

Normenkontrollen – Teil 1

Funktionen und Systematisierung

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf*

I. Einleitung: Normenkontrollen als Konsequenz eines Rechts-, Gesetzes-, Justiz- und Verfassungsstaats

Der *Rechtsstaat* ist ein Staat, der nicht nur Recht schafft, sondern der auch sein eigenes Handeln Rechtsnormen unterwirft. Nach dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes bedarf jeder Freiheitseingriff der Verwaltung einer gesetzlichen Grundlage. Und auch die umfangreiche Leistungsverwaltung ist heute weitgehend normgeprägt. Im kontinentaleuropäischen Recht ist der Rechtsstaat ein *Gesetzesstaat*.¹ Das bedeutet, dass er von geschriebenen Rechtsnormen geprägt wird. Geschriebene Rechtsnormen sind nicht nur die Parlamentsgesetze (Gesetze „im formellen Sinne“), sondern auch das von der Verwaltung geschaffene Verordnungs- und Satzungsrecht (Gesetze „im materiellen Sinne“).

Deutschland als das „Ursprungsland“ des Rechtsstaatsprinzips ist vor allem auch ein *Justizstaat*. Nicht zufällig lautet der Titel des grundlegenden Buches von *Rudolf v. Gneist* „Der Rechtsstaat“ (1872) seit seiner 2. Auflage „Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland“ (1879). Das Recht soll nicht nur auf dem Papier stehen. Es soll vielmehr auch wirksam durchgesetzt werden können. Der Bürger soll nicht nur „Recht haben“, sondern auch „Recht bekommen“ – auch und vor allem gegen den Staat. Der Rechtsschutz auch hinsichtlich der Abwehrrechte gegen den Staat war eine Forderung, die sich in der Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert erst mühsam durchgesetzt hat² und die dann im Grundgesetz in Art. 19 Abs. 4 GG unmittelbar geltendes Verfassungsrecht geworden ist. Gegen Eingriffe des Staates ist danach der Rechtsweg nicht nur objektiv-rechtsstaatlich³ geboten, sondern sogar grundrechtlich garantiert. Was Art. 19 Abs. 4 GG für das öffentliche Recht explizit garantiert, das

wird aus dem Rechtsstaatsprinzip auch für die Zivilgerichtsbarkeit umfassend hergeleitet (so genannter „allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch“⁴).

Aus der Bedeutung der Rechtsnormen einerseits und der Gerichte andererseits ergibt sich eine wesentliche Funktion der Rechtsprechungsgewalt. Die Gerichte ermöglichen die wirksame Durchsetzung der Rechtsnormen und entscheiden nach diesen Maßstäben Rechtsstreitigkeiten. Sie legen Rechtsnormen aus und wenden sie auf den Einzelfall an. Die Rechtsprechung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG „an Gesetz und Recht gebunden“. Die Richter sind nach Art. 97 Abs. 1 GG in ihrer Tätigkeit „unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen“.

Was hat in diesem System eine Normenkontrolle durch die Gerichte zu suchen? Passt eine richterliche Normenkontrolle überhaupt zur Gesetzesbindung bzw. Gesetzesunterwerfung der Richter? Überschreitet ein Gericht seine Kompetenz, wenn es Gesetze überprüft und gegebenenfalls verwirft? Diese Fragen waren in der Tat am Anfang des 20. Jahrhunderts noch höchst umstritten und Gegenstand von Grundsatzbewegungen der Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit. Dass Gesetze und Verordnungen nicht nur die formale Grundlage des Rechtsstaates sind, sondern dass ihr Inhalt den Rechtsstaat gegebenenfalls auch pervertieren kann, ist eine Erkenntnis aus der Zeit des Nationalsozialismus. Das Diktum von *Hans Kelsen*, jeder Staat sei ein Rechtsstaat,⁵ war den Müttern und Vätern des Grundgesetzes zu formal. Das Grundgesetz folgt einer materiellen Konzeption des Rechtsstaatsprinzips. Der Geltungsanspruch des geschriebenen Gesetzes ist zwar ein Kern des Rechtsstaatsprinzips, wird aber zugleich relativiert. Diese Ambivalenz wird greifbar in der Formulierung des Art. 20 Abs. 3 GG, der vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ und den Gesetzgeber „an die verfassungsmäßige Ordnung“ bindet. Gesetze dürfen also nicht gegen das höherrangige Verfassungsrecht verstoßen. Das Grundgesetz sorgt schließlich auch für die Durchsetzbarkeit dieser Verfassungsbindung des Gesetzgebers. Verfahren zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen sind im Grundgesetz explizit geregelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 2a, 4a GG): Das Dilemma zwischen der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung einerseits und der Bindung der Rechtsprechung an die Gesetze und die Verfassung andererseits wird dahin aufgelöst, dass das BVerfG als besondere Gerichtsbarkeit dazu berufen ist, gegebenenfalls auch Parlamentsgesetze als verfassungswidrig zu verwerfen. Verfassungsgerichtliche Normenkontrollen können einen Zu-

* Der *Verf.* ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Vgl. *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, Bd. 2, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 2. Aufl. 1846, S. 446: „Die Regierung des Staates greift mit ihrer Funktion überall in die Rechtssphäre des Unterthanen, in sein Vermögen, in seine Freiheit, in sonst ihm besonders zugestandene Befugnisse, und muss hierbei [...] innerhalb der Gesetze verfahren; sonst büßt der Staat seinen Charakter als Rechtsstaat ein [...].“

² Das war lange bestritten worden, z.B. von *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, 1852, S. 500: „Die Hoheitsrechte des Staates selbst sind nicht der gerichtlichen Kompetenz unterworfen.“

³ Zur objektiven und subjektiven Bedeutung des Rechtsschutzes v. *Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl. 1879, S. 270: „Es handelt sich im Verwaltungsrecht also um eine objective Rechtsordnung, welche auch unabhängig von Parteianträgen um des öffentlichen Rechts und Wohles willen zu handhaben ist. Folgeweise sind alle Controllen der Staatsverwaltung gleichzeitig zum Schutz der Gesamtheit wie des Einzelnen bestimmt.“

⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 (Kleinbetriebsklausel I) = NJW 1998, 1475 (1478): „Justizgewährleistungsanspruch“, terminologisch leicht variiert seit BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 (Rechtsschutz gegen den Richter I) = E 107, 395 (396): „Justizgewährleistungsanspruch“; zur Dogmatik s. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 890 f.

⁵ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 91.

stand der Rechtsunsicherheit bezüglich der Geltung von Normen beenden. Sie dienen zudem der effektiven Beschränkung der ersten Gewalt. Die Möglichkeiten der Normenkontrolle durch das BVerfG schützen aber andererseits auch alle Hoheitsträger einschließlich der Gerichte und die Bürger vor einem Zwang zur Hinnahme verfassungswidriger Gesetze. Soweit die Verwerfung von Gesetzen der Verfassungsgerichtsbarkeit vorbehalten ist, sprechen wir von einem Verwerfungsmonopol. Dieses schützt die Parlamente – nämlich davor, dass sich einzelne Fachgerichte von ihrer Unterwerfung unter demokratisch legitimierte Gesetze unter dem Vorwand der Verfassungswidrigkeit lösen.

Damit sind Normenkontrollen nichts weniger als die Konsequenz eines hochentwickelten Rechts- und *Verfassungsstaats*. Schaut man ins Detail, zeigen sich allerdings viele Probleme, die sich nur befriedigend lösen lassen, wenn man die Funktionen (dazu II.) der Normenkontrolle erfasst und verschiedene Typen von Normenkontrollen systematisch unterscheidet (dazu III.). Dabei wird z.B. zwischen Parlamentsgesetzen und untergesetzlichen Normen zu unterscheiden sein, zwischen verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollen, zwischen abstrakten und konkreten Normenkontrollen, zwischen prinzipialen und inzidenten Normenkontrollen sowie zwischen Normenkontrollen nach nationalem und europäischem Recht. Die Konsequenzen aus dieser systematischen Grundlegung sind dann auf die verschiedenen Normenkontrollverfahren und ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen differenziert herunter zu brechen (dazu IV.). Diese Verfahren haben je unterschiedliche Funktionen und Voraussetzungen, die sich am besten verstehen lassen, wenn man sie einander gegenüberstellt. Nach den Zulässigkeitsfragen werden die Maßstäbe der Begründetheit für die verschiedenen Normenkontrollverfahren erörtert und gegenübergestellt (dazu V.). Gerichtliche Kontrolle über die Rechtsetzung muss sensibel mit den Bindungsmaßstäben umgehen. Die Rechtsprechung darf nicht darüber hinweggehen, dass die Rechtsetzung politische Spielräume hat und braucht. Normenkontrollen dürfen ihre Kontrolldichte nicht so verschärfen, dass das Verfassungsrecht unangemessen politisiert und die Politik unangemessen verrechtlicht wird. Schließlich stellt sich in Fällen des Verstoßes einer Norm gegen höherrangiges Recht, also der Begründetheit von Normenkontrollen die Anschlussfrage der Entscheidungsfolgen (dazu VI.). Vom Grundsatz der Nichtigkeit verfassungswidriger Normen wird in der Praxis keineswegs nur in wenigen Ausnahmefällen abgewichen. Der Beitrag ist als Fortsetzungsbeitrag konzipiert und beschränkt sich im ersten Teil auf die Abschnitte I.-III.

II. Drei Hauptfunktionen der Normenkontrollen

Normenkontrollen können verschiedene und gegebenenfalls auch mehrere Funktionen haben. Drei Funktionen stehen im Vordergrund.

1. Objektive Rechtssicherheit über die Gültigkeit abstrakter Normen

Ziel von Normenkontrollverfahren ist es, bestehende Zweifel, ob die Norm mit höherrangigem Recht vereinbar ist oder nicht, objektiv zu klären. Sie schaffen normative Rechtssicherheit.

Das spielt vor allem auch bei den (differenzierten) Rechtsfolgen eine Rolle (s.u. V.). Während Rechtsschutz regelmäßig im Einzelfall gewährleistet und von dessen Umständen abhängig ist, haben Normenkontrollen per se Bedeutung über einen Einzelfall hinaus. Das gilt nicht nur aber vor allem für die so genannten prinzipialen Normenkontrollen (zum Begriff s.u. III. 1. b), bei denen die Norm selbst unmittelbar angegriffen wird. Das liegt schon am Gegenstand solcher Verfahren: Denn Normen gelten allgemein und abstrakt und regeln – im Gegensatz zum Verwaltungsakt oder zum Vertrag – gerade nicht nur den Einzelfall. Nicht nur die Begründung einer Normverwerfung kann grundsätzliche Bedeutung haben und – wie andere obergerichtliche oder verfassungsgerichtliche Entscheidungen – zur prägenden Leitentscheidung für die Praxis werden. Vielmehr ist bereits der Tenor solcher Entscheidungen von Bedeutung für jeden (potentiellen) Adressaten oder Begünstigten der betreffenden Norm. Entscheidungen des BVerfG über die Gültigkeit von Normen haben nach § 31 Abs. 2 BVerfGG sogar Gesetzeskraft und sind gegebenenfalls im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entscheidungen in Normenkontrollverfahren können einen Zustand der Rechtsunsicherheit und gegebenenfalls auch der Aussetzung bzw. Verzögerung subjektiver Rechtsschutzverfahren (das gilt nicht nur für die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG) wirksam beenden.

Man beachte, dass objektiv-rechtliche Normenkontrollen eine Sonderstellung in unserem vom subjektiven Rechtsschutz geprägten Gerichtssystem einnehmen. Dass die Gerichte vor allem der Durchsetzung subjektiver Rechte zu dienen haben, folgt verfassungsrechtlich aus Art. 19 Abs. 4 GG und den Grundrechten, die effektiven Rechtsschutz durch die Gerichte gebieten. Diese Anforderungen werden – auch in der Praxis durchaus relevant – durch die Garantien eines fairen und angemessen zügigen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verschärft. Das stets überlastete BVerfG steht dadurch vor dem Dilemma, dass es einerseits abstrakte Normenkontrollen wegen ihrer besonderen allgemeinen Bedeutung (man denke etwa an die Nichtigkeitsklärungen der Regelungen zur Strafbarkeit der Abtreibung) zu Recht als besonders dringlich betrachtet, andererseits aber vom EGMR ohne Rücksicht hierauf wegen Verzögerungen in Verfahren des subjektiven Rechtsschutzes zur Beschleunigung gedrängt wird.⁶

Der Ausnahmecharakter der objektiv-rechtlichen Funktion der Normenkontrolle zeigt sich an verschiedenen Detailfragen und wird auch für die Auslegung von zentraler Bedeutung sein. Rechtspolitisch unbefriedigend erscheinen aus objektiv-rechtlicher Sicht Fristen für Normenkontrollverfahren, wie § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO und § 93 Abs. 3 BVerfGG, die damit zu erklären sind, dass es sich eben nicht bzw. nicht nur um objektiv-rechtliche Verfahren handelt. Ob man z.B. die Zulässigkeitsvoraussetzungen für konkrete Normenkontrollen

⁶ S. exemplarisch zur Rüge überlanger Verfahrensdauer auch bei der Verfassungsbeschwerde: EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 397/07 und 2322/07 (H. und A. v. Deutschland) = NJW 2011, 3353.

eher streng (wie das BVerfG)⁷ oder eher großzügig (wie in der Literatur⁸ gefordert) auslegt, hängt wesentlich davon ab, in welchem Maße man in solchen Verfahren ein wünschenswertes Instrument zur Herstellung von objektiver Rechtssicherheit sieht.

2. Subjektiver Rechtsschutz des Einzelnen gegen Normen, die gegen höherrangiges Recht verstoßen

Es gibt auch Normenkontrollverfahren, die unmittelbar dem subjektiven Rechtsschutz dienen. Das gilt für die verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollen nach § 47 VwGO, soweit sie von Privaten beantragt werden. Denn private Antragsteller müssen nach § 47 Abs. 2 VwGO die Verletzung subjektiver Rechte geltend machen. Die verwaltungsrechtliche Normenkontrolle ist keine Popularklage. Das gilt auch für die Verfassungsbeschwerden zum BVerfG, die ja als Rechtssatzverfassungsbeschwerden oder auch inzident Normenkontrollen sein können. Verfassungsbeschwerden können nur dann als Normenkontrollen instrumentalisiert werden, wenn der Beschwerdeführer nach § 90 BVerfGG die Verletzung seiner Grundrechte geltend machen kann.

In vielen Fällen dienen auch konkrete Normenkontrollen nach Art. 100 Abs. 1 GG zumindest mittelbar dem subjektiven Rechtsschutz. Wenn nämlich die vorgelegte Normen in die Rechte des Klägers des Ausgangsverfahrens eingreift, der sich seinerseits auf diese subjektiven Rechte beruft, ist die konkrete Normenkontrolle gleichsam eine vorgezogene Verfahrensvariante zu der anderenfalls nach Erschöpfung des Rechtswegs denkbaren Verfassungsbeschwerde. Mittelbar bzw. potentiell dienen freilich auch alle abstrakten Normenkontrollen dem Schutz subjektiver Rechte dann, wenn die zur Prüfung gestellte Norm zumindest auch subjektive Rechte verletzt.

Aber es gibt freilich auch Normen, die rein objektiven Charakter haben und Normenkontrollen, die eine rein objektive Funktion haben. Zu denken ist hier z.B. an die abstrakten Normenkontrollen gegen Haushaltsgesetze oder jene mit dem Ziel der Verschärfung des Abtreibungsstrafrechts. Der Schutz des ungeborenen Lebens ist – mangels eines bereits rechtsfähigen Grundrechtsträgers – rein objektiv-rechtlicher Natur.

3. Wechselseitige Gewaltbeschränkung der Normsetzer und der Fachgerichte

Nur auf den ersten Blick scheinen gerichtliche Normenkontrollen die Gewaltenteilung zu durchbrechen: Tatsächlich sollen die Gerichte als die „dritte Gewalt“ Normen anwenden. Sie sind an Gesetz und Recht gebunden und sollen sich nicht über die Gesetzgebung als die „erste Gewalt“ stellen. Richter sind dem Gesetz unterworfen. Dürfen sie dann also darüber befinden, welche Normen sie anwenden?

Auf den zweiten Blick ist es aber gar nicht das Wesen oder die Konsequenz der Normenkontrollen, die Gewalten zugun-

ten der Gerichte zu verschieben. Aus Gründen der Gewaltenteilung dürfen Gerichte Normen nicht politisch, sondern allenfalls rechtlich auf den Prüfstand stellen. Das gilt auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit. Es geht also nicht darum, ob eine Norm mehr oder weniger gelungen erscheint, sondern ausschließlich darum, ob sie gegen höherrangiges Recht verstößt. Der Maßstab gerichtlicher Normenkontrollen ist ein rein rechtlicher.

Normenkontrollen dienen also der Disziplinierung der Normsetzer und der Durchsetzung des jeweils höherrangigen Rechts. Dass die Gerichte das Recht und insbesondere das gegebenenfalls höherrangige Recht durchsetzen, gehört zu ihren Funktionen. Versteht man die Gewaltenteilung als ein Prinzip wechselseitiger Machtbeschränkung, ist es nur konsequent, dass die Rechtsetzung an höherrangiges Recht gebunden und hierin von der Rechtsprechung kontrolliert wird.

Die Gewaltenteilung wird dadurch noch differenzierter verwirklicht, dass eine spezifische Verfassungsgerichtsbarkeit existiert. Eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit beansprucht eine herausgehobene verfassungsrechtliche Legitimation für die Kontrolle der ersten Gewalt. Der Verfassungsgerichtsbarkeit ist es vorbehalten, Parlamentsgesetze zu verwerfen: Die Fachgerichte müssen diese entweder anwenden oder dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen. Während gegen Parlamentsgesetze auch kein Rechtsweg zu den Fachgerichten eröffnet ist (Art. 19 Abs. 4 GG greift nicht), eröffnet sich gegebenenfalls die Möglichkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde zum BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Beide Wege führen also zum BVerfG.

Dass untergesetzliche Normen, also Akte exekutiver Rechtsetzung, auch von den Verwaltungsgerichten verworfen werden können, entspricht ebenfalls der Gewaltenteilung. Die Bindung der Exekutive an die Gesetze und an die Verfassung wird auf diese Weise gerichtlich kontrolliert. Auch hier sind die Kontrollmaßstäbe rein rechtlicher Natur. Die Fachgerichte dürfen untergesetzliche Normen verwerfen, wenn diese gegen höherrangiges Recht verstoßen. Wenn untergesetzliche Normen mit höherrangigem Recht vereinbar sind, bleibt die Rechtsprechung selbstverständlich auch an untergesetzliche Normen gebunden.

Freilich sei auch nicht verschwiegen, dass die Grenze zwischen verfassungsrechtlichen und politischen Maßstäben fließend und bisweilen schwer zu ziehen ist. Die Rechtsprechung soll die Rechtsetzungsgewalt kontrollieren und sie gegebenenfalls in ihre rechtlichen Schranken weisen. Die Gerichte dürfen dabei aber nicht in deren Kernaufgabe politischer Gestaltung eingreifen. Darauf wird bei der Frage der Kontrolldichte zurückzukommen sein (s.u. V.). Normenkontrollen sollen also ein Korrektiv gegen die Überschreitung der an sich rechtlich gewollten Spielräume für die Politik sein. Selbst wenn es zu solchen Korrekturen kommt, sollen die Gerichte und auch Verfassungsgerichte aber nicht – gleichsam kompensatorisch – solche Spielräume selbst ausfüllen. Die politischen Entscheidungen, die notwendig mit Normsetzung verbunden sind, müssen also stets an den Gesetzgeber zurückgegeben werden. Hier kollidiert bisweilen die Funktion subjektiven Rechtsschutzes mit der Gewaltbeschränkung. Das

⁷ Ein Bsp. aus jüngerer Zeit: BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011 – 2 BvL 15/08 = BeckRS 2011, 52630 Abs. 34 ff. Vgl. zu dieser Tendenz auch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 146 ff.

⁸ *Schlaich/Korioth* (Fn. 7), Rn. 136 ff., 141; dazu ausf. u. IV.

Problem stellt sich bei den Rechtsfolgen von Normenkontrollen (s.u. VI.).

III. Systematisierung: Verfahrensarten, Normtypen, und Maßstäbe verschiedener Normenkontrollen

1. Verschiedene Typen von Normkontrollverfahren

a) Spezifische Normenkontrollen i.e.S. und unspezifische Normenkontrollverfahren i.w.S.

aa) Bei Normenkontrollverfahren denkt man primär an diejenigen Verfahren, die spezifisch die Überprüfung von Normen zum Gegenstand haben. „Spezifische Normenkontrollen“ sind zunächst die *abstrakte Normenkontrolle* nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, die *konkrete Normenkontrolle* nach Art. 100 Abs. 1 GG vor dem BVerfG sowie entsprechende Verfahren vor den Landesverfassungsgerichten. Außerdem gehören hierher die *verwaltungsrechtlichen Normenkontrollen* vor den Oberverwaltungsgerichten nach § 47 VwGO.

Während diese Verfahren in Gesetzesüberschriften und im Schrifttum explizit als Normenkontrollen bezeichnet werden, gibt es noch weitere Verfahren, die der Sache nach ebenfalls ausschließlich Normen zum Gegenstand haben: Das ist das *Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG*, bei dem es um einen besonderen Aspekt der formellen Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen geht, nämlich die Erforderlichkeit des Gebrauchs einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund nach Art. 72 Abs. 2 GG.⁹ Weiter ist die *Kommunalverfassungsbeschwerde* nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG zum BVerfG bzw. das entsprechende landesverfassungsgerichtliche Verfahren (z.B. nach § 52 Verfassungsgerichtshofgesetz NRW) ausschließlich gegen Rechtsnormen gerichtet, also eine Art Rechtssatzverfassungsbeschwerde (dazu sogleich). Auch der Sonderfall der *Popularklage zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof* nach Art. 98 S. 4 Bayerische Verfassung ist der Sache nach eine Normenkontrolle, da sie nur gegen bayerische Gesetze oder Verordnungen gerichtet ist. Auch dieses Verfahren ähnelt stark einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde, zumal der Maßstab die Verletzung eines bayerischen Grundrechts ist, während die Verfassungsbeschwerde zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof (Art. 120 Bayerische Verfassung) nur gegen Einzelakte statthaft ist. Der wesentliche Unterschied zur Rechtssatzverfassungsbeschwerde zum BVerfG und damit auch ein große Ausnahme im deutschen Prozessrecht besteht freilich darin, dass bei der Popularklage jedermann ohne eigene Beschwer klagen kann.

bb) Neben diesen „spezifischen Normenkontrollen i.e.S.“ gibt es zahlreiche weitere Verfahren, die nicht notwendigerweise Normen zum Prüfgegenstand haben, die aber der Sache nach dennoch Normenkontrollen sein können. Solche „un-

spezifischen Normenkontrollverfahren i.w.S.“ müssen nicht, können aber jedenfalls auch Normen zum Gegenstand haben oder können dann auf eine Normenkontrolle hinauslaufen. Zu denken ist hier vor allem an die *Individualverfassungsbeschwerde* zum BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Sie hat „Akte der öffentlichen Gewalt“ zum Gegenstand und damit sowohl Einzelakte als auch Normen. Im letzteren Fall wird die Verfassungsbeschwerde auch als *Rechtssatzverfassungsbeschwerde* bezeichnet und ist als solche sogar spezifisch gegen Normen gerichtet. Da die Rechtssatzverfassungsbeschwerde aber nach der Systematik des Grundgesetzes kein eigenständiges Verfahren, sondern nur eine Variante der Individualverfassungsbeschwerde, handelt es sich um eine unspezifische Normenkontrolle. Auch die *Urteilsverfassungsbeschwerde* kann auf eine Normenkontrolle hinauslaufen, wenn es nämlich im zu entscheidenden Einzelfall auf die Gültigkeit einer Norm ankommt und diese inzident zu prüfen ist. Letzteres gilt auch für alle fachgerichtlichen inzidenten Normenkontrollverfahren, auf die sogleich unter III. 1. b) einzugehen ist. Auch die *Nichtigkeitsklage* zum EuGH nach Art. 263 AEUV¹⁰ („Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte sowie der Handlungen [...]“) und das *Vorabentscheidungsverfahren* nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV¹¹ („Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe“) gehören zu den Verfahren, in denen gegebenenfalls auch eine Norm zum direkten Gegenstand der Überprüfung am Maßstab des Unionsrechts gemacht werden kann.

Zwischenfazit: Der Blick auf Normenkontrollen auch i.w.S. eröffnet die Möglichkeit einer umfassenderen systematischen Betrachtung solcher Verfahren. Gerade weil sich Normenkontrollen i.e.S. in besonderem Maße von anderen Verfahren unterscheiden, ist die Erkenntnis wichtig, dass sie nicht die einzigen Verfahrensarten sind, in denen Normen auf den Prüfstand gestellt werden.

b) Prinzipale und inzidente Normenkontrollverfahren

Als „prinzipale“ Normenkontrollen bezeichnet werden vor allem die verwaltungsrechtlichen Normenkontrollen nach § 47 VwGO, um sie von „inzidenten“ Normenkontrollen der Verwaltungsgerichte abzugrenzen. Die Unterscheidung kann verallgemeinert werden. Danach wäre eine „prinzipale Normenkontrolle“ ein Verfahren, das eine Norm zum unmittelbaren Verfahrensgegenstand hat und auf dessen Verwerfung gerichtet ist. Das sind nach der unter III. 1. a) vorgenommenen Systematisierung vor allem alle spezifischen Normenkontrollen i.e.S. Aber auch die unspezifischen Normenkontrollen können „prinzipal“ sein, wenn die Norm unmittelbarer Verfahrensgegenstand ist und nicht nur „inzident“ geprüft wird. Prinzipale Normenkontrollen sind der Sache nach also neben den Verfahren nach § 47 VwGO auch die verfassungsgerichtlichen *abstrakten* und die *konkreten Normenkontrollen*, aber auch alle *Rechtssatzverfassungsbeschwerden* einschließlich

⁹ Nach *Schlaich/Koriath* (Fn. 7), Rn. 132a), handelt es sich nur um eine modifizierte Variante der abstrakten Normenkontrolle, bei deren Zulässigkeit die Antragsteller um die Landesparlamente erweitert sind und deren Begründetheit der Prüfungsmaßstab beschränkt ist. Die Regelungssystematik des Grundgesetzes und des § 31 Abs. 2 BVerfGG (der inzwischen das Verfahren eigenständig erwähnt) spricht allerdings dafür, dass es sich um eine eigene Verfahrensart handelt.

¹⁰ Dazu etwa *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 630 ff.; *Michael/Morlok* (Fn. 4), Rn. 942 ff.

¹¹ Dazu etwa *Streinz* (Fn. 10), Rn. 678 ff.; *Michael/Morlok* (Fn. 4), Rn. 947 ff.

der *Kommunalverfassungsbeschwerde* und der *bayerischen Popularklage* und gegebenenfalls (!) auch die Nichtigkeitsklage oder das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH.

„Inzidente Normenkontrollen“ hingegen sind Verfahren, die an sich keine Norm zum unmittelbaren Gegenstand haben, sondern etwa einen Einzelakt, der aber seinerseits auf eine Norm gestützt ist, auf deren Gültigkeit es also ankommt und die deshalb „inzident“, d.h. als Vorfrage der Rechtmäßigkeit des Einzelaktes, geprüft wird. So können z.B. *Anfechtungsklagen* vor den Verwaltungsgerichten nach § 42 Abs. 1 VwGO zu inzidenten Normenkontrollen werden, wenn der angefochtene Bescheid zwar einer Satzung entspricht, diese aber ihrerseits rechtswidrig ist. Die Rechtswidrigkeit der Satzung wird dann inzident geprüft. Prozessuales Ergebnis ist dann aber nicht eine allgemein verbindliche Nichtigkeitsklärung der Satzung, sondern – gemäß dem Antrag und den beteiligten Prozessparteien – die Aufhebung des konkreten Verwaltungsaktes, die gegebenenfalls auch nur für den Einzelfall und zwischen den Parteien Rechtskraft entfaltet.

Derartige inzidente Normenkontrollen können auch im Rahmen der anderen verwaltungsgerichtlichen Klagearten stattfinden, also bei Leistungsklagen und insbesondere auch bei *Feststellungsklagen* nach § 43 VwGO. Letzteres hat eine besondere Bedeutung für die Zulässigkeit einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde vor dem BVerfG. Es stellt sich nämlich die Frage, ob das BVerfG wegen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde erst nach einer erfolglosen Feststellungsklage angerufen werden kann (dazu s.u. IV.).

Inzidente Normenkontrollen spielen aber nicht nur in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Rolle. Auch straf- oder zivilrechtliche Verfahren beruhen auf Normen, die gegebenenfalls inzident zu prüfen sind. Bei allen inzidenten Normenkontrollen vor den Fachgerichten stellt sich freilich die Frage der Reichweite der Verwerfungskompetenz.

Besondere Beachtung verdient der Typus der inzidenten Normenkontrolle im Rahmen einer *Urteilsverfassungsbeschwerde* vor dem BVerfG. Das BVerfG kann auch anlässlich einer lediglich inzidenten Normenkontrolle – gleichsam über den Einzelfall hinausreichend – eine Norm mit allgemein verbindlicher Wirkung für ungültig erklären. Das regelt für die Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG ausdrücklich § 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG: Hat eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Einzelakt schon deshalb Erfolg, „weil die aufgehobene Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht“, wird nicht nur der Einzelakt aufgehoben, sondern auch das Gesetz für nichtig erklärt. Die Entscheidung hat auch in diesen Fällen Gesetzeskraft nach § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG. Obwohl es sich also dem Verfahrensgegenstand nach um eine inzidente Normenkontrolle handelt, kommen hier deren Wirkungen jenen einer prinzipalen Normenkontrolle gleich. Anders als bei den fachgerichtlichen inzidenten Normenkontrollen wird hier der objektiv-rechtlichen Bedeutung einer solchen inzidenten Normenkontrolle umfassend Rechnung getragen. In anderen Verfahren, z.B. einem Bund-Länder-Streit, kann es auch vor dem BVerfG zu einer inzidenten

Normenkontrolle kommen, deren Wirkungen nur zwischen den Parteien gelten.¹²

Zusammenfassend lässt sich also folgender Zusammenhang zwischen Verfahrensgegenstand und Verfahrenswirkungen herstellen: Bei allen prinzipialen Normenkontrollen wirkt eine Normverwerfung allgemein verbindlich („erga omnes“). Bei inzidenten Normenkontrollen binden die Entscheidungsergebnisse hingegen regelmäßig lediglich die Prozessparteien für den Einzelfall („inter partes“). Eine Ausnahme stellt insoweit die Verfassungsbeschwerde gegen einen Einzelakt dar. Kommt es hier inzident zu einer Normverwerfung, wirkt auch diese „erga omnes“.

c) Abstrakte und konkrete Normenkontrollen

Die Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Normenkontrollen hat sich in (nichtamtlichen) Gesetzesüberschriften und der Literatur eingebürgert, um den Unterschied zwischen den Normenkontrollen nach Art. 93 Abs. Nr. 2 GG einerseits und der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zu bezeichnen. Erstere wird als *abstrakte Normenkontrolle* bezeichnet, weil das Verfahren losgelöst von einem Einzelfall stattfindet. Demgegenüber soll die Richtervorlage insofern eine *konkrete Normenkontrolle* sein, als sie anlässlich eines konkreten Rechtsstreits stattfindet und auch nur dann, wenn es auf die Gültigkeit der Norm in dem konkreten Einzelfall zwingend ankommt.

Die Bezeichnung „konkrete Normenkontrolle“ ist freilich leicht missverständlich. Denn die Normenkontrolle selbst bezieht sich – wie bei der abstrakten Normenkontrolle oder bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde oder auch bei der inzidenten Normenkontrolle innerhalb einer Urteilsverfassungsbeschwerde – auf die abstrakte Gültigkeit einer abstrakten Norm. Insofern würde es sachlich näher liegen, nur inzidente Normenkontrollen der Fachgerichte, deren Rechtskraft nicht über den Einzelfall hinausgeht, als konkrete Normenkontrollen zu bezeichnen. Das ist aber in der Juristensprache nicht üblich, deren Gebrauch an dieser Stelle auch nicht in Frage gestellt werden soll. Die überkommene Fachterminologie sollte vielmehr als gegeben hingenommen werden. Zur Vermeidung von Verwechslungen sollte die Bezeichnung „konkrete Normenkontrolle“ auch nicht jenseits der üblichen Terminologie zu Art. 100 Abs. 1 GG auf andere Verfahren übertragen werden. In gewisser Weise sind zwar Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, die auf Vorlage eines nationalen Gerichts auf die Ungültigkeit einer europäischen Norm gerichtet sind, dem Verfahren der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG vergleichbar. Der Begriff „Vorabentscheidungsverfahren“ ist aber nicht nur üblich, sondern auch viel treffender.

¹² BVerfG, Urt. v. 26.3.1957 – 2 BvG 1/55 (Reichskonkordat) = NJW 1957, 705.

d) *Normverwerfungsverfahren, Normbestätigungsverfahren, Normprüfungen und Verfahren mit mittelbaren Auswirkung auf Normverwerfungen*

aa) Zur systematischen Ab- und Eingrenzung der Normenkontrollen sollte man sich klar machen, dass in all diesen Verfahren das entscheidende Gericht über die Gültigkeit einer Rechtsnorm befindet. Das gilt auch für die inzidenten Normenkontrollen der Fachgerichte, in denen die Frage der Gültigkeit zwar eine abstrakte Norm betrifft, die Entscheidung aber nur für den konkreten Rechtsstreit verbindlich beantwortet wird. Auch bei solchen inzidenten Normenkontrollen wird die Anwendung der Norm zumindest von dem jeweiligen Gericht verweigert, die Norm also im Einzelfall als ungültig verworfen. Zumindest dasselbe Gericht wird sich daran im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes über den Einzelfall hinaus regelmäßig festhalten lassen. Handelt es sich um ein Obergericht, wird die Wirkung sogar über eine Selbstbindung hinaus ausstrahlen und mindestens praktischen Vorbildcharakter entfalten. Wenn man so will, könnte man die Normenkontrollen insoweit auch als „*Normverwerfungsverfahren*“ bezeichnen. Sie haben ein „destruktives“ Element, das auch in der Funktion der Gerichtsbarkeit verankert ist: Die Gerichte können Normen verwerfen, soweit ihre Kontrollfunktion reicht. Sie sollen aber nicht „konstruktiv“ Recht setzen. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch die Verwerfung der Norm keineswegs zu einem „normativen Nichts“ führt. Gegebenenfalls gelten bei der Verwerfung einer einzelnen Norm alternative oder allgemeinere Normen, auf die zurückzugreifen ist. In letzter Konsequenz bleiben die Grundrechte einschließlich der Privatautonomie, auf die – vorbehaltlich gültiger Normen – zurückzugreifen ist. Wenn die „destruktiven“ Wirkungen einer Normverwerfung zu verfassungsrechtlich problematischen Konsequenzen führen würden, sind auch Modifizierungen der Rechtsfolgen von Normenkontrollen zu erwägen, die z.T. „erhaltender“ (übergangsweise Fortgeltung), z.T. auch „konstruktiver“ (richterrechtliche Übergangsregelung) Natur sind. Also ist Destruktion zwar ein Element, keinesfalls aber die Konsequenz oder das Wesen von Normverwerfungen.

bb) Im Übrigen kann das Ergebnis der Normenkontrolle auch die positive *Bestätigung* der Norm sein. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn eine Normenkontrolle im Ergebnis erfolglos bleibt. Vielmehr gibt es auch Normenkontrollverfahren, mit denen die Antragsteller die Bestätigung der Norm bezwecken. So besteht bei Uneinigkeiten über die Gültigkeit einer Norm die Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle zum BVerfG, die nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG von der Bundesregierung, einer Landesregierung oder einem Viertel des Bundestages auch mit dem Ziel der Feststellung der Gültigkeit der Norm beantragt werden kann. Im Gegensatz zu anderen Normenkontrollverfahren ist ein solches Verfahren also nicht „destruktiv“ auf Verwerfung, sondern „konstruktiv“ auf Normbestätigung gerichtet. Ähnliches gilt für die Verfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG, in denen das BVerfG gegebenenfalls völkerrechtliche Normen als Bestandteile des Bundesrechts bestätigt.

Als Variante gleichsam „zwischen“ Normverwerfung und Normbestätigung kann eine verfassungskonforme Auslegung

einer Norm in Betracht kommen. Dabei handelt es sich meist um eine restriktive Auslegung der überprüften Norm, die im Ergebnis einer Teilverwerfung durchaus nahekommen kann. Allerdings wird die Norm formal gerade vor der Verwerfung bewahrt und letztlich also doch bestätigt, sodass formal eine Normbestätigung erfolgt.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass Normenkontrollverfahren im hier verstandenen Sinne im Ergebnis entweder Normverwerfungs- oder Normbestätigungsverfahren sind. Weiter zu differenzieren ist dann bei den Rechtsfolgen in Fällen der Unvereinbarkeit der Norm mit höherrangigem Recht.

cc) Begrenzt man Normenkontrollverfahren mit dem gängigen Sprachgebrauch auf diese Funktionen, bleiben Verfahren außer Betracht, in denen Normen zwar auf ihre Gültigkeit geprüft werden, in denen aber der prüfenden Instanz die Entscheidung darüber entzogen ist, selbst verbindlich darüber zu befinden, ob die Norm zu verwerfen ist. Auch solche *Normprüfungen* sind keineswegs rein theoretischer Natur, sondern ergänzen vielmehr das System der Normenkontrollen um einen wesentlichen Teil. Mehr noch: Die Systematik der Normenkontrollen setzt sogar voraus, dass solche Normprüfungen jenseits der Normenkontrollverfahren stattfinden. Das lässt sich am besten an der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG zeigen. Dem Verfahren vor dem BVerfG geht notwendig ein Vorlagebeschluss eines Fachgerichts voraus. Dieser Vorlagebeschluss ist nach der insoweit sehr strengen Rechtsprechung des BVerfG¹³ nur dann zulässig, wenn nicht nur die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Norm dargelegt wird, sondern auch die Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Verfassungswidrigkeit der Norm. Das Gericht muss darüber hinaus auch begründen, warum eine verfassungskonforme Auslegung der Norm nicht in Betracht kommt, die eine Vorlage entbehrlich machen würde. Das bedeutet, dass Art. 100 Abs. 1 GG zwar ein Verwerfungsmonopol des BVerfG für Parlamentsgesetze begründet, aber eine *Normprüfungskompetenz* aller Fachgerichte voraussetzt. Das ist wiederum eine Konsequenz des materiellen Verfassungsrechts. Wegen der unmittelbaren Grundrechts- und Verfassungsbindung aller Staatsgewalt nach Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG liegt dieser Normprüfungskompetenz sogar eine *Normprüfungspflicht* zugrunde. Jedes Fachgericht muss danach – von Amts wegen – Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit einer entscheidungserheblichen Norm nachgehen. Das gilt für Normen aller Art. Der Rang der Norm entscheidet lediglich darüber, welche prozessualen Konsequenzen es gegebenenfalls hat, wenn sich diese Zweifel zu einer Überzeugung verhärten. Im Falle nachkonstitutioneller Parlamentsgesetze muss das Fachgericht dieses wegen des Verwerfungsmonopols des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen. Während eine inzidente Normenverwerfung durch die Fachgerichte bei vorkonstitutionellem Recht oder untergesetzlichen Normen möglich ist, fallen bei den nachkonstitutionellen Parlamentsgesetzen Normprüfungspflicht und *Normverwerfungsverbot* der Fachgerichte zusammen. Ähnliches gilt auch für das Vorlageverfahren zum EuGH nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV, soweit die Frage der Gültigkeit einer unions-

¹³ S.o. Fn. 7.

rechtlichen Norm aufgeworfen wird. Auch einem solchen Verfahren vor dem EuGH geht eine Normprüfung durch das vorliegende nationale Gericht voraus, dem die Verwerfungskompetenz entzogen ist.

Die materielle Verfassungsbindung nach Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG gilt freilich nicht nur für alle Gerichte, sondern auch für die Exekutive und die Legislative. Auch innerhalb dieser Staatsgewalten können Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Norm – freilich unter qualifizierten Voraussetzungen – letztlich in ein Normenkontrollverfahren münden. Zum einen ist hier die Antragsberechtigung der Behörden nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO für prinzipale Normenkontrollen zu den Oberverwaltungsgerichten zu nennen. Zum anderen ist an die abstrakten Normenkontrollen vor den Verfassungsgerichten zu denken, in denen jedenfalls die Bundesregierung bzw. die Landesregierungen als Verwaltungsspitze sowie eine qualifizierte Minderheit der Legislative antragsberechtigt sind. Erwähnt sei, dass Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes durch entsprechende Eingaben bzw. im Rahmen beamtenrechtlicher Remonstrationen auch hierarchisch „von unten nach oben“ an die Verwaltungsspitze gelangen können. Bemerkenswert ist auch, dass § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG ausdrücklich den Fall regelt, dass eine Verwaltungsbehörde eine Norm „als unvereinbar mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewendet hat“. Auch die Gesetzesbindung der Verwaltung ist somit verfassungsstaatlich relativiert und an die zumindest theoretische Chance der Normenkontrollen angeschlossen. Auch die Antragsberechtigung für die Kommunalverfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zum BVerfG bzw. zu den Landesverfassungsgerichten liegt bei der Exekutive und setzt entsprechende Normprüfung voraus. Schließlich könnten auch Zweifel an der Gültigkeit einer unionsrechtlichen Norm in einer Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 263 Abs. 2 AEUV gipfeln. Freilich sei nicht verschwiegen, dass abstrakte Normenkontrollen zu den Verfassungsgerichten bzw. Nichtigkeitsklagen zum EuGH in der Praxis primär ein demokratisches Instrument politischer Opposition darstellen und kaum je ein rechtsstaatliches Ventil für Bedenken an der Verwaltungsbasis. Sie spiegeln deshalb eher Diskussionen auf der hochpolitischen Ebene als Konflikte zwischen der vollziehenden Verwaltung einerseits und der Rechtsetzung andererseits.

dd) Abschließend sei noch eine gleichsam umgekehrte Perspektive eingenommen, um eine weitere Grenze gerichtlicher Normenkontrollverfahren deutlich zu machen. In der Praxis hat das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV weniger die Bedeutung, dass ein nationales Gericht die Frage der Gültigkeit einer unionsrechtlichen Norm dem EuGH vorlegen kann. Vielmehr geht es meist um die Auslegung einer unionsrechtlichen Norm, die gegebenenfalls ihrerseits mit nationalem Recht kollidiert. Wird eine entsprechende Auslegung des Unionsrechts vom EuGH bestätigt, muss das nationale Gericht die Konsequenzen für das deutsche Recht ziehen. Wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts¹⁴ muss

dann das nationale Recht zurücktreten, d.h. die entgegenstehende Norm des nationalen Rechts darf im konkreten Fall nicht angewendet werden (bleibt freilich gültig und anwendbar in Fällen, auf die sich das Unionsrecht nicht erstreckt bzw. im Ergebnis nicht entgegensteht). Wichtig für den vorliegenden Kontext ist, dass der EuGH seinerseits keine Verwerfungskompetenz gegenüber nationalem Recht hat. Seine Entscheidung hat zwar gegebenenfalls zwingende Konsequenzen, es handelt sich aber eben nur um *mittelbare Auswirkungen auf die inzidente Normverwerfung* durch das vorliegende Gericht. Eine solche inzidente Normverwerfung erschöpft sich in der Nichtanwendung der nationalen Norm im unionsrechtlichen Kontext. Wenn man so will, findet hier ein kooperatives, ineinander greifendes, mehraktiges Normenkontrollverfahren zweier Gerichte, nämlich des EuGH und des nationalen Gerichts, statt. Die mehreren Verfahrensakte bestehen darin, dass zunächst das nationale Gericht die nationale und die europäische Norm prüft und dann das Vorabentscheidungsverfahren einleitet, dass dann der EuGH über die unionsrechtlichen Fragen entscheidet und schließlich das nationale Gericht die Konsequenzen für das deutsche Recht zieht.

Einen anderen Mechanismus lösen Entscheidungen des EGMR aus, wenn sich aus solchen eine Kollision eines deutschen Gesetzes mit der EMRK ergibt. Anders als das Unionsrecht beansprucht die EMRK keinen Anwendungsvorrang.¹⁵ Das deutsche Gesetz bleibt also nicht ohne weiteres schlicht unangewendet. Vielmehr müssen die nationalen Gerichte versuchen, das nationale Recht unter Berücksichtigung der EMRK (die ihrerseits ein Bundesgesetz ist) und der Rechtsprechung des EGMR auszulegen.¹⁶ Gegebenenfalls wirft eine Kollision zwischen nationalen Gesetzen und der EMRK dabei die parallele Frage auf, ob das nationale Gesetz nicht auch gegen nationale Grundrechte verstößt. Das gilt umso mehr deshalb, weil das Grundgesetz seinerseits im Lichte der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR, d.h. völkerrechtsfreundlich und zu interpretieren ist. Wenn insofern eine verfassungskonforme Auslegung des nationalen Gesetzes nicht möglich erscheint, kommt auch eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG¹⁷ in Betracht.

In einem noch weiteren Sinne können freilich auch andere, vor allem verfassungsgerichtliche Entscheidungen mittelbare Auswirkungen auf Normenkontrollen haben. So kann z.B. die Verwerfung einer landesrechtlichen Norm durch das BVerfG Auswirkungen auf eine gleichlautende Norm eines anderen Landes haben, die jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens war, aber z.B. vor einem Landesverfassungsgericht angefochten wurde. Konsequenzen einer Rechtsprechung für parallel gelagerte Konstellationen sind indes keine Besonderheit von Normenkontrollen und sollen deshalb hier nicht weiter vertieft werden.

(Fn. 10), Rn. 194 ff., sowie *Sauer*, Staatsrecht III, 2011, § 8 Rn. 25 ff.

¹⁵ Zu den Unterschieden vgl. *Michael/Morlok* (Fn. 4), Rn. 96.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü) = BeckRS 2004, 25112; dazu im zweiten Teil u. V.

¹⁷ Zum Verhältnis zwischen Art. 100 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG sogleich unter III. 3.

¹⁴ Grundlegend EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. C-6/64 (*Costa v. ENEL*) = Slg. 1964, 1253 (1269 f.); vgl. dazu etwa *Streinz*

Zwischenfazit: Normenkontrollen haben keinen rein destruktiven Charakter. Die Möglichkeit der Normverwerfung ist nur eine ihrer vielen Funktionen und selbst dann lassen sich die Konsequenzen nicht als destruktiv charakterisieren. Je mehr man andererseits die konstruktiven Elemente von Normenkontrollen in den Blick nimmt, desto dringlicher stellt sich die Frage der funktionalen Beschränkung der Gerichtsbarkeit. Richterlich geschaffene Übergangsregelungen und kreative, verfassungskonforme Auslegungen reichen an die Grenze der Rechtsetzung.

2. Verschiedene Normen als Gegenstände unterschiedlicher Normkontrollverfahren

Welches Normkontrollverfahren vor welchem Gericht in Betracht kommt, hängt zunächst davon ab, was für eine Art von Norm überprüft werden soll.

a) Differenzierungen nach der Normebene: Bundesrecht, Landesrecht und Unionsrecht

Vor allem für die Zuständigkeit der verschiedenen Gerichte ist von Bedeutung, ob es sich bei der zu überprüfenden Norm um eine Norm des Bundes- oder Landesrechts oder aber überhaupt nicht um eine des nationalen Rechts, sondern des Unionsrechts handelt.

Grundsätzlich gelten für alle prinzipialen Normenkontrollen bestimmte Grenzen der Verwerfungskompetenz: Die Landesverfassungsgerichte und nach § 47 VwGO die Oberverwaltungsgerichte können ausschließlich Landesrecht verwerfen; die nationalen Gerichte können ausschließlich nationales Recht verwerfen und der EuGH kann ausschließlich Unionsrecht verwerfen. Das BVerfG kann im Rahmen abstrakter und konkreter Normenkontrollen und Individualverfassungsbeschwerden sowohl Bundes- als auch Landesrecht verwerfen. Das gilt theoretisch auch für Kommunalverfassungsbeschwerden, wobei hier allerdings die Verfahren vor dem BVerfG subsidiär gegenüber entsprechenden landesverfassungsgerichtlichen Verfahren sind. Erwähnt sei hier auch der Sonderfall des Art. 100 Abs. 2 GG, bei dem es um die Bestätigung völkerrechtlicher Normen als Bestandteile des Bundesrechts geht.

Bei den inzidenten Normenkontrollen sind die Zuständigkeiten weniger klar getrennt, sondern greifen ineinander. So kann die Fachgerichtsbarkeit der Länder (also auch jedes erstinstanzliche Gericht) untergesetzliches bzw. vorkonstitutionelles Bundesrecht unangewendet lassen, wenn es gegen höherrangiges Recht verstößt. Das ist also keineswegs den obersten Bundesgerichten vorbehalten.

b) Differenzierungen nach dem Rang und Wesen der Norm: Untergesetzliche Normen, Parlamentsgesetze und Verfassungsnormen als Gegenstände von Normenkontrollen

Weiter ist zwischen Parlamentsgesetzen und untergesetzlichen Normen zu unterscheiden: *Parlamentsgesetze* können Gegenstand einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle oder einer Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG sein. Daneben kommen auch bei anderen Verfahren vor dem BVerfG inzidente Normenkontrollen und Normverwerfungen in Betracht. Die Fachgerichte hingegen dürfen Parlamentsgesetze nicht

verwerfen. Davon unberührt bleibt freilich die Möglichkeit, ja sogar die rechtsstaatliche Pflicht aller Fachgerichte, gegebenenfalls auch Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit von Parlamentsgesetzen nachzugehen (Normprüfungskompetenz im Gegensatz zur Normverwerfungskompetenz). Verdichten sich die Zweifel zur Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit, muss das Fachgericht die Norm nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG bzw. einem Landesverfassungsgericht vorlegen. Ähnliches gilt für Zweifel der Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Unionsrecht.

Eine Besonderheit gilt für so genannte „*vorkonstitutionelle Parlamentsgesetze*“. Das in Art. 100 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende Verwerfungsmonopol des BVerfG soll nämlich nur für „*nachkonstitutionelle Parlamentsgesetze*“ gelten, d.h. die Gesetze, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes bzw. der Landesverfassungen seit 1946 unterworfen sind und denen die formale Legitimation der Parlamente der Nachkriegszeit zugrunde liegt.¹⁸ Gesetze aus der Zeit davor (z.B. der Weimarer Republik) gelten zwar nach Art. 123 GG fort, soweit sie den (inhaltlichen!) Anforderungen des Grundgesetzes nicht widersprechen (das gilt auch für die nicht wenigen heute noch anwendbaren Normen aus der Zeit des Nationalsozialismus). Über die Verfassungswidrigkeit entscheidet jedes Fachgericht und darf die Norm gegebenenfalls nicht anwenden – und zwar ohne die Norm dem BVerfG vorzulegen. Die Fachgerichte entscheiden hierüber inzident (dazu unter III. 1. b) – also z.B. im Rahmen einer verwaltungs-, straf- oder zivilgerichtlichen Einzelfallstreitigkeit.

Im Gegensatz zu den nachkonstitutionellen Parlamentsgesetzen haben die Fachgerichte eine Verwerfungskompetenz für *untergesetzliche Normen* (Verordnungen und Satzungen).¹⁹ Hierfür existiert mit § 47 VwGO ein eigenes Verfahren einer prinzipialen Normenkontrolle vor den Oberverwaltungsgerichten. Nach § 47 Abs. 4 S. 2 VwGO erklärt das Oberverwaltungsgericht gegebenenfalls die Norm mit allgemein verbindlicher Wirkung für unwirksam. Dieses Verfahren existiert allerdings nur für einen relativ kleinen Teilausschnitt untergesetzlicher Normen: Nach § 47 Abs. 1 VwGO gilt das nämlich nur für bestimmte Normen des Baurechts, insbesondere die Bebauungspläne und für weitere Normen des Landesrechts nur i.V.m. einer entsprechenden landesgesetzlichen Regelung, die es z.B. in Nordrhein-Westfalen nicht gibt. Alle anderen untergesetzlichen Normen, insbesondere auch die des Bundesrechts, sind also nicht erfasst. Für sie – im Übrigen auch für alle Normen, die auch unter § 47 VwGO fallen – besteht aber die Möglichkeit einer inzidenten Normenkontrolle und Verwerfung durch die Fachgerichte.

Erwähnt seien hier auch die *Verfassungsnormen*, insbesondere verfassungsändernde Gesetze. Sie sind regelmäßig Maßstäbe von Normenkontrollen, können aber ausnahmsweise auch deren Gegenstand sein. Auf den ersten Blick erscheint es widersprüchlich, Verfassungsnormen am Verfassungsrecht

¹⁸ So schon BVerfG, Urt. v. 24.2.1953 – 1 BvL 21/51 (Normenkontrolle II) = BVerfGE 2, 124 (128 ff.); s.a. *Gersdorf*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 168 f.

¹⁹ Vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 38. Lfg., § 90 Rn. 392.

zu messen. Genauer betrachtet ist dies aber in zwei Konstellationen denkbar: Zum einen bindet Art. 79 GG auch den verfassungsändernden Gesetzgeber. Ob ein verfassungsänderndes Gesetz in einem korrekten Gesetzgebungsverfahren einschließlich der Anforderungen des Art. 79 Abs. 2 GG (also mit Zweidrittel-Mehrheiten) verabschiedet wurde und ob es den inhaltlichen Anforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG (also der so genannten „Ewigkeitsklausel“) genügt, ist eine verfassungsrechtliche Frage. Das BVerfG kann diese auch prüfen und die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers durchsetzen. Zum anderen kann Landesverfassungsrecht gegen das Grundgesetz verstoßen. Zwar genießen die Länder im Bundesstaat kraft ihrer Staatsqualität Verfassungsautonomie. Aber Letztere wird durch die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG beschränkt. Auch dies kann das BVerfG überprüfen: Landesrecht als Gegenstand einer Normenkontrolle i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG kann also auch Landesverfassungsrecht sein.

Schließlich sei noch ein Wort zu *ungeschriebenem Recht* gesagt. Normenkontrollen nach deutschem Recht beziehen sich grundsätzlich nur auf geschriebene Normen und also nicht auf Gewohnheits- oder Richterrecht. Sie sind also ein spezifisches Phänomen eines kontinentaleuropäischen Gesetzesstaats. Ihr Wesen liegt gerade darin, dass die geschriebenen Normen dieses Rechtssystems durch die Gerichte auf den Prüfstand kommen. Ungeschriebene Normen hingegen werden von der Rechtsprechung erst festgestellt bzw. sind als Richterrecht von der Rechtsprechung selbst kreiert. Soweit man hier überhaupt von Normen sprechen mag und also Normsetzung durch die Rechtsprechung anerkennt, bedeutet das für die Terminologie der Normenkontrolle: Wird solche Rechtsprechung durch Gerichte später in Frage gestellt, handelt es sich gleichsam um einen Akt der Normänderung bzw. -ergänzung und nicht der Normenkontrolle.

3. Verschiedene Maßstäbe unterschiedlicher Normenkontrollverfahren

Normenkontrollen unterscheiden sich nicht nur durch verschiedene Normen als Gegenstand der Kontrolle, sondern auch durch verschiedene Maßstäbe, an denen die Normen gemessen werden – wiederum mit Konsequenzen auch für die Zuständigkeit unterschiedlicher Gerichte.

Je nach Rang der zu überprüfenden Norm kommen verschiedene höherrangige Normen als Maßstab in Betracht. Das hängt mit dem Stufenbau der Rechtsordnung zusammen. Parlamentsgesetze werden nur am Verfassungsrecht gemessen, Verordnungen und Satzungen hingegen auch an den Parlamentsgesetzen. Hinzu kommt, dass Landesrecht auch an Bundesrecht (nicht aber umgekehrt) gemessen werden kann. Während sich die Gegenstände der Normenkontrollverfahren auf geschriebenes Recht beschränken, kommen als Maßstab auch ungeschriebene Normen in Betracht.

Umstritten ist, wie Kollisionen von Landesrecht mit der EMRK zu lösen sind. Formal ließe sich argumentieren, dass die EMRK ein Bundesgesetz ist und das Landesrecht nach

Art. 31 GG nachrangig.²⁰ Während indes Art. 31 GG die rigide Rechtsfolge anordnet, dass Landesrecht gebrochen wird, verfolgt das BVerfG einen „weichen“ Ansatz der Integration der EMRK in die deutsche Rechtsordnung.²¹ Obwohl die EMRK formal „nur“ den Rang eines „einfachen“ Bundesgesetzes hat, strahlt sie auf die Auslegung des Grundgesetzes aus. Die Integration erfolgt nicht regelhaft, sondern prinzipiengeleitet. Das sollte auch „zugunsten“ des Landesrechts gelten: Obwohl die EMRK formal als Bundesgesetz dem Landesrecht vorgeht, ist hier nicht der rigide Art. 31 GG anzuwenden, der nur für echte Normwidersprüche, nicht aber für Gewichtsverlagerungen bei den Grundrechten konzipiert ist.²² Letzteres zeigt Art. 142 GG als Sonderregelung gegenüber Art. 31 GG. Daraus ergibt sich, dass hier Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG in seiner ersten Variante (Verstoß eines Landesgesetzes gegen das Grundgesetz) und nicht in seiner zweiten Variante (Verstoß eines Landesgesetzes gegen ein Bundesgesetz) anzuwenden ist.

Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG ist auch ein Beispiel dafür, dass die jeweils anzuwendenden Maßstäbe nicht nur davon abhängen, welche Rechtsnormen von ihrem Rang her überhaupt als höherrangiges Recht in Frage kommen. Vielmehr ist für die einzelnen Verfahrensarten jedenfalls bei den spezifischen Normenkontrollen z.T. geregelt, welche Maßstäbe das Gericht anzulegen hat. Das führt z.T. allerdings wiederum zu Differenzierungen, die durch Auslegung wiederum korrigiert werden, um Lücken zu vermeiden. So ist nach dem Wortlaut des Grundgesetzes der Maßstab der Überprüfung von Landesrecht unterschiedlich geregelt für abstrakte Normenkontrollen einerseits und für konkrete Normenkontrollen andererseits. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG kommt als Maßstab neben dem Grundgesetz auch „sonstiges Bundesrecht“ in Betracht, nach Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG hingegen neben dem Grundgesetz nur „Bundesgesetze“. Parallel unterscheidet der Wortlaut des Grundgesetzes auch beim Gegenstand dieser Verfahren zwischen „Bundesrecht oder Landesrecht“ (bei der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) und „Gesetz“ (bei der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) bzw. „Landesgesetz“ (vgl. Art. 100 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG). Während das BVerfG diesen Unterschied hinsichtlich des Verfahrensgegenstandes beim Wort nimmt (dazu ausführlich unter IV.), nivelliert es ihn hinsichtlich des Verfahrensmaßstabs. Danach ist Maßstab für die Überprüfung von Landesgesetzen bei beiden Verfahrensarten jeweils das gesamte (gegebenenfalls also auch untergesetzliche) Bundesrecht.²³ Das BVerfG stellt dabei ausdrücklich auf den „Sinn des Art. 100 Abs. 1 GG“ ab und schließt seine Argumente mit dem be-

²⁰ So März, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, zu Art. 31 Rn. 33 und Walter, in: Grote/Maruhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 31 Rn. 17.

²¹ S.o. Fn. 16.

²² Koriath, in: Maunz/Dürig, GG, 50. Lfg., zu Art. 31 Rn. 13 (zur EMRK allerdings ebd. Rn. 19; hierzu speziell Michael/Morlok [Fn. 4], Rn. 116).

²³ BVerfG, Urt. v. 20.5.1952 – 1 BvL 4/51 (Ladenschlussgesetze) = NJW 1952, 737; zust. Wieland, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 100 Rn. 28.

merkwürdigen Satz: „Der Wortlaut des Art. 100 Abs. 1 Satz 2, zweite Alternative GG kann demgegenüber nicht ins Gewicht fallen.“²⁴

Mit diesem (beispielhaften) Zitat lässt sich auch ein Zwischenfazit für den ersten Teil dieses Beitrags ziehen. Es kommt also auf den Sinn der jeweiligen prozessrechtlichen Vorschriften an, der freilich differenziert zu betrachten ist. Deshalb lohnt eine vertiefte Beschäftigung mit den Funktionen der Normenkontrollen und deren Systematik. Die Konsequenzen werden im zweiten Teil zu ziehen sein, wenn es um die Einzelfragen der Zulässigkeit, der Begründetheit und der Konsequenzen der einzelnen Normenkontrollverfahren gehen wird.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 20.5.1952 – 1 BvL 4/51 (Ladenschlussgesetze) = BVerfGE 1, 283 (292).