

Normenkontrollen – Teil 2

Fragen der Zulässigkeit: Abstrakte Normenkontrolle

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf*

IV. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der wichtigsten Normenkontrollverfahren

1. Vorbemerkungen zu den Eigenheiten der Auslegung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und zu dessen Bedeutung für die Juristenausbildung

Verfassungsprozessrecht ist für viele Studierende ein Buch mit sieben Siegeln. Sieben Vorbemerkungen sollen deren Entschlüsselung erleichtern:

Erstens: Verfassungsprozessrecht ist nicht wie jedes Prozessrecht und es ist insbesondere keine bloße Abwandlung des Verwaltungsprozessrechts.¹ Das Verfassungsprozessrecht ist fragmentarisch und zeichnet sich durch gewisse Ecken und Kanten aus, die durch Auslegung nicht umfänglich zu glätten sind, mögen die Mosaiksteine auch ein insgesamt fast geschlossenes Bild² ergeben und die Verfassungsentscheidung zugunsten einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit³ belegen. Es gibt – anders als im Verwaltungsprozessrecht nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO – keine Generalklausel des Verfassungsprozessrechts,⁴ sondern in § 13 BVerfGG enumerativ aufgezählte Verfahrensarten. Etwaige Lücken sind auch nicht etwa wegen Art. 19 Abs. 4 GG zu schließen, der einerseits nur subjektiven Rechtsschutz gebietet und andererseits nicht auch verfassungsgerichtliche Kontrolle. Das BVerfG neigt allerdings dazu, Zulässigkeitsvoraussetzungen dann sehr großzügig auszulegen, wenn es als „Hüter der Verfassung“⁵ in der Sache entscheiden will (z.B. Zulässigkeit einer konkreten Normenkontrolle über Europäisches Sekundärrecht in der So-

lange I-Entscheidung⁶, Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden in Ultra vires-Konstellationen und bei Integritätsrügen wegen eines „Anspruchs auf Demokratie“ aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG,⁷ Entscheidung über Verfassungsbeschwerde eines verstorbenen Beschwerdeführers⁸).

Zweitens: Bei der Auslegung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes richtet das BVerfG insofern in eigener Sache, als Zulässigkeitsfragen auch potentielle Korrektive gegen die Überlastung des Gerichts darstellen (ein Argument, das bei der Interpretation nicht nur von Subsidiaritätskriterien gelegentlich den Ausschlag gibt). Nur zum Teil verweisen die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit dabei auf die Zuständigkeit anderer Gerichte, insbesondere der Fachgerichte, der Landesverfassungsgerichte, des EuGH und des EGMR. Besonderes Augenmerk verdienen die Konstellationen, in denen eine Verfassungskontrolle insoweit gegebenenfalls gar nicht stattfindet, wobei das BVerfG dann schon einmal von sonst restriktiven Auslegungen eine Ausnahme macht (siehe erstens).

Drittens: Anders als bei anderen Prozessordnungen ist das BVerfG beinahe⁹ das einzige Gericht, das mit der Auslegung und Anwendung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes befasst ist. Zudem handelt es sich um das höchste Gericht mit seiner überragenden Autorität. Es bezeichnet sich gar selbst als „Herr des Verfahrens“¹⁰. Der sonst so lebhaft Diskurs zwischen Gerichten über die Interpretation von Gesetzen findet hier also nicht statt.

Viertens: Bei all dem hat das BVerfG auch kaum den Gesetzgeber als „Pendant“. Es gibt wenig politische Anreize, sich als Gesetzgeber mit Änderungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes zu profilieren: Zuständigkeiten zu erweitern, würde das Überlastungsproblem des Gerichts verschärfen. Sie zu beschränken¹¹ wäre angesichts der einzigartigen Akzeptanz gerade dieser Verfassungsinstitution unpopulär. Zudem stünde jede Beschränkung der Macht des BVerfG durch den Gesetzgeber in dem Verdacht, der Gesetzgeber wolle sich

* Der *Verf.* ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Beitrag ist die Fortsetzung des Beitrags „Normenkontrollen – Teil 1 – Funktionen und Systematisierung“, ZJS 2012, 756. Dem vorliegenden Teil 2 zu den Fragen der Zulässigkeit der abstrakten Normenkontrolle werden weitere Teile folgen: Die Teile 3 bis 5 sind den Fragen der Zulässigkeit der übrigen Normenkontrollverfahren gewidmet, nämlich der konkreten Normenkontrolle (Teil 3), der Rechtssatzverfassungsbeschwerde und Kommunalverfassungsbeschwerde (Teil 4) und der Normenkontrolle zum Oberverwaltungsgericht (Teil 5). In Teil 6 werden schließlich die Begründetheit und Rechtsfolgen von Normenkontrollen behandelt. Der *Verf.* dankt Herrn *Dr. Franz Unkel* und Herrn *Daniel Dunz* für ihre Unterstützung.

¹ Grundlegend *Häberle*, JZ 1973, 451: „Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts“.

² *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 409: Die Summe „kommt einer umfassenden Zuständigkeit recht nahe“.

³ *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 2.

⁴ BVerfGE 1, 396 (408).

⁵ Der für das BVerfG häufig verwendete Begriff (BVerfGE 89, 155 [168]) geht zurück auf *H. Kelsen*, Die Justiz, Bd. 6 (1930/31), 576 („Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“), in Reaktion auf *C. Schmitt*, AÖR 55 (1929), 161 („Der Hüter der Verfassung“).

⁶ BVerfGE 37, 271 – Solange I.

⁷ BVerfG, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvE 6/12 u.a., Rn. 125 = EuGRZ 2014, 193 (211), mit Verweis auf BVerfG, Vorlagebeschl. v. 14.1.2014 – BvR 2728/13 u.a., Rn. 53, einerseits und auf BVerfGE 123, 267 (340); 129, 124 (177); 132, 195 (238 Rn. 104), andererseits.

⁸ BVerfGE 124, 300 – Wunsiedel.

⁹ Freilich sind die Vorschriften über die konkrete Normenkontrolle auch von den Fachgerichten auszulegen. Aber auch insoweit wirkt hier die Rechtsprechung des BVerfG unitarisch.

¹⁰ BVerfGE 13, 54 (94); kritisch: *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 56; letztlich zustimmend: *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 23.

¹¹ Zu solchen Phänomenen in Österreich und in den USA in den 1930er Jahren *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 19.

verfassungsrechtlicher Bindungen durch die Beschränkung von deren Durchsetzbarkeit entledigen.¹² So lässt sich für extensive Auslegungen der Zuständigkeitsvorschriften gerade von Normenkontrollen das Argument bringen, dass vom Gesetzgeber wenig zu erwarten ist, die Kontrolle seiner eigenen Tätigkeit zu verschärfen und es deshalb legitim ist, wenn das BVerfG solche Rechtsfortbildung selbst in die Hand nimmt, statt auf einen Vorbehalt des Gesetzes, d.h. die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, zu verweisen.¹³ Das Enumerationsprinzip der Verfahrensarten widerspricht nicht der Rechtsfortbildung hinsichtlich der Verfahrensvoraussetzungen. Letztere muss freilich das Wesen der Verfahrensarten berücksichtigen, das wiederum durch Interpretation zu ermitteln ist.

Fünftens: Im Vergleich zu der sehr lebhaften und vom BVerfG intensiv aufgegriffenen Literatur zu Fragen des Verfassungsrechts bleibt das Verfassungsprozessrecht relativ unterbelichtet. *Rüdiger Zuck* schreibt im Vorwort zur vierten Auflage seines Buches zur Verfassungsbeschwerde: „Solange wir auf eine echte verfassungsprozessuale Dogmatik verzichten müssen, bleiben alle Detailuntersuchungen defizitär.“ Die weniger diskursive Durchdringung des Verfassungsprozessrechts zeigt sich auch darin, dass die verfassungsgerichtlichen Ausführungen hierzu vergleichsweise kurz und apodiktisch ausfallen. Wird der deutschen Staatsrechtslehre nachgesagt, sie vollziehe nur nach, was das BVerfG entschieden habe („Verfassungsgerichtspositivismus“¹⁴), dann wäre ihr insofern vorzuzulassen, sie interessiere sich nicht einmal dafür.¹⁵

Sechstens: Die eben zitierte „Solange-Formel“ von *Zuck* spiegelt sich bemerkenswerterweise nicht in Ausbildungs- und Prüfungsordnungen. Wie nahe läge es, das Verfassungsprozessrecht „solange“ nicht zu lehren und zu prüfen, wie solche dogmatischen Defizite bestehen. Das Gegenteil ist der Fall: Verfassungsrechtliche Klausuren mit prozessuellem Aufhänger gehören zum Standard. Die Studierenden könnten sich fragen, welche Fähigkeiten sie bei solchen Aufgabenstellungen eigentlich unter Beweis stellen sollen, wenn es eine Dogmatik gar nicht gibt. Dass es Sinn der Ausbildung wäre, möglichst viele Details aus der Rechtsprechung zu kennen, darf und sollte vehement bestritten werden. Das gilt umso mehr für ein Rechtsgebiet, mit dem nur ein minimaler Teil der Studierenden in der Praxis je konfrontiert sein wird.

Siebtens: Einziger Sinn der Beschäftigung mit dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Ausbildung und in einer Ausbildungszeitschrift kann es sein, methodische und grund-

sätzliche Fragestellungen des Prozessrechts einerseits und des Verfassungsrechts andererseits an deren Schnittstelle zu thematisieren. Der Stoff eignet sich für Prüfungen gerade deshalb, weil es viel mehr um „Verständnis“ als um „Wissen“ geht. Allein im Umgang damit, dass Vorschriften zum Verfassungsprozessrecht sowohl im Grundgesetz als auch im Bundesverfassungsgerichtsgesetz zu beachten sind, lässt sich Sensibilität für den Stufenbau der Rechtsordnung beweisen. Und die – wie in jedem Rechtsgebiet existierenden – Interpretationsspielräume gilt es mit allgemein prozessrechtlichen¹⁶ und staatsorganisationsrechtlichen Argumenten zu füllen. Um Verfassungsprozessrecht als „konkretisiertes Verfassungsrecht“¹⁷ zu begreifen, ist es hilfreich, sich das jeweilige Telos der einzelnen Verfahrensarten im Gewaltengefüge zu vergegenwärtigen, bevor wir einzelne Zulässigkeitsvoraussetzungen in den Blick nehmen.

2. Abstrakte Normenkontrollen nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG

Telos der abstrakten Normenkontrolle ist das objektiv rechtsstaatliche Interesse daran, die Gültigkeit zweifelhafter Normen allgemein verbindlich klären zu können und die Normenhierarchie i.S.e. Herrschaft des Rechts durchzusetzen. Das zeigt sich daran, dass keine subjektive Antragsbefugnis erforderlich und keine Frist zu beachten ist, dass die abstrakte Normenkontrolle anderen Verfahren gegenüber nicht als subsidiär gilt und daran, dass der Antragsgegenstand weit verstanden wird (nicht nur Parlamentsgesetze). Das bedeutet aber keineswegs, dass abstrakte Normenkontrollen lückenlos möglich und voraussetzungslos zulässig sind. Auch eine großzügige teleologische Auslegung der einschlägigen Vorschriften darf nicht darüber hinweggehen, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit die Verfassungskonformität allen staatlichen Handelns nicht umfassend garantiert. Außerdem ist zu bedenken, dass es daneben andere Normenkontrollverfahren gibt und die jeweils einschlägigen Vorschriften auch darauf zu hinterfragen sind, wie sie sich unterscheiden, wie sie systematisch ineinandergreifen und sich wechselseitig ergänzen.

a) Zuständigkeit

Das BVerfG ist für abstrakte Normenkontrollen nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG zuständig. Beachte, dass es derartige Verfahren auch vor den Landesverfassungsgerichten gibt (z.B. nach Art. 75 Nr. 3 VerfNRW vor dem nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshof). Wenn ein

¹² In der Literatur wird hiergegen sogar Art. 79 Abs. 3 GG in Stellung gebracht: *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 18.

¹³ Anders *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 1 Rn. 3, der fordert, das Bundesverfassungsgerichtsgesetz „besonders ‚strikt‘“ anzuwenden, und den Gesetzgeber auffordert, dieses nachzubessern.

¹⁴ *Jestaedt*, in: *Depenheuer/Heintzen/Jestaedt* (Hrsg.), *Nomos und Ethos – Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, 2002, S. 183.

¹⁵ *Hillgruber/Goos* (Fn. 10), Rn. 24, bezeichnen die Frage nach der Zulässigkeit der Rechtsfortbildung in Bezug auf das Bundesverfassungsgerichtsgesetz als „müßig“.

¹⁶ BVerfGE 1, 108 (110 f.) spricht von der Notwendigkeit und dem Auftrag an das BVerfG, manche Lücken des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes „im Wege der Analogie zum sonstigen deutschen Verfahrensrecht“ nach Grundsätzen der Zweckmäßigkeit zu schließen. Das gilt aber nicht für Verfahrensarten als solche, sondern für Detailfragen, z.B. der im Bundesverfassungsgerichtsgesetz nicht geregelten Prozessfähigkeit.

¹⁷ *Häberle*, in: *Häberle* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, S. 23, in Anknüpfung an das berühmte Diktum zum Verwaltungsrecht von *F. Werner*, DVBl. 1959, 527 („Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“).

Landesgesetz sowohl gegen Landesverfassungsrecht als auch gegen das Grundgesetz verstößt, sind beide Verfahren nebeneinander denkbar. Die abstrakte Normenkontrolle zum BVerfG ist anderen Verfahren gegenüber nicht subsidiär.¹⁸ Die Verfahren vor den Landesverfassungsgerichten eröffnen v.a. auch den Landtagen die Möglichkeit der Antragsberechtigung – dies aber nur zur Überprüfung von Landesrecht.

b) Antragsberechtigung

Der Kreis der Antragsberechtigten ist in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 BVerfGG geregelt: Danach können die Bundesregierung, eine Landesregierung sowie ein Viertel der Mitglieder des Bundestages die abstrakte Normenkontrolle beim BVerfG beantragen. Die Regelung ist abschließend. Der beschränkte Kreis der Antragsberechtigten zeigt, dass das Verfassungsprozessrecht nicht auf Lückenlosigkeit angelegt ist.

Zur Vertiefung: Sowohl bundesstaatliche als auch parteipolitische Motivationen¹⁹ können politischer Auslöser sein. Die Politik neigt immer mehr dazu, gerade hochpolitische Fragen „nach Karlsruhe“ zu bringen. Normenkontrollen haben aber nicht den Zweck, dort ein besonders qualifiziertes Forum für schwierige Abwägungsentscheidungen hinzuzugewinnen.

Weder sollen umstrittene Normen durch eine verfassungsgerichtliche Überprüfung und Bestätigung zusätzliche Legitimation erfahren, noch soll das BVerfG dem Gesetzgeber bei heiklen Wertungsfragen die Entscheidung abnehmen oder vorprägen, für die den Politikern Mut, Kraft oder Ideen fehlen. Aus der Konzeption des Grundgesetzes ist zu schließen, dass die abstrakte Normenkontrolle dem Vorrang höherrangigen Rechts und nicht dem Schutz der Opposition dienen soll – sonst müsste es der Opposition stets zur Verfügung stehen, die aber im Grundgesetz als solche keinen Verfassungsstatus hat.²⁰ Weder hat der Gesetzgeber auch dem Bundesrat föderal motivierte Anträge ermöglicht noch einzelnen Fraktionen im Bundestag das Antragsrecht zuerkannt. Auch wenn ein Bedürfnis bestünde, dass z.B. auch die Landtage gegen eine bundesgesetzliche Beschränkung²¹ ihrer Befugnisse vorgehen, ist ein solches Verfahren unzulässig. Nur in dem speziellen Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG sind abweichend von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG neben den Landesregierungen auch der Bundesrat und die Landtage antragsberechtigt. Nur faktisch, nicht aber normativ ist somit die abstrakte Normenkontrolle als ein verfassungsrechtliches Instrument der Opposition zu qualifizieren. So ist auch die Hürde von einem Vier-

tel der Mitglieder des Bundestages immer noch hoch, wenn man bedenkt, dass im Organstreitverfahren schon eine Fraktion bzw. 5 % der Abgeordneten antragsberechtigt sind. Die Herabsetzung des Quorums von einem „Drittel“ auf ein „Viertel“ durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 8.10.2008²² hatte den Hintergrund, dass sonst in Zeiten der „großen“ Koalitionen mit mehr als zwei Drittel der Stimmen des Bundestages die Opposition faktisch keine Chance hätte, verfassungsrechtliche Bedenken gegen Gesetze vor das BVerfG zu bringen. Dass die Herabsetzung des Quorums dazu gegebenenfalls nicht ausreichen kann, zeigte sich schon fünf Jahre später in der 18. Legislaturperiode. Nur größere Oppositionsparteien können sowohl über das Bundestagsquorum als auch über eine Landesregierung die abstrakte Normenkontrolle bzw. deren Androhung auch politisch zu instrumentalisieren versuchen. Da verfassungsrechtliche Fragen auch politische Fragen sind, ist wegen des rein rechtsstaatlichen Charakters der abstrakten Normenkontrolle umso mehr darauf zu achten, dass die Entscheidungsmaßstäbe und auch der Stil der mündlichen Verhandlungen vor den Verfassungsgerichten den verfassungsrechtlichen Rahmen nicht verlassen.²³

Beachte, dass der Bundespräsident Normen nicht zur Überprüfung vor das BVerfG bringen kann. Deshalb stellt sich für ihn bei der Ausübung seines umstrittenen materiellen Prüfungsrechts²⁴ nur die Entscheidungsalternative, das Gesetz eigenverantwortlich auszufertigen oder nicht auszufertigen. Im letzteren Fall kann dann eine Organstreitigkeit gegen den Bundespräsidenten stattfinden, bei der die Verfassungswidrigkeit des auszufertigenden Gesetzes jedenfalls mittelbar eine Rolle spielt. Ob der Maßstab dabei auf die Offensichtlichkeit beschränkt ist und insofern von dem einer Normenkontrolle abweichen könnte, ist fraglich. Nach hier vertretener Auffassung ist dies abzulehnen. Es wäre kaum vermittelbar, dass das BVerfG im Organstreitverfahren feststellen würde, der Bundespräsident müsse ein Gesetz ausfertigen, das das BVerfG selbst für verfassungswidrig – aber nicht für offensichtlich verfassungswidrig – hält. Es wäre dann ein Gesetz auszufertigen, das im nächsten Augenblick durch eine Normenkontrolle zu verwerfen wäre. Dass der Bundespräsident die Ausfertigung nur in evidenten Fällen soll verweigern dürfen, ist zwar ein seiner Stellung entsprechendes Postulat des Organrespekts gegenüber dem Parlament einerseits und dem Normenkontrollapparat des BVerfG andererseits. Eine justitiable Beschränkung seines Prüfungsrechts folgt daraus aber nicht.²⁵

¹⁸ BVerfGE 8, 104 (110); W. Meyer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 93 Rn. 32.

¹⁹ Der Aufzählung bei *Pestalozza* (Fn. 13), § 8 Rn. 1 Fn. 2, wäre hinzuzufügen, dass sich bundesstaatliche und parteipolitische Fragen häufig überlagern.

²⁰ *Schlaich/Korioth* (Fn. 10), Rn. 125.

²¹ Ein Beispiel hierzu wäre der Fall, dass der Bundesgesetzgeber im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz ein grundrechtswidriges Gesetz erlasse, das nach Art. 72 Abs. 1 GG die Ausübung der Gesetzgebungskompetenz des Landes verdränge.

²² BGBl. I 2008, S. 1926; dazu *Schmidt-Jortzig*, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer (Hrsg.), Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, 2008, S. 271.

²³ *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 668.

²⁴ Dazu *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2013, Rn. 869 ff.; kritisch zu Überlegungen de constitutione ferenda *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 672.

²⁵ *Morlok/Michael* (Fn. 24), Rn. 878.

c) Antragsgegenstand

Gegenstand der Überprüfung kann bei der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 „Bundesrecht oder Landesrecht“ sein. Mit „Recht“ sind – im Gegensatz zum „Gesetz“ i.S.d. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG bei der konkreten Normenkontrolle – nicht nur Gesetze im formellen Sinne²⁶, sondern auch Verordnungen oder Satzungen, also Gesetze im *materiellen Sinne* gemeint sowie vorkonstitutionelles Recht. In Betracht kommen auch verfassungsändernde Gesetze i.S.d. Art. 79 Abs. 1 GG, um ihre formelle Verfassungswidrigkeit oder einen Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG überprüfen zu können. Landesverfassungsrecht kann materiell am Maßstab des Homogenitätsprinzips (Art. 28 Abs. 1, Art. 142 GG) gemessen werden.²⁷ Unproblematisch erfasst sind damit jedenfalls geschriebene Normen des nationalen Rechts, deren Rechtssetzungsverfahren mit der Verkündung abgeschlossen ist (unabhängig davon, auf welchen Zeitpunkt das Inkrafttreten bestimmt ist).

Auch die Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 59 Abs. 2 GG und vor allem die Integrationsgesetze nach Art. 23 Abs. 1 GG können Gegenstand der abstrakten Normenkontrolle sein – und zwar schon ab dem Zeitpunkt der Zustimmung des Bundestages und Bundesrates, also schon vor Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und vor der Verkündung. Dadurch kann das Unions-Primärrecht mittelbar – als Frage der Unterwerfung unter dieses – auf den Prüfstand der Integrationsschranken des Grundgesetzes kommen, bevor es in Kraft tritt. Das ist deshalb als Gegenstand der abstrakten Normenkontrolle unproblematisch möglich, weil die Zustimmung in der *Form* eines deutschen Gesetzes erfolgt.²⁸ Nach der herrschenden, *insoweit formalen* (!) Betrachtung ist es aber (grundsätzlich) ausgeschlossen,²⁹ das Unions-Sekundärrecht zum Gegenstand zu machen, denn dabei handelt es sich nicht um nationales Recht.

Zur Vertiefung: Die Interpretation von „Bundesrecht“ i.S.d. abstrakten Normenkontrolle changiert zwischen einer materiellen und formalen Betrachtungsweise. Das ist eine Frage der Interpretation, für deren Differenziertheit es gute Gründe gibt:

In einem *materiellen* Sinne erstreckt sich die abstrakte Normenkontrolle auf alle Rechtsnormen, die von der ersten und der zweiten Gewalt geschaffen wurden. Weil der Gegen-

stand hier weiter gefasst ist, kann die abstrakte Normenkontrolle in umfassenderer Weise dem objektivrechtlichen Interesse der Rechtssicherheit dienen. Auch *ungeschriebene* Normen des Gewohnheitsrechts³⁰ sowie Richterrecht³¹ können zum Gegenstand der abstrakten Normenkontrolle gemacht werden, zumal hier das objektive Klarstellungsinteresse hinsichtlich der Maßstäbe des Rechts sogar besonders groß ist.

Schon der Wortlaut des Grundgesetzes legt folgende systematische Unterscheidung nahe: Der Antragsgegenstand der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) ist auf geschriebene „Gesetze“ beschränkt, weil die vorlageberechtigten Richter selbst das Richterrecht prägen können und an dieses nicht in einem streng normativen Sinne gebunden sind. Demgegenüber eröffnet die abstrakte Normenkontrolle den Antragstellern aus dem Bereich der Exekutive und Legislative die Möglichkeit, nicht nur Bundes- und Landesgesetze, sondern Bundes- und Landesrecht auf den Prüfstand zu stellen. Es liegt nahe, den Unterschied zwischen Gesetz und Recht in geschriebenen bzw. ungeschriebenen Normen zu sehen (zu einem noch engeren Verständnis von Gesetz i.S.v. Parlamentsgesetz Teil 3 unter 3. c).

Dafür spricht zudem, dass gerade die antragsberechtigten Organe der Gesetzgebung die Möglichkeit haben sollen, sich gegen „konkurrierende“ Rechtsmaßstabsetzung durch die dritte Gewalt zu wehren. Die Frage der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ist von zentraler und zunehmender Bedeutung – sowohl als Frage der formellen (kompetenziellen) als auch der materiellen Vereinbarkeit mit der Verfassung. Hierher gehört letztlich auch die Kontrolle über die Grenzen einer lediglich vermeintlich „verfassungskonformen“ Extension und Reduktion von Normen als möglicher Gegenstand. Entscheidend für die Normenkontrollfunktion der Herstellung von Rechtssicherheit ist die reale Bedeutung, die auch dem so genannten Richterrecht nicht abgesprochen werden kann. Für Rechtsnormen ist deren Geltung erforderlich. Hypothetische Normen können deswegen nicht überprüft werden. Das BVerfG hat keinerlei Gutachtenkompetenz (mehr).³² Das Rechtsetzungsverfahren muss vielmehr mit der Verkündung abgeschlossen sein. Bis dahin liegt die Frage, ob die Norm überhaupt gelten soll, in den Händen der gesetzgebenden Organe (und des Bundespräsidenten, der von seinem Prüfungsrecht gegebenenfalls negativ Gebrauch machen und die Ausfertigung verweigern könnte). Wenn ein Gesetz nicht mit Verkündung, sondern erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt in Kraft treten soll, kann die abstrakte Normenkontrolle auch schon in dem Übergangszeitraum beantragt werden. Denn das Rechtsetzungsverfahren ist abgeschlossen und eine sodann möglichst frühzeitige Überprüfung dient dem objektiven Klärungsinteresse sogar in besonderer Weise. Im

²⁶ Aber auch Gesetze im rein formellen Sinne, also das Haushaltsgesetz: BVerfGE 20, 56 (89 ff.).

²⁷ Schlaich/Korioth (Fn. 10), Rn. 127.

²⁸ Soweit die Zustimmung zu Staatsverträgen nach dem Landesverfassungsrecht (z.B. Art. 66 VerfNRW, Art. 72 Abs. 2 BayVerf) nicht durch Gesetz, sondern durch schlichten Parlamentsbeschluss erfolgt, wird auch jener für einen geeigneten Antragsgegenstand gehalten: H. Butzer, AöR 119 (1994), 61 (101, Fn. 159); zustimmend Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rn. 58; Schlaich/Korioth (Fn. 10), Rn. 127, unter Berufung auf BVerfGE 90, 60, wo es (sogar) um eine konkrete Normenkontrolle ging.

²⁹ Benda/Klein (Fn. 2), Rn. 680; Schlaich/Korioth (Fn. 10), Rn. 127.

³⁰ Ebenso Benda/Klein (Fn. 2), Rn. 677; M. Grafhof, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl. 2004, § 76 Rn. 15.

³¹ Wie hier Hillgruber/Goos (Fn. 10), Rn. 502; anders ohne Begründung für die Differenzierung Benda/Klein (Fn. 2), Rn. 677; zu formal scheint die Begründung bei M. Grafhof (Fn. 30), § 76 Rn. 15: „keine Normqualität“.

³² Dazu Pestalozza (Fn. 13), § 17 Rn. 4 ff.

Gegensatz zu anderen Normenkontrollen kommt es bei der abstrakten Normenkontrolle gerade nicht auf die bereits entstandenen subjektiven Rechtswirkungen für einen einzelnen Betroffenen an.

Eine andererseits *formale* Betrachtungsweise legt nahe, „Bundesrecht“ und „Landesrecht“ in einem Gegensatz zum „Unionsrecht“ zu sehen. Dass auf diese Weise das Primärrecht und nur dieses indirekt über das deutsche Integrationsgesetz auf den Prüfstand kommen kann, ist auch teleologisch plausibel zu machen: Wenn überhaupt, dann ist der Integrationsakt die Gelegenheit, nationales Verfassungsrecht vor dem BVerfG in Stellung zu bringen. Es ist aber zu bedenken, dass es eine Frage der Interpretation ist, ob wir „Bundesrecht“ formal als nationales Recht verstehen wollen oder aber materiell als in Deutschland verbindlich geltendes Recht, wozu auch das Sekundärrecht gehören würde. Als das BVerfG in der Verlegenheit war, das Verhältnis zwischen Sekundärrecht und nationalem Verfassungsrecht klären zu wollen, hat es in der Solange I-Entscheidung die Zulässigkeit einer (seinerzeit konkreten) Normenkontrolle nicht an einer solchen formalen Sichtweise scheitern lassen.³³ Das gibt umso mehr zu denken, als das BVerfG im Übrigen „Gesetze“ i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG noch formaler interpretiert als Bundesrecht i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Indes gäbe es durchaus Gründe, umgekehrt gerade bei der abstrakten Normenkontrolle insoweit strenger zu sein. „Bundesrecht“ und „Landesrecht“ benennt die Ebene der gegenständlichen Normen explizit. Und Antragsteller der abstrakten Normenkontrolle sind politische Institutionen, die das Verfahren und die das BVerfG instrumentalisieren könnten für eine „Opposition“ gegen die „Brüsseler Gesetzgebung“. Andererseits ist diese Gefahr schon deshalb nicht real, weil es das BVerfG in der Hand hat, in solchen Fällen ein objektives Klarstellungsinteresse abzulehnen. Sollte es je auf die potentiell denkbare Reaktivierung der Grundrechts-Kontrolle i.S.d. Solange II-Formel ankommen oder soll Sekundärrecht als ausbrechender Hoheitsakt der Ultra vires-Kontrolle des BVerfG oder der Identitätskontrolle³⁴ unterworfen werden, stehen hierfür freilich regelmäßig auch die Verfahren der konkreten Normenkontrolle und v.a. der Verfassungsbeschwerde offen.³⁵ Das gilt aber nur dann, wenn Rechtswege eröffnet bzw. Grundrechte betroffen sind. Auf die abstrakte

Normenkontrolle als einzige Möglichkeit könnte es aber z.B. ankommen, wenn eine Landesregierung die Beschränkung der Landeskompetenzen durch einen Ultra vires-Akt der Union geltend macht, durch den individuelle Rechte nicht berührt werden. Ein Bedürfnis (auch) abstrakter Normenkontrollen gegenüber Sekundärrecht und damit deren potentielle Zulässigkeit kann jedenfalls nicht in toto ausgeschlossen werden.

Eine weitere *formale* Besonderheit gilt für Normen, die der Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages, insbesondere eines Integrationsschritts der Europäischen Einigung dienen und damit ohne Zweifel Gegenstände einer abstrakten Normenkontrolle sein können (s.o.). Würde man auch hier den vollständigen Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens verlangen, könnte die Bundesrepublik völkerrechtlich bzw. unionsrechtlich gebunden werden, bevor das BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit dieser Bindung entscheiden kann. Derartige außenpolitische Zerreißproben heraufzubeschwören verbietet die europa- und völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes. Deshalb ist nach der Rechtsprechung des BVerfG ein Antrag gegen ein solches Gesetz bereits zulässig, wenn die gesetzgebenden Körperschaften ihm zugestimmt haben,³⁶ und der Bundespräsident ist sogar gehalten, in einem solchen Falle die Ratifikationsurkunde solange nicht zu hinterlegen, bis das BVerfG entschieden hat. Das BVerfG behandelt derartige Verfahren deshalb vorrangig. Dies alles sind Aspekte des so genannten Interorganrespekts.

d) Antragsgrund

Der Antragsgrund der abstrakten Normenkontrolle besteht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG in „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln“ über die Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder von Landesrecht mit dem Grundgesetz oder mit dem (nach Art. 31 GG vorrangigen) sonstigen Bundesrecht. Daraus ergeben sich drei (akademische) Probleme:

Erstens: Denkbar, aber hier nicht geregelt, wäre auch noch eine weitere Konstellation der Unvereinbarkeit einer antragsgegenständlichen Norm mit höherrangigem Recht, nämlich der Verstoß einer *untergesetzlichen* Norm des *Bundesrechts* mit einem *förmlichen Bundesgesetz*, also insbesondere der Verstoß einer Rechtsverordnung gegen seine Ermächtigungsgrundlage. Nimmt man das Grundgesetz beim Wort, so könnte eine solche Rechtsverordnung zwar von den Fachgerichten inzident verworfen werden (das Verwerfungsmonopol des BVerfG greift nicht und eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG wäre unzulässig) – die entstehende Rechtsunsicherheit über die allgemein verbindliche Verwerfung könnte aber nur durch die Exekutive selbst (durch Aufhebung der Norm), nicht aber durch das BVerfG behoben werden. Für diese rechtsstaatlich unbefriedigende Zulässigkeitslücke gibt es – abgesehen davon, dass die Antragsteller in der Praxis regelmäßig einen Verfassungsverstoß behaupten³⁷ – einen Ausweg, den das Bundesverfassungsgerichtsgesetz weist. § 76 Abs. 1 BVerfGG kommt dem Antragsteller insoweit entgegen und

³³ BVerfGE 37, 271 (283): „[...] ist jede Form einer Verordnung der Gemeinschaft i.S.d. Verfahrensvorschriften für das BVerfG [!] eine gesetzliche Vorschrift“.

³⁴ Zu der Unterscheidung zwischen der Identitätskontrolle am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG und der Ultra vires-Kontrolle am Maßstab des Primärrechts *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 88.

³⁵ Im Ergebnis ebenso *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 680, wo einerseits Sekundärrecht als Prüfungsgegenstand ausgeschlossen, andererseits aber auch auf die Ultra vires-Kontrolle durch das BVerfG hingewiesen wird und diese auch im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle für möglich gehalten wird (Rn. 90); ohne weitere Problematisierung nimmt auch *Rozek*, in: Maunz u.a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 42. EL (Oktober 2013), § 76 Rn. 37, eine Öffnung der abstrakten Normenkontrolle für Grundrechts-Kontrolle, Ultra vires-Kontrolle und Identitätskontrolle gegenüber dem Sekundärrecht an.

³⁶ Das gilt auch für die Verfassungsbeschwerde: BVerfGE 112, 363 (367).

³⁷ So auch bei BVerfGE 101, 1 (30).

lässt die Frage der Vereinbarkeit mit dem sonstigen Bundesrecht für alle antragsgegenständlichen Normen zu. Sieht man darin – trotz der an den engeren Wortlaut des Grundgesetzes anknüpfenden § 13 Nr. 6 und § 78 BVerfGG³⁸ – eine Erweiterung³⁹ der Zulässigkeit der Verfahren vor dem BVerfG über das Grundgesetz hinaus, ist das insofern unproblematisch, als Art. 93 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber sogar die Möglichkeit einräumt, ganz neue Zuständigkeiten des BVerfG einzuführen.

Zur Vertiefung: Die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG klaffende Lücke ist unbefriedigend.⁴⁰ In der Literatur wird dies dadurch abzumildern versucht, dass jedenfalls eine Rechtsverordnung, die nicht von ihrer Ermächtigungsgrundlage gedeckt sei, auch gegen das Grundgesetz – nämlich gegen Art. 80 GG – verstoße.⁴¹ Damit werden allerdings nur ein Teil der untergesetzlichen Normen und nur ein Teil der gegebenenfalls kollidierenden Bundesgesetze erfasst. Außerdem sprengt der Verweis auf Art. 80 GG, der seinerseits auf Gesetze verweist, die Grenze zwischen Verfassungsrecht und sonstigem Bundesrecht. Dieser Ansatz zu Ende gedacht könnte auch behaupten, jeder Verstoß einer untergesetzlichen Norm gegen ein Gesetz sei ein Verfassungsverstoß, weil die Exekutive nach Art. 20 Abs. 3 GG gesetzgebunden sei.⁴² So würde allerdings im Rechtsstaat jede Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht und Gesetzesrecht hinfällig⁴³ und die explizite Unterscheidung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zwischen dem Grundgesetz und „sonstigem Bundesrecht“ sinnlos. Gesucht ist deshalb eine Begründung, die eine Gesetzeskollision ausreichen lässt, ohne daraus eine Verfassungskollision zu machen. Das

BVerfG⁴⁴ hat im Rahmen der Begründetheit einer Normenkontrolle gegen eine Verordnung deren Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage als Vorfrage erörtert, da anderenfalls kein gültiger Antragsgegenstand vorliege. Das zeigt, dass das BVerfG jedenfalls nicht – und sei es aus Gründen der Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit – davor zurückschreckt, auch einfachrechtliche Fragen der Rechtskollision zu stellen und zu beantworten. Der Ansatz ist indes keine Lösung des Zulässigkeitsproblems, sondern setzt einen zulässigen Normenkontrollantrag voraus,⁴⁵ um im Rahmen von dessen Begründetheit außerdem gegebenenfalls einfachrechtliche Fragen – und zwar als Vorfrage – zu erörtern. Es sprächen sowohl institutionelle Gründe dafür, dass das BVerfG nur ausnahmsweise einfachrechtliche Fragen soll lösen müssen,⁴⁶ als auch materielle Gründe dafür, dass das BVerfG jedenfalls im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle dem Rechtsstaat umfassend dadurch Rechnung tragen soll, dass es die Normenhierarchie in jedem Falle durchsetzt. Indes sind beide Konzeptionen nun einmal nicht „rein verwirklicht“ in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Die Verfassung verhält sich hierzu nicht eindeutig. Der an sich klare Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sagt nichts darüber, ob diese Frage verfassungsrechtlich abschließend geregelt oder aber insoweit nur ein Mindeststandard garantiert ist. Das Enumerationsprinzip des Verfassungsprozessrechts ist nicht so zu verstehen, dass Kompetenzen und Verfahren des BVerfG unter einem Verfassungsvorbehalt stehen. Es gibt also keine zwingenden Argumente, dass die Frage dem nach Art. 94 Abs. 2 GG gesetzlich ausgestaltbaren Verfahrensrecht bzw. dem Rahmen der gegebenenfalls „sonst durch Bundesgesetz [dem BVerfG] zugewiesenen Fälle“ nach Art. 93 Abs. 3 GG entzogen ist. Überzeugend und mit hinreichender Deutlichkeit füllt das Gesetz den also insoweit bestehenden Spielraum, die Frage in § 76 Abs. 1 BVerfGG zu klären. Freilich ist dies eine objektive Auslegung, die einer ohne entsprechende Intention entstandenen Formulierung einen Sinn erst zuweist. Wer solche Verfassungsausgestaltung von einem klar hervortretenden Ausgestaltungswillen abhängig machen möchte, kann plausibel auch von einem Redaktionsversehen ausgehen.⁴⁷ Vorzugswürdig ist es, die Herrschaft des Rechts als den Sinn der abstrakten Normenkontrolle zu begreifen und deren Zulässigkeit großzügig auszulegen.

Zweitens: § 76 Abs. 1 BVerfGG weicht noch in einer weiteren Hinsicht vom Text des Grundgesetzes ab. Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz konkretisiert bzw. übersetzt auch die verfassungsrechtliche Voraussetzung „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel“ durch zwei alternative Voraussetzungen: Entweder hält der Antragsteller die Norm selbst „für nichtig“ (Nr. 1) oder aber „für gültig“ (Nr. 2). Damit hat der Gesetzgeber zwar die beiden in der Praxis typischen Konstellationen geregelt. Für den Fall, dass ein Antragsteller sich

³⁸ Deswegen nimmt *Pestalozza* (Fn. 13), § 8 Rn. 11, ein redaktionelles Versehen an.

³⁹ M.E. handelt es sich weder um eine „missverständlich[e]“ (so aber *H. Söhn*, in: Starck [Hrsg.], Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, 1976, S. 292 [317]; *Wieland* [Fn. 28], Art. 93 Rn. 60 m.w.N.), noch um eine lediglich „verdeutlichend[e]“ (so aber *K. Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Zweitebearbeitung 1982, Art. 93 Rn. 264) Regelung, sondern um eine echte Erweiterung.

⁴⁰ Wie hier *Pestalozza* (Fn. 13), § 8 Rn. 11; anders *M. Graßhof* (Fn. 30), § 76 Rn. 36 m.w.N., die allerdings im Rahmen der Begründetheit den Maßstab großzügiger fasst; ohne weitere Problematisierung *Wieland* (Fn. 28), Art. 93 Rn. 60; funktionsadäquat nennt *E. Klein* die nicht umfassende Durchsetzung der Normenhierarchie durch das BVerfG: *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 691.

⁴¹ *Schlaich/Korioth* (Fn. 10), Rn. 131; dagegen *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 691.

⁴² So im Ansatz *K. Stern* (Fn. 39), Art. 93 Rn. 264: „[...] da jedes Nichtbeachten höherrangigen Rechts die Normenhierarchie als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips verletzt.“ Danach wäre jegliche Differenzierung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG überflüssig und irritierend und insofern § 76 BVerfGG ebenfalls überflüssig, aber in der Tat „verdeutlichend“.

⁴³ Wichtig, aber freilich auch nicht zwingend ist der Verweis darauf, dass diese Grenze auch Grenze der Verfassungsbeschwerde ist: *Pestalozza* (Fn. 13), § 8 Rn. 11.

⁴⁴ BVerfGE 101, 1 (30).

⁴⁵ Deutlich *M. Graßhof* (Fn. 30), § 76 Rn. 37.

⁴⁶ Dazu tendieren *A. Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 93 Rn. 126, und *Benda/Klein* (Fn. 2), Rn. 691.

⁴⁷ *Pestalozza* (Fn. 13), § 8 Rn. 11.

zwischen diesen Alternativen nicht entscheiden kann, sondern gleichsam „schwankende Zweifel“ vorträgt, wäre dies wegen der im Zweifel vorrangigen und insoweit großzügigen Regelung im Grundgesetz aber zulässig. Ziel einer abstrakten Normenkontrolle kann es insbesondere auch sein, eine verfassungskonforme, restriktive Auslegung einer Vorschrift verfassungsgerichtlich verbindlich klären zu lassen.⁴⁸ Die Differenziertheit der möglichen Rechtsfolgen einer Normenkontrolle (dazu Teil 6), die gleichsam „zwischen“ der Nichtigkeitsklärung und deren Gegenteil der Normbestätigung nicht nur die bloße Unvereinbarkeit, sondern auch eine verfassungskonforme Auslegung kennt, sollte sich auch in der Interpretation der Zulässigkeitsvoraussetzungen widerspiegeln.

Zur Vertiefung: Die soeben angesprochene Frage ist zwar praktisch kaum relevant, aber wie manche beliebte akademische Streitigkeiten lehrreich, um Grundsatzfragen aufzuwerfen und das Verständnis – hier des Verfassungsprozessrechts – zu vertiefen. Es lohnt sich also das Gedankenspiel, ob ein solcher, „zweifelnder“ Antrag zulässig wäre. Dagegen spricht der Wortlaut des § 76 Abs. 1 BVerfGG, wonach der Antrag „nur zulässig“ sein soll, wenn eine der beiden Alternativen vorliegt, der Antragsteller also selbst eindeutig Position bezieht. Auch lässt sich argumentieren, dass Art. 94 Abs. 2 S. 1 GG den Gesetzgeber ermächtigt, die Verfahren vor dem BVerfG näher auszugestalten.⁴⁹ Die Regelungen zur abstrakten Normenkontrolle stellen das in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG garantierte Verfahren nicht in Frage und erschweren den Zugang nur geringfügig. In der Praxis haben soweit ersichtlich alle Antragsteller, die den Aufwand eines solchen Verfahrens nicht gescheut haben, dessen Risiko seines Scheiterns nicht noch dadurch erhöht, dass sie ihre Überzeugung nicht klar gebildet und dargelegt hätten. Wenn die Literatur trefflich die Notwendigkeit einer „prozessualen Notlüge“⁵⁰ konstatiert, dann sollte das im Rechtsstaat allerdings nachdenklich stimmen.

So überwiegen die Argumente, die Zulässigkeit auch eines im Ergebnis lediglich „zweifelnden“ Antrags großzügig anzunehmen. Dafür spricht nicht nur der Wortlaut der vorrangigen Regelung im Grundgesetz („Zweifel“ reichen). Der Sinn der grundgesetzlichen Formulierung erschließt sich systematisch aus dem Gegensatz zu Art. 100 Abs. 1 GG, wonach eine konkrete Normenkontrolle nur zulässig ist, „hält“ ein Gericht die vorgelegte Norm selbst „für verfassungswidrig“. Das Grundgesetz verlangt von einem vorliegenden Gericht mit gutem Grund, sich dezidiert zu äußern. Zum Wesen gerichtlicher Verfahren gehört es, dass sich das zuständige Gericht nicht einfach „enthalten“ darf. Außerdem entlastet eine juristisch professionelle Begründung für die Verfassungswidrigkeit einer Norm die Arbeit des BVerfG.

⁴⁸ M. Graßhof (Fn. 30), § 76 Rn. 26; für den Fall der Rüge einer fehlerhaften verfassungskonformen Auslegung: A. Voßkuhle (Fn. 46), Art. 93 Rn. 123; W. Meyer (Fn. 18), Art. 93 Rn. 33; BVerfGE 119, 247 (258 f.).

⁴⁹ So BVerfGE 96, 133 (137 f.) für das Verhältnis zwischen Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG; dagegen Benda/Klein (Fn. 2), Rn. 688.

⁵⁰ Schlaich/Korioth (Fn. 10), Rn. 130.

Schließlich ist es ein Gebot zügigen Entscheidens des konkreten Rechtsstreits, das Verfahren nicht unnötig auszusetzen, sondern die Möglichkeiten einer Entscheidung ohne Vorlage auszuschöpfen. Ganz anders liegen die Dinge bei der abstrakten Normenkontrolle. Die Antragsteller könnten sich gegebenenfalls sogar einmal aus unterschiedlichen politischen Lagern zusammenfinden (etwa zwei Fraktionen des Bundestages, die zusammen ein Viertel der Mitglieder des Bundestages ausmachen). Warum sollen sich Abgeordnete, die keine Juristen sein müssen, nicht mit bloßen Zweifeln an das BVerfG wenden können? Zu Recht hat das BVerfG auch eine Zustimmung zu einem Gesetz im Bundesrat nicht als Hinderungsgrund angesehen, die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes vor dem BVerfG zu bezweifeln.⁵¹ Es erscheint legitim, politisch für etwas zu stimmen, z.B. um die Zusammenarbeit in einer Koalition nicht zu blockieren, die Frage der verfassungsrechtlichen Grenzen des politischen Spielraums aber in die Hände des BVerfG zu legen. Der Verfassungsbindung aller Staatsgewalt kann auch durch eine Antragstellung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle Rechnung getragen werden. Schließlich ist auch der Fall denkbar, dass es einem Antragsteller schlicht um die Herstellung von Rechtssicherheit geht, wenn eine Norm in der Praxis uneinheitlich mal angewendet, mal nicht angewendet wird. Das gilt insbesondere für eine Landesregierung, die in letzter Konsequenz für den Vollzug des Landesrechts und regelmäßig auch des Bundesrechts durch die Landesverwaltung verantwortlich ist. Warum soll eine Landesregierung, in der unterschiedliche Auffassungen über die Verfassungsmäßigkeit herrschen, diese internen „Meinungsverschiedenheiten“ nicht dem BVerfG vorlegen können, statt die Regierung und gegebenenfalls eine Koalition vor eine politische Zerreißprobe zu stellen?

Zusammenfassend lässt sich deshalb sagen, dass das Grundgesetz die Frage des Antragsgrundes aus guten Gründen selbst großzügig regelt und insofern der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Bundesverfassungsgerichtsgesetz begrenzt ist. Anders als bezüglich der Verfassungsbeschwerde enthält Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG auch keine spezifische Ermächtigung des Gesetzgebers, die Zulässigkeit der abstrakten Normenkontrolle insoweit zu beschränken.⁵² § 76 Abs. 1 BVerfGG verstößt deshalb insoweit gegen Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG,⁵³ als er die Zulässigkeitschancen verschärft („ist nur zulässig“). Eine verfassungskonforme Auslegung scheidet wegen des insoweit klaren Wortlautes aus.⁵⁴ Das BVerfG⁵⁵

⁵¹ BVerfGE 122, 1 (17).

⁵² So die wohl herrschende Lehre: Benda/Klein (Fn. 2), Rn. 688 m.w.N.; Pestalozza (Fn. 13), § 8 Rn. 12 f.

⁵³ Schlaich/Korioth (Fn. 10), Rn. 130, in der Diktion der herrschenden Nichtigkeitsdoktrin (dazu in Teil 6): „Teilnichtigkeit“; ebenso A. Voßkuhle (Fn. 46), Art. 93 Rn. 123.

⁵⁴ Der Wortlaut sperrt sich gegen Versuche einer einschränkenden Auslegung des § 76 BVerfGG, wie etwa bei Benda/Klein (Fn. 2), Rn. 688: „schließt aber andere Konstellationen nicht aus“.

⁵⁵ BVerfGE 96, 133 (137 f.).

kommt zu einem ähnlichen Ergebnis,⁵⁶ indem es im Rahmen des § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG ausreichen lässt, dass die Geltung einer Norm „in einer ihre praktische Wirksamkeit beeinträchtigenden Weise in Frage gestellt“ wurde.

Bemerkenswert ist weiter, dass in dem speziellen Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG die Formulierung nur teilweise übernommen wird: Als Antragsgrund sind dort „Meinungsverschiedenheiten“, nicht aber „Zweifel“ geregelt. Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz unterscheidet zwischen den beiden Verfahren insofern nicht, sondern bleibt auch insofern bei der rigiden Regelung des § 76 BVerfGG. Ein praktisch relevanter Unterschied ist darin aber kaum zu erkennen.⁵⁷ Regelmäßig werden Zweifel auch mit Meinungsverschiedenheiten einhergehen. Das gilt vor allem innerhalb des Bundesrates bzw. der einzelnen Landtage als in diesem Verfahren mögliche Antragsteller. Schließlich besteht für eine Landesregierung in den Fällen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG auch die Option, die Norm nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG auf den Prüfstand zu stellen. Abgesehen davon ist es bei Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG noch unwahrscheinlicher, dass der Antragsteller nicht auch die Ungültigkeit der Norm geltend macht.

Drittens: Wie bei jedem Normenkontrollverfahren kann sich auch bei der abstrakten Normenkontrolle die Frage stellen, ob eine Norm nicht nur mit höherrangigem Bundesrecht bzw. mit Verfassungsrecht kollidiert, sondern auch mit dem *Unionsrecht als Maßstab*. Zweifellos erfüllen etwaige Zweifel an der Vereinbarkeit mit Unionsrecht als solche nicht die Voraussetzungen des Antragsgrundes für eine abstrakte Normenkontrolle.⁵⁸ Andererseits hindern solche gegebenenfalls außerdem bestehenden Zweifel nicht die Zulässigkeit der abstrakten Normenkontrolle, soweit der Antragsteller (auch) die Frage der Vereinbarkeit mit höherrangigem nationalem Recht in der oben dargestellten Weise aufwirft.

Zur Vertiefung: Für die unionsrechtsmaßstäblichen Fragen ist der EuGH und nicht das BVerfG zuständig. Das BVerfG müsste im Rahmen einer zulässigen abstrakten Normenkontrolle also gegebenenfalls den EuGH nach Art. 267 AEUV anrufen, wenn sich die Frage stellt, ob eine gegebenenfalls verfassungswidrige Norm unionsrechtlich geboten ist.⁵⁹ Ein solches Erfordernis der Vorlage an den EuGH hindert aber nicht die Zulässigkeit der abstrakten Normenkontrolle, auch nicht das objektive Klarstellungsinteresse (dazu sogleich). Anders stellt sich diese Frage bei der konkreten Normenkontrolle schon im Rahmen der Zulässigkeit, weil dort das Fachgericht gegebenenfalls sowohl vorlageberechtigt zum EuGH als auch zum BVerfG ist (dazu Teil 3 unter 3.e).

e) Objektives Klarstellungsinteresse

Als letzte – ungeschriebene – Zulässigkeitsvoraussetzung ist ein objektives Klarstellungsinteresse zu prüfen. Ein solches Interesse fehlt dann, wenn die Norm zwar formal in Kraft getreten ist, aber unter keinen Umständen zur Anwendung kommen kann. Das ist z.B. der Fall, wenn es sich um eine Verfahrensregelung handelt, für deren Anwendung es keine materielle Rechtsgrundlage (mehr) gibt.⁶⁰ Auch bei den Normbestätigungsklagen nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG kann das objektive Klarstellungsinteresse dann fehlen, wenn die Norm auch aus anderen als den vom BVerfG zu prüfenden Maßstäben unangewendet geblieben ist – z.B. wenn eine untergesetzliche Norm des Landesrechts wegen Verstoßes gegen höherrangiges Landesrecht ohnehin nicht angewendet wird.⁶¹

Zur Vertiefung: Denkbar wäre auch eine Entbehrlichkeit des Verfahrens der abstrakten Normenkontrolle wegen eines insoweit greifenden Anwendungsvorrangs des *Unionsrechts*. Letzterer ist etwa anzunehmen, wenn ein deutsches Gesetz eine Europäische Richtlinie umsetzt und die Richtlinie insofern gar keinen Spielraum lässt. Wenn das Unionsrecht von den Mitgliedstaaten einen normativen Grundrechtseingriff verlangt, übt das BVerfG seine Rechtsprechung insoweit nicht aus. Das hat das BVerfG⁶² in Fortführung seiner Solange II-Rechtsprechung explizit auch für die Umsetzung von Richtlinien durch deutsches Recht festgestellt. Das BVerfG hat die Frage der Ausübung seiner Rechtsprechung seinerzeit aber nicht in der Zulässigkeit der abstrakten Normenkontrolle, sondern in deren Begründetheit aufgeworfen. Das ist in der Literatur kritisiert worden.⁶³ Genau betrachtet sind hier vier Konstellationen zu unterscheiden, wobei das BVerfG nur über die erste entschieden hat:

Erstens: Im Falle der damaligen Entscheidung ging das BVerfG davon aus, dass dem nationalen Gesetzgeber ein *Spielraum* zur Verfügung stand, in dessen Rahmen er an die deutschen Grundrechte gebunden und der Kontrolle durch das BVerfG unterworfen sei. Das BVerfG verweist dabei auf die Möglichkeit der Vorlage der Fachgerichte an den EuGH – sieht aber darin keine Einschränkung für die Option der abstrakten Normenkontrolle.⁶⁴ Darin unterscheidet sich die abstrakte Normenkontrolle von der konkreten Normenkontrolle, bei der die Fachgerichte selbst vorlageberechtigt an beide Gerichte sind und gegebenenfalls die Frage des Spielraums auch vorrangig vor dem EuGH zu klären haben (dazu Teil 3 unter 3. e). Es sei darauf hingewiesen, dass auch das BVerfG

⁵⁶ M. Graßhof (Fn. 30), § 76 Rn. 23, weist darauf hin, dass sich das BVerfG „Raum für eine Auslegung [...] über den engen Wortlaut hinaus gelassen“ hat, indem es das „nur“ ignoriert.

⁵⁷ Für weitere Differenzierungen A. Vofßkuhle (Fn. 46), Art. 93 Rn. 123 und 130.

⁵⁸ Benda/Klein (Fn. 2), Rn. 692; M. Graßhof (Fn. 30), § 76 Rn. 39.

⁵⁹ M. Graßhof (Fn. 30), § 76 Rn. 40.

⁶⁰ So hat sich das BVerfG bei den Klagen gegen das Abtreibungsrecht auf die Verwerfung der materiellen Grundlagen beschränkt: BVerfGE 88, 202 (334).

⁶¹ BVerfGE 96, 133 (137 f.).

⁶² BVerfGE 118, 79 (95 ff.) – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen.

⁶³ Cornils, ZJS 2008, 69 (70 Fn. 4), zu BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05.

⁶⁴ BVerfGE 118, 79 (97) – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen.

gegenüber dem EuGH vorlageberechtigt ist und inzwischen hiervon auch in einem Falle Gebrauch gemacht hat.⁶⁵

Zweitens: Einer abstrakten Normenkontrolle stünde erst recht nicht im Wege, wenn der EuGH die einem deutschen Gesetz zu Grunde liegende Richtlinie für unionsrechtswidrig erklärte. Denn dann unterliegt das Umsetzungsgesetz, das vom EuGH nicht verworfen werden könnte, der uneingeschränkten Kontrolle durch das BVerfG. Dieses⁶⁶ verweist selbst darauf, dass gerade dann eine konkrete Normenkontrolle in Betracht käme; das würde erst recht für eine abstrakte Normenkontrolle gelten.

Drittens: Der umgekehrte Fall läge darin, dass die Richtlinie mit dem Unionsrecht vereinbar ist und das deutsche Umsetzungsgesetz einem von der Richtlinie ohne Umsetzungsspielraum gebotenen Grundrechtseingriff entspricht. Es wäre voreilig, die Zulässigkeit der abstrakten Normenkontrolle von einem inhaltlichen Spielraum des Gesetzgebers abhängig zu machen.⁶⁷ Matthias Cornils⁶⁸ hat zutreffend darauf hingewiesen, dass auch in diesem Falle eine abstrakte Normenkontrolle gegen das deutsche Gesetz dann zulässig (und gegebenenfalls begründet) sein könne, wenn nicht ein Verstoß allein gegen die deutschen Grundrechte, sondern gegen anderweitiges, insbesondere formelles Verfassungsrecht geltend gemacht wird. Denn der Anwendungsvorrang des Unionsrechts greift nur hinsichtlich der materiellen, v.a. grundrechtlichen Maßstäbe, kann aber nicht gebieten, vor der Kompetenzwidrigkeit eines nationalen Rechtsaktes die Augen zu verschließen. Selbst wenn die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet sein sollte, zur Umsetzung einer Richtlinie in Grundrechte einzugreifen, kann das Umsetzungsgesetz wegen Verletzung der Kompetenzordnung verfassungswidrig sein (auf die Frage der Rechtsfolgen ist im 6. Teil einzugehen).

Viertens: Das hier zu erörternde Problem einer Entbehrlichkeit der abstrakten Normenkontrolle stellt sich auch, wenn nicht nur die Richtlinie, sondern auch der Umsetzungsakt (z.B. wegen eines Verstoßes gegen die Binnenmarktfreiheiten) unionsrechtswidrig ist und wegen Vorrangs des Unionsrechts gar keine Anwendung finden könnte. Allerdings ist zu beachten, dass das Unionsrecht keinen Geltungsvorrang, sondern allenfalls Anwendungsvorrang genießt. Nationale Normen bleiben gültig und könnten auch jenseits des Anwendungsbereichs des Unionsrechts angewendet werden. Die abstrakte Normenkontrolle würde sich nur dann erübrigen, wenn es keinen solchen verbleibenden Anwendungsbereich des nationalen Rechtsaktes gibt.

Insgesamt: Einer abstrakten Normenkontrolle fehlt allenfalls dann ein objektives Klarstellungsinteresse, wenn erstens ausschließlich die Grundrechtskonformität in Frage steht und wenn zweitens das BVerfG seine Gerichtsbarkeit insoweit nicht ausübt, weil das Unionsrecht den entsprechenden Grundrechtseingriff ohne Spielräume gebietet, und wenn drittens

auch eine Anwendung der Norm außerhalb des Geltungsbereichs des Unionsrechts nicht in Betracht kommt.

f) Zum Verständnis: Besonderheiten im Vergleich

Im Vergleich zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen anderer Verfahren vor dem BVerfG, insbesondere zur Verfassungsbeschwerde, fallen Unterschiede auf: Zwei Voraussetzungen, die im Zentrum der Zulässigkeitschürden der meisten verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren stehen, sind gar nicht zu prüfen: Es existiert für die abstrakte Normenkontrolle weder eine Klage- bzw. Antragsbefugnis⁶⁹ (auch wenn der Antragsgrund voraussetzungsvoll ist), noch eine Frist. Das ist die Konsequenz der objektiv-rechtsstaatlichen Klärfunktion, die so lange besteht, wie eine Norm angewendet werden kann. Freilich werden in der Praxis vor allem gegen neue Normen Anträge erhoben – nicht selten geradezu als Antwort der politischen Opposition, wenn diese ihre Bedenken nicht im Gesetzgebungsverfahren hat durchsetzen können.

Eine andere Zulässigkeitsvoraussetzung, die wir aus verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren aller Art kennen, ist das so genannte „allgemeine Rechtsschutzbedürfnis“. Diese ungeschriebene Voraussetzung hat eine Auffangfunktion. Die Gerichte sollen nicht mit Verfahren ohne jegliche praktische Relevanz belastet werden. Das gilt auch für die abstrakte Normenkontrolle, deren „Abstraktheit“ nicht auf eine Gutachtenfunktion hinauslaufen soll. Da es bei der abstrakten Normenkontrolle nicht um (subjektiven) Rechtsschutz der Antragsteller geht, sprechen wir nicht vom Rechtsschutzbedürfnis, sondern vom „objektiven Klarstellungsinteresse“.

⁶⁵ BVerfG, Vorlagebeschl. v. 14.1.2014 – 2 BvR 2728/13 u.a. = NJW 2014, 907.

⁶⁶ BVerfGE 118, 79 (97 f.) – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen.

⁶⁷ So aber W. Meyer (Fn. 18), Art. 93 Rn. 35.

⁶⁸ Cornils, ZJS 2008, 69 (70 Fn. 4).

⁶⁹ Ohne die Terminologie zu problematisieren bezeichnet allerdings H. Gersdorf, Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung, 3. Aufl. 2010, Rn. 154, den Antragsgrund als „Antragsbefugnis“.