

# § 9 Der isolierte Antrag auf einstweilige Anordnung vor dem Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg

*Markus Schaupp*

## I. Die Verfassungsbeschwerde vor dem VerfGH BW, §§ 55 ff. VerfGHG BW

Mit dem Gesetz zur Einführung der Landesverfassungsbeschwerde vom 31.03.2013<sup>1</sup> wurde der Hüter der Landesverfassung, der damalige Staatsgerichtshof, nach den Art. 68 Abs. 1 Nr. 4 LVerf BW; §§ 55 ff. VerfGHG dafür zuständig, die Landesgrundrechte gegenüber den Akten der Landesgewalt durch die Verfassungsbeschwerde zu bewahren. Wenige Jahre später wurde der Staats- dann auch in den Verfassungsgerichtshof umfirmiert, was seiner neuen Rolle, die sich nicht mehr nur auf staatsorganisationsrechtliche Fragen bezog, besser gerecht wird.<sup>2</sup>

Blieb das Instrument zunächst im Schatten des bundesrechtlichen Vorbilds, machte der VerfGH mit mehreren Eilentscheidungen – auch im Zuge landesrechtlicher Pandemiebekämpfungsmaßnahmen – auf sich aufmerksam.<sup>3</sup> Das gibt Anlass, einen genaueren Blick auf die Vorschriften zur landesverfassungsrechtlichen einstweiligen Anordnung in § 25 VerfGHG BW zu werfen, die eine zentrale Besonderheit gegenüber dem bundesrechtlichen Vorbild des § 32 BVerfGG aufweisen.

## II. Die einstweilige Anordnung: das „anhängige Verfahren“ ...

Gegenüber § 32 BVerfGG, der zur Statthaftigkeit lediglich den materiellrechtlichen Streitfall erfordert, lässt § 25 Abs. 1 VerfGHG BW nicht einen

---

<sup>1</sup> Gesetz zur Einführung einer Landesverfassungsbeschwerde vom 21. November 2012, Gbl. BW 2012 Nr. 16, S. 569-572.

<sup>2</sup> Landtag BW Drs. 15/7378, S. 1.

<sup>3</sup> VerfGH BW, Beschl. v. 25.11.2020 – 1 VB 120/20; VerfGH BW, Beschl. v. 15.3.2022 – 1 VB 156/21; VerfGH BW, Beschl. v. 6.9.2022 – 1 VB 156/21.

solchen für eine einstweilige Anordnung genügen, sondern erfordert darüber hinaus ein „anhängiges Verfahren“. Während der Wortlaut dieses „anhängige Verfahren“ unspezifisch bleiben lässt, sprechen der innere systematische Zusammenhang („Der *Verfassungsgerichtshof* kann [...] in einem anhängigen Verfahren“), § 25 Abs. 1 VerfGHG) als auch der äußere Zusammenhang – namentlich die Stellung im 3. Teil des VerfGHG „Allgemeine Verfahrensvorschriften“ – dafür, dass mit dem anhängigen Verfahren nur solche vor dem Verfassungsgerichtshof gemeint sind. Eine Anhängigkeit bei irgendeinem Gericht des Landes erfüllt diese Statthaftigkeitsvoraussetzung hingegen nicht. Dort sind die Rechtsbehelfe der jeweiligen Bundesprozessordnungen abschließend und eine landesrechtliche Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs innerhalb dieser bundesrechtlich determinierten Verfahren ausgeschlossen.<sup>4</sup>

### 1. ... und der Subsidiaritätsgrundsatz

Das führt mit Blick auf die Landesverfassungsbeschwerde dazu, dass grundsätzlich spätestens zeitgleich mit der Stellung des Antrags auf einstweilige Anordnung die Landesverfassungsbeschwerde zu erheben ist.<sup>5</sup> Zugleich gilt für das Landesverfassungsbeschwerdeverfahren ebenso wie für sein bundesrechtliches Vorbild der ungeschriebene Grundsatz der Subsidiarität.<sup>6</sup> Dieser erfordert in ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,<sup>7</sup> der sich anschließenden Auffassung des VerfGH BW<sup>8</sup> und der herrschenden Ansicht in der Literatur<sup>9</sup> grundsätzlich bei Verfassungsbeschwerden gegenüber Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz, dass zunächst der Rechtsweg im Hauptsacheverfahren erschöpft wird.

Ausnahmen bestehen dort, wo die Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 67 Abs. 1 LVerf BW) durch das Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz gerügt wird<sup>10</sup> oder eine Abhilfe im

---

<sup>4</sup> BVerfGE 96, 345.

<sup>5</sup> So ausdrücklich VerfGH BW, Ablehnung einstweilige Anordnung v. 21.2.2019 – 1 VB 14/19 –, juris, Rn. 2.

<sup>6</sup> VerfGH BW, Beschl. v. 25.11.2020 – 1 VB 120/20, juris, Rn. 9.

<sup>7</sup> BVerfGE 77, 381 (401); 79, 275 (278 f.); 86, 15 (22 f.).

<sup>8</sup> VerfGH BW, Beschl. v. 25.11.2020 – 1 VB 120/20, juris, Rn. 9.

<sup>9</sup> Exemplarisch und jeweils m.w.N. für das Bundesrecht: C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 307; und für das Landesrecht: H. Zuck/R. Zuck, Landesverfassungsbeschwerde BW (2013), Rn. 457.

<sup>10</sup> BVerfGE 59, 63 (84).

Hauptsachverfahren wegen einer gefestigten, entgegenstehenden fachgerichtlichen Rechtsprechung ausgeschlossen scheint.<sup>11</sup> Als dritte Ausnahme kann auf Ebene der Bundesverfassungsbeschwerde die Subsidiaritätsvoraussetzung auch dann entfallen, wenn kumulativ keine weitere Sachaufklärung erforderlich ist und die Voraussetzungen des § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG vorliegen.<sup>12</sup> Für die Landesverfassungsbeschwerde steht dieser Ausnahme § 55 Abs. 2 S. 3 VerfGHG entgegen.

Jenseits dieser Ausnahmefälle führt die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen Eilentscheidungen gegenüber dem jeweiligen Hauptsachverfahren zu dem eigentümlichen Befund, dass § 25 Abs. 1 VerfGHG BW die Erhebung der Verfassungsbeschwerde zeitgleich zum Antrag fordert, diese aber zugleich grundsätzlich unzulässig sein wird.

Durch die Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Verfassungsbeschwerdeverfahrens für die einstweilige Anordnung, sofern diese offensichtlich sind,<sup>13</sup> führt das wiederum dazu, dass die einstweilige Anordnung nicht ergehen kann, weil die Verfassungsbeschwerde offensichtlich wegen Subsidiarität unzulässig ist. § 25 Abs. 1 VerfGHG wird damit im Regelfall für die Verfassungsbeschwerde funktionslos.

## 2. ...und ihre nachträgliche Planwidrigkeit

Dieser Widerspruch in den Zulässigkeitsvoraussetzungen zwischen Statthaftigkeit des Antrags auf einstweilige Anordnung und Subsidiarität der Landesverfassungsbeschwerde legt als Abweichung der getroffenen von der erwarteten Regelung<sup>14</sup> eine planwidrige Regelungslücke nahe. Allerdings hat der historische Gesetzgeber des § 25 Abs. 1 VerfGHG (damals: StaatsGHG) sich zwar bei dem Entwurf des Gesetzes an den damals schon existierenden Vorschriften des BVerfGG orientiert, an dieser Stelle die Abweichung von „Streitfall“ zu „anhängigem Verfahren“ jedoch bewusst getroffen:

„Allerdings kann der Staatsgerichtshof danach [nach § 24 Abs. 1 StaatsGH-E]<sup>15</sup> eine einstweilige Anordnung nur in einem schon anhängigen Verfahren

---

<sup>11</sup> BVerfGE 79, 180 (186).

<sup>12</sup> BVerfGE 75, 318 (325).

<sup>13</sup> VerfGH BW, Beschl. v. 15.3.2022 – 1 VB 156/21, juris, Rn. 19.

<sup>14</sup> Vgl. F. Reimer, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 568.

<sup>15</sup> Die Vorschrift zur einstweiligen Anordnung war dort noch in § 24 vorgesehen; die Verschiebung zu § 25 kam durch Einreihung des § 8a StaatsGHG-E zustande, der § 9

erlassen, nicht wie das Bundesverfassungsgericht auch schon, ehe ein Verfahren läuft.“<sup>16</sup>

Eine darüberhinausgehende Begründung, weshalb die Hauptsache schon anhängig sein soll, wenn die einstweilige Anordnung ergeht, kam im Gesetzgebungsverfahren aber nicht zur Sprache.

a. *Objektiv-genetische Rahmenbedingungen:  
die Verfahren des Staatsgerichtshofgesetzes 1954*

Gleichwohl relativiert sich dies mit Blick auf die übrigen Regelungen des damaligen Staatsgerichtshofgesetzes von 1954. Nach diesem waren dem Staatsgerichtshof – getreu der Bezeichnung – die folgenden staatsorganisationsrechtlichen Verfahren zugewiesen, die auch im Verfassungsgerichtshofgesetz 2015 noch enthalten sind:

- Ministeranklage, §§ 30-42 VerfGHG
- Mandatsaberkennung, § 43 VerfGHG
- Organstreitverfahren, §§ 44-47 VerfGHG
- Abstrakte Normenkontrolle, § 48 VerfGHG
- Konkrete Normenkontrolle, § 51 VerfGHG
- Wahlprüfungsverfahren, § 52 VerfGHG
- Kontrolle eines Antrags auf Verfassungsänderung, § 53 VerfGHG
- und Kommunale Normkontrolle, § 54 VerfGHG.

Mit Ausnahme des Wahlprüfungsverfahrens, bei dem nach Art. 31 Abs. 1 LV BW zunächst der Landtag zu befassen ist,<sup>17</sup> kennzeichnet diese staatsrechtlichen Verfahren, dass sie erst- und letztinstanzlich vor dem Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Fachgerichte können vorher nicht mit diesen Fragen befasst werden.<sup>18</sup>

---

StaatsGHG wurde, Sitzungsprotokolle Landtag BW (1. Wahlperiode 1952-1956) Bd. III, S. 2345.

<sup>16</sup> Beilage 581 zu den Sitzungsprotokollen Landtag BW (1. Wahlperiode 1952-1956), S. 698.

<sup>17</sup> Hierzu StaatsGH BW, VBIBW 2001, 406.

<sup>18</sup> Vgl. § 40 Abs. 1 VwGO, der auch landesverfassungsrechtliche Streitigkeiten aus dem Verwaltungsrechtsweg ausnimmt, *D. Ehlers/J.-P. Schneider* in Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, 42. EL 02.2022, § 40 Rn. 134.

Damit stellt § 25 Abs. 1 VerfGHG für diese Verfahren auch keine wesentliche Zugangshürde auf: Es ist ohne Weiteres möglich, zugleich mit dem Antrag auf einstweilige Anordnung das Hauptsacheverfahren beim VerfGH in zulässiger Weise anhängig zu machen.

*b. Gesetz zur Einführung der Landesverfassungsbeschwerde vom 21. November 2012<sup>19</sup>*

Im Gesetzgebungsverfahren zur Einführung der Verfassungsbeschwerde drehten sich die Beratungen vor allem darum, ob man sich die Einrichtung einer eher symbolischen Landesverfassungsbeschwerde angesichts der Kosten leisten wolle. Die Vorlage des Gesetzesentwurfs waren – wie damals beim StaatsGHG – die bewährten Regelungen des BVerfGG.<sup>20</sup>

Die Frage der einstweiligen Anordnung zur Landesverfassungsbeschwerde wurde im Gesetzesentwurf nur ganz am Rande bei der Zuständigkeit der Kammer nach § 58 Abs. 5 VerfGHG thematisiert.<sup>21</sup> Das wenig harmonische Zusammenspiel der jeweiligen Zulässigkeitsvoraussetzungen fand in der Entwurfsbegründung keine Beachtung. Ebenso wenig wurde die Frage in der ersten Lesung am 10.10.2012,<sup>22</sup> der Beschlussempfehlung des Ausschusses<sup>23</sup> oder in der zweiten Lesung am 08.11.2012 besprochen.<sup>24</sup>

Zeitgleich widerspricht dieses Zusammenspiel der Zulässigkeitsvoraussetzungen, das im Regelfall die Unstatthaftigkeit des Antrags auf einstweilige Anordnung zur Folge hat, dem Ziel der Einführung der Verfassungsbeschwerde, diese im Land „als unverzichtbare[n] Bestandteil eines effektiven Grundrechtsschutzes“<sup>25</sup> zu etablieren und eine Rechtsweglücke zu schließen.<sup>26</sup> Effektiver Grundrechtsschutz ist nur solcher, der auch in dringlichen Fällen in zulässigerweise zu erhalten ist. Das lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber des Gesetzes zur Einführung der Landesverfassungsbeschwerde die Besonderheit des „anhängigen Verfahrens“ in § 25

---

<sup>19</sup> Gbl. BW 2012 Nr. 16, S. 569-572.

<sup>20</sup> Landtag BW Drs. 15/2153, S. 11.

<sup>21</sup> Ebd., S. 16.

<sup>22</sup> Landtag BW Plenarprotokoll 15/46, S. 2592 ff.

<sup>23</sup> Landtag BW Drs. 15/2570.

<sup>24</sup> Landtag BW Plenarprotokoll 15/49, S. 2781 ff.

<sup>25</sup> Landtag BW Drs. 15/2153, S. 1.

<sup>26</sup> Landtag BW Plenarprotokoll 15/49, S. 2784.

Abs. 1 VerfGHG nicht bedacht und daher in Bezug auf die Landesverfassungsbeschwerde bei § 25 Abs. 1 VerfGHG eine planwidrige, nachträgliche<sup>27</sup> Regelungslücke entstanden ist.

Der Widerspruch zwischen den Voraussetzungen der Anhängigkeit für die einstweilige Anordnung einerseits und die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde andererseits schafft folglich eine wesentliche, im Regelfall nicht überwindbare Anforderung an den Antrag auf einstweilige Anordnung – was er bei den staatsrechtlichen Verfahren gerade nicht tut.<sup>28</sup> Dabei besteht der Bedarf an Eilentscheidungen mit vergleichbarer Interessenlage für die Landesverfassungsbeschwerde ebenso wie für die staatsorganisationsrechtlichen Verfahren. Die systematische Stellung des § 25 Abs. 1 VerfGHG unter „Allgemeine Vorschriften“ deutet daraufhin, dass er für alle Verfahrensarten in gleichem Maße effektiven Eilrechtsschutz bieten soll.

Damit liegen die Voraussetzungen einer Analogie mit planwidriger Regelungslücke und vergleichbarer Interessenlage vor; der Wertungswiderspruch in den Zulässigkeitsvoraussetzungen bei der einstweiligen Anordnung zu Verfassungsbeschwerden ist durch die analoge Anwendung des § 25 Abs. 1 VerfGHG auf die Fälle des isolierten Antrags auf einstweilige Anordnung aufzulösen.

### III. Ausblick: § 25 Abs. 1 VerfGHG analog für isolierte Anträge

Der Verfassungsgerichtshof selbst handhabt § 25 Abs. 1 VerfGHG BW streng getreu dem Wortlaut,<sup>29</sup> behält sich in seiner Verfahrensordnung in § 22 Abs. 3 VerfGH GO *contra legem* aber dennoch vor, einstweilige Anordnungen befristet auch ohne anhängiges Verfahren zu treffen. Der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegenüber dem fachgerichtlichen Hauptsacheverfahren scheint er keine Beachtung zu schenken.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> F. Reimer (Fn. 14), Rn. 571.

<sup>28</sup> Siehe oben II. 2. a.

<sup>29</sup> VerfGH BW, Beschl. v. 18.2.1993 – 4/92 –, juris, Rn. 7; VerfGH BW, Beschl. v. 17.12.2018 – 1 VB 63/18 –, juris, Rn. 5.

<sup>30</sup> So VerfGH BW, Beschl. v. 15.3.2022 – 1 VB 156/21 –, juris, Rn. 15, 19, 22 – freilich mag sich hier die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde auf die o.g. Ausnahme stützen, weil auch Art. 67 Abs. 1 LV als verletzt gerügt wurde. Ausführungen des VerfGH finden sich hierzu jedoch nicht.

Wünschenswert und methodisch richtig ist aber allein, analog § 25 Abs. 1 VerfGHG die einstweiligen Anordnungen auch ohne anhängige Verfassungsbeschwerde zu treffen. Nur so wird das System der Zulässigkeitsvoraussetzung im Landesverfassungsprozessrecht kohärent und der historisch intendierte effektive Verfassungsrechtsschutz gewährleistet.