

vorsieht und den dort zu treffenden **Entscheidungen** eine **Rechtswirkung** verleiht, **die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können**.⁷¹ Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen von Rechtsprechung gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist. Es ist Aufgabe der Gerichte, Rechtssachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden, und zwar in Verfahren, in denen durch Gesetz die erforderlichen prozessualen Sicherungen gewährleistet sind und der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör besteht. Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren.

b) Kernbereiche der Gewalten. Auf dieses Verständnis der drei Gewalten aufbauend hat das BVerfG im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Unterfangung der Staatsfunktionen durch die Gewaltenteilung zunächst die **Vorstellung von Kernbereichen der Gewalten** entwickelt. Danach ist keine der drei Staatsgewalten berechtigt, in den Kernbereich der beiden anderen einzugreifen, und darf deshalb dazu auch vom Gesetzgeber nicht ermächtigt werden.⁷²

Der Ansatz der Bestimmung eines Kernbereichs ist verschiedentlich kritisiert worden.⁷³ Neben der Feststellung, dass mit der Bestimmung eines Kernbereichs der Gewalten nur ein recht geringer Teil der hier im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung erörterten verfassungsrechtlichen Fragen behandelt werden kann, war vor allem offen, wie und mit welchen Kriterien diese Kernbereiche der jeweiligen Gewalt bestimmt werden, wie diese Aufgabe von den nicht zum Kernbereich der Gewalt gehörenden Aufgaben abgegrenzt werden sollten, und ob die Gewaltenteilung jenseits des Kernbereichs Wirkungen entfalten kann.

c) Regel mit Ausnahmen. Das BVerfG hat dann im weiteren Verlauf seiner Rechtsprechung versucht, **Gewaltenteilung** als eine **Regel** zu verstehen, **von welcher Ausnahmen zulässig sein können**. Danach können **jenseits des Kernbereichs Überschneidungen, Verflechtungen und Übertragungen von Funktionen** zulässig sein, **wenn und soweit dafür ein entsprechender, sachlich einleuchtender Grund besteht**.⁷⁴

Diese Vorstellung öffnet sich zwar für die Einsicht, dass die Gewaltenteilung im Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur schwach ausgeprägt und im übrigen Gegenstand vieler einzelnen Regelungen ist, weshalb das gesamte Zusammenspiel der Regelungen in den Blick zu nehmen ist. Allerdings werden die Kriterien zur Abgrenzung zwischen Kernbereich und Randbereich sowie die Kriterien zur Bestimmung eines sachlich einleuchtenden, also die Abweichung rechtfertigenden Grundes nicht näher konturiert. Auch ist nicht hinreichend klar, ob und wie der Kernbereich von dem Bereich zulässiger, aber zu begründender Ausnahmen abzugrenzen ist.⁷⁵

d) Funktionsadäquanz. Das Gericht hat seinen Ansatz daher dahingehend argumentativ unterlegt und modifiziert, dass Gewaltenteilung auch darauf abzielt, dass die **staatlichen Entscheidungen möglichst richtig**, dh **von den Organen getroffen** werden, **die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen**.⁷⁶ Dieser **Ansatz der funktions-**

⁷¹ BVerfGE 103, 111 (137 ff.) = NJW 2001, 1048.

⁷² BVerfGE 3, 225 (247); 7, 183 (188); 9, 268 (279 f.); 22, 106 (111); 34, 52 (59); 95, 1 (15 f.); 106, 51 (60); 139, 321 (362 f.).

⁷³ Dazu *Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre, 1970, 191 ff., 201, 230; *Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, 1979, 23 ff., 217 ff., 233 ff., 237 ff., 341 ff.; *Baer*, Der Staat 40 (2001), 525 (526 f.); *Horn* AöR 127 (2002), 427 (437 ff., 451 ff.); *Poscher* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle VerwR I 543 (559 ff. Rn. 32 ff.).

⁷⁴ BVerfGE 30, 1 (24, 27 f.) = NJW 1971, 275.

⁷⁵ *Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, 1979, 23 ff., 217 ff., 237 ff., 341 ff.

⁷⁶ BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (251 f.).

adäquaten Aufgabenzuordnung hat gegenüber der Kernbereichstheorie den Vorteil, dass er berücksichtigen kann, dass die Einzelregelungen der Verfassung eine Organisationsordnung etablieren, die im Zusammenwirken bestimmte Funktionen erfüllen soll. Zugleich wird sowohl in Bezug auf die Abgrenzung zwischen Kernbereich und Randbereich als auch vor dem Hintergrund der Frage nach sachlich einleuchtenden Gründen für mögliche Abweichungen deutlicher, welcher Art die Gründe sein müssen, die für eine Zuordnung zum Kernbereich bzw. für eine mögliche Abweichung angeführt werden können. Der Gedanke der funktionsgerechten Organverteilung kann damit das Verständnis der Einzelregelungen zum Zusammenhang der Gewaltenteilung hin öffnen und damit auf die spezifischen Leistungen der Gewaltenteilung und der Einzelregelungen für die Gesamtrechtsordnung eingehen.

- 99 Allerdings bleiben die Probleme der Kriterien und deren Bestimmung auch bei dieser Zuordnung erhalten. Die Zuordnung nach der Funktionsadäquanz ist zwar argumentativ dichter begründet als die nach einer kaum zu definierenden Kernbereichslehre. Aber auch die Aspekte der Richtigkeit und der Funktionalität können nur begrenzt im Verfassungsrecht verortet werden. Damit ist auch diesem Ansatz in der Anwendung auf konkrete Fälle die Gefahr immanent, auf einfachgesetzliche Zuordnungen zurückzugreifen. Wird dagegen versucht, die Zuordnungskriterien aus dem positiven Verfassungsrecht herzuleiten, besteht die Gefahr, auf die weiteren einzelnen Regelungen der Verfassung zurückzufallen. Hier bestätigt sich, dass die Ansätze von Kernbereich und Funktionsadäquanz nur wenig Selbststand beanspruchen können.
- 100 **e) Schwache Direktionswirkung der Gewaltenteilung.** Das BVerfG stellt die vorstehend dargelegte **schwache Direktionswirkung von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG** insoweit konsequent ein, als es Verstöße gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung nur selten festgestellt hat.⁷⁷ Viele Verschränkungen und Überlagerungen zwischen den drei Gewalten sind als zulässig erachtet worden.
- 101 Diese insoweit konsequente Folge wird **beispielhaft** deutlich wiederum in der Entscheidung des BVerfG zur **Zuordnung von Planungen**.⁷⁸ Danach kann staatliche Planung nach den Vorgaben des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG weder eindeutig der Legislative noch eindeutig der Exekutive zugeordnet werden, da Planung weder Setzung einer abstrakt-generellen Norm in der Art eines typischen Gesetzes noch vollziehende Subsumtion im Einzelfall in der Art einer typischen Verwaltungsentscheidung ist. Der Gesetzgeber darf dementsprechend durch Gesetz einen Plan beschließen, sofern die Materie ihrer Natur nach geeignet ist, gesetzlich geregelt zu werden, und sonstige verfassungsrechtliche Gründe nicht entgegenstehen. Auch Detailpläne im Bereich der anlagenbezogenen Fachplanung, die konkrete Regelungen hinsichtlich eines einzelnen Vorhabens treffen, sind einer gesetzlichen Regelung zugänglich.
- 102 Parlamente sind nach ihren Aufgaben und ihren Verfahren durchaus zu einer anlagenbezogenen Fachplanung in der Lage. Der parlamentarische Gesetzgeber vollzieht mit seiner Entscheidung für oder gegen die planerische Zulassung eines Vorhabens nicht andere Gesetze, sondern trifft eine eigenständige gestaltende Regelung, die das Vorhaben von der Zulassungsbedürftigkeit nach anderen Gesetzen befreit und der Entscheidung zugleich die sonst an einen Planfeststellungsbeschluss gesetzlich geknüpften materiellen Wirkungen verleiht. Der Grundsatz der Gewaltenteilung steht dem nicht entgegen. Eine Entscheidung über eine konkrete Fachplanung ist zwar nach den einschlägigen Fachplanungsgesetzen üblicherweise der Verwaltung vorbehalten, die dafür den erforderlichen Verwaltungsapparat und Sachverstand besitzt. Das Parlament darf durch Gesetz eine solche Entscheidung aber dann an sich ziehen, wenn hierfür im Einzelfall gute Gründe bestehen, etwa, weil die schnelle Verwirklichung des Vorhabens von besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl ist; insofern steht dem Gesetzgeber auch ein Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zu.

⁷⁷ BVerfGE 4, 331 (347); 10, 200 (216 f.); 20, 150 (157 f.); 52, 1 (41); 54, 159 (166 ff.); 57, 295 (328 f.).

⁷⁸ Zum Folgenden BVerfGE 95, 1 (15 ff.) = NJW 1997, 383.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Regelung des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG unmittelbar nur eine geringe normative Direktionskraft entfaltet. Viele der verfassungsrechtlichen Aussagen zur Zuordnung von Aufgaben und Funktionen folgen aus einzelnen Regelungen und bereichsspezifischen Dogmatiken, die zwar vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes ausgelegt und verstanden werden müssen, durch den Grundsatz der Gewaltenteilung im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG aber nicht stets geboten sind, und deshalb auch nicht zum verfassungsänderungsfesten Kern des Grundgesetzes gehören.⁷⁹

II. Verfassungsrechtliche Konkretisierungen und Ergänzungen

Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden verfassungsrechtliche Konkretisierungen und Ergänzungen des Grundsatzes der Gewaltenteilung dargelegt. Die Darstellung folgt dabei der in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG angelegten Unterscheidung zwischen Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung.

1. Bereich der Gesetzgebung. a) Abgrenzung zum Bereich der vollziehenden Gewalt

Der Bereich der Legislative wird im Verhältnis zur Exekutive durch das Zusammenwirken der Aufgabe der Normsetzung mit dem demokratisch und grundrechtlich gestützten Grundsatz des Parlamentsvorbehalts für wesentliche Entscheidungen bestimmt. Im Ergebnis ist die **Setzung abstrakt-genereller Normen ausschließlich dem Parlament zugeordnet, soweit es sich um wesentliche Entscheidungen handelt**. Der Gesetzgeber darf sich seiner Verantwortung nicht durch pauschale Übertragung seiner Normsetzungsbefugnisse auf die Exekutive entziehen.⁸⁰ Innerhalb dieser Grenzen ist es in Bezug auf die Gewaltenteilung aber grundsätzlich zulässig, zum Erlass von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften die Exekutive zu ermächtigen. Soweit in der Beteiligung des Bundesrates an der Gesetzgebung von Zustimmungsgesetzen eine Durchbrechung der vorstehenden Grundsätze gesehen wird, ist diese durch die in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Bundesstaatlichkeit gedeckt.⁸¹

Die Zuordnung wesentlicher Normsetzungen zum parlamentarischen Gesetzgeber wird durch weitere verfassungsrechtliche Vorgaben ergänzt. Der in Art. 20 Abs. 3 GG angelegte Vorrang des Gesetzes verleiht Gesetzesrecht Vorrang vor exekutiv gesetzten Normen und anderen Verwaltungsentscheidungen. Der Bundestag muss gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG völkerrechtlichen Verträgen nicht nur zustimmen, falls dadurch die Gesetzgebung betroffen ist, sondern auch dann, wenn die politischen Beziehungen des Bundes berührt werden.⁸² Im Bereich des Budgetrechts beschließt nach Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG der Bundestag den Haushaltsplan und entlastet nach Art. 114 Abs. 1 GG die Regierung. Weiter nimmt das BVerfG an, dass dem Grundgesetz das Prinzip eines konstitutiven Parlamentsvorbehalts für den militärischen Einsatz von Streitkräften zu entnehmen ist,⁸³ der grundsätzlich auch greift, wenn es um einen Einsatz im Rahmen eines Systems kollektiver Sicherheit geht. Schließlich bestehen Inkompatibilitäten zwischen einem Abgeordnetenmandat und Verwaltungsjämtern, die gem. Art. 137 Abs. 1 GG grundsätzlich zulässig sind.⁸⁴

Darüber hinaus werden dem Bundestag im Verhältnis zur Exekutive weitere Aufgaben und Kompetenzen durch das Verfassungsrecht zugeordnet.⁸⁵ Die Exekutive, insbesondere die Regierung unterliegt der parlamentarischen Kontrolle. Der Bundestag hat die Polizeigewalt im Bundestag. Er stellt gem. Art. 80a Abs. 1 S. 1 GG den Spannungsfall und gem. Art. 115a Abs. 1 S. 1 GG gemeinsam mit dem Bundesrat den Verteidigungsfall fest. Auch

⁷⁹ So am Beispiel der Kurations- und Kontrollaufgaben des Bundestags gegenüber der Bundesregierung *Poscher* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle VerwR I 543 (566 Rn. 46).

⁸⁰ BVerfGE 33, 125 (158); 34, 52 (60); 64, 208 (214 f.); 111, 191 (216 f.).

⁸¹ *Poscher* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle VerwR I 543 (567 f. Rn. 50).

⁸² Dazu näher BVerfGE 90, 286 (359).

⁸³ BVerfGE 90, 286 (383 ff.).

⁸⁴ Dazu BVerfGE 18, 172 (183 f.).

⁸⁵ Dazu näher *Poscher* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle VerwR I 543 (564 ff.) mN.

ist der Bundestag an der Präsidentenanklage sowie an der Ernennung und außerordentlichen Versetzung von Bundesrichtern beteiligt.

- 108 b) Abgrenzung zum Bereich der Rechtsprechung.** Im Verhältnis zur Rechtsprechung erfolgt eine Abgrenzung des Bereichs der Gesetzgebung vor allem durch die **Bindung der Richter an das Gesetz** und die **Grenzen der Auslegung des Gesetzesrechts**. Dadurch soll verhindert werden, dass Gerichte Befugnisse für sich in Anspruch nehmen, die verfassungsrechtlich dem Gesetzgeber zustehen.⁸⁶ Verfassungsrechtlich ist dies durch die in Art. 20 Abs. 3 GG festgelegte Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht abgesichert. Damit ist es nicht vereinbar, dass sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben.⁸⁷
- 109** Den Gerichten wird dadurch aber nicht grundsätzlich verboten, das Recht fortzuentwickeln. Angesichts eines dynamischen Wandels der jeweiligen Verhältnisse, der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse zu den Aufgaben der Gerichte, insbesondere bei zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzeserlass und richterlicher Einzelfallentscheidung.⁸⁸ Insoweit können auch analoge Anwendungen einfachgesetzlicher Vorschriften sowie Schließungen von Regelungslücken von Verfassungen wegen grundsätzlich zulässig sein.⁸⁹
- 110** Die Gerichte dürfen sich dabei allerdings nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Ihre Aufgabe besteht darin und beschränkt sich darauf, diesen unter gewandelten Bedingungen zur Geltung zu bringen. Rechtsfortbildung stellt deshalb keine unzulässige richterliche Eigenmacht dar, sofern durch sie der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht beiseitegeschoben und durch eine richterliche Entscheidung ersetzt wird,⁹⁰ bei der die Gerichte ihre eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen.⁹¹ Eine Interpretation, die dagegen als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, verstößt nicht nur gegen die Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz, sondern greift zugleich unzulässig in die Kompetenzen des Gesetzgebers ein.⁹²
- 111 2. Bereich der vollziehenden Gewalt. a) Abgrenzung zum Bereich der Gesetzgebung.** Der **Bereich der Verwaltung** ist im **Verhältnis zur Gesetzgebung** im Ergebnis **vor allem negativ bestimmt**: Der **Verwaltung bleibt** in der Regel **das, was der Gesetzgeber nicht für sich beansprucht**. Die verschiedenen Ansätze, nach denen die Regeln des Grundgesetzes nicht durch einen allumfassenden und monistischen Parlamentsvorbehalt unterlaufen werden sollen,⁹³ Akte der auswärtigen Gewalt im Regelfall der Regierung zuzuordnen sind,⁹⁴ die Regierung einen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung hat,⁹⁵ die Willensbildung der Regierung durch einen auch von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen grundsätzlich nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich hat⁹⁶ und der Zugriff des Gesetzgebers auch darüber hinaus die eigenständige Organisationsgewalt von Regierung und Verwaltung nicht beeinträchtigen

⁸⁶ Dazu sowie zum Folgenden BVerfGE 4, 219 (234); 82, 6 (11 ff.); 96, 375 (394 f.); 128, 193 (210); 132, 99 (127 f.).

⁸⁷ BVerfGE 87, 273 (280).

⁸⁸ BVerfGE 34, 269 (288 f.).

⁸⁹ BVerfGE 82, 6 (11 ff.); 132, 99 (127).

⁹⁰ BVerfGE 82, 6 (11 ff.); 132, 99 (127 f.).

⁹¹ BVerfGE 82, 6 (12); 128, 193 (210); 132, 99 (127 f.).

⁹² BVerfGE 118, 212 (243); 128, 193 (210); 132, 99 (127 f.).

⁹³ BVerfGE 49, 89 (125); 98, 218 (251 f.).

⁹⁴ BVerfGE 68, 1 (87 ff.) = NJW 1985, 603.

⁹⁵ BVerfGE 9, 68 (281); 67, 100 (139); 68, 1 (87); 95, 1 (16); 110, 199 (214, 219).

⁹⁶ BVerfGE 67, 100 (139); 110, 199 (214 ff.); 124, 78 (120 ff.).

darf,⁹⁷ ändern nichts daran, dass das BVerfG Zugriffe des Gesetzgebers auf Tätigkeitsformen und Bereiche der Verwaltung regelmäßig für zulässig erklärt.

So können beispielsweise **staatliche Planungen durch Gesetz** erfolgen, **soweit** für dieses Vorgehen **hinreichende Gründe** geltend gemacht werden.⁹⁸ Auch kann es nach der einschlägigen Rechtsprechung zulässig sein, dass der Bundestag über die im Grundgesetz konkret vorgesehenen Mitwirkungsrechte an der Verordnungsgebung hinaus durch Vorbehalte bei der Verordnungsgebung Exekutivkompetenzen an sich zieht.⁹⁹ Eine nur schwache Abgrenzungswirkung zugunsten der Verwaltung ist auch bei den Anforderungen der Allgemeinheit des Gesetzes und des Verbotes von Einzelfallgesetzen zu konstatieren, da diese Begrenzungen in Rechtsprechung und Literatur bislang nur wenige Konturen erhalten haben.¹⁰⁰

Allerdings wird das **Erfordernis des sachlichen oder hinreichenden Grundes**, der eine Verlagerung auf die Gesetzgebung rechtfertigen kann, vom BVerfG **voraussetzungsvoller** gefasst, **wenn** die entsprechende **gesetzliche Regelung in die Nähe eines Einzelfallgesetzes** gerät.¹⁰¹ Handelt es sich bei dem Gesetz um ein so genanntes **Einzelpersonengesetz**, das heißt ein Gesetz, das sich von vornherein nur an eine oder mehrere konkrete Personen richtet und diese in ihren Grundrechten beschränkt, so erhöhen sich die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe. Der **Gesetzgeber** ist zur Rechtssetzung **nur** befugt, **wenn** ein **zwingendes Regelungsbedürfnis für den singulären Sachverhalt** besteht. Das soll insbesondere der Fall sein, wenn Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG andernfalls in ein unauflösliches Spannungsverhältnis zu anderen Grundsätzen der Verfassung geriete, etwa zu dem Demokratieprinzip sowie dem Rechtsstaatsprinzip und dem aus ihnen abgeleiteten Vorbehalt des Gesetzes. Soweit dies der Fall ist, kann der Gesetzgeber auch einen – zulässigen – Einzelfall regeln, obwohl die möglichen Adressaten des Gesetzes feststehen, weil nur so vermieden werden kann, dass die Staatsgewalt handlungsunfähig ist.

b) Abgrenzung zum Bereich der Rechtsprechung. Im Verhältnis zu den Gerichten folgt eine Abgrenzung des Bereichs der vollziehenden Gewalt gleichfalls eher aus dem, was nicht im Ergebnis den Gerichten zugerechnet wird. Daher werden sowohl die im Grundgesetz selbst als auch die nur einfach-rechtlich vorgesehenen Richtervorbehalte als grundsätzlich zulässig angesehen,¹⁰² auch wenn es sich bei funktionaler Betrachtung um Ausübung vollziehender Gewalt handelt.¹⁰³

Eine wirksame verfassungsrechtliche Abgrenzung ist nur begrenzt zu erkennen. So dürfen die Gerichte das Verwaltungshandeln nur rechtlich kontrollieren und nicht auf seine allgemeine Zweckmäßigkeit, da Gerichte an die gesetzlichen Vorgaben gebunden sind.¹⁰⁴ Dem entsprechend haben die Gerichte bei der Kontrolle der Normsetzung der Verwaltung nur zu prüfen, ob die äußersten rechtlichen Grenzen der Normsetzungsbefugnis überschritten wurden.¹⁰⁵ Prognosen künftiger Entwicklungen sind dabei von den Gerichten grund-

⁹⁷ Dazu *Schnapp* VVDStRL 43 (1985), 135 ff., 172 ff.; *Schmidt-Abmann* in HdBStR II § 26 Rn. 57. In der Tendenz gegenläufig insbes. *Baer*, Der Staat 40 (2001), 525 (533 ff.). Zur Rspr. beispielsweise BGHSt 38, 237 (243 ff.), wonach die Beschlagnahme von Behördenakten in Strafverfahren verfassungsrechtlich zulässig ist.

⁹⁸ BVerfGE 95, 1 (17 ff.) = NJW 1997, 383.

⁹⁹ BVerfGE 8, 274 (321 ff.); 22, 330 (346); 114, 196 (233 ff.). Zu dieser Tendenz krit. *Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, 423 ff., 429 ff.; *Di Fabio* in HdBStR II § 27 Rn. 44; *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, 203 ff.

¹⁰⁰ Dazu BVerfGE 25, 371 (389) wonach der Gesetzgeber mit der Regelung eines einzelnen Falles nicht notwendig in die Funktionen eingreift, die die Verfassung der vollziehenden Gewalt oder der Rechtsprechung zuordnet; vgl. auch BVerfGE 139, 321 (362 ff.). Anders *Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, 174 ff. et passim.

¹⁰¹ Dazu sowie zum Folgenden BVerfGE 139, 321 (363 f.).

¹⁰² *Poscher* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Vobkühle VerwR I 543 (569 f. Rn. 53).

¹⁰³ BVerfGE 107, 395 (406) = NJW 2003, 1924.

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 75, 329 (346 f.). Weiter auch BVerwGE 72, 300 (317); 76, 90 (93); 85, 323 (327 f.).

¹⁰⁵ BVerwGE 80, 355 (370).

sätzlich zu respektieren.¹⁰⁶ Auch kann der Gesetzgeber die gesetzlichen Regelungen so gestalten, dass Richter an Akte der Verwaltung gebunden sein können, wie beispielsweise bei der tatbestandlichen Bindung des Strafrichters an Genehmigungsakte der Verwaltung.¹⁰⁷

- 116 3. Bereich der Rechtsprechung.** Der Bereich der Rechtsprechung wird verfassungsrechtlich gegenüber den anderen beiden Gewalten relativ stark geschützt. Gemäß Art. 92 GG ist die Tätigkeit Rechtsprechung den Richtern zugeordnet. Es ist grundsätzlich **allein Aufgabe der Gerichte, Rechtssachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden**, und zwar in Verfahren, in denen durch Gesetz die erforderlichen prozessualen und sonstigen Sicherungen gewährleistet sind.¹⁰⁸
- 117 Rechtsprechung** in diesem – organisationsrechtlichen – Sinn liegt vor, wenn der Gesetzgeber ein **gerichtsähnliches Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung** vorsieht und den dort zu treffenden **Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können**.¹⁰⁹ Daher kann allein aus der Besetzung eines staatlichen Gremiums mit unabhängigen Richtern nicht auf die Ausübung rechtsprechender Gewalt geschlossen werden. Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt liegt vielmehr zum einen vor, wenn bestimmte hoheitsrechtliche Befugnisse bereits durch die Verfassung Richtern zugewiesen sind oder es sich von der Sache her um einen traditionellen Kernbereich der Rechtsprechung handelt.¹¹⁰ Zum anderen ist rechtsprechende Gewalt auch dann gegeben, wenn der Gesetzgeber für einen Sachbereich eine Ausgestaltung wählt, die bei funktioneller Betrachtung nur der rechtsprechenden Gewalt zukommen kann, also ein gerichtsähnliches Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können. Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist.¹¹¹ Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren.¹¹²
- 118** Diese **exklusive Zuordnung der Tätigkeit Rechtsprechung zu den Gerichten** wird durch die **sachliche und personelle Unabhängigkeit der Richter** nach Art. 97 GG verfassungsrechtlich gestützt.¹¹³ Entscheidungen der Gerichte können von den anderen Gewalten nicht aufgehoben werden.¹¹⁴ Gerichte sind an Verwaltungsvorschriften grundsätzlich nicht gebunden.¹¹⁵ Zudem bestehen strenge Inkompatibilitätsregelungen gegenüber Ämtern in der Legislative oder der Exekutive.¹¹⁶
- 119** Aus den vorstehend genannten verschiedenen Schutzaspekten folgt allerdings **keine verfassungsrechtliche Garantie einer umfassenden organisatorischen Selbständigkeit der Gerichte**.¹¹⁷ Auch ist die Frage der Rechtsweggarantien, also ob gegen eine Entscheidung der Rechtsweg eröffnet ist, vorrangig anhand spezifischer verfassungsrechtlicher Vorschriften zu beurteilen, zu denen vor allem die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sowie die Art. 20 Abs. 3 GG prägende Rechtsstaatlichkeit gehören.

¹⁰⁶ BVerfGE 49, 89 (125); 62, 1 (50).

¹⁰⁷ BVerfGE 75, 329 (346); 80, 244 (256); 105, 61 (68).

¹⁰⁸ Vgl. BVerfGE 4, 358 (363).

¹⁰⁹ Zum Begriff ausführlich BVerfGE 103, 111 (136 ff.) = NJW 2001, 1048.

¹¹⁰ BVerfGE 22, 49 (76 f.).

¹¹¹ Vgl. dazu BVerfGE 7, 183 (188 f.); 31, 43 (46); 60, 253 (269 f.).

¹¹² BVerfGE 103, 111 (138) = NJW 2001, 1048.

¹¹³ BVerfGE 7, 183 (188); 18, 241 (254 ff.); 36, 174 (185).

¹¹⁴ BVerfGE 7, 183 (188).

¹¹⁵ BVerfGE 78, 214 (227 ff.).

¹¹⁶ Vgl. dazu BVerfGE 10, 200 (216 ff.); 14, 56 (68); 54, 159 (166 ff.).

¹¹⁷ So aber VerfGH NRW NJW 1999, 1243. In diese Richtung auch *Arnauld AöR* 124 (1999), 658. Krit. va *Sendler* NJW 1999, 1232; *Böckenförde* NJW 1999, 1235; wohl auch *Wieland*, DVBl. 1999, 719 (722).

Die Gewaltenteilung steht nach Ansicht des BVerfG auch nicht einer **Ersetzung des Rechtswegs durch eine andersartige Rechtskontrolle**, wie sie Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG vorsieht, entgegen.¹¹⁸ Denn der Grundsatz der Gewaltenteilung verlangt nicht stets eine strikte Trennung der Gewalten, sondern lässt zu, dass Rechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Exekutive ausnahmsweise nicht durch Gerichte, sondern durch vom Parlament bestellte oder gebildete, unabhängige Institutionen innerhalb des Funktionsbereichs der Exekutive gewährt wird. Entscheidend ist, dass jeweils noch die ratio der Gewaltenteilung erfüllt ist, nämlich die wechselseitige Begrenzung und Kontrolle staatlicher Macht. Die Ersetzung der gerichtlichen Kontrolle durch eine unabhängige Institution im Bereich der Exekutive darf daher vorgesehen werden, falls ein zwingender, sachlicher Grund dies erfordert, und dadurch nicht der der rechtsprechenden Gewalt vorbehaltene Kernbereich berührt wird.

D. Gewaltenteilung im Bundesstaat

Die **Bundesstaatlichkeit** wird regelmäßig der Gewaltenteilung im weiteren Sinne zugeordnet, da sie **gewaltenteilende Effekte** entbindet. Diese treten im Rahmen des Grundgesetzes vertikal auf in Bezug auf die Abgrenzung der Kompetenzbereiche des Bundes und der Länder, sowie horizontal in Bezug auf die Befugnisse des Bundesrates im Verhältnis zu Bundestag und Bundesregierung. Das Bundesstaatsprinzip kann insoweit als ein Element zusätzlicher funktionaler Gewaltenteilung angesehen werden.¹¹⁹

Allerdings ist Bundesstaatlichkeit ein auch **verfassungsrechtlich eigenständiges Organisationsprinzip**, und **kann zur klassischen dreigliedrigen Gewaltenteilung in Spannung treten**, falls die föderale Zuordnung von Aufgaben und Kompetenzen anderen Kriterien folgt als denen der tradierten dreigliedrigen Zuordnung in Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Deutlich wird dies vor allem beim **Bundesrat**, der zwar ein Organ der Bundesgesetzgebung ist, dessen Mitglieder aber von den Landesregierungen gestellt werden. Ein Verfassungsverstoß liegt darin aber bereits deshalb nicht, weil die Bundesstaatlichkeit eigenständig in Art. 20 Abs. 1 GG verankert ist.¹²⁰

Die Landesverfassungen zeigen bei der Gewaltenteilung zwar einen zum Teil recht unterschiedlichen kodifikatorischen Stil,¹²¹ folgen aber in der Sache weitgehend der tradierten dreigliedrigen Gewaltenteilung in der Art des Grundgesetzes. Die Frage, ob und wieweit die Länder aufgrund Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG dazu verpflichtet sind, in ihren Verfassungen zumindest insoweit gewaltenteilende Strukturen vorzusehen, als diese den rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen im Sinne des Grundgesetzes inhärent sind, ist bislang eher selten relevant geworden. Die einschlägige Rechtsprechung knüpft im Wesentlichen an den Gesetzesvorbehalt sowie an das Erfordernis hinreichender demokratischer Legitimation an.

Zu den von den Ländern zu beachtenden Grundsätzen des Grundgesetzes mit erheblicher gewaltenteilender Wirkung zählt vor allem der **Vorbehalt des Gesetzes**.¹²² Der Vorbehalt des Gesetzes wird neben der Rechtsstaatlichkeit auch der gewaltenteilenden Konzeption des Grundgesetzes zugeschrieben mit der Folge, dass das Prinzip der Gewaltenteilung insoweit über Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch für die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern verbindlich ist.¹²³ Der Grundsatz, dass belastende Staatsakte einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und dabei die wesentlichen Entscheidungen vom Parlament selbst zu treffen sind, wird damit als Gegenstand von Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG angesehen.¹²⁴ In

¹¹⁸ Dazu sowie zum Folgenden BVerfGE 30, 1 (28) = NJW 1971, 275; in Tendenz anders das Sondervotum BVerfGE 30, 1 (40 f.).

¹¹⁹ So BVerfGE 55, 274 (318 f.).

¹²⁰ Poscher in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle VerwR I 543 (567 f. Rn. 50).

¹²¹ Dazu nur Robbers in BK GG (Stand: Juli 2010) Art. 20 Abs. 1 Rn. 2999 mN.

¹²² BVerfGE 2, 307 (319); 34, 52 (59 ff.); 90, 60 (85).

¹²³ BVerfGE 2, 307 (319); 34, 52 (59 ff.).

¹²⁴ Dazu sowie zum Folgenden BVerfGE 90, 60 (85) = NJW 1994, 1942.

welcher Form das rechtsstaatliche Postulat verwirklicht wird, ist für Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG aber nur insoweit von Bedeutung, als die Form für die Erreichung des rechtsstaatlichen Ziels wesentlich ist. Dazu gehört, dass sich eine normative Verpflichtung erkennbar und bestimmbar auf den Normsetzungswillen des Parlaments zurückführen lässt. Das ist zwar nicht informell möglich, sondern erfordert einen förmlichen Akt. Eine bestimmte Form, die allein dieses Postulat zu erfüllen vermöchte, ist den Vorgaben des Grundgesetzes insoweit aber nicht zu entnehmen und unterfällt der Verfassungsautonomie der Länder.

- 125** Weiter gehört zu den von den Ländern zu beachtenden Grundsätzen derjenige der **hinreichenden demokratischen Legitimation staatlicher Gewalt**.¹²⁵ Das Grundgesetz lässt den Ländern in der Gestaltung ihrer Verfassung im einzelnen Spielraum und will nicht Konformität oder Uniformität, sondern nur eine gewisse Homogenität durch Bindung an die leitenden Prinzipien herbeiführen, und das gilt auch für die Gewaltenteilung.¹²⁶ Insofern ist eine im Landesverfassungsrecht bei ausdrücklicher Anerkennung der Gewaltenteilung angelegte Mitwirkung von Vertretern verschiedener Gewalten in gemeinsamen Ausschüssen, die Aufgaben der Personalverwaltung wahrnehmen und zum Bereich der Exekutive gehören, als verfassungsrechtlich unbedenklich anzusehen.
- 126** Der demokratische Rechtsstaat setzt aber eine verantwortliche Regierung voraus. Die Abgrenzung der Regierungsbefugnisse und die Ausgestaltung der Verantwortlichkeit mag im Einzelnen verschieden sein. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG schreibt die Form des parlamentarischen Regierungssystems, in dem die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament im Misstrauensvotum Ausdruck findet, für die Landesverfassungen nicht zwingend und in allen Einzelheiten vor.¹²⁷ Auch können in den Ländern einzelne Kompetenzen zwischen Parlament und Regierung in verschiedener Weise verteilt sein. Stets aber müssen der Regierung die Befugnisse erhalten bleiben, die erforderlich sind, damit sie in eigener Verantwortung gegenüber Volk und Parlament ihre Regierungsfunktion erfüllen kann. Die Übertragung von wesentlichen Personalkompetenzen innerhalb der Exekutive von der Regierung auf unabhängige Verwaltungsstellen ist daher keine Frage der Gewaltenteilung im engeren Sinne, sondern eine der nötigen demokratischen Legitimation.¹²⁸

E. Gewaltenteilung und europäische Integration

- 127** Die europäische Integration hat verschiedene Bezüge zur Gewaltenteilung.¹²⁹ Zum einen erfolgt eine weitere Aufteilung der Hoheitsgewalt bereits dadurch, dass staatliche Hoheitsrechte auf einen neuen Träger von Hoheitsgewalt übertragen und von diesem ausgeübt werden können. Zum anderen beeinflussen die Übertragungen der Hoheitsrechte sowie die danach bestehenden Möglichkeiten, an der Ausübung der Hoheitsrechte der Europäischen Union mitzuwirken, das innerstaatliche Gefüge zwischen den Gewalten. Schließlich ist zu erwägen, ob und wieweit die Europäische Union aus der Perspektive des Grundgesetzes gewaltenteilend organisiert ist oder sogar sein muss, damit Hoheitsrechte übertragen werden dürfen.
- 128** Letzter Aspekt findet in **Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG** zwar insoweit **keine unmittelbare Berücksichtigung**, als der Gewaltenteilungsgrundsatz nicht eigens aufgeführt wird.¹³⁰ Allerdings kann alleine daraus noch nicht gefolgert werden, dass eine gewaltenteilige Organisation der Europäischen Union weder von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG noch von Art. 23

¹²⁵ BVerfGE 9, 268 (280 f.) = NJW 1959, 1171.

¹²⁶ BVerfGE 9, 268 (279 f.) = NJW 1959, 1171.

¹²⁷ BVerfGE 9, 268 (281); 27, 44 (56) = NJW 1959, 1171.

¹²⁸ BVerfGE 9, 268 (280 f.) = NJW 1959, 1171. So dann BVerfGE 93, 37 (67).

¹²⁹ Dazu nur *Di Fabio* in HdBStR II § 27 Rn. 64 ff.; *Poscher* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle VerwR I 543 (578 ff.); jew. mwN.

¹³⁰ *Poscher* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle VerwR I 543 (580 Rn. 68 Fn. 219).