sich dabei auch Auswirkungen auf die Inhalte der Politik. Auf der anderen Seite erhebt das *BVerfG* kei-

* Prof. Dr. Carola Schulze, Lehrstuhl für Verfassungsgeschichte und Rechtsphilosophie i.V.m. Öffentlichem Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam.

¹ Quelle: Jahresstatistik 2010 des *BVerfG* (www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/statistik_2010.html, Abruf am 19.09.2013).

² Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, S. 4.

nen Anspruch darauf, Politik treiben zu dürfen und hebt hervor, dass seine Aufgabe darin bestehe, in einem förmlichen Verfahren Recht zu sprechen. Aber der Gegenstand der Verfassungsgerichtsbarkeit ist ebenso wie der Gegenstand der Verfassung eminent politisch.³ In diesem Sinne ist hervorzuheben, dass das *BVerfG* unentrinnbar zwischen Recht und Politik steht. Das zeigt sich in besonderer Weise am Verhältnis von *BVerfG* und Gesetzgeber und konzentriert sich im Wesentlichen in der Befugnis des *BVerfG*, die Legislativakte des Gesetzgebers zu prüfen und ggf. zu verwerfen. Ergibt die Prüfung, dass die Norm gegen das GG verstößt, so wird sie vom *BVerfG* für verfassungswidrig und nichtig oder in besonderen Fällen (nur!) für unvereinbar mit dem GG erklärt.

Die Einsetzung des *BVerfG* als Kontrollinstanz des Gesetzgebers ist die logische Konsequenz und die große Errungenschaft des Verfassungsstaates.⁴ Der Gesetzgeber muss sich wegen der Vorordnung des Verfassungsrechts vor der Politik nicht wegen seiner politischen Richtung und Ziele, wohl aber im Hinblick auf die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Regeln und der inhaltlichen Wertmaßstäbe verantworten.⁵ Daraus ergeben sich eine *Reihe von politisch brisanten Spannungslagen*. Sie betreffen z.B. die *Legitimationsfrage*: Was berechtigt das *BVerfG*, Gesetze des Bundestages als unmittelbar durch demokratische Wahlen legitimiertes Verfassungsorgan zu kontrollieren und zu korrigieren? Die Existenz einer Verfassungsgerichtsbarkeit hat der Verfassungsstaat des GG in Art. 92 GG *institutionell legitimiert*. Zu dieser Legitimation, die vom GG gleichwertig neben die demokratische Legitimation durch Wahlen gestellt wird,⁶ gehört, dass das *BVerfG* seine Kontrollaufgabe nur in einem justizförmig geordneten und spezifischen Rechtsfindungsverfahren vornimmt. Und diese Legitimation wird ergänzt und ausgeformt als Rechtsprechung (siehe Art. 92 GG), die sich ihrerseits durch den Status der entscheidenden Richter – namentlich ihre Unabhängigkeit und die spezifische Weise der Rechtsfindung –

³ *Isensee/Kirchhof*, HStR VII, 1992, § 162, Rn. 21 ff.

⁴ *F. Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2011, S. 34.

⁵ *F. Ossenbühl* (Anm. 4), S. 34.

⁶ *F. Ossenbühl* (Anm. 4), S. 35.

von den Entscheidungsprozessen der politischen Instanzen unterscheidet. Dieser Unterschied im Status der Richter und in der Eigenart des Entscheidungsverfahrens bestimmt das grundsätzliche verfahrensrechtliche Verhältnis zwischen *BVerfG* und Gesetzgebung. Sie stehen in einem Verhältnis der Kooperation und nicht der Konfrontation zueinander, was die Hütung und Ausformung des Verfassungsrechts betrifft.⁷ Wenn es zu Meinungsverschiedenheiten über den vorgegebenen Inhalt der Verfassung kommt, dann geht es hier um die Frage, wer letztverbindlich darüber entscheiden soll: Das Grundgesetz weist diese Letztentscheidungskompetenz dem *BVerfG* zu.

Die Spannungslage zwischen *BVerfG* und Gesetzgebung berührt auch das *Problem der fehlerhaften Handhabung der Verfassung bei der Kontrolle des Gesetzgebers durch das BVerfG*. Auch das *BVerfG* als Hüter und Kontrolleur des GG kann den Inhalt der Verfassung verfehlen. Dann stellt sich die Frage der Bindungswirkung von Entscheidungen des *BVerfG*. Diese sind Entscheidungen „in der Zeit“, d. h. an eine bestimmte zeitgebundene Lage und tatsächlich gegebene Verhältnisse geknüpft. Sie können nur in engen Grenzen „Ewigkeitswert“ haben. In diesem Falle entspricht es der besonderen Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, für die Anpassung der Rechtsordnung an wechselnde soziale Anforderungen und veränderte Ordnungsvorstellungen Sorge zu tragen.⁸

Immer wieder wird in Bezug auf die Spannungslage zwischen *BVerfG* und Gesetzgebung in der Öffentlichkeit schließlich auch die Frage diskutiert, ob sich das Gericht an die Stelle des Gesetzgebers gesetzt habe, als Ersatzgesetzgeber aufgetreten sei und damit als politischer Akteur gehandelt habe. Da dem Verfassungsgericht gegenüber keine Grenzlinien gesetzt werden können, ist es üblich geworden, an das *BVerfG* zu appellieren, richterliche Selbstbeschränkung zu üben (*judicial self-restraint*). Auch das *BVerfG* selbst hat sich zu dem Grundsatz

⁷ P. Kirchhoff, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von P. Lerche, 1998, S. 9, 15.

⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82 (Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe) – E 77, 84 (104).

bekannt. Es definiert den Begriff des judicial self-restraint allerdings nicht als Verkürzung oder Abschwächung seiner Kompetenzen zur Durchsetzung der Verfassungsordnung, sondern als den Verzicht, Politik zu treiben, d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen.⁹

II. Das *BVerfG* als Kontrolleur der Gesetzgebung

Die Normallage im Verfassungsstaat besteht darin, dass das *BVerfG* weder den Gesetzgeber „antreibt“ noch ihm inhaltliche Vorgaben macht oder selbst als Ersatzgesetzgeber fungiert, sondern als bloßer Kontrolleur des Gesetzgebers tätig ist.¹⁰ In seiner Kontrollfunktion bestätigt das *BVerfG* entweder ein Gesetz oder lehnt es als verfassungswidrig ab. Insofern ist das *BVerfG* im Verhältnis zum Gesetzgeber nicht Mitproduzent eines Gesetzes. Kompetenzabgrenzendes Kriterium dafür ist einerseits die *Gerichtsförmigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit*, nach der das *BVerfG* nicht das Recht zur Eigeninitiative hat, sondern auf enumerierte Antrags- und Verfahrensarten beschränkt und in ein spezialisiertes geordnetes Verfahren gezwängt sowie als Gericht an den Kontrollmaßstab gebunden ist.¹¹ Das zeigt, dass das *BVerfG* – anders als die von ihm kontrollierten staatlichen Organe – eine nachträgliche, punktuelle, kontrollierende Rolle innehat.¹² Ein anderes entscheidendes kompetenzabgrenzendes Kriterium ist der Aspekt der *Gewaltenteilung*. Der Gewaltenteilungsgrundsatz ist geeignet, die Notwendigkeit einer Kompetenzabgrenzung zu bestätigen. „Das Grundgesetz geht gerade im Verhältnis der obersten Verfassungsorgane zueinander von je eigenen, kompetenzrechtlich abgestuften Verantwortungsbereichen dieser Organe aus, denen die Rechtsordnung in Form von Gestaltungs-, Beurteilungs- und Ermessensspielräumen Rechnung trägt.“¹³

⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 10.04.1997 – 2 BvL 77/92 (Weihnachtsfreibetrag) – E 96, 1 (14 f.).

¹⁰ F. Ossenbühl (Anm. 4), S. 47.

¹¹ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 2004, S. 343.

¹² H. Simon, in: HVerfR, S. 1668.

¹³ *BVerfG*, Urt. v. 16.02.1983 – 2 BvE 1/83, u. a. (Bundestagsauflösung) – E 62, 1 (51).

Bei der Wahrnehmung der Kontrolle des Gesetzgebers durch das *BVerfG* ergeben sich vor allem zwei Fragen, die das Spannungsverhältnis zwischen Gesetzgeber und *BVerfG* berühren.

Erstens: Die Frage nach dem Gegenstand der Kontrolle, d. h. die Frage danach, ob allein das Gesetz als Produkt der Gesetzgebung oder auch das Verfahren (der Entscheidungsprozess), in dem das Gesetz zustande kommt, Gegenstand der Kontrolle durch das *BVerfG* ist. Eine Kontrolle des Entscheidungsprozesses der Gesetzgebung kann allerdings nur in Betracht kommen, sofern und soweit das GG für den Entscheidungsprozess Regeln und Maßstäbe aufgestellt hat. Das ist nur bei dem formalen Verfahrensgang der Fall.

Zweitens: Die Frage nach der Kontrollintensität (*Kontrolldichte*) der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Gesetzgebung und dem legislativen Gestaltungsspielraum. Dabei ist einerseits davon auszugehen, dass der unterschiedlichen Weise des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums eine *abgestufte Kontrolldichte* bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung entspricht.¹⁴ Andererseits ist die Kontrolldichte ihrerseits wiederum abhängig von dem einem bestimmten verfassungsrechtlichen Sachbereich entstammenden materiellen Prüfungsmaßstab.¹⁵ Seit dem Mitbestimmungs-Urteil¹⁶ hat sich die sog. neue Drei-Stufen-Lehre zur Kontrolldichte eingebürgert: Sie reicht von der Evidenzkontrolle über eine Vereinbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten Inhaltskontrolle.¹⁷

In seiner *Entscheidung zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums*¹⁸ vom 09.02.2010 bezieht sich das *BVerfG* auch auf das Problem der Kontrolldichte und -intensität. Das *BVerfG* vertritt die Auf-

¹⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92, u. a. (Transsexueller) – E 88, 87 (96 f.); Beschl. v. 10.01.1995 – 1 BvL 20/87 – E 91, 389 (401).

¹⁵ *BVerfG*, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 (Apothekenurteil) – E 7, 377 (409 f.); Beschl. v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 (Fluglärm) – E 56, 54 (81).

¹⁶ *BVerfG*, Urt. v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, u. a. (Mitbestimmung) – E 50, 290 (322 ff.).

¹⁷ F. Ossenbühl (Anm. 4), S. 53.

¹⁸ *BVerfG*, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, u. a. (Hartz IV-Regelsatz) – E 125, 175.

fassung, dass dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Bemessung des Existenzminimums eine zurückhaltende Kontrolle der einfachgesetzlichen Regelung durch das *BVerfG* entspricht. Da das Grundgesetz selbst keine exakte Bezifferung des Anspruchs erlaubt, beschränkt sich – bezogen auf das Ergebnis – die materielle Kontrolle darauf, ob die Leistungen evident unzureichend sind.¹⁹ Innerhalb der materiellen Bandbreite, welche diese *Evidenzkontrolle* belässt, kann das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums keine quantifizierbaren Vorgaben liefern. Es erfordert aber eine Kontrolle der Grundlagen und der Methoden der Leistungsbemessung darauf hin, ob sie dem Ziel des Grundrechts gerecht werden. D.h. der Grundrechtsschutz erstreckt sich deshalb auch auf das Verfahren zur Ermittlung des Existenzminimums. Daraus folgt, dass die Festsetzung der Leistungen auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren tragfähig und zu rechtfertigen sein muss.²⁰

III. Spannungsfelder zwischen *BVerfG* und Gesetzgeber

Folgende Spannungsfelder können zwischen *BVerfG* und Gesetzgeber bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Gesetzen auftreten:

Erstens: Das *BVerfG* setzt den Anspruch auf Gesetzgebung durch Anregungen und Verpflichtungen zur Gesetzgebung durch, soweit der Gesetzgeber bei verfassungsrechtlich geforderter Gesetzgebung untätig bleibt (sog. *Appellentscheidungen des BVerfG*).

Verfassungsrechtlich geboten ist ein Gesetz dann, wenn das Grundgesetz dem Gesetzgeber einen Gesetzgebungsauftrag erteilt. Solche klassischen verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsaufträge ergaben sich z. B. aus Art. 3 Abs. 2 GG (Gleichberechtigung von Mann und Frau) und aus Art. 6 V GG (Gleichstellung unehelicher Kinder). Kommt der Gesetzgeber einem solchen Gesetzgebungsauftrag nicht nach, dann kann das *BVerfG* dem Gesetzgeber eine Frist setzen, die den Gesetzge-

¹⁹ *BVerfG* (Anm. 18), E 125, 175 (225 f.).

²⁰ *BVerfG* (Anm. 18), E 125, 175 (226).

ber verpflichtet. Diese Fristsetzung kann auch mit entsprechenden Sanktionen verbunden werden.

Verweisen möchte ich als Beispiel für eine solche Appellentscheidung des *BVerfG* auf seine *Entscheidung zum Finanzausgleich*.²¹ Der Gesetzgeber ist nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes zur Finanzverfassung verpflichtet, die Maßstäbe der Finanzverteilung nach Art. 106 und 107 GG in einem Gesetz zu konkretisieren und zu ergänzen. Da die vorhandenen Mängel der Maßstabsbildung eine zeitlich unbeschränkte Fortgeltung des damals geltenden Finanzmaßstäbengesetzes nach Auffassung des *BVerfG* nicht zugelassen haben, musste der Gesetzgeber auf der Grundlage des Erlasses eines neuen Maßstäbengesetzes bis zum 31.12.2004 das Finanzausgleichsgesetz neu regeln. Das *BVerfG* stellte verbindlich fest, dass, sofern eine Neuregelung nicht zum 01.01.2005 in Kraft tritt, das Finanzausgleichsgesetz mit diesem Tag verfassungswidrig und nichtig ist.²²

Als weiteres Beispiel für eine Appellentscheidung des *BVerfG* kann die schon genannte *Entscheidung zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums* vom 09.02.2010²³ angeführt werden. Hier hat das *BVerfG* festgestellt, dass die auf der Grundlage sozialrechtlicher Regelungen festgeschriebene Höhe der Regelleistungen mit Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG unvereinbar ist. Der Gesetzgeber ist seiner Pflicht zur Beobachtung und Nachbesserung nicht nachgekommen.²⁴ Wenn aber der Gesetzgeber seiner verfassungsmäßigen Pflicht zur Bestimmung des Existenzminimums nicht hinreichend nachkommt, ist das einfache Recht im Umfang seiner defizitären Gestaltung verfassungswidrig. Der Gesetzgeber ist zu einer Neuregelung verpflichtet und hat dabei den Anspruch auf Leistungen zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch einen monatlichen Festbetrag zu decken. Er muss aber für einen dar-

²¹ *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1999 – 2 BvF 2/98, u. a. (Länderfinanzausgleich III) – E 101, 158 (238).

²² *BVerfG* (Anm. 21), E 101, 158 (238).

²³ *BVerfG* (Anm. 18).

²⁴ *BVerfG* (Anm. 18), E 125, 175 (223).

über hinausgehenden, unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarf einen zusätzlichen Leistungsanspruch für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben einräumen.²⁵

Das *BVerfG* hat dem Gesetzgeber für die Neuregelung eine Frist bis zum 31.12.2010 eingeräumt. Bis zu dieser Neuregelung sind die alten Vorschriften weiter anwendbar.²⁶

Zweitens: Das *BVerfG* kann den Anspruch auf Rechtsetzung mit *Maßgaben zum Inhalt des verfassungsrechtlich geforderten Gesetzes* durchsetzen. Es macht dem Gesetzgeber auf diese Weise in unterschiedlicher Intensität und Dichte verfassungsrechtliche Vorgaben.²⁷ Als Beispiel dafür, wie das *BVerfG* als *praeceptor legislatoris* tätig wird, ist die *Entscheidung zum Vermögenssteuerbeschluss* vom 26.05.1995²⁸ anzuführen. Das *BVerfG* hat in dieser Entscheidung festgestellt, dass § 3 Nr. 1 des Vermögenssteuergesetzes mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist und es gibt dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich vor, dass eine Vermögenssteuer unter den Bedingungen des damaligen Steuerrechts nur als Sollertragssteuer verstanden und ausgestaltet werden kann. Nach Auffassung von *Böckenförde* in seinem Sondervotum²⁹ zu dieser Entscheidung greift das *BVerfG* mit seinen durch die Vorlage des *Finanzgerichts Neustadt* nicht veranlassten Darlegungen in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers über und lässt die gebotene Selbstbeschränkung außer Acht, die dem *BVerfG* gegenüber dem Gesetzgeber obliegt.

Nach Meinung *Böckenfördes* ist die Bewältigung anstehender Gesetzesvorhaben, einschließlich der Beurteilung und Lösung dabei auftretender Rechtsprobleme, auch dann, wenn diese Verfahren als Folge einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung hervorgerufen werden, allein Sache des Gesetzgebers. Nimmt der Gesetzgeber diese Verantwor-

²⁵ *BVerfG* (Anm. 18).

²⁶ *BVerfG* (Anm. 18), E 125, 175 (177).

²⁷ *F. Ossenbühl* (Anm. 4), S. 42.

²⁸ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 22.06.1995 – 2 BvL 37/91 (Vermögenssteuer) – E 93, 121.

²⁹ Abweichende Meinung v. *E. W. Böckenförde*, *BVerfG* (Anm 28), E 93, 121 (152).

tung nicht hinreichend wahr, fällt das auf ihn zurück und er hat politisch die Folgen zu tragen. Fürsorglichkeit gegenüber dem Gesetzgeber sollte sich das *BVerfG* versagen.³⁰

Als weiteres Beispiel für eine Entscheidung, die dem Gesetzgeber Vorgaben macht, kann die *Entscheidung zu den Ladenöffnungszeiten* vom 01.12.2009³¹ angeführt werden. Hier erklärte das *BVerfG* die Berliner Regelung zur Öffnung der Verkaufsstellen an allen vier Adventstagen (§ 3 Abs. 1 Alt. 2 BerlLadÖffG) zwar für verfassungswidrig, aber unter Berücksichtigung des Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit der Verkaufsstelleninhaber, der von ihnen getroffenen Dispositionen für das Jahr 2009 und des in die Regelung gesetzten Vertrauens für eine Übergangszeit noch anwendbar.

Aus dem Grundrecht der Glaubensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1, 2 GG in seiner Bedeutung als Schutzverpflichtung leitet das *BVerfG* die Gewährleistung eines Mindestniveaus des Schutzes der Sonntage und der gesetzlich anerkannten kirchlichen Feiertage durch den Gesetzgeber ab. Dem genügt nach Auffassung des *BVerfG* das Berliner Sonn- und Feiertagsschutzkonzept nicht in jeder Hinsicht. Die dort vorgesehene Möglichkeit der Ladenöffnung an allen vier Adventssonntagen steht mit den Mindestanforderungen an einen auch grundrechtsverbürgten Schutz nicht mehr im Einklang. Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG ist hier nach Auffassung des *BVerfG* in seiner Bedeutung als Schutzverpflichtung des Staates betroffen. Das *BVerfG* betont aber zugleich im Hinblick auf den Gesetzgeber: Ob und wie der Berliner Landesgesetzgeber seine Schutzkonzeption anpasst, obliegt seiner Gestaltungsmacht nach Maßgabe der Grundsätze dieser Entscheidung.³²

Drittens: Das *BVerfG* beschränkt sich nicht auf Fristsetzungen und verfassungsrechtliche Vorgaben für den Gesetzgeber, sondern *übt selbst gesetzgeberische Befugnisse aus*. Es *fungiert als Reservegesetzgeber*,³³ füllt

³⁰ *BVerfG* (Anm 28), E 93, 121 (152).

³¹ *BVerfG*, Urt. v. 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07, u. a. (Berliner Ladenöffnungszeiten) – E 125, 39.

³² *BVerfG* (Anm. 31), E 125, 39 (103).

³³ *F. Ossenbühl* (Anm. 4), S. 45.

Lücken im Gesetz, bildet Recht fort, stellt allgemeine Rechtsgrundsätze auf und schafft Übergangsregelungen, um bis zum Neuerlass eines als verfassungswidrig erklärten Gesetzes durch den Gesetzgeber weitere Verfassungsverstöße zu vermeiden.

Als Beispiel für eine solche nicht unproblematische Ersatzgesetzgebung des *BVerfG* kann die *Entscheidung zum Spionagebeschluss*³⁴ vom 15.05.1995 angeführt werden. Da eine allgemeine Regel des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechts (Art. 25 GG) nicht existiert, nach der die strafrechtliche Ahndung nachrichtendienstlicher Tätigkeiten ausgeschlossen ist, die im Auftrag und vom Territorium der ehemaligen DDR aus begangen wurden, die danach dem ausgespähten Staat – der Bundesrepublik – friedlich und einvernehmlich beigetreten ist, leitet das *BVerfG* ein Verfolgungshindernis für Spionagestraftaten früherer Mitarbeiter der Staatssicherheit der ehemaligen DDR aus dem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (körperliche Bewegungsfreiheit) i. V. m. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab.³⁵

Das *BVerfG* erklärt also nicht ein Gesetz für verfassungswidrig, sondern stellt eine aus der Verfassung abgeleitete Regel (Verfolgungshindernis) auf, „die an die Stelle eines an sich notwendigen Amnestiegesetzes getreten ist, welches im politischen Raum zum damaligen Zeitpunkt keine Mehrheit gefunden hätte.“³⁶

Ein weiteres Beispiel dafür, dass das *BVerfG* als Ersatzgesetzgeber tätig wurde, ist die *Entscheidung zur Gleichstellung des unehelichen Kindes*³⁷ vom 21.01.1969. Das *BVerfG* konstatierte, dass der Gesetzgeber den Verfassungsauftrag aus Art. 6 Abs. 5 GG, bis zum Ende der 5. Legislaturperiode des Bundestages eine Reform des Unehelichenrechts auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts durchzuführen, nicht erfüllt hat. Damit war der Wille der Verfassung soweit wie möglich von der

³⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 15.05.1995 – 2 BvL 19/91, u. a. (Spionagetätigkeit der DDR) – E 92, 277.

³⁵ F. Ossenbühl (Anm. 4), S. 46.

³⁶ F. Ossenbühl (Anm. 4), S. 46.

³⁷ *BVerfG*, Entsch. v. 29.01.1969 – 1 BvR 26/66 (Gleichstellung nichtehelicher Kinder) – E 25, 167.

höchstrichterlichen Rechtsprechung – also dem *BVerfG* – als Ersatzgesetzgeber zu verwirklichen. Die Verfassungsnorm des Art. 6 Abs. 5 GG erlangte insoweit derogierende Kraft gegenüber entgegenstehendem einfachen Recht.³⁸

IV. Verfahrensrechtliche Zugangswege

Verfahrensrechtlich gibt es verschiedene Zugangswege zum *BVerfG*, um ein Gesetz einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle zuzuführen. Zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle kann es kommen

- durch *Verfassungsbeschwerde* eines betroffenen Bürgers entweder unmittelbar gegen das Gesetz (Rechtssatzverfassungsbeschwerde) oder mittelbar im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG;
- durch Vorlage eines Gerichts, das die Norm in einem konkreten Fall anzuwenden hätte, wenn sie verfassungsmäßig und damit gültig wäre (*Richtervorlage*), Art. 100 Abs. 1 GG;
- auf Antrag der Bundesregierung einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestags – und dies wiederum im Wege der *direkten (abstrakten) Normenkontrolle*, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG oder mittelbar im Wege einer Organstreitigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG
- und schließlich auch im Wege der *föderalen Streitigkeit zwischen Bund und Ländern*,³⁹ Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG.

Die Art und Weise der Entscheidung ist in allen Verfahrensarten identisch: Das Gesetz wird ggf. für nichtig erklärt (vgl. §§ 78, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG). Auch die weiteren Entscheidungsvarianten (Unvereinbarkeitserklärung, verfassungskonforme Auslegung) gibt es in allen Verfahrensarten. Die Bindungswirkung dieser Entscheidungen richtet sich bei allen Verfahrensarten nach § 31 Abs. 2 BVerfGG. Danach haben die Entscheidungen des *BVerfG* Gesetzeskraft. Die Entscheidungen über die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Gesetzes werden im Gesetzblatt verkündet.

³⁸ *BVerfG* (Anm. 37), E 25, 167.

³⁹ *Schlaich/Korioth* (Anm. 11), S. 6.