

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 909**

**Die produktübergreifende  
Bindung des Bundesgesetzgebers  
an Entscheidungen des  
Bundesverfassungsgerichts**

**Zugleich ein Beitrag  
zur Prozeduralisierung des Rechts**

**Von**

**Thorsten Bauer**



**Duncker & Humblot · Berlin**

THORSTEN BAUER

Die produktübergreifende Bindung  
des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen  
des Bundesverfassungsgerichts

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 909

# Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Zugleich ein Beitrag  
zur Prozeduralisierung des Rechts

Von

Thorsten Bauer



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft  
der Freien Universität Berlin  
hat diese Arbeit im Sommersemester 2002  
als Dissertation angenommen.

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 3-428-11020-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im August 2001 fertiggestellt. Rechtsprechung und Literatur fanden bis zu diesem Zeitpunkt Berücksichtigung. Später erschienene Neuauflagen der verwendeten Literatur wurden vor der Veröffentlichung eingearbeitet.

Ohne vielfältige Förderung wäre meine Untersuchung, die vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im Sommersemester 2002 als Dissertation angenommen wurde, nicht möglich gewesen. Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christian Pestalozza, danke ich sehr für stete Unterstützung, wertvolle Gespräche und unerschöpfliche Toleranz. Daneben gehört mein Dank Herrn Professor Dr. Jochem Schmitt und dem Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts Berlin, Herrn Professor Dr. Claas-Hinrich Germelmann, die mir halfen, ein arbeitsrechtliches Projekt auf den Weg zu bringen, aus dessen Vorfrage sich später die vorliegende, öffentlich-rechtliche Arbeit entwickelte. Am Lehrstuhl von Herrn Professor Dr. Jochem Schmitt fand ich überdies als wissenschaftlicher Mitarbeiter großen Freiraum, um mein Promotionsvorhaben voranzubringen. Herrn Professor Dr. Helmut Lecheler danke ich für die Erstellung des zweiten Gutachtens.

Mein besonderer Dank gilt der Studienstiftung des deutschen Volkes, die mir im Rahmen eines Promotionsstipendiums großzügig finanzielle und ideelle Hilfe leistete, und dem Deutschen Bundestag, der sich maßgeblich an den Druckkosten beteiligte.

Dankbar bin ich schließlich allen Freunden, die mein Vorhaben mit offenem Ohr sowie mit Rat und Tat begleiteten. Ich widme dieses Buch meinen Eltern, denen ich weit mehr als die Unterstützung meiner Promotion verdanke.

Berlin, im Sommer 2002

*Thorsten Bauer*



# Inhaltsübersicht

Einleitung .....	21
------------------	----

## *1. Kapitel*

### **Analyse des Vorgefundenen** 23

§ 1 Grundbegriffe und thematische Eingrenzung .....	23
A. Auf Einzelprodukte beschränkte Fragestellungen .....	23
B. Thema der Arbeit: Eine produktübergreifende Bindungsfrage .....	24
C. Maßstabsbezogene Fragestellungen .....	25
§ 2 Analyse des Meinungsspektrums .....	26
A. Das Meinungsspektrum .....	26
B. Innenperspektive: Eine teleologische Analyse .....	44
C. Außenperspektive: Eine Rechtsgrundlagenanalyse .....	61
§ 3 Analyse der vorgefundenen Funktionsaussagen .....	92
A. Funktionsaussagen des Grundgesetzes .....	92
B. Funktionsdiskussion bei der Kontrollfrage .....	100
C. GegenzENARIO: Verfassungsauslegung als Aufgabe zur gleichberechtigten gemeinsamen Erledigung .....	113

## *2. Kapitel*

### **Entwicklung einer prozeduralen Bindung** 116

§ 4 Ausflug zu den Metaebenen des Rechts .....	116
A. Die Prozeduralisierung des Rechts .....	116
B. Entwicklung eines diskursiven Funktionsverhältnisses von Verfassungsgericht und Gesetzgeber .....	167
§ 5 Rückkehr von den Metaebenen des Rechts zur produktübergreifenden Bindungsfrage .....	205
A. Vorüberlegungen .....	206
B. Negative Forderung: Ausschluß einer ergebnisbezogenen Bindung ...	208
C. Positive Forderung: Ausgestaltung einer vorgangsbezogenen Bindung	210
D. Wiederaufnahme der Rechtsgrundlagen .....	221
E. Vorgangsbezogene Bindung und äußeres Gesetzgebungsverfahren ...	235
F. Exkurs: Argumentationspflicht auch des Bundesverfassungsgerichts ...	238

## 3. Kapitel

	<b>Entwicklung einer prozeduralen Bindungskontrolle</b>	240
§ 6	Was noch fehlt	240
	A. Vorbereitende Begriffsbildung: Grundformen des Kontrollmodus	241
	B. Vorbereitende These: Überlagerung von Aussagen zur Handlungsanweisung und Aussagen zum Kontrollmodus	243
§ 7	Ausflug in das Verwaltungsrecht: Entkopplung von Verfahrensrecht und Kontrollmodus	244
	A. Das formelle Verfahrensrecht als Diener	245
	B. Materielles Verfahrensrecht und Kontrollmodus	250
	C. Wiederaufnahme des formellen Verfahrensrechts	278
	D. Übertragbarkeit der entwickelten Dogmatik auf Finalprogramme	286
	E. Fazit: Entkopplung ermöglicht Übersetzungsregel und Neuanfang	288
§ 8	Rückkehr vom Verwaltungsrecht zur produktübergreifenden Bindungsfrage	291
	A. Drohende Mißverständnisse zwischen einer gerichtsfixierten Dogmatik und der diskursiven Bindung	291
	B. Festlegung eines Kontrollmodus für die diskursive Bindung	294
	Schluß	303
	Literaturverzeichnis	305
	Sach- und Personenverzeichnis	324



	(2) Möglichkeiten einer Änderung der Fremdbindung mit Blick auf die fehlende Selbstbindung .....	54
II.	Zweite teleologische Analyse: Verbot von Normen, die verworfenen Normen ähneln .....	56
III.	Dritte teleologische Analyse: Verbot der Brückierung des Verfassungsgerichts .....	58
	1. Das teleologische Kriterium .....	58
	2. Überprüfung des Bindungskonzeptes anhand des Kriteriums ..	59
IV.	Fazit: Ein Argument gegen die ergebnisbezogenen Bindungskonzepte .....	61
C.	Außenperspektive: Eine Rechtsgrundlagenanalyse .....	61
I.	These: Rechtsgrundlagen verlangen ein „Mitbringsel“ .....	61
II.	Analyse der materiellen Rechtskraft .....	62
	1. Materielle Rechtskraft und Bundesverfassungsgericht .....	62
	2. Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft .....	63
	3. Objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft .....	65
	a) Eine Rechtskraftdogmatik, deren Aussagen auf das kontrollierte Einzelprodukt beschränkt bleiben .....	65
	b) Eine produktübergreifende Rechtskraftdogmatik .....	68
	(1) Änderungen am Begriff des Streitgegenstandes .....	69
	(2) Änderungen an der Rechtsfolge der materiellen Rechtskraft .....	72
	c) Zirkelschluß zwischen Rechtskraftdogmatik und Rechtskraftaussage .....	73
	d) Das Anliegen der materiellen Rechtskraft als Kriterium ..	75
	e) Entscheidungskriterium jenseits der materiellen Rechtskraft .....	77
III.	Analyse der Gesetzeskraft .....	79
	1. Subjektive Reichweite der Gesetzeskraft .....	79
	2. Objektive Reichweite der Gesetzeskraft .....	81
	3. Entscheidungskriterium jenseits der Gesetzeskraft .....	83
IV.	Analyse des Art. 20 Abs. 3 GG .....	84
V.	Analyse der Verfassungsorgantreue .....	87
VI.	Auswertung der Rechtsgrundlagenanalyse .....	88
	1. Das „Mitbringsel“: Aussage zum produktübergreifenden Funktionsverhältnis .....	88
	2. Die Nachrangigkeit einfachgesetzlicher Rechtsgrundlagen ...	89
	3. Fazit: Die entscheidende Frage nach dem Funktionsverhältnis	91
§ 3	Analyse der vorgefundenen Funktionsaussagen .....	92
A.	Funktionsaussagen des Grundgesetzes .....	92
I.	Auf Einzelprodukte bezogenes Letztentscheidungsrecht .....	92
II.	Produktübergreifendes Letztentscheidungsrecht? .....	93
III.	Maßstabsbezogenes Letztentscheidungsrecht? .....	94

IV. Zwischenstand .....	97
V. Analogie zur grundgesetzlichen Funktionsaussage? .....	99
B. Funktionsdiskussion bei der Kontrollfrage .....	100
I. Analyse der vorgefundenen Argumentformen .....	101
1. Das erkenntnistheoretische Argument .....	101
a) Trennbarkeit von Rechtsanwendung und Politik .....	101
b) Untrennbarkeit von Rechtsanwendung und Politik .....	104
2. Das funktionellrechtliche Argument .....	106
II. Auswertung der Analyse .....	110
C. Gegenzenario: Verfassungsauslegung als Aufgabe zur gleichberechtigten gemeinsamen Erledigung .....	113

*2. Kapitel*

<b>Entwicklung einer prozeduralen Bindung</b> .....	116
§ 4 Ausflug zu den Metaebenen des Rechts .....	116
A. Die Prozeduralisierung des Rechts .....	116
I. Vorüberlegungen .....	117
1. Die Herangehensweise .....	117
2. Zwei begriffliche Vorbemerkungen .....	119
II. Erstes Prozeduralisierungskonzept: Steuerung der Gesellschaft durch prozedurales Recht .....	120
1. Das Problem: Steuerungskrise des Rechts .....	120
a) Historische Begründung .....	120
b) Systemtheoretische Begründung .....	122
2. Prozedurale Lösung des Problems .....	123
3. Brauchbarkeit für die Bindungsfrage .....	125
III. Zweites Prozeduralisierungskonzept: Prozedurale Rechtsanwendung .....	126
1. Das Problem: Verschiebungen zwischen Normgebung und Normanwendung .....	126
a) Ausgangsmodell: Rechtsanwendung als Normenvollzug ..	127
b) Gegenentwurf: Topik .....	130
c) Mittelweg: Lehre vom Vorverständnis .....	132
d) Zwischenbilanz: Einige Fragen an die Rechtsanwendung ..	135
2. Prozedurale Lösung des Problems .....	137
a) Richtigkeit von Sollenssätzen .....	137
(1) Prozedurale Richtigkeitsidee .....	138
(2) Ausformung der Richtigkeitsidee durch die Diskurstheorie .....	139
b) Einbau in ein Modell der Rechtsanwendung .....	143
3. Brauchbarkeit für die Bindungsfrage .....	145

IV.	Drittes Prozeduralisierungskonzept: Auslegung der Verfassung als prozedurale .....	146
1.	Das Problem: Spielräume bei der Verfassungsauslegung .....	146
2.	Prozedurale Lösung des Problems .....	147
a)	Vorarbeit: Konfrontation des diskurstheoretischen „Ideals“ mit der „Realität“ staatlicher Entscheidungen .....	149
(1)	„Realitätsferne“ des ursprünglichen „Ideals“ .....	151
(2)	„Realität“ staatlichen Entscheidens in der parlamentarischen Demokratie .....	152
(3)	Überarbeitung des „Ideals“ .....	154
b)	Gleichschaltung von Metakonzeption und Verfassungsauslegung .....	156
3.	Brauchbarkeit für die Bindungsfrage .....	157
a)	Funktionsbestimmung durch Habermas .....	158
b)	Funktionsbestimmung durch Calliess .....	162
c)	Verwertbarkeit .....	164
V.	Rückblick und Ausblick .....	166
B.	Entwicklung eines diskursiven Funktionsverhältnisses von Verfassungsgericht und Gesetzgeber .....	167
I.	Alexys erweitertes Vierstufenmodell .....	168
1.	Schwächen des Diskurses .....	168
2.	Vierstufenmodell .....	170
3.	Erweiterung des Vierstufenmodells um Verfassungsrecht und Verfassungsgericht .....	171
4.	Erklärungskraft für die produktübergreifende Bindungsfrage .....	173
II.	Kritische Überarbeitung von Alexys erweitertem Vierstufenmodell .....	174
1.	Vorüberlegung: Metatheorien des Rechts im Spannungsverhältnis zwischen Ideal und Wirklichkeit .....	174
a)	Alexys Selbsteinschätzung: Begründungsarten von Diskursregeln .....	175
b)	Dworkins Fremdeinschätzung: Metatheorien der Rechtsanwendung als konstruktive Interpretation .....	179
c)	Ansatzpunkte für eine Überarbeitung von Alexys Modell ..	182
2.	Das erweiterte Vierstufenmodell und ein verfassungsrechtliches Paradigma .....	185
a)	Wiederaufnahme: Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber bei Alexy .....	185
b)	Verfassungsrechtliches Paradigma: Grundrechte als objektive Werteordnung .....	186
c)	Die Folge: Darstellbarkeit allgemein-praktischer Fragen als verfassungsrechtliche .....	188
d)	Fazit: Kollision zwischen erweitertem Vierstufenmodell und verfassungsrechtlichem Paradigma .....	192

3. Korrekturvorschlag .....	192
a) Ausgangspunkt: Nebeneinander von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber .....	193
b) Auf Einzelprodukte bezogen: Auflösung des Nebeneinanders in unterschiedliche Letztentscheidungsbereiche .....	194
c) Maßstabsbezogen: Auflösung des Nebeneinanders in ein diskursives Miteinander .....	195
d) Zusammenfassung .....	197
4. Überprüfung des Korrekturvorschlags .....	197
a) Vorüberlegung: Ein- und Mehrpersonenmodelle, Ideal und Realität richtigkeitserzeugender Prozeduren .....	199
b) Realisierung des Diskurses vor der Überarbeitung .....	200
c) Realisierung des Diskurses nach der Überarbeitung .....	203
III. Fazit: Diskursives Funktionsverhältnis von Verfassungsgericht und Gesetzgeber .....	204
§ 5 Rückkehr von den Metaebenen des Rechts zur produktübergreifenden Bindungsfrage .....	205
A. Vorüberlegungen .....	206
I. Akzessorietät maßstabsbezogener Tätigkeit .....	206
II. Diskursregeln als Rechtspflicht? .....	207
B. Negative Forderung: Ausschluß einer ergebnisbezogenen Bindung .....	208
C. Positive Forderung: Ausgestaltung einer vorgangsbezogenen Bindung .....	210
I. Eine Argumentationspflicht .....	210
II. Anlaß der Argumentationspflicht .....	213
III. Gegenstand der Argumentationspflicht .....	215
IV. Inhalt der Argumentationspflicht .....	218
V. Ergebnis: Eine diskursive Bindung .....	219
D. Wiederaufnahme der Rechtsgrundlagen .....	221
I. Funktionsgerechtes Verständnis der materiellen Rechtskraft .....	222
II. Funktionsgerechtes Verständnis der Gesetzeskraft .....	223
III. Funktionsgerechtes Verständnis des Art. 20 Abs. 3 GG .....	224
IV. Funktionsgerechtes Verständnis der Verfassungsorgantreue .....	224
V. Funktionsgerechtes Verständnis des § 31 Abs. 1 BVerfGG .....	225
VI. Funktionsgerechtes Verständnis des § 95 Abs. 1 S. 2 BVerfGG .....	230
VII. Funktionsgerechtes Verständnis des § 67 S. 3 BVerfGG .....	231
VIII. Ergebnis: Diskursive Bindung als geltendes Recht .....	234
E. Vorgangsbezogene Bindung und äußeres Gesetzgebungsverfahren .....	235
I. Parallele zum inneren Gesetzgebungsverfahren .....	235
II. Grundaussagen und Spielräume .....	236
F. Exkurs: Argumentationspflicht auch des Bundesverfassungsgerichts .....	238

## 3. Kapitel

<b>Entwicklung einer prozeduralen Bindungskontrolle</b>	240
§ 6 Was noch fehlt	240
A. Vorbereitende Begriffsbildung: Grundformen des Kontrollmodus	241
B. Vorbereitende These: Überlagerung von Aussagen zur Handlungsanweisung und Aussagen zum Kontrollmodus	243
§ 7 Ausflug in das Verwaltungsrecht: Entkopplung von Verfahrensrecht und Kontrollmodus	244
A. Das formelle Verfahrensrecht als Diener	245
I. Die dienende Funktion des Verfahrens	245
II. Gesetzgeberische Minimierung von Fehlerfolgen	248
B. Materielles Verfahrensrecht und Kontrollmodus	250
I. Analyse der vorgefundenen Verwaltungsrechtsdogmatik	252
1. Ein vorgefundener Zusammenhang	252
a) These: Zusammenhang von Verwaltungsspielraum, Kontrollmodus und materiellem Verfahrensrecht	252
b) Verwaltungsspielräume bei konditionaler Programmierung	253
c) Vorgefundener Zusammenhang und Ermessensentscheidungen	254
d) Vorgefundener Zusammenhang und Beurteilungsspielräume	258
2. Vorgefundene Entscheidungskriterien	259
a) Das erkenntnistheoretische Argument	260
b) Das funktionellrechtliche Argument und die normative Ermächtigungslehre	262
II. Entkopplung der Entscheidung über den Kontrollmodus	264
1. Überwindung der gerichtlichen Perspektive	265
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben	267
a) Grundsätzliche Entscheidungszuweisung an den Gesetzgeber	268
b) Kein verfassungsrechtliches Regel-Ausnahmeverhältnis	270
3. Vorschlag einer Auslegungsregel	274
a) Kontrolle der Tatbestandsvoraussetzungen	274
b) Kontrolle der Rechtsfolgenanordnung	276
III. Zusammenfassung	277
C. Wiederaufnahme des formellen Verfahrensrechts	278
I. Formelles Verfahrensrecht bei gebundenen Entscheidungen	278
1. Sanktionslosigkeit von Verfahrensfehlern als Folge des Kontrollmodus	278
2. Ausnahmen aus erzieherischen Gründen	279
II. Formelles Verfahrensrecht bei Verwaltungsspielräumen	281
1. Sanktion von Verfahrensfehlern als Folge des Kontrollmodus	281
2. Ausnahmen wegen § 46 VwVfG n.F.	282

III. Heilung von Verfahrensfehlern .....	284
IV. Zusammenfassung .....	285
D. Übertragbarkeit der entwickelten Dogmatik auf Finalprogramme .....	286
E. Fazit: Entkopplung ermöglicht Übersetzungsregel und Neuanfang .....	288
§ 8 Rückkehr vom Verwaltungsrecht zur produktübergreifenden Bindungsfrage .....	291
A. Drohende Mißverständnisse zwischen einer gerichtsfixierten Dogmatik und der diskursiven Bindung .....	291
B. Festlegung eines Kontrollmodus für die diskursive Bindung .....	294
I. Positive oder negative Kontrolle .....	295
II. Inhaltliche oder inhaltsfreie Kontrolle .....	297
1. Unterstruktur des negativen Kontrollmodus .....	297
2. Anwendung auf die diskursive Bindung .....	299
III. Ansätze einer Fehlerlehre .....	299
Schluß .....	303
Literaturverzeichnis .....	305
Sach- und Personenverzeichnis .....	324

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zs.)
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AK-GG	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare)
ÄndG	Änderungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zs.)
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zs.)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauGB	Baugesetzbuch
BayVbl	Bayerische Verwaltungsblätter (Zs.)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BbauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
Begr.	begründet von
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BV	Verfassung des Freistaates Bayern
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zs.)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DtZ	Deutsch-deutsche Rechts-Zeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Zs.)
E	Entscheidung
ebda.	ebenda
Einl.	Einleitung
engl.	englisch
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
etc.	et cetera
EuGrZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
f	folgende (Seite/Randnummer)
Festschr.	Festschrift
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
Fortf.	fortgeführt von
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
grds.	grundsätzlich
GS	Großer Senat
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i. E.	im Ergebnis
i. S.	im Sinne

i. V. m.	in Verbindung mit
insbes.	insbesondere
iur.	iuris (lateinisch): der Rechtswissenschaft(en)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung (Zs.)
JZ	Juristenzeitung (Zs.)
Kap.	Kapitel
Lfg.	Lieferung
Ls.	Leitsatz
LVWG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MBG Schl.-H.	Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein
MünchKomm	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung/neue Folge (bei Zs.)
Neub.	neu bearbeitet von
NJ	Neue Justiz (Zs.)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zs.)
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PersR	Der Personalrat (Zs.)
PersV	Die Personalvertretung (Zs.)
PIPr	Plenar-Protokoll
R	Rückseite
RdA	Recht der Arbeit (Zs.)
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RuP	Recht und Politik (Zs.)
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
sog.	sogenannt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
Ts.	Taunus
u. a.	und andere
usw.	und so weiter
v.	vom/von
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (Zs.)

Verw	Die Verwaltung (Zs.)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrundschau (Zs.)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVfG NRW	Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
WaStrG	Bundeswasserstraßengesetz
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zs.	Zeitschrift



## Einleitung

Vor uns liegen gut 300 Seiten gemeinsamer Wanderschaft. Am Ende der Wanderschaft steht die Antwort auf eine Rechtsfrage – eine Aussage zur *produktübergreifenden Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*.

Wer wandert, will nicht nur ankommen. Auch der Weg ist sein Ziel. Bleiben wir einen Moment in der Wegmetapher, um den Gang der Untersuchung vorzustellen. Sie gliedert sich in drei Wegabschnitte – drei Kapitel:

1. Auf dem ersten Wegabschnitt führt die Route durch die viel bereiste Gegend der bekannten Lösungsansätze. Seit langem ist hier ein Wegenetz angelegt. Wer auf den gut ausgebauten Wegen einen Spaziergang unternehmen will, sollte sich anderen anschließen. Denn statt ein weiteres Mal den vorhandenen Trassen zu folgen, werden wir beobachtend das Gelände erkunden, es vermessen und kartieren. Die entstehende Landkarte wartet mit einer Überraschung auf: Während die vorgefundenen Wege aus der Sicht dessen, der ihnen folgt, als direkte Strecke zum Ziel erscheinen, nehmen sie sich auf unserer Karte als Labyrinth aus, aus dem ohne fremde Hilfe kein Herauskommen ist.

Übertragen auf unsere Rechtsfrage: Im ersten Kapitel begeben wir uns zu der vorhandenen breiten Diskussion um die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Wir kommen hierher nicht als Diskussionsteilnehmer, sondern als Beobachter. Als Beobachter beziehen wir nicht selbst Stellung, sondern bitten um Auskunft, durchleuchten die Antworten mit kritischem Blick, fragen nach Alternativen. Darum trägt das *erste Kapitel* den Namen „Die Analyse des Vorgefundenen“.

2. Nachdem sich die viel bereiste Gegend der bekannten Lösungsansätze bei näherer Betrachtung als Irrgarten erwies, führt der zweite Wegabschnitt in luftige Höhen. Ein Ausflug geht hinauf zu den Meta-Ebenen des Rechts. In den endlosen Weiten dieser Hochebenen konzentrieren wir uns auf eine Gegend, die „Prozeduralisierung“ getauft wurde. Hier sammeln wir Erfahrungen und Ausblicke. Sie ermöglichen uns, nach der Rückkehr aus der Höhe in dem Labyrinth, das wir zurückgelassen hatten, Wegweiser aufzustellen. Die Wegweiser geben Orientierung und zeigen einen Ausweg aus dem Irrgarten.

Übertragen auf unsere Rechtsfrage: Auf einem Ausflug zu den Meta-Ebenen des Rechts werden Ansätze untersucht, die auf den Namen

„Prozeduralisierung“ hören. Mit ihrer Hilfe wird ein diskursives Funktionsverhältnis von Bundesverfassungsgericht und Bundesgesetzgeber entworfen. Dieses Funktionsverhältnis ermöglicht, nach der Rückkehr von dem Ausflug eine prozedurale Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu entwickeln. Davon berichtet das *zweite Kapitel*. Es heißt „Entwicklung einer prozeduralen Bindung“.

3. Zwar stehen in dem Labyrinth nun Wegweiser, die Orientierung geben und zum Ausgang weisen. Nur stellt sich heraus: Wir haben die Wegweiser in einer Sprache geschrieben, die in dem Irrgarten nur wenige verstehen. So drohen Verständigungsschwierigkeiten und Mißverständnisse. Um Abhilfe zu schaffen, unternehmen wir auf unserem dritten Wegabschnitt einen weiteren Ausflug. Er führt in eine Gegend, in der wir die Kunst des Übersetzens erlernen. Nach der Rückkehr können wir nicht nur die Wegweiser mit Hilfe des Erlernten verständlicher gestalten, sondern auch präzisieren und vervollständigen.

Übertragen auf unsere Rechtsfrage: Die Dogmatik des Öffentlichen Rechts wird oft aus der Sicht des Richters betrieben. Da wir jedoch auf den ersten beiden Wegabschnitten undiskutiert eine andere Perspektive eingenommen haben, drohen Mißverständnisse. Auf einem Ausflug in das Verwaltungsrecht wird dem nachgegangen. Dabei wird entwickelt, wie die Dogmatik die vorherrschende gerichtliche Perspektive überwinden kann und warum dies zu einer Stärkung vorgangsbezogener Rechtspflichten führt. Die gewonnenen Erkenntnisse helfen, die befürchteten Mißverständnisse zu vermeiden. Sie ermöglichen auch Aussagen zur Kontrolle des zuvor entwickelten Bindungskonzeptes. Danach ist das *dritte Kapitel* benannt: „Entwicklung einer prozeduralen Bindungskontrolle“.

Insgesamt nehmen wir uns die Zeit, Akzeptiertes zu bezweifeln. Wir gönnen uns die Freiheit, Punkte durch Fragezeichen zu ersetzen. Das beständige Weiterfragen führt nicht zu einzig richtigen Antworten. Vielmehr führt es in Regionen, in denen immer neue Fragen warten. Neben den neuen Fragen warten aber auch neue Ideen. An den Ideen, die auf unserem Weg warten, haftet das Stichwort „Prozeduralisierung“. Darum ist die vorliegende Arbeit *zugleich ein Beitrag zur Prozeduralisierung des Rechts*.

Dinge zu bezweifeln, die ganz ohne weitere Untersuchung jetzt geglaubt werden, das ist die Hauptsache überall.

*Georg Christoph Lichtenberg*

## *1. Kapitel*

# **Analyse des Vorgefundenen**

## **§ 1 Grundbegriffe und thematische Eingrenzung**

Der vorliegenden Arbeit geht es um die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Um dieses Thema näher kennenzulernen und zugleich Handwerkszeug zu seiner Bewältigung zu erwerben, werden einige Grundbegriffe vor die Klammer gezogen. Ausgangspunkt der Begriffsbildung ist folgende – stark vereinfachende – Grundkonstellation: Im Öffentlichen Recht entscheiden nacheinander zwei unterschiedliche Hoheitsträger über ein und dasselbe Produkt hoheitlicher Gewalt: zum einen der Hersteller des Produktes (beispielsweise Behörde oder Gesetzgeber), zum anderen der Kontrolleur des Produktes (beispielsweise Verwaltungs- oder Verfassungsgericht). Beide, Hersteller und Kontrolleur, haben das Hoheitsprodukt gleichermaßen an einem zugrundeliegenden Rechtsmaßstab zu messen.

Vor dem Hintergrund dieser Grundkonstellation kann man unterscheiden zwischen auf Einzelprodukte beschränkten (A), produktübergreifenden (B) und maßstabsbezogenen Fragestellungen (C).

### **A. Auf Einzelprodukte beschränkte Fragestellungen**

Wer sich ein einzelnes Hoheitsprodukt als geschichtliches Ereignis herausgreift und dessen rechtlichen Werdegang verfolgt, stößt auf eine Vielzahl von Rechtsfragen. Gemeinsam ist diesen Fragen, daß es ihnen stets um das rechtliche Schicksal ein und desselben Hoheitsproduktes geht. Darum spreche ich von Fragestellungen, die *auf Einzelprodukte beschränkt* bleiben.

Innerhalb der auf Einzelprodukte beschränkten Fragestellungen lassen sich drei – auf der Zeitachse hintereinander liegende – Problemkomplexe kennzeichnen, mit Beispielsfragen veranschaulichen und mit Unterbegriffen versehen:

1. Den ersten Problemkomplex bildet die Herstellung des Produktes: Wer hat die Herstellungskompetenz? Welches Herstellungsverfahren muß er durchlaufen? Welche inhaltlichen Vorgaben macht ihm der zugrundelie-