

Karlsruhe, 12. September 2007

**Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der  
Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Bericht des Bundesverfassungsgerichts für die XIV. Konferenz  
der Europäischen Verfassungsgerichte 2008

Berichterstatter:

Richter des Bundesverfassungsgerichts Dr. Michael Gerhardt

## Gliederung:

- A. Ausgangslage
  - I. Grundrechtsbindung des Gesetzgebers
  - II. Funktion der Grundrechte
  - III. Grundrechtliche Schutzpflichten
    - 1. Normierte Schutzpflichten
    - 2. Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten
  - IV. Leistungs- und Teilhaberechte
  - V. Weitere Fragestellungen legislativen Unterlassens
    - 1. Unterlassen des verfassungsändernden Gesetzgebers
    - 2. Gesetzgebungsauftrag im Staatsorganisationsrecht
    - 3. Parlamentsvorbehalt
- B. Justiziabilität gesetzgeberischen Unterlassens
  - I. Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts
    - 1. Urteilsverfassungsbeschwerde
    - 2. Rechtssatzverfassungsbeschwerde
    - 3. Normenkontrollverfahren
  - II. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde
    - 1. Beschwerdegegenstand
    - 2. Beschwerdebefugnis
    - 3. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität
    - 4. Beschwerdefrist
- C. Prüfung von Schutzpflichtverletzungen durch das Bundesverfassungsgericht
  - I. Prüfungsmaßstab
  - II. Umfang der Schutzpflicht
  - III. Garanten der Schutzpflicht
  - IV. Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum
- D. Prüfung von Leistungs- und Teilhaberechten
- E. Gestaltungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts
  - I. Nichtigklärung
  - II. Unvereinbarerklärung
  - III. Appell
  - IV. Beobachtungspflicht
  - V. Verfassungskonforme Auslegung
- F. Bindungswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen
  - 1. Rechtskraft
  - 2. Bindungswirkung
  - 3. Gesetzeskraft

## A. Ausgangslage<sup>1</sup>

### I. Grundrechtsbindung des Gesetzgebers

Nach Art. 1 Abs. 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden: GG) vom 23. Mai 1949 binden die im Grundrechtskatalog enthaltenen Grundrechte (Art. 1 bis 19 GG) die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. In der Bindung auch des Gesetzgebers und dem damit verbundenen umfassenden Vorrang der Verfassung lag bei der Entstehung des Grundgesetzes eine wesentliche Neuerung im Verhältnis zur Weimarer Reichsverfassung aus dem Jahr 1919. Es ist dem Gesetzgeber untersagt, ein grundrechtswidriges Gesetz zu verabschieden. Die Bindungsklausel aus Art. 1 Abs. 3 GG verbietet einen Eingriff in Grundrechte, soweit er nicht gerechtfertigt ist, und verpflichtet den Gesetzgeber, einen grundrechtsgemäßen Zustand zu schaffen.

### II. Funktion der Grundrechte

Es ist heute allgemein anerkannt, dass Grundrechte nicht nur in ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe, sondern auch durch ein Unterlassen des Gesetzgebers verletzt werden können. Ein grundrechtswidriger Zustand kann gegeben sein, wenn der Gesetzgeber einem Gesetzgebungsauftrag nicht nachkommt, es also entweder an einer einfachgesetzlichen Normierung fehlt (sog. echtes Unterlassen) oder die vorhandenen Regelungen offensichtlich gänzlich ungeeignet oder völlig unzureichend sind (sog. unechtes Unterlassen). Eine Grundrechtverletzung kann auch darin liegen, dass eine ursprünglich verfassungsgemäße Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse

---

<sup>1</sup> Der Bericht beschäftigt sich nicht mit den methodischen Problemen der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung.

verfassungsrechtlich untragbar geworden ist, den staatlichen Organen mithin eine Nachbesserungspflicht obliegt. Ein gesetzgeberisches Unterlassen kann ferner bei Gleichheitsverstößen gegeben sein, die nur durch ein Tätigwerden des Gesetzgebers beseitigt werden können. Das ist denkbar im Bereich grundrechtlicher Leistungs- oder Teilhabeansprüche, wenn eine bestimmte Personengruppe von einer Leistungsgewährung oder Antragsberechtigung ausgeschlossen wird (vgl. auch Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 1 Rn. 98 m.w.N.).

### III. Grundrechtliche Schutzpflichten

Staatliches Unterlassen wird vor allem in Bereichen diskutiert, in denen der Staat verpflichtet ist, Grundrechtspositionen der Bürger vor Eingriffen Dritter zu schützen. Es geht um die Frage, wie sich der Staat zu verhalten hat, wenn vom Grundgesetz geschützte Rechtsgüter wie zum Beispiel Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre oder Eigentum durch private Dritte, aber auch durch andere, nicht dem Grundgesetz unterstehende Staaten gefährdet oder verletzt werden (vgl. auch Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), a.a.O., Art. 2 Rn. 188 ff.). Grundrechtlichen Schutzpflichten kommt eine weitreichende Bedeutung zu: In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts haben sie eine besondere Bedeutung bei dem Schutz des ungeborenen Lebens vor Schwangerschaftsabbrüchen erlangt (BVerfGE 39, 1 <41 f.>; 88, 203 <253 ff.>). Das Bundesverfassungsgericht hat sich darüber hinaus mehrfach mit der Möglichkeit der Verletzung des Schutzes von Leben und Gesundheit der Bürger aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG beschäftigt, so - um einige Beispiele zu nennen - in seiner Entscheidung zu terroristischen Angriffen (BVerfGE 46, 160 <164 f.>), zu atomrechtlichen Genehmigungsverfahren (BVerfGE 49, 89 <141 f.>; 53, 30 <57>), zu Fluglärm (BVerfGE 56, 54 <73>), zu Gefahren durch Lagerung von chemischen Waffen

auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland sowie einen etwaigen Einsatz dieser Waffen (BVerfGE 77, 170 <214>), zu Verkehrslärm (BVerfGE 79, 174 <201 f.>), zu Fragen der Verbesserung der Verkehrssicherheit durch Reduzierung des für die relative Fahruntüchtigkeit maßgeblichen Alkoholgrenzwertes (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 27. April 1995 - 1 BvR 729/93 -, NJW 1995, S. 2343), oder durch Herabsetzung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit - Tempolimit - (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 26. Oktober 1995 - 1 BvR 1348/95 -, NJW 1996, S. 651 f.), sowie zur Frage der Reduzierung von Ozonspitzenkonzentrationen (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 29. November 1995 - 1 BvR 2203/95 - NJW 1996, S. 651) sowie zu hypothetischen Gefährdungen durch Strahlungen einer Mobilfunkanlage - Elektrosmog - (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Februar 2002 - 1 BvR 1676/01 -, NJW 2002, S. 1638). Gegenstand einer jüngsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war die Ermächtigung der Streitkräfte durch das Luftsicherheitsgesetz, Luftfahrzeuge, die als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden sollen, durch unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt abzuschießen (BVerfGE 115, 118). Auch im Zusammenhang mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG hat sich das Bundesverfassungsgericht mit Schutzpflichten befasst, beispielsweise bei dem entschädigungslosen Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter (BVerfGE 81, 242 <255>) sowie der Einführung eines internationalen Seeschiffverkehrsregisters (Zweitregister) für unter deutscher Flagge im internationalen Verkehr betriebene Handelsschiffe (BVerfGE 92, 26 <46>).

### 1. Normierte Schutzpflichten

Dem Gesetzgeber obliegt eine Verpflichtung zum Erlass von Rechtsnormen in den Bereichen, in denen sich die Schutzpflichten bereits aus dem Grundgesetz ergeben. Das ist

zum Beispiel der Fall in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, der gebietet, die Menschenwürde zu achten und zu schützen. Art. 6 Abs. 1 GG stellt die Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. In Art. 6 Abs. 2 GG ist normiert, dass die staatliche Gemeinschaft über die Erziehung und Pflege der Kinder durch ihre Eltern wacht. Nach Art. 6 Abs. 4 GG hat jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. Eine Verpflichtung des Gesetzgebers zum Schutz der Jugend findet sich in Art. 5 Abs. 2 GG als Schranke der Meinungsfreiheit, in Art. 11 Abs. 2 GG als Schranke der Freizügigkeit und in Art. 13 Abs. 3 als Rechtfertigung für Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung. In Art. 5 Abs. 2 GG ist der Ehrenschutz als Schutzpflicht des Staates normiert (vgl. auch Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 28 ff.).

## 2. Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten

Soweit im Grundgesetz ausdrückliche Schutzaufträge nicht normiert sind, hat sich das Bundesverfassungsgericht der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten bedient und diese wesentlich weiter entwickelt (vgl. auch Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 29 ff.). In seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch aus dem Jahr 1975 hat es die Schutzpflicht des Staates als umfassend bezeichnet. Sie verbietet danach nicht nur - selbstverständlich - unmittelbar staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren. An diesem Gebot haben sich die einzelnen Bereiche der Rechtsordnung, je nach ihrer besonderen Aufgabenstellung, auszurichten (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>).

Das Bundesverfassungsgericht leitet die Schutzpflichten sowohl aus dem objektiv-rechtlichen Charakter der einzelnen Grundrechte als auch aus der Menschenwürdegarantie her. In seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch stützt es die Schutzpflicht sowohl auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, wonach jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat, als auch auf die in Art. 1 Abs. 1 GG normierte Menschenwürde. Die Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, wird in dieser Entscheidung bereits unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, darüber hinaus aber auch aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleitet; denn das sich entwickelnde Leben nimmt auch an dem Schutz teil, den Art. 1 Abs. 1 GG der Menschenwürde gewährt; wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthalten die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern sie verkörpern zugleich eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Staat zu rechtlichem Schutz des werdenden Lebens von Verfassungs wegen verpflichtet ist, kann deshalb schon aus dem objektivrechtlichen Gehalt der grundrechtlichen Normen erschlossen werden (vgl. BVerfGE 39, 1 <41 f.>).

In seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch aus dem Jahr 1993 beruft sich das Bundesverfassungsgericht zur Begründung der Schutzpflicht für das ungeborene Leben hingegen vor allem auf die Menschenwürde. Danach hat die Schutzpflicht ihren Grund in Art. 1 Abs. 1 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet; ihr Gegenstand und - von ihm her - ihr Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt. Die Würde des Menschseins liegt auch

für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen. Es zu achten und zu schützen bedingt, dass die Rechtsordnung die rechtlichen Voraussetzungen seiner Entfaltung im Sinne eines eigenen Lebensrechtes des Ungeborenen gewährleistet. Dieses Lebensrecht, das nicht erst durch die Annahme seitens der Mutter begründet wird, sondern dem Ungeborenen schon aufgrund seiner Existenz zusteht, ist das elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht; es gilt unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen, über die der Rechtsordnung eines religiös-weltanschaulich neutralen Staates kein Urteil zusteht (vgl. BVerfGE 88, 203 <251 f.>). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt die Menschenwürde in der Wertordnung des Grundrechtsabschnitts den obersten Verfassungswert bzw. Mittelpunkt dar, den die einzelnen Grundrechte ausgestalten. Diese sog. Wertordnungstheorie wird in den Formulierungen deutlich, dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt (vgl. BVerfGE 7, 198 <205>; 35, 79 <114>).

#### IV. Leistungs- und Teilhaberechte

Es wird unterschieden zwischen derivativen Leistungs- und Teilhaberechten und originären Leistungsansprüchen (vgl. auch Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), a.a.O., Art. 3 Rn. 53 ff.). Derivative Leistungs- und Teilhaberechte werden durch den allgemeinen Gleichheitssatz im Zusammenspiel mit den Freiheitsrechten begründet. Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung

nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen. Selbst wenn grundsätzlich daran festzuhalten ist, dass es auch im modernen Sozialstaat der nicht einklagbaren Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleibt, ob und inwieweit er im Rahmen der darreichenden Verwaltung Teilhaberechte gewähren will, so können sich doch, wenn der Staat zum Beispiel Ausbildungseinrichtungen geschaffen hat, aus dem Gleichheitssatz in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) Ansprüche auf Zutritt zu diesen Einrichtungen ergeben. Das gilt besonders, wo der Staat - wie im Bereich des Hochschulwesens - ein faktisches, nicht beliebig aufgebbares Monopol für sich in Anspruch genommen hat und die Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten ist (vgl. BVerfGE 33, 303 <330 ff.> - zum absoluten Numerus Clausus für das Medizinstudium).

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Unterlassen ist Gegenstand bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen beispielsweise im Bereich des Steuerrechts gewesen (vgl. BVerfGE 66, 214 - Abzug zwangsläufiger Unterhaltsaufwendungen; 105, 73 - unterschiedliche Besteuerung von Beamtenpensionen und Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung; 107, 27 - Begrenzung des Abzugs der Aufwendungen für doppelte Haushaltsführung; 112, 268 - Kürzung der einkommenssteuerrechtlichen Freistellung von erwerbsbedingten Kinderbetreuungskosten). Auch im Recht des öffentlichen Dienstes hat legislatives Unterlassen zum Beispiel im Zusammenhang mit der Gewährung einer Witwerrente (BVerfGE 39, 169 <185>) und der Gewährung einer Ballungsraumzulage zum Ausgleich erhöhter Lebenshaltungskosten für Beamte (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 6. März 2007 - 2 BvR 556/04 -, NVwZ 2007, S. 568) eine Rolle gespielt. In einer weiteren dienstrechtlichen Entscheidung zum

vorgezogenen Eintritt in den Ruhestand bei Lehrern hat das Bundesverfassungsgericht zwar einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz verneint, jedoch einen Anspruch auf Schaffung einer Übergangsregelung aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes festgestellt (BVerfGE 71, 255 <272 ff.>).

Originäre Leistungsansprüche hingegen ergeben sich unmittelbar aus der Verfassung, so zum Beispiel aus Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG, der dem Staat die Pflicht auferlegt, das private Ersatzschulwesen zu schützen (vgl. BVerfGE 75, 40 <62>). Die den Staat betreffende Schutzpflicht löst allerdings erst dann eine Handlungspflicht aus, wenn andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution evident gefährdet wäre (vgl. BVerfGE 75, 40 <67 f.>). Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG seinem Träger auch Rechtspositionen verschafft, die den Zugang zu den über ihn gespeicherten persönlichen Daten betreffen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Januar 2006 - 2 BvR 443/02 -, NJW 2006, S. 1116 - zum Recht eines im Rahmen des Maßregelvollzugs Behandelten auf Einsicht in seine Krankenunterlagen).

#### V. Weitere Fragestellungen legislativen Unterlassens

Die im Folgenden angeführten Fallkonstellationen, in denen legislatives Unterlassen eine Rolle spielen kann, werden nur summarisch dargestellt.

##### 1. Unterlassen des verfassungsändernden Gesetzgebers

Legislatives Unterlassen kann im Bereich des Staatsorganisationsrechts festgestellt werden. Kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass das vorgefundene Regelungssystem, wie es sich aus dem Grundgesetz

ergibt, zur Lösung der sich aus der Sachmaterie ergebenden Probleme kein geeignetes Instrumentarium (mehr) darstellt, fehlt ihm allerdings die Kompetenz, den Gesetzgeber zu einer Verfassungsänderung zu verpflichten. Für den Bereich des Haushaltsrechts hat sich das Bundesverfassungsgericht daher auf den Hinweis beschränkt, dass sich das Regelungskonzept des Grundgesetzes für die Kreditbeschaffung in Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG als verfassungsrechtliches Instrument rationaler Steuerung und Begrenzung staatlicher Schuldenpolitik in der Realität nicht als wirksam erwiesen hat und es Sache des verfassungsändernden Gesetzgebers ist, die verfassungsgesetzlichen Instrumente der Haushalts- und Finanzpolitik im Hinblick auf neue wissenschaftliche Annahmen zu verändern (vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 9. Juli 2007 - 2 BvF 1/04 -, DVBl 2007, S. 1030 <1031 f.> - Bundeshaushalt 2004; vgl. auch BVerfGE 79, 311 <336>).

## 2. Gesetzgebungsauftrag im Staatsorganisationsrecht

Enthält das Grundgesetz Regelungsvorbehalte an den Bundesgesetzgeber, ist dieser ermächtigt und ggf. gehalten, die Sachmaterien durch Bundesgesetz auszufüllen. Das Bundesverfassungsgericht ist in diesem Fall auf Antrag befugt zu prüfen, ob der Gesetzgeber seinem Regelungsauftrag nachgekommen ist bzw. bei der Ausfüllung des verfassungsrechtlichen Rahmens seinen Gestaltungsspielraum eingehalten hat.

Ein Regelungsvorbehalt besteht zum Beispiel im Bereich des Rechts der politischen Parteien. Aus Art. 21 Abs. 3 GG ergibt sich die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes zur Ausfüllung des in Art. 21 Abs. 1 und 2 GG enthaltenen Systems der politischen Parteien (vgl. nur BVerfGE 85, 264 - zur Parteienfinanzierung; vgl. auch von Münch, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 3. Aufl. 1995, Art. 21 Rn. 59 ff.). Für das

Bundeswahlrecht wird der Bund in Art. 38 Abs. 3 GG ermächtigt und zugleich verpflichtet, ein Ausführungsgesetz zu schaffen. Er hat den in Art. 38 Abs. 1 und 2 GG vorgegebenen Rahmen durch Regelung vor allem des Wahlsystems, des Wahlverfahrens und - unter Berücksichtigung weiterer Verfassungsvorgaben (Art. 46 bis 48 GG) - der Rechtsstellung der Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) sowie durch Konkretisierung der Wahlrechtsgrundsätze (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) auszufüllen (vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 4. Juli 2007 - 2 BvE 1/06; 2 BvE 2/06; 2 BvE 3/06; 2 BvE 4/06 -, NVwZ 2007, S. 916 - zu den Verhaltensregeln und der Pflicht zur Offenlegung der Nebeneinkünfte von Bundestagsabgeordneten; vgl. zum Wahlrecht Magiera, in: Sachs (Hrsg.), a.a.O., Art. 38 Rn. 106 ff). Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber in seiner Entscheidung über das Haushaltsgesetz 1981 an die vollständige Erfüllung des sich aus Art. 115 Abs. 1 Satz 3 GG ergebenden Gesetzgebungsauftrags, der nicht als bloße Ermächtigung formuliert ist, erinnert. Das normative Regelungskonzept des Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG zur Kreditaufnahme zielt auf eine Begrenzung zulässiger Staatsverschuldung und bedarf zu seiner vollen Realisierung der in Art. 115 Abs. 1 Satz 3 GG vorgesehenen ausführenden Gesetzgebung; dazu gehört vor allem eine nähere Präzisierung des Investitionsbegriffs im Sinne der genannten Verfassungsnorm (vgl. BVerfGE 79, 311 <352>; vgl. auch BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 9. Juli 2007 - 2 BvF 1/04 -, DVBl 1997, 1030 <1033 f.>, in dem festgestellt wird, dass der Gesetzgeber den Regelungsauftrag durch Schaffung einer Vorschrift in der Bundeshaushaltsordnung zwar formell erfüllt hat, im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit des aus der Haushaltspraxis übernommenen Investitionsbegriffs aber Bedenken geäußert werden).

### 3. Parlamentsvorbehalt

Hat es der Gesetzgeber unterlassen, für die der staatlichen Gestaltung obliegende Rechtssphäre im Bereich der Grundrechtsausübung eine gesetzliche Regelung zu treffen, kann dies einen Verfassungsverstoß darstellen (vgl. BVerfGE 34, 165 <192 f.>). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichten das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip den Gesetzgeber, wesentliche Entscheidungen selbst zu regeln und nicht der Exekutive zu überlassen (sog. Parlamentsvorbehalt; vgl. BVerfGE 41, 251 <259 f.>; 45, 400 <417 f.>). Das Bundesverfassungsgericht hat für den Bereich des Schulrechts entschieden, dass zur näheren Bestimmung dessen, was als wesentliche oder grundlegende Entscheidung im Schulwesen anzusehen ist, auf die Intensität abzustellen ist, mit welcher Grundrechte der von einer Regelung Betroffenen berührt werden. Da diese in den verschiedenen Regelungsbereichen des Schulrechts und von Fallgruppe zu Fallgruppe verschieden sein kann, bedarf es jeweils einer besonderen Prüfung anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Wesentlichkeitsmerkmale, was der parlamentarischen Willensbildung vorbehalten ist und was durch gesetzliche Ermächtigung dem Ordnungsgeber übertragen werden darf. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß einer erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Das Parlament kann sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht durch Übertragung eines Teils der Gesetzgebungsmacht an die Exekutive entäußern, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll (vgl. BVerfGE 58, 257 <274 ff.>, wonach dem Gesetzgeber aufgegeben wurde, unverzüglich für die leistungsbedingte Schulentlassung eine ausreichende

Rechtsgrundlage zu schaffen, die den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes entspricht).

Für den Bereich des Jugendstrafvollzugs hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung über den Bereich der unmittelbar eingreifenden Maßnahmen hinaus auch die Ausrichtung des Vollzugs auf das Ziel der sozialen Integration betrifft; der Gesetzgeber selbst ist verpflichtet, ein wirksames Resozialisierungskonzept zu entwickeln und den Strafvollzug darauf auszubauen (vgl. BVerfGE 116, 69 <89> unter Hinweis auf BVerfGE 98, 169 <201>, vgl. auch BVerfGE 33, 1 <10 f> - zur Verpflichtung des Gesetzgebers, den Strafvollzug normativ auszugestalten).

## B. Justiziabilität gesetzgeberischen Unterlassens

### I. Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts

Der durch das GG konstituierte Verfassungsstaat ist von dem Vorrang der Verfassung geprägt, die an der Spitze der nationalen Normenhierarchie steht. Dies ergibt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist, und aus der eingangs erwähnten Bindungsklausel des Art. 1 Abs. 3 GG. Letztlich ist das Bundesverfassungsgericht das zur Wahrung des Vorrangs der Verfassung berufene Verfassungsorgan. Es ist auf Antrag umfassend zur Kontrolle aller drei staatlichen Gewalten anhand der Grundrechte, grundrechtsgleichen Rechte und sonstigen Normen des Verfassungsrechts befugt.

#### 1. Urteilsverfassungsbeschwerde

Eine Verfassungsbeschwerde kann jeder Grundrechtsträger gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 8 a, 90

ff. des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (im Folgenden: BVerfGG) - nach Ausschöpfung des Rechtswegs vor den Fachgerichten - mit der Behauptung erheben, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass mit der Verfassungsbeschwerde auch die Verletzung von grundrechtlichen Schutzpflichten geltend gemacht werden kann. Sieht sich der Bürger durch ein letztinstanzliches Urteil in seinen Grundrechten verletzt, so kann er dieses im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde angreifen.

## 2. Rechtssatzverfassungsbeschwerde

Ausnahmsweise kann im Wege der Verfassungsbeschwerde auch ein Gesetz vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen werden (Rechtssatzverfassungsbeschwerde). Dies setzt voraus, dass der Bürger von dem Gesetz selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist. Daran fehlt es regelmäßig bei Gesetzen, die erst durch Behörden oder Gerichte vollzogen werden müssen, so dass der Vollzug selbst vor den Instanzgerichten angegriffen werden kann (vgl. BVerfGE 100, 313 <354>; ein Beispiel für die Zulässigkeit einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde stellt BVerfGE 115, 118 <136 ff.> - Luftsicherheitsgesetz - dar).

## 3. Normenkontrollverfahren

Legislatives Unterlassen bzw. Schutzpflichtverletzungen können vom Bundesverfassungsgericht auch im Wege der Normenkontrolle überprüft werden. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG und der konkreten Normenkontrolle gem. Art. 100 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG. Bei der abstrakten Normenkontrolle prüft das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz auf Antrag

der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages (vgl. BVerfGE 88, 203). Bei der konkreten Normenkontrolle erfolgt die Prüfung der Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz auf die Vorlage eines Gerichts, das eine Norm, auf deren Gültigkeit es in einem bestimmten Fall ankommt, für verfassungswidrig hält (vgl. BVerfGE 33, 303 <325 ff.>).

## II. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde

### 1. Beschwerdegegenstand

Legislatives Unterlassen ist ein zulässiger Beschwerdegegenstand im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG. Aus §§ 92 und 95 Abs. 1 BVerfGG ergibt sich, dass Unterlassungen der öffentlichen Gewalt mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden können. Das Bundesverfassungsgericht hatte zunächst die Rügefähigkeit von gesetzgeberischem Unterlassen mit der Begründung verneint, dass die Folgen einer etwa zulässigen Verfassungsbeschwerde gegen eine Unterlassung des Gesetzgebers nicht besonders geregelt sind und es in der Natur der Sache liegt, dass der einzelne Staatsbürger grundsätzlich keinen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf ein Handeln des Gesetzgebers haben kann, wenn anders nicht eine vom Grundgesetz schwerlich gewollte Schwächung der gesetzgebenden Gewalt erfolgen soll. Danach ist das Bundesverfassungsgericht keine gesetzgebende Körperschaft, und es ist nicht seine Sache, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen; die gerichtliche Feststellung aber, dass eine Unterlassung des Gesetzgebers verfassungswidrig sei, würde eine solche Verschiebung der staatlichen Zuständigkeiten auslösen (vgl. BVerfGE 1, 97 <100 f.>; 11, 255 <261>). Das Bundesverfassungsgericht hat hiervon zunächst im Bereich ausdrücklich normierter Handlungspflichten des Gesetzgebers Ausnahmen gemacht (BVerfGE 6, 257 <264>; 8, 1 <9>).

Schließlich hat es auch in den Bereichen, in denen es aus den Grundrechten Schutzpflichten herleitet, deren Rügefähigkeit anerkannt (vgl. BVerfGE 77, 170 <214>).

Soweit es um Schutzpflichtverletzungen geht, ist abzugrenzen, ob sich die Verfassungsbeschwerde gegen das Unterlassen einer schutzpflichtkonformen Regelung durch den Gesetzgeber richtet (echtes Unterlassen) oder aber eine konkrete Norm bereits existiert, diese aber als nicht schutzpflichtkonform gerügt wird (unechtes Unterlassen). Ein echtes Unterlassen liegt nicht nur in dem - seltenen - Fall vor, dass der Gesetzgeber überhaupt nicht tätig geworden ist, sondern vor allem auch dann, wenn eine gesetzliche Regelung zwar existiert, darüber hinausgehender Schutz jedoch bislang unterlassen wurde mit der Folge, dass eine Entscheidung über das Schutzbegehren des Bürgers nicht vorliegt. Ist Beschwerdegegenstand eine gesetzliche Regelung, auf deren Grundlage der von dem Beschwerdeführer geltend gemachte Schutzanspruch abgelehnt wurde, handelt es sich um die Rüge eines unechten Unterlassens. Das Bundesverfassungsgericht kann dem Begehren nur stattgeben, indem es die Norm für nichtig oder für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt. Eine besondere Fallgruppe legislativen Unterlassens stellt die Rüge der Verletzung einer gesetzlichen Nachbesserungspflicht dar. Ist eine gesetzliche Regelung aufgrund geänderter tatsächlicher Verhältnisse nicht mehr schutzpflichtkonform, bedarf sie der Nachbesserung. Die Rüge kann sich gegen eine bereits bestehende Norm richten (Fall des unechten Unterlassens; BVerfG, NJW 1995, S. 2343 - Alkoholgrenzwert), sie kann aber auch auf ein Unterlassen der Anpassung eines Gesetzes an veränderte Umstände und somit auf echtes Unterlassen gerichtet sein (BVerfGE 56, 53 <71 f.> - Fluglärm; vgl. auch Möstl, DÖV 1998, 1029 <1030 f.>).

Der Beschwerdeführer muss gemäß § 92 BVerfGG den Beschwerdegegenstand bezeichnen. Im Falle der Rüge

legislativen Unterlassens genügt es, die Unterlassung einem Organ oder einer Behörde zuzuordnen und näher zu beschreiben. Um den Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zu entsprechen, die auf eine Verletzung der sich aus dem Grundrecht ergebenden Schutzpflicht gestützt wird, muss der Beschwerdeführer schlüssig dartun, dass die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder dass offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen. Es bedarf darüber hinaus grundsätzlich keiner Beschreibung der möglichen Schutzmaßnahmen. Möchte der Beschwerdeführer allerdings geltend machen, dass die öffentliche Gewalt ihrer Schutzpflicht allein dadurch genügen kann, dass sie eine ganz bestimmte Maßnahme ergreift, muss er auch dies und die Art der zu ergreifenden Maßnahme schlüssig darlegen (vgl. BVerfGE 77, 170 <215>).

## 2. Beschwerdebefugnis

Der Beschwerdeführer muss gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG behaupten, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein. Ihm muss also ein subjektives Recht zur Seite stehen. Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass mit den objektiven Schutzpflichten subjektive Rechte korrespondieren können. So hat es in seiner Entscheidung über die Lagerung von chemischen Waffen (C-Waffen) auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland sowie einen etwaigen Einsatz dieser Waffen ausgeführt, dass die Möglichkeit der Verletzung des Schutzes von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht deshalb ausscheidet, weil die von der Grundentscheidung für die Stationierung von C-Waffen unabhängige Verpflichtung der vollziehenden Gewalt, für die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen bei der Lagerung der Waffen zu sorgen, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in seiner

objektivrechtlichen Funktion als "wertentscheidende Grundsatznorm" betrifft. Art 2 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgt nicht nur ein subjektives Abwehrrecht, sondern stellt zugleich eine objektiv-rechtliche Wertentscheidung der Verfassung dar, die für alle Bereiche der Rechtsordnung gilt und verfassungsrechtliche Schutzpflichten begründet. Werden diese Schutzpflichten verletzt, so liegt darin zugleich eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, gegen die sich der Betroffene mit Hilfe der Verfassungsbeschwerde zur Wehr setzen kann (vgl. BVerfGE 77, 170 <214>).

Die Beschwerdebefugnis setzt, wenn sich eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz richtet, voraus, dass der Beschwerdeführer durch die angegriffenen Normen selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen ist (vgl. BVerfGE 1, 97 <101 ff.>; 109, 279 <305>). Die Voraussetzung der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die nicht schutzpflichtkonforme Regelung in seinen Grundrechten berührt wird, er sich also zum Kreis der durch die aktuelle Beeinträchtigung oder Gefährdung Betroffenen zählen kann. Eine Popularklage ist damit ausgeschlossen. Unmittelbare Betroffenheit ist schließlich gegeben, wenn die angegriffenen Bestimmungen, ohne eines weiteren Vollzugsaktes zu bedürfen, die Rechtsstellung des Beschwerdeführers verändern. Das ist dann anzunehmen, wenn dieser gegen einen denkbaren Vollzugsakt nicht oder nicht in zumutbarer Weise vorgehen kann (vgl. BVerfGE 100, 313 <354>).

### 3. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG kann, wenn gegen die behauptete Grundrechtsverletzung der Rechtsweg zulässig ist, Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs

erhoben werden. Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde verlangt, dass ein Beschwerdeführer über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinne hinaus alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzungen zu erwirken (vgl. BVerfGE 73, 322 <325>). Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde setzt demnach voraus, dass zuvor auch Rechtsbehelfe und sonstige Antragsmöglichkeiten, die nicht im strengen Sinne zum Rechtsweg zählen, genutzt worden sein müssen. Auch wenn das angegriffene Gesetz der Verwaltung oder den Gerichten keinen Auslegungs- oder Entscheidungsspielraum lässt, fordert der Grundsatz der Subsidiarität, dass zunächst die für das jeweilige Rechtsgebiet zuständigen Fachgerichte eine Klärung darüber herbeiführen, ob und in welchem Ausmaß ein Beschwerdeführer durch die beanstandete Regelung betroffen ist und ob die Regelung mit der Verfassung vereinbar ist.

Soweit sich der Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde gegen ein unechtes Unterlassen richtet, muss er, wenn das Gesetz einen Vollzugsakt voraussetzt, zuvor erfolglos schützende Maßnahmen bei der Verwaltung beantragt und vor den Fachgerichten eingeklagt haben. Kommen die Fachgerichte zu der Auffassung, das die begehrte Schutzmaßnahme nicht gewährende Gesetz sei verfassungswidrig, so ist hierzu im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbeizuführen. Dann ist aber auch gewährleistet, dass sich die verfassungsgerichtliche Beurteilung auf umfassend geklärte Tatsachen und auf die Beurteilung der Fachgerichte stützen kann. Die Frage, ob das Gesetz schutzpflichtkonform ist, ist auch entscheidungserheblich im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, weil das Fachgericht die Klage im Falle des Bestehens eines grundrechtlichen Schutzanspruchs nicht abweisen dürfte,

sondern das Verfahren bis zum Erlass der gebotenen Schutznorm aussetzen müsste.

Fehlt es hingegen an einer einfachgesetzlichen Normierung, kann eine Normenkontrolle weder inzident durch die Fachgerichte noch im Wege der konkreten Normenkontrolle gem. Art. 100 GG durch das Bundesverfassungsgericht erfolgen. Es mangelt an einem vorlagefähigen formellen Gesetz, ohne das ein Unterlassen nicht Prüfungsgegenstand im Normenkontrollverfahren sein kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. Januar 1987 - BVerwG 3 C 19.85 -, BVerwGE 75, 330 <334 f.>). Das Bundesverwaltungsgericht hat in dieser Entscheidung die Versagung einer Genehmigung für die Durchführung von ambulanten Schwangerschaftsabbrüchen in einer gynäkologischen Fachpraxis mangels Vorliegens einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage bestätigt. Das Fachgericht kann einen Verpflichtungs- bzw. Leistungsanspruch nur nach Maßgabe einer noch zu schaffenden gesetzlichen Regelung zusprechen. Erst gegen ein letztinstanzliches, die Klage abweisendes Urteil kann mit der Urteilsverfassungsbeschwerde vorgegangen werden.

Eine auf unmittelbares Tätigwerden des formellen Gesetzgebers gerichtete Klage des Bürgers vor den Fachgerichten scheidet aus, da es sich insoweit um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art handeln würde. Soweit sich das Begehren des Bürgers jedoch auf den Erlass einer untergesetzlichen Rechtsnorm wie einer Verordnung oder Satzung richtet, kann er dies vor den Fachgerichten geltend machen. Es handelt sich dann um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, über die im Verwaltungsstreitverfahren zu entscheiden ist (vgl. § 40 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung). Das Bundesverfassungsgericht hat in einer jüngst ergangenen Entscheidung über die Gewährung landwirtschaftlicher

Ausgleichszahlungen die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde verneint, obwohl der zuvor eingeschlagene Rechtsweg einer Verpflichtungsklage mit inzidenter Prüfung der dem geltend gemachten Anspruch zugrunde liegenden Rechtsverordnung des Bundesverordnungsgebers erfolglos beschritten worden ist. Wenn die inzidente Prüfung allein nicht zur Beseitigung der Grundrechtsverletzung (hier Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes) führt, muss der Beschwerdeführer effektiven Rechtsschutz vor den Fachgerichten durch die zusätzliche Erhebung einer Feststellungsklage erlangen können. Die Notwendigkeit der Anerkennung einer solchen fachgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeit gegen untergesetzliche Rechtssätze folgt nach Auffassung des Ersten Senats aus Art. 19 Abs. 4 GG. Auch die Rechtsetzung der Exekutive - hier des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten - in Form von Rechtsverordnungen oder Satzungen ist Ausübung öffentlicher Gewalt und daher in die Rechtsschutzgarantie einzubeziehen (vgl. BVerfGE 115, 81 <92>).

#### 4. Beschwerdefrist

Ist Beschwerdegegenstand ein unechtes Unterlassen, muss die Verfassungsbeschwerde innerhalb der Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG erhoben werden. Ist der Gesetzgeber tätig geworden und enthält das Gesetz eine - sei es auch ablehnende - Regelung, dann hat er eine Entscheidung nicht unterlassen. Wer diese Regelung als unzureichend ansieht, ist gehalten, sie zur verfassungsgerichtlichen Nachprüfung zu stellen, also in erster Linie unmittelbar im Rahmen der Anfechtung eines Vollziehungsaktes oder - sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen - unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde, die innerhalb der im Interesse der Rechtssicherheit in § 93 Abs. 3 BVerfGG vorgeschriebenen Jahresfrist einzulegen ist (vgl. BVerfGE 56, 54 <71>). Wegen

des Fortwirkens eines verfassungswidrigen Unterlassens lässt sich ein Zeitpunkt für den Beginn einer Rechtsmittelfrist kaum festlegen (vgl. BVerfGE 6, 257 <266>; 77, 170 <214>).

Verfassungsbeschwerden sind grundsätzlich zulässig, solange die Unterlassung andauert (vgl. BVerfGE 16, 119 <121>). Die Frist des § 93 Abs. 3 BVerfGG wird nicht dadurch unbeachtlich, dass ein Änderungsgesetz, das die angegriffene Regelung unberührt lässt und damit keine neue Beschwer enthält, mit der Begründung angefochten wird, der Gesetzgeber sei zum Erlass einer Neuregelung verpflichtet gewesen, weil die ursprüngliche Regelung als verfassungswidrig anzusehen ist (vgl. BVerfGE 23, 229 <238>, vgl. auch Schmidt-Bleibtreu: in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: Februar 2007, § 93 Rn. 55). Für den Fall, dass ein behördliches oder gerichtliches Unterlassen gerügt wird, findet in entsprechender Anwendung des § 93 Abs. 1 BVerfGG die Monatsfrist Anwendung, sobald die Beendigung des Unterlassens zur Kenntnis des Beschwerdeführers gelangt ist (vgl. BVerfGE 58, 208 <218>). Richtet sich das Begehren des Beschwerdeführers gegen echtes Unterlassen, ist die Jahresfrist nicht anwendbar, sodass die Verfassungsbeschwerde solange zulässig ist, wie die gerügte Unterlassung andauert.

## C. Prüfung von Schutzpflichtverletzungen durch das Bundesverfassungsgericht

### I. Prüfungsmaßstab

Das Bundesverfassungsgericht prüft bei Schutzpflichtverletzungen durch den Gesetzgeber zunächst, ob und inwieweit aus dem betroffenen Grundrecht über seinen abwehrrechtlichen Gehalt hinaus Schutzpflichten abgeleitet werden können. Steht fest, dass ein staatliche Schutzpflichten enthaltendes Grundrecht von Seiten Dritter beeinträchtigt oder gefährdet wird, ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber dem ihm

obliegenden Schutzpflichtauftrag hinreichend nachgekommen ist. Dies wirft die Fragen auf, wie weit die Schutzpflicht reicht, wer sie zu umzusetzen hat und auf welche Art und Weise sie schließlich erfüllt werden kann.

## II. Umfang der Schutzpflicht

Bei allen Grundrechten steht die Funktion als Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen im Vordergrund. Bei der Bestimmung des Umfangs von grundrechtlichen Schutzpflichten besteht - im Gegensatz zur klassischen Abwehrsituation zwischen Bürger und Staat - die Besonderheit, dass sie im Verhältnis der Bürger untereinander wirken, mithin kollidierende Grundrechtspositionen abgewogen werden müssen. Ob, wann und mit welchem Inhalt Schutzpflichten von Verfassungen wegen auszugestalten sind, hängt von der Art, der Nähe und dem Ausmaß der möglichen Gefahren, der Art und dem Rang des verfassungsrechtlich geschützten Rechtsguts sowie den schon vorhandenen Regelungen ab (vgl. BVerfGE 49, 89 <142>). Auch öffentliche Interessen sind zu berücksichtigen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung über atomrechtliche Genehmigungsverfahren ausgeführt, dass der Staat seiner Schutzpflicht in der Weise nachgekommen ist, dass er die wirtschaftliche Nutzung der Atomenergie von einer vorherigen staatlichen Genehmigung und die Erteilung von näher geregelten materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen abhängig gemacht hat. Die Genehmigungsregelung ist danach ein geeignetes Mittel zum Schutz gefährdeter Dritter. Zugleich kann dadurch der Staat am ehesten seiner Aufgabe genügen, unter Berücksichtigung der Allgemeinbelange einen Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen gefährdeter Bürger einerseits und der Betreiber andererseits herbeizuführen (vgl. BVerfGE 53, 30 <57 f.> - betreffend Atomkraftwerk Mülheim-Kärlich). Wird ein Kernkraftwerk

aufgrund des öffentlichen Interesses an der Energieversorgung genehmigt, übernimmt der Staat eine eigene Mitverantwortung für die von dem privaten Dritten, dem Betreiber, ausgehenden Gefahren. Es sind daher bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der materiell- und verfahrensrechtlichen Vorschriften für die Genehmigung von Kernkraftwerken nicht weniger strenge Maßstäbe anzulegen als bei der Prüfung staatlicher Eingriffsgesetze (vgl. BVerfGE 53, 30 <58>). Allerdings kann von dem Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht keine Regelung gefordert werden, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise entstehen können; dies hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens zu verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muss es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bleiben (vgl. BVerfGE 49, 89 <143> - betreffend Atomkraftwerk Kalkar).

Wie die Reichweite staatlicher Schutzpflichten anhand der Abwägung kollidierender Grundrechtspositionen ermittelt wird, kann auch an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verpflichtung des Gesetzgebers, ein geeignetes Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft bereitzustellen, nachvollzogen werden. Die Eröffnung eines Verfahrens zur Klärung und Feststellung der Abstammung eines Kindes schränkt Grundrechtspositionen von Kind und Mutter ein. Durch den mit einem Abstammungsgutachten verbundenen Zugriff auf die genetischen Daten des Kindes wird dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG eingeschränkt und auch das Persönlichkeitsrecht der Mutter aus Art. 2 Abs. 1 GG berührt, das ihr das Recht einräumt, selbst darüber zu befinden, ob und in welcher Form und wem sie Einblick in ihre Intimsphäre gibt. Diese Eingriffe sind nach Auffassung des

Bundesverfassungsgerichts jedoch gerechtfertigt, da dem Recht des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung in dieser Grundrechtskonstellation größeres Gewicht als den anderen Grundrechtspositionen beizumessen ist. Dies ist dem Schutz geschuldet, den Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG auch dem Manne zukommen lässt (vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 -, NJW 2007, S. 753 <755>).

Schutzpflichten können durch die Privatautonomie der Beteiligten begrenzt sein. So ist Ausgangspunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über den generellen Ausschluss einer Karenzentschädigung bei Wettbewerbsverboten für Handelsvertreter, dass die Vertragspartner - der Handelsvertreter und das Unternehmen - ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang (vgl. BVerfGE 81, 242 <254>). Die Privatautonomie besteht allerdings nur im Rahmen der geltenden Gesetze, die ihrerseits der Grundrechtsbindung unterliegen. Der Gesetzgeber muss bei der Schaffung einer die Vertragsfreiheit begrenzenden Regelung beachten, dass jede Begrenzung der Vertragsfreiheit zum Schutze des einen Teils gleichzeitig in die Freiheit des anderen Teils eingreift. Der Gesetzgeber muss diesen konkurrierenden Grundrechtspositionen ausgewogen Rechnung tragen (vgl. BVerfGE 81, 242 <255>).

Staatliche Schutzpflichten können auch dort ihre Grenzen finden, wo Grundrechte wie etwa die Religions-, Meinungs- und Berufsfreiheit auf Ausübung im Wettbewerb und freien Meinungskampf und damit vor allem auf staatliche Neutralität angelegt sind. Das Bundesverfassungsgericht hat

dementsprechend staatlichen Schutz für eine religiöse und weltanschauliche Gemeinschaft gegenüber öffentlicher Kritik an ihrer Tätigkeit durch eine nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 5 Weimarer Reichsverfassung anerkannte Religionsgemeinschaft - hier die Evangelische Kirche in Bayern - abgelehnt. Es billigt die fachgerichtliche Abwägung der kollidierenden Grundrechtspositionen, wonach dem Recht der Beschwerdeführer auf ungestörte Religionsausübung aus Art. 4 Abs. 2 GG ein auf dieselbe Verfassungsbestimmung gestütztes Äußerungsrecht der Kirche gegenüber gestellt werden kann, für dessen Reichweite auf zur Meinungsfreiheit entwickelte Grundsätze zurückgegriffen wird. Das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung gibt weder den Religionsgesellschaften noch deren Mitgliedern einen Anspruch darauf, dass der Staat durch seine Gerichte eine - auch scharfe - öffentliche Kritik an ihrer Tätigkeit unterbindet. Das gilt zumal für Beiträge zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, wie sie hier aufgeworfen ist. Die Tätigkeit religiöser und weltanschaulicher Gemeinschaften kann nicht als reines Internum angesehen werden, der ein "kritikfreier Raum" vorbehalten bleiben muss (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Juli 1993 - 1 BvR 960/93 -, NVwZ 1994, S. 159 f.).

Schutzpflichten können schließlich bei der Umsetzung von europarechtlichen Vorgaben in nationales Recht Bedeutung erlangen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2005 über das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz) festgestellt, dass es der Gesetzgeber versäumt hat, den grundrechtlich durch das Auslieferungsverbot aus Art. 16 Abs. 2 GG besonders geschützten Belangen deutscher Staatsangehöriger bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses

hinreichend Rechnung zu tragen. Danach hat der Gesetzgeber zu beachten, dass mit dem Auslieferungsverbot gerade auch die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes für den von einer Auslieferung betroffenen Deutschen gewahrt werden sollen (vgl. BVerfGE 113, 273).

### III. Garanten der Schutzpflicht

Schutzpflichten sind nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch von der Exekutive und Judikative zu erfüllen. Dies folgt aus der eingangs erwähnten Bindungsklausel des Art. 1 Abs. 3 GG. Die rechtsprechende Gewalt steht in einem bipolaren Verhältnis zu den Grundrechten; ihr kommt als grundrechtsschützende Gewalt zugleich eine grundrechtsverpflichtende Staatsfunktion zu, wie die oben angeführte Entscheidung zum Unterlassungsbegehren einer Religionsgemeinschaft deutlich macht (vgl. auch Höfling, a.a.O., Art. 1 Rn. 105 ff.).

Können Verwaltung und Rechtsprechung auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsnormen die staatlichen Schutzpflichten in ausreichendem Maße erfüllen, kann ein auf staatliches Tun gerichteter Anspruch gegen den Gesetzgeber nicht bestehen. Dies war bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz von Anwohnern eines Flughafens vor zunehmendem Fluglärm der Fall. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass der Gesetzgeber seine Pflicht, die Bürger vor gesundheitsgefährdendem Fluglärm zu schützen, nicht durch unterlassene Nachbesserung der ursprünglichen Lärmschutzvorschriften verletzt hat, weil Maßnahmen, die seit Beginn der siebziger Jahre unter Ausführung bereits bestehender und neu geschaffener Regelungen getroffen worden sind, einer solchen Beurteilung entgegen stehen (vgl. BVerfGE 56, 54 <82 ff.> - betreffend Flughafen Düsseldorf-Lohausen). Soweit der Gesetzgeber durch gesetzliche Regelungen Maßnahmen der Verwaltung ermöglicht hat, kann ihm keine Pflicht zur

Nachbesserung auferlegt werden. Hat der Gesetzgeber den Verordnungsgeber gem. Art. 80 Abs. 1 GG ermächtigt, eine schutzpflichtkonforme Regelung zu treffen, wird dieser jedoch nicht tätig, so ist die Rüge gegen den Verordnungsgeber zu richten. In der Fluglärm-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass für den Schutz der Anwohner vor Fluglärm Maßnahmen für den Betrieb der Flughäfen und den Luftverkehr wesentlich sind, die auf der Grundlage der neugefassten oder neu eingeführten Vorschriften des Luftverkehrsgesetzes sowie des Bundesimmissionsschutzgesetzes getroffen werden können. Dazu gehören zum Beispiel Maßnahmen der Exekutive wie Start- und Landeverbote zur Nachtzeit, Auflagen für den Flughafenbetrieb zur Lärminderung bei Bodenoperationen (Schallschutzanlagen) sowie Empfehlungen des Bundesministers für Verkehr zu lärmindernden Ab- und Anflugverfahren (vgl. BVerfGE 56, 54 <86>).

#### IV. Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum

Das Bundesverfassungsgericht betont bei der Prüfung normativen Unterlassens des Gesetzgebers den grundsätzlich weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, weist jedoch in seiner Entscheidung über das die Mitbestimmung der Arbeitnehmer regelnde Mitbestimmungsgesetz von 1976 auf notwendige Differenzierungen hin. Danach hängt im Einzelnen die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im Besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht, wenn auch im Zusammenhang mit anderen Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis

hin zu einer intensiven inhaltlichen Kontrolle reichen (vgl. BVerfGE 50, 290 <332 f.>).

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch aus dem Jahr 1975 festgestellt, dass es in erster Linie vom Gesetzgeber zu entscheiden ist, wie der Staat seine Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des sich entwickelnden Lebens erfüllt. Er befindet darüber, welche Schutzmaßnahmen er für zweckdienlich und geboten hält, um einen wirksamen Lebensschutz zu gewährleisten. Was hier geschehen kann und wie Hilfsmaßnahmen im Einzelnen auszugestalten sind, bleibt dem Gesetzgeber überlassen und entzieht sich im Allgemeinen verfassungsgerichtlicher Beurteilung (vgl. BVerfGE 39, 1 <44>). Allerdings nimmt das Bundesverfassungsgericht im Fortgang dieser Entscheidung aufgrund der überragenden Bedeutung des bedrohten Rechtsguts eine intensivierete Prüfung vor und gibt dem Gesetzgeber auf, dass er im äußersten Falle, wenn nämlich der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise zu erreichen ist, verpflichtet sein kann, zum Schutz des sich entwickelnden Lebens das Mittel des Strafrechts einzusetzen. Die Strafnorm stellt gewissermaßen die ultima ratio im Instrumentarium des Gesetzgebers dar. Jedoch muss auch dieses letzte Mittel eingesetzt werden, wenn anders ein effektiver Lebensschutz nicht zu erreichen ist (vgl. BVerfGE 39, 1 <46 f.>).

In einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes über Maßnahmen der Regierung bei der Bekämpfung einer lebensbedrohenden terroristischen Erpressung - der Entführung von Arbeitgeberpräsident Hanns Martin Schleyer im Jahr 1977 - hat das Bundesverfassungsgericht wiederum den weiten Gestaltungsspielraum der Exekutive betont. Wie die staatlichen Organe ihre Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des Lebens erfüllen, ist danach von ihnen grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden. Sie befinden darüber, welche

Schutzmaßnahmen zweckdienlich und geboten sind, um einen wirksamen Lebensschutz zu gewährleisten. Eine Festlegung auf ein bestimmtes Mittel zur wirksamen Wahrnehmung der grundrechtlichen Schutzpflicht hat das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung nicht getroffen, da die zuständigen staatlichen Organe in der Lage sein müssen, auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles angemessen zu reagieren und eine solche Festlegung die Reaktion des Staates für Terroristen von vornherein kalkulierbar machen würde. Damit würde dem Staat der ihm durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG aufgegebene effektive Schutz seiner Bürger unmöglich gemacht (vgl. BVerfGE 46, 160 <164>).

Dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt kommt nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Lagerung Chemischer Waffen (C-Waffen) aus dem Jahr 1987 bei der Erfüllung von Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu, der Raum lässt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen. Die weite Gestaltungsfreiheit hängt von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter ab (vgl. BVerfGE 77, 170 <214 f.> unter Bezugnahme auf BVerfGE 50, 290 <332 f.> - Mitbestimmungsgesetz). Die Beachtung des gesetzgeberischen Spielraums führt dazu, dass die Prüfung des Bundesverfassungsgerichts auf eine bloße Evidenzkontrolle beschränkt ist. Das Bundesverfassungsgericht kann eine Verletzung der Schutzpflicht daher nur dann feststellen, wenn die staatlichen Organe gänzlich untätig geblieben sind oder wenn die bisher getroffenen Maßnahmen evident unzureichend sind (vgl. BVerfGE 56, 54 <80 f.>; 77, 170 <214 f.>; 79, 174 <201 f.>).

Bereits in der C-Waffen-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ferner darauf hingewiesen, dass der mit einer Schutzpflicht verbundene grundrechtliche Anspruch nur unter ganz besonderen Umständen die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in der Weise verengen kann, dass allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan wird (vgl. BVerfGE 77, 170 <215>). Einen solchen Fall hat das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch aus dem Jahr 1993 angenommen, in der es seine Prüfung nicht auf die bloße Evidenzkontrolle beschränkt, sondern vielmehr prüft, ob die gesetzgeberische Einschätzung der Wirksamkeit eines neuen Schutzkonzepts vertretbar ist. Die Erweiterung der Prüfungsdichte wird damit begründet, dass die hier in Rede stehenden Rechtsgüter der Ungeborenen und der Frau hohen verfassungsrechtlichen Rang haben (vgl. BVerfGE 88, 203 <263>).

In dieser Entscheidung erweitert das Bundesverfassungsgericht die Kontrolle von Schutzpflichtverletzungen durch den Gesetzgeber um den Aspekt des Untermaßverbots. Danach gibt die Verfassung den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten; insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Notwendig ist ein - unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - angemessener Schutz; entscheidend ist, dass er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen. Soll das Untermaßverbot nicht verletzt sein, muss die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entsprechen (vgl. BVerfGE 88, 203 <254 f.>). Den Umfang dieses Spielraums bestimmt das Bundesverfassungsgericht nach Maßgabe der in dem bereits zitierten Mitbestimmungsurteil genannten Faktoren (vgl. auch

Sachs, in: Sachs (Hrsg.), a.a.O., vor Art. 1 Rn 35 f.;  
Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar,  
Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Abs. 2 Rn. 89 f.).

#### D. Prüfung von Leistungs- und Teilhaberechten

Soweit die Pflicht des Gesetzgebers zu positivem Tun im Bereich grundrechtlicher Leistungs- und Teilhabegewährung zur Prüfung steht, ist der allgemeine Gleichheitssatz zu beachten, wonach bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln ist (vgl. BVerfGE 3, 58 <135 f.>; 98, 365 <385>). Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn als gleich ansehen will. Der Gesetzgeber muss allerdings eine Auswahl sachgerecht treffen. Was in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd und deshalb willkürlich ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern nur stets in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachverhalts, der geregelt werden soll. Der normative Gehalt der Gleichheitsbindung erfährt daher seine Präzisierung jeweils im Hinblick auf die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs. Der Gleichheitssatz verlangt, dass eine vom Gesetz vorgenommene unterschiedliche Behandlung sich - sachbereichsbezogen - auf einen vernünftigen, sich aus der Natur der Sache ergebenden oder sonst wie sachlich einleuchtenden Grund zurückführen lässt (vgl. BVerfGE 75, 108 <157>; 107, 27 <46>). Der allgemeine Gleichheitssatz ist verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 107, 27 <46> m.w.N.). Damit ist dem Gesetzgeber allerdings

nicht jede Differenzierung verwehrt. Seinem Gestaltungsspielraum sind jedoch umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>). Bei der Prüfung, ob eine Gleich- oder Ungleichbehandlung vorliegt, sind also zunächst die jeweiligen Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen festzustellen. Sodann ist zu untersuchen, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung im Hinblick auf die festgestellten Unterschiede sachlich begründet, sachlich vertretbar, mithin nicht willkürlich ist (vgl. Gubelt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar I, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 11 m.w.N.)

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung über den Ausschluss transsexueller Ausländer von der nach dem Transsexuellengesetz eröffneten Möglichkeit, den Vornamen zu ändern oder die geänderte Geschlechtszugehörigkeit feststellen zu lassen, und zwar auch dann, wenn ihr Heimatrecht eine solche Möglichkeit nicht vorsieht, einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot in Verbindung mit dem Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit gesehen, soweit er Ausländer betrifft, die sich rechtmäßig und nicht nur vorübergehend in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Es hat in der Beschränkung des Personenkreises der Antragsberechtigten auf Deutsche und Personen mit deutschem Personalstatut eine schwere Benachteiligung des in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG begründeten Schutzes der Persönlichkeit der ausländischen Transsexuellen, die mangels Regelung im Heimatrecht durch das Transsexuellengesetz von jeder Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung ihrer empfundenen Geschlechtlichkeit ausgeschlossen werden, gesehen. Die von dem Gesetzgeber für die Ungleichbehandlung angeführten Gründe

vermögen diese Grundrechtsbeeinträchtigung nicht zu rechtfertigen (vgl. BVerfGE 116, 243 <259 ff.>).

Ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber verpflichtet ist, Ungleichbehandlungen zu mildern oder zu beseitigen, ist auch im Steuerrecht von Bedeutung. Dort werden Ungleichbehandlungen am Maßstab des aus Art. 3 Abs. 1 GG zu entnehmenden Gebots der Steuergerechtigkeit, an die der Gesetzgeber gebunden ist, geprüft. Es ist ein grundsätzliches Gebot der Steuergerechtigkeit, dass die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichtet wird. Dies gilt insbesondere für die Einkommenssteuer (vgl. BVerfGE 43, 108 <120>; 61, 319 <343 f.>). Die wirtschaftliche Belastung durch Unterhaltsverpflichtungen ist ein besonderer, die Leistungsfähigkeit beeinträchtigender Umstand, den der Gesetzgeber ohne Verstoß gegen die Steuergerechtigkeit nicht außer Acht lassen darf. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber für die steuerliche Berücksichtigung zwingender Unterhaltsverpflichtungen nicht realitätsfremde Grenzen ziehen darf (vgl. BVerfGE 66, 214 <223>; vgl. auch Osterloh, a.a.O., Art. 3 Rn. 134 ff.).

Staatliche Handlungspflichten können sich auch aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes ergeben. Steht eine Verletzung dieses Grundsatzes im Raum, kann ein verfassungswidriger Zustand durch Schaffung einer Übergangsregelung für den betroffenen Personenkreis beseitigt werden. In seiner die Änderung von beamtenrechtlichen Regelungen über den Eintritt in den Ruhestand betreffenden Entscheidung weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass der Beamte wie auch jeder andere Staatsbürger grundsätzlich nicht darauf vertrauen kann, dass eine für ihn günstige gesetzliche Regelung in aller Zukunft bestehen bleibt. Der verfassungsrechtlich verbürgte Vertrauensschutz gebietet nicht, den von einer bestimmten Rechtslage

Begünstigten vor jeder Enttäuschung seiner Erwartung in deren Fortbestand zu bewahren. Anderenfalls würde der Widerstreit zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung im Blick auf den Wandel der Lebensverhältnisse in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung gelöst. Grundsätzlich muss jedes Rechtsgebiet zur Disposition des Gesetzgebers stehen. Allerdings können der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes je nach Lage der Verhältnisse verfassungsrechtliche Schranken erwachsen, wenn die Neuregelung auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Rechtsbeziehungen einwirkt. Regelmäßig ist eine Abwägung zwischen dem Vertrauen des Einzelnen in den Fortbestand der für ihn günstigen Rechtslage und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich. Im zu entscheidenden Fall war der Gesetzgeber nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zwar nicht von Verfassungs wegen gehindert, die Altersgrenze für alle Lehrer, auch die bereits im öffentlichen Dienst befindlichen, zu ändern. Gleichwohl hätte der Gesetzgeber bei Vornahme der gebotenen Abwägung des Vertrauens der Beamten in den Fortbestand der bisherigen Regelung und der Bedeutung des Anliegens für das Allgemeinwohl sowie der Schwere des Eingriffs eine Übergangsregelung für diejenigen Lehrer treffen müssen, die in der ersten Hälfte des Schuljahres 1979/80 das 65. Lebensjahr vollendeten (BVerfGE 71, 255 <272 f.>). Für diese Lehrer hatte die Neuregelung zur Folge, dass sie nicht wie bisher mit ca. 65 1/2 Jahren in den Ruhestand traten, sondern bereits mit dem Ablauf des Monats, in dem sie 64 Jahre und sechs Monate alt wurden. Dies war für die betroffenen Lehrer deshalb von Bedeutung, weil sich durch die Versetzung in den Ruhestand die beamtenrechtliche Stellung des Beamten - nicht zuletzt mit der Folge eines Einkommensverlustes - ändert.

## E. Gestaltungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts

### I. Nichtigerklärung

Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen eine Schutzpflichtverletzung durch ein bestehendes Gesetz (unechtes Unterlassen), stellt das Bundesverfassungsgericht im Falle einer stattgebenden Entscheidung fest, welche Vorschrift des Grundgesetzes und durch welche Unterlassung sie verletzt wurde (§ 95 Abs. 1 BVerfGG). Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, sieht § 95 Abs. 3 BVerfGG als gesetzlichen Regelfall vor, dass das Bundesverfassungsgericht das Gesetz für nichtig erklärt. So hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Europäischen Haftbefehlsgesetz dieses für nichtig erklärt und den die Auslieferung des Beschwerdeführers für zulässig erklärenden Beschluss des Oberlandesgerichtes sowie die Bewilligungsentscheidung der zuständigen Justizbehörde aufgehoben, da diese auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruhten (vgl. BVerfGE 113, 273 <274>). Es hat darauf hingewiesen, dass die Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft nicht möglich ist, solange der Gesetzgeber kein neues Ausführungsgesetz zu Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG erlässt (BVerfGE 113, 273 <317>).

Rügt der Beschwerdeführer echtes Unterlassen, kommt eine Nichtigerklärung mangels Vorliegens einer Norm nicht in Betracht, sodass nur die Feststellung einer Grundrechtsverletzung nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG bleibt.

Die Nichtigerklärung hat die Unwirksamkeit des Gesetzes - regelmäßig bezogen auf den Zeitpunkt seines erstmaligen Inkrafttretens - zur Folge (vgl. Stark, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, § 95 Rn. 97).

Begehrt der Beschwerdeführer ein staatliches Tun, ist der der Verfassungsbeschwerde zugrunde liegende Rechtsstreit bis zum Erlass der geforderten Regelung auszusetzen.

## II. Unvereinbarerklärung

Stellt das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit einer Norm fest, führt das nicht in jedem Fall zur Feststellung deren Nichtigkeit; unter bestimmten Voraussetzungen kommt auch eine Unvereinbarerklärung in Betracht (vgl. BVerfGE 112, 268 <283>). Das Bundesverfassungsgericht hat Ausnahmen entwickelt, in denen es von einer Nichtigkeitsklärung absieht und sich auf eine Unvereinbarerklärung beschränkt. Ein Absehen von der Nichtigkeitsklärung wird dann praktiziert, wenn es der Vermeidung einer unerträglichen Rechtslücke dient, mithin die Erklärung der Nichtigkeit zu einer Rechtslage führte, die dem Grundgesetz noch ferner stünde, sodass mit der Unvereinbarkeitserklärung ein schonender Übergang gewährleistet werden kann (vgl. BVerfGE 61, 319 <356>; 99, 216 <244>). Gerade in Fällen, in denen der Beschwerdeführer rügt, die erlassene Schutznorm sei unzureichend, würde eine Nichtigkeitsklärung zu einem noch verfassungswidrigeren Zustand führen. Damit wäre dem Beschwerdeführer wenig gedient.

Eine bloße Erklärung der Unvereinbarkeit ist insbesondere geboten, wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den Verfassungsverstoß zu beseitigen. Das ist regelmäßig bei Gleichheitsverstößen der Fall (vgl. BVerfGE 99, 280 <298>; 105, 73 <133>). Das Bundesverfassungsgericht hat die Möglichkeit, die verschiedenen Regelungsmöglichkeiten zu erörtern bzw. den verfassungsrechtlichen Rahmen für eine Neuregelung abzustecken. Davon hat das Bundesverfassungsgericht zum Beispiel in seiner Entscheidung über den Ausschluss transsexueller Ausländer nach dem

Transsexuellengesetz Gebrauch gemacht. Es hat dargelegt, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber zur Behebung des Gleichheitsverstoßes zur Verfügung stehen (vgl. BVerfGE 116, 243 <269 f.>).

Die bloße Unvereinbarerklärung führt nicht zur Unwirksamkeit der Norm, sondern hat nur zur Folge, dass die Norm im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit in der Regel in ihrer Anwendung - sowohl für den Betroffenen als auch für parallele Verwaltungs- und Gerichtsverfahren - gesperrt ist (vgl. BVerfGE 73, 40 <101>; 87, 153 <178>). Um Unsicherheiten für die Übergangsphase zu vermeiden, kann das Bundesverfassungsgericht auch die konkreten Entscheidungsfolgen regeln. Der Gesetzgeber hat die Pflicht, eine verfassungsgemäße Rechtslage herzustellen, wozu ihm eine Frist gesetzt werden kann. Die Verpflichtung des Gesetzgebers - rückwirkend - eine der Verfassung entsprechende Rechtslage herzustellen, erstreckt sich grundsätzlich auf den gesamten von der Unvereinbarerklärung betroffenen Zeitraum und erfasst alle noch nicht bestandskräftigen Entscheidungen, die auf der für verfassungswidrig erklärten Norm beruhen (vgl. BVerfGE 107, 27 <58>). Wegen der dem Gesetzgeber vorbehaltenen rechtlichen Ausgestaltungsnotwendigkeiten hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Transsexuellengesetz davon abgesehen, für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten einer verfassungsgemäßen Neuregelung eine vorläufige Regelung zu treffen. Es hat daher die angegriffene Regelung des Transsexuellengesetzes bis zur Schaffung einer Neuregelung, für die es eine Frist gesetzt hat, für weiterhin anwendbar erklärt (vgl. BVerfGE 116, 243 <270>). Bei haushaltswirtschaftlich bedeutsamen steuerrechtlichen Normen hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt im Interesse verlässlicher Finanz- und Haushaltsplanung und eines gleichmäßigen Verwaltungsvollzugs für Zeiträume einer weitgehend schon abgeschlossenen

Veranlagung die weitere Anwendbarkeit verfassungswidriger Normen für gerechtfertigt erklärt (vgl. BVerfGE 105, 73 <134> m.w.N.). In einem Verfahren der konkreten Normenkontrolle zu dem zwischen 1998 und 2002 geltende Arbeitsförderungsrecht, wonach Zeiten, in denen Frauen wegen der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote ihre versicherungspflichtige Beschäftigung unterbrachen, bei der Berechnung der Anwartschaftszeit in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung nicht berücksichtigt wurden, hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass Gegenstand der Vorlage nicht die Prüfung einer bestimmten Rechtsvorschrift auf ihre Verfassungsmäßigkeit, sondern die Unterlassung einer Regelung durch den Gesetzgeber ist. Es hat daher die Unvereinbarkeit des geltenden Rechts mit Art. 6 Abs. 4 GG erklärt und dem Gesetzgeber eine Frist gesetzt, innerhalb derer eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen ist. Für den Fall, dass der Gesetzgeber dem nicht fristgerecht nachkommt, ist auf noch nicht bestands- oder rechtskräftige Verfahren, in denen es auf das von der Unvereinbarkeitserklärung erfasste Recht ankommt, eine näher bezeichnete Norm des Arbeitsförderungsgesetzes sinngemäß anzuwenden (vgl. BVerfGE 115, 259 <260 und 275 f.>, vgl. auch BVerfGE 116, 229 <242> - zum Einsatz von Schmerzensgeld für den Lebensunterhalt als Voraussetzung für die Gewährung von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz). Das Bundesverfassungsgericht hat schließlich in den beiden genannten Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch eine Anordnung nach § 35 BVerfGG über den nach der Kassation der beanstandeten Vorschriften übergangsweise zu beachtenden Rechtszustand getroffen, indem es angeordnet hat, welche Regelungen im Einzelnen bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens einer gesetzlichen Neuregelung gelten (vgl. BVerfGE 39, 1 <2 f.>; 88, 203 <209 ff.>; vgl. auch BVerfGE 109, 190 <191>, wonach die mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärten landesrechtlichen Vorschriften zur nachträglichen Sicherungsverwahrung von Straftätern zwar bis

zu einer bestimmten Frist anwendbar bleiben, die zuständigen Gerichte jedoch unverzüglich zu überprüfen haben, ob die Unterbringungsentscheidungen der Maßgabe der Entscheidungsgründe des Bundesverfassungsgerichts genügen; Roellecke, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), a.a.O., § 35 Rn. 44).

### III. Appell

Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich auf einen Appell an den Gesetzgeber, auf einem bestimmten Gebiet tätig zu werden, wenn es die bisherige Rechtslage zwar für noch verfassungsgemäß erachtet, es aber dennoch für erforderlich hält, den Gesetzgeber zu einer Überprüfung aufzufordern. Es hat in seiner Entscheidung über Pflegeversicherungsbeiträge für kinderbetreuende und -erziehende Mitglieder in der sozialen Pflegeversicherung die bestehende gesetzliche Regelung für mit dem Gleichheitssatz und dem Grundrecht auf Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt und dem Gesetzgeber eine Frist gesetzt, eine verfassungsgemäße Neuregelung zu treffen. Bei der Bemessung der Frist hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zu einer Überprüfung der vorgefundenen Rechtslage aufgefordert, indem es darauf hingewiesen hat, dass die Bedeutung des vorliegenden Urteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen sein wird (vgl. BVerfGE 103, 242 <270>). In seiner Entscheidung über den Bundeshaushalt 2004 hat das Bundesverfassungsgericht die angegriffenen Regelungen des Bundeshaushaltsgesetzes als verfassungsgemäß angesehen, den verfassungsändernden Gesetzgeber jedoch darauf hingewiesen, dass das verfassungsrechtliche Regelungskonzept sich in der Realität als nicht wirksam erwiesen hat. Die Entwicklung von Mechanismen, die für gegebene Verschuldungsspielräume den erforderlichen Ausgleich über mehrere Haushaltsjahre sicherstellen, ist dem verfassungsändernden Gesetzgeber

vorbehalten und von Verfassungs wegen aufgegeben; zu einem weiter gehenden Ausspruch hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht für befugt angesehen (vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 9. Juli 2007 - 2 BvF 1/04 -, DVBl 2007, S. 1030 <1032 f.>).

#### IV. Beobachtungspflicht

Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, dem Gesetzgeber eine Beobachtungspflicht oder Probezeit aufzugeben, wenn die angegriffene Regelung zwar im Zeitpunkt seiner Entscheidung verfassungsgemäß ist, aber dennoch der Bedarf gesehen wird, das Gesetz in der Rechtspraxis auf seine Korrekturbedürftigkeit zu kontrollieren. In seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass der hohe Rang des ungeborenen Lebens, die Art seiner Gefährdung und der in diesem Bereich festzustellende Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen es erfordern, dass der Gesetzgeber beobachtet, wie sich sein gesetzliches Schutzkonzept in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auswirkt. Er muss sich in angemessenen zeitlichen Abständen in geeigneter Weise - etwa durch periodisch zu erstattende Berichte der Regierung - vergewissern, ob das Gesetz die erwarteten Schutzwirkungen tatsächlich entfaltet oder ob sich Mängel des Konzepts oder seiner praktischen Durchführung offenbaren, die eine Verletzung des Untermaßverbots begründen. Diese Beobachtungspflicht besteht auch und gerade nach einem Wechsel des Schutzkonzepts (vgl. BVerfGE 88, 203 <310>).

Im Umweltbereich kommt dem Gesetzgeber bei komplexen Gefährdungslagen, über die noch keine verlässlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen, ein angemessener Erfahrungs- und Anpassungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht hat es in seiner Entscheidung über

den Schutz vor Strahlungen einer in der Nähe eines bewohnten Grundstücks errichteten Mobilfunkanlage als Sache des Verordnungsgebers bezeichnet, den Erkenntnisfortschritt der Wissenschaft mit geeigneten Mitteln nach allen Seiten zu beobachten und zu bewerten, um gegebenenfalls weiter gehende Schutzmaßnahmen treffen zu können (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Februar 2002 - 1 BvR 1676/01 -, NJW 2002, S. 1638 <1639>).

In einer beamtenrechtlichen Entscheidung über die Gewährung von Ortszuschlägen hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, die tatsächliche Entwicklung der Lebenshaltungskosten auf relevante Unterschiede zwischen Stadt und Land zu beobachten, um möglichen Verstößen gegen den hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG, wonach Beamte amtsangemessen zu besolden sind, angemessen begegnen zu können (vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 6. März 2007 - 2 BvR 556/04 -, NVwZ 2007, S. 568 <571>).

#### V. Verfassungskonforme Auslegung

Hinzuweisen ist ferner auf die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung eines Gesetzes. In diesem - die Verfassungsbeschwerde abweisenden - Fall kann das Bundesverfassungsgericht seine Auslegung in die Vereinbarkeits-Feststellung aufnehmen, um die übrigen Rechtsanwender auf diese hinzuweisen (vgl. BVerfGE 33, 303 <305 und 338 ff.> - Numerus Clausus).

#### F. Bindungswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

In der deutschen Rechtsordnung ist im Hinblick auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zwischen den innerprozessualen Bindungswirkungen - der Rechtskraft in

formeller und materieller Hinsicht - und der spezifischen Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG sowie der Gesetzeskraft nach § 31 Abs. 2 BVerfGG zu unterscheiden. Die Differenzierung ist geboten, weil diese verschiedenen Bindungen sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in ihren Wirkungen voneinander abweichen (vgl. Heusch, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), a.a.O., § 31 Rn. 21 ff.).

#### 1. Rechtskraft

Das Bundesverfassungsgericht ist nach Art. 92 GG Teil der rechtsprechenden Gewalt und wird - auf Antrag - als Gericht rechtsprechend tätig (§ 23 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Verfassungsgerichtliche Entscheidungen werden, da sie nicht anfechtbar sind, mit Erlass formell rechtskräftig. Nach ständiger Rechtsprechung werden sie auch materiell rechtskräftig (vgl. BVerfGE 4, 31 <38>; 20, 56 <86>; 69, 92 <103>; 78, 320 <328>). Materiell rechtskräftig wird dabei nur der Tenor, nicht die Entscheidungsgründe. Es gilt ein Wiederholungs- und Abweichungsverbot, es besteht das Prozesshindernis der res iudicata.

Sinn der materiellen Rechtskraft ist es, Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten in den sachlichen und zeitlichen Grenzen des Entscheidungsgegenstandes zu stiften (vgl. BVerfGE 47, 146 <165>), d.h. gebunden sind grundsätzlich nur die Verfahrensbeteiligten und ihre Rechtsnachfolger sowie Beigetretene. Zeitlich gilt die Rechtskraft nur, solange keine neuen Tatsachen (ggf. auch ein Wandel der allgemeinen Rechtsauffassung: offen gelassen von BVerfGE 33, 109 <203 f.>) vorliegen. Die materielle Rechtskraft bindet jedes Gericht, auch das Bundesverfassungsgericht, an die Entscheidung in der Sache selbst. Das Bundesverfassungsgericht darf, unabhängig von seiner konkreten Besetzung, in derselben Sache unter denselben Beteiligten nicht noch einmal (anders) entscheiden.

Die Rechtskraft ist Grundlage und Ausgangspunkt der besonderen, materiellrechtlichen Bindungswirkungen nach § 31 BVerfGG, die über die Grenzen der (eigentlichen) Rechtskraft hinausgehen.

Das Bundesverfassungsgericht nimmt Rechtskraft ausdrücklich auch für Normenkontrollentscheidungen an, obwohl es keine Verfahrensbeteiligten gibt (vgl. BVerfGE 20, 56 <86>; 22, 387 <404 ff.>). Auch hier wird der Umfang der materiellen Rechtskraft vom Ausspruch über den Entscheidungsgegenstand bestimmt. Rechtskräftig für nichtig erklärte Gesetze sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ungeachtet der (eigentlich) beschränkten persönlichen und zeitlichen Reichweite der Rechtskraftwirkung endgültig beseitigt (vgl. BVerfGE 69, 112 <119>).

## 2. Bindungswirkung

Nach § 31 Abs. 1 BVerfGG binden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. Damit sind nicht zwingend alle Verfahrensbeteiligten gebunden; für sie gilt aber die beschriebene Rechtskraftwirkung.

Es besteht die Pflicht, Urteile und Beschlüsse in Verfahren der Hauptsache und des einstweiligen Rechtsschutzes zu beachten, soweit es sich um Sachentscheidungen handelt (vgl. BVerfGE 78, 320 <328>; 92, 91 <107>). Die Bindungswirkung gilt nur, solange keine veränderte Sachlage vorliegt (vgl. BVerfGE 33, 199 <203 f.>; 78, 38 <48>; 82, 198 <205>).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts binden nach § 31 Abs. 1 BVerfGG der Tenor und die sich aus den tragenden Gründen der Entscheidung ergebenden Grundsätze für die Auslegung der Verfassung (vgl. BVerfGE 19, 377 <392>; 24,

289 <297>; 40, 88 <93 f.>). Damit sind auch Parallelfälle von Rechtsausführungen des Bundesverfassungsgerichts bindend erfasst. Auf diese Weise hat § 31 Abs. 1 BVerfGG auch bei Normenkontrollentscheidungen einen eigenständigen Anwendungsbereich, da bei diesen nur der Tenor nach § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft entfaltet. Soweit demnach die im Folgeprozess beteiligten Hoheitsträger nach § 31 Abs. 1 BVerfGG an eine frühere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gebunden sind und eine rechtswidrige Parallelentscheidung erlassen, verstößt dieser Akt gegen § 31 Abs. 1 BVerfGG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG und ist ohne weitere Prüfung aufzuheben (vgl. BVerfGE 40, 88 <94>; 42, 258 <260>). Eine Ausnahme vom Wiederholungsverbot gilt allerdings bei rechtskräftiger Normverwerfung, die den Gesetzgeber nicht am Neuerlass hindern soll (vgl. BVerfGE 77, 84 <103 f.>). Der Gesetzgeber kann dabei aber die vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Gründe der Verfassungswidrigkeit des ursprünglichen Gesetzes nicht übergehen. Eine Normwiederholung verlangt vielmehr besondere Gründe, die sich vor allem aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben können (vgl. BVerfGE 96, 260 <263>; 98, 265 <320 f.>).

Das Bundesverfassungsgericht ist zwar als Verfassungsorgan (§ 1 Abs. 1 BVerfGG) nach § 31 Abs. 1 BVerfGG potentiell gebunden, seiner ständigen Rechtsprechung zufolge gibt es aber - außerhalb der Rechtskraftwirkung - keine Selbstbindung des Bundesverfassungsgericht an seine früheren Entscheidungen, d.h. es kann von einer früheren Rechtsprechung abweichen (vgl. BVerfGE 4, 31 <38>; 20, 56 <87>; 77, 84 <103 f.>; 78, 320 <328>; 85, 117 <121>). Dahinter steht, dass das Bundesverfassungsgericht als unanhängiges Gericht als fehlerhaft erkannte Entscheidungen für die Zukunft korrigieren

und Rechtsfortbildung leisten können muss. Ein Senat ist nach § 16 Abs. 1 BVerfGG nur genötigt, die Entscheidung des Plenums anzurufen, wenn er von der Rechtsauffassung abweichen will, die eine Entscheidung des anderen Senats trägt (vgl. BVerfGE 77, 84 <104>).

### 3. Gesetzeskraft

Nach § 31 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BVerfGG hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in den dort aufgezählten Fällen Gesetzeskraft (vgl. Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG). Die jeweiligen Sachentscheidungen erwachsen in Gesetzeskraft und sind für jedermann maßgeblich. Dabei hat die Entscheidung den Rang der Norm, deren Gültigkeit zu prüfen war. Die Gesetzeskraft tritt kumulativ zur Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG hinzu (vgl. BVerfGE 1, 14 <37>). Sie gilt nur für den Tenor, für dessen Auslegung die Entscheidungsgründe allerdings herangezogen werden können (vgl. BVerfGE 22, 387 <404 ff.>; siehe auch § 31 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG, vgl. auch Heusch, a.a.O., § 31 Rn. 87). Parallelvorschriften zu den streitgegenständlichen Normen werden deshalb nicht erfasst.

Die Unvereinbarerklärung hat nach § 31 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG Gesetzeskraft. Diese Gesetzeskraft erfasst aber schon nach dem Wortlaut des § 31 Abs. 2 BVerfGG nicht die Anordnung der vorübergehenden Weitergeltung der mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärten Gesetze, die lediglich der Lösung von Folgeproblemen aus der Unvereinbarerklärung dient. Derartige Interimsanordnungen nach § 35 BVerfGG lösen grundsätzlich nur eine Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG aus. Auch eine Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts scheidet insoweit grundsätzlich aus, denn wenn die Folgen nicht oder anders als prognostiziert eintreten, muss das Gericht seine Anordnung nach § 35 BVerfGG jederzeit revidieren können. Erst wenn bis zu dem festgelegten Zeitablauf keine Neuregelung erfolgt und

auch keine neue Weitergeltungsanordnung ergangen ist, fällt die Anwendbarkeit der mit dem Grundgesetz unvereinbaren Normen vollständig weg (vgl. BVerfGE 93, 121 <122>; 99, 216 <244 f.>); materiell treten die Folgen wie bei einer Nichtigkeitsklärung ein.