

Normenkontrollen – Teil 3

Fragen der Zulässigkeit: Konkrete Normenkontrolle

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf*

IV. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der wichtigsten Normenkontrollverfahren (Fortsetzung)

3. Konkrete Normenkontrollen nach Art. 100 Abs. 1 GG

Der Erörterung der einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen sei eine *Vorbemerkung zur teleologischen Auslegung* der einschlägigen Vorschriften vorangestellt: Anders als bei der abstrakten Normenkontrolle ist der Telos der konkreten Normenkontrolle umstritten. Vorzugswürdig ist, in diesem Verfahren eine Mischung dreier Zwecke zu sehen.

Erstens: Das BVerfG stellt einen funktionell-gewaltenteiligen, der konkreten Normenkontrolle eigentümlichen Zweck in den Mittelpunkt, nämlich den Schutz des parlamentarischen Gesetzgebers vor den Fachgerichten, die – wenn es die konkrete Normenkontrolle nicht gäbe – sonst unter Berufung auf ihre Verfassungsbindung selbst ein Verwerfungsrecht für sich beanspruchen könnten. Es geht dem BVerfG also um einen Zweck der Gewaltenteilung, bei dem es selbst der „lachende Dritte“ ist. Denn dem BVerfG kommt damit das Verwerfungsmonopol für Parlamentsgesetze zu. Wird als Schutzzweck insoweit die Autorität des Gesetzgebers genannt,¹ wird dadurch nur umso deutlicher, dass die Autorität des BVerfG demgegenüber noch herausgehoben ist. Deutlich gesagt sei allerdings, dass der Zweck des Art. 100 Abs. 1 GG nicht darin liegt, die Fachgerichte davor zu bewahren, schwierige verfassungsrechtliche Fragen selbst zu stellen und (vorläufig, nämlich vorlegend) zu beantworten.

Zweitens: Jedenfalls soweit das Ausgangsverfahren des vorliegenden Fachgerichts dem subjektiven Rechtsschutz dient, wird dieser gegebenenfalls auch durch die konkrete Normenkontrolle verwirklicht, wenn nämlich eine den Kläger belastende Norm verworfen wird.² Die subjektiv-rechtliche Funktion ist allerdings nicht eigenständig, sondern Folge des erstgenannten Zwecks i.V.m. dem gegebenenfalls subjektiv-rechtlichen Charakter des Ausgangsverfahrens. In Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG heißt es nicht: „Hält ein Gericht ein Gesetz [...] für verfassungswidrig und kann sich einer der Verfahrensbeteiligten auf die Verletzung der Verfassungsbestimmung berufen, [...]“. Die gegebenenfalls auch subjektiv-rechtliche Bedeutung der konkreten Normenkontrolle ist Reflex ihrer primär objektiv-rechtlichen Funktion – und nicht umgekehrt, wie es bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde der Fall ist.

Drittens: Wie prototypisch bei der abstrakten Normenkontrolle geht es auch bei der konkreten – und letztlich bei jeder – Normenkontrolle jedenfalls *auch* um einen weiteren, ebenfalls objektiv-rechtlichen Zweck, nämlich der Klärung

von Zweifeln über die Gültigkeit von Rechtsnormen. Dieser Zweck hat nach der Rechtsprechung im Falle der konkreten Normenkontrolle keine eigenständige Bedeutung, sondern ist lediglich ein Reflex. Das BVerfG³ stellt diesen Zweck aber weit zurück, da er Argumente zu einer extensiveren Handhabung liefert, denen das BVerfG mit einer restriktiven Sichtweise begegnet. Dieser dritte Zweck tritt nach der Rechtsprechung hinter den erstgenannten Zwecken gegebenenfalls zurück: Wenn es nicht um Parlamentsgesetze geht und wenn dem subjektiven Rechtsschutz auch ohne das verzögernde Zwischenverfahren Rechnung getragen werden kann, dann bleibt die Vorlage unzulässig.

a) Zuständigkeit(en)

Genau betrachtet regelt Art. 100 Abs. 1 GG zwei alternative Zuständigkeiten für konkrete Normenkontrollen, die sich nach dem Maßstab der Überprüfung unterscheiden: Geht es um die Vereinbarkeit einer Norm mit Bundesrecht, ist das BVerfG zuständig, geht es um die Vereinbarkeit mit dem Landesverfassungsrecht, sind die Landesverfassungsgerichte zuständig, die freilich auch ihrerseits vorlageberechtigt sind.⁴ § 13 Nr. 11 BVerfGG fasst die Fälle der Zuständigkeit des BVerfG zusammen.

b) Vorlageberechtigung

Mit „Gericht“ i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG ist nicht die abstrakte Institution als ganze (also nicht etwa ein Verwaltungsgericht) gemeint und ebenso wenig jeder einzelne Richter. Vorlageberechtigtes „Gericht“ ist vielmehr der für das Ausgangsverfahren zuständige Spruchkörper eines staatlichen Gerichts (also etwa die Kammer eines Verwaltungsgerichts). Über die Vorlage entscheidet der Spruchkörper in seiner vollständigen Besetzung, d.h. der einzelne Richter nur dann, wenn er als Einzelrichter seinerseits die Entscheidung, für die die Vorlage entscheidungserheblich ist, alleine zu treffen hat.⁵ Das ergibt sich daraus, dass es sich bei dem Verfahren um ein Zwischenverfahren eines konkreten Rechtsstreits handelt. Der Spruchkörper muss sachlich unabhängig sowie gesetzlich mit den Aufgaben eines Gerichts betraut sein und als Gericht bezeichnet werden.⁶ Nur staatliche Gerichte, also keine Schiedsgerichte sind gemeint. Auch Tätigkeiten, die der Justiz institutionell zugeordnet sind, wie die des Rechtspflegers⁷ und die so genannten Justizverwaltungsakte eines Richters als weisungsgebundene Vollstreckungsbehörde⁸, fallen aus dem Rah-

* Der Verf. ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Beitrag ist die Fortsetzung des Beitrags „Normenkontrollen – Teil 2 – Fragen der Zulässigkeit: Abstrakte Normenkontrolle“, ZJS 2014, 254.

¹ Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 567.

² So auch Hillgruber/Goos (Fn. 1), Rn. 571 f.

³ Statt aller BVerfGE 1, 184 (197); 114, 303 (310); zustimmend und den Gegensatz zur abstrakten Normenkontrolle betonend Hillgruber/Goos (Fn. 1), Rn. 567.

⁴ BVerfGE 69, 112 (117 f.).

⁵ BVerfGE 98, 145 (152).

⁶ BVerfGE 6, 55 (63).

⁷ BVerfGE 61, 75 (77).

⁸ BVerfGE 20, 309 (311 f.).

men des Art. 100 Abs. 1 GG, während das BVerfG Vorlagen in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannt hat.⁹

c) Vorlagegegenstand

Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle ist ein „Gesetz“ i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG. Es ist auslegungsbedürftig und umstritten, was mit „Gesetz“ gemeint ist. Nach der Rechtsprechung ist der Begriff „Gesetz“ – anders als i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG (dazu Teil 4 unter 5. c) – eng auszulegen. Das BVerfG¹⁰ erkennt als Gegenstand konkreter Normenkontrollen nach Art. 100 Abs. 1 GG nur nachkonstitutionelle Parlamentsgesetze an. Nachkonstitutionell sind die Gesetze, die nach dem 23.5.1949 verkündet wurden sowie diejenigen Normen, die der Gesetzgeber seither in seinen Willen aufgenommen hat. Ein Bestätigungswille kann durch Neuverkündung¹¹ (nicht aber durch bloße Neubekanntmachung¹²), Änderung (wohl auch die normbestätigende, d.h. im Ergebnis negative Beratung über eine Änderung¹³) oder Bezugnahme¹⁴ (Verweis auf eine vorkonstitutionelle Norm)¹⁵ geschehen. Das „Gesetz“ als Vorlagegegenstand und auch seine Einstufung als nachkonstitutionell beziehen sich auf Einzelschriften, nicht also auf ganze Regelwerke. So sind einzelne, nach wie vor unveränderte Vorschriften aus dem BGB bis heute als vorkonstitutionell zu behandeln. Das BVerfG¹⁶ sieht die Funktion des Art. 100 Abs. 1 GG primär in einem besonderen Aspekt der Gewaltenteilung: Nur die demokratisch konstituierten Parlamente i.S.d. Grundgesetzes seien davor geschützt, dass jedes Fachgericht ihre Rechtsetzungsakte verwerfen darf. Insofern gelte das Verwerfungsmonopol des BVerfG, was Art. 100 Abs. 1 GG klarstelle. Bei dieser restriktiven Auslegung entstehe auch – anders als bei Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG (dazu Teil 4 unter 5. c) – keine ungewollte Lücke. Andere Rechtsnormen kann das vorlageberechtigte Fachgericht gegebenenfalls auch selbst unangewendet lassen, wenn solche Normen gegen höherrangiges Recht verstoßen. Wenn das Gericht eine streitentscheidende Norm trotz vorgetragener

ner Zweifel an deren Verfassungsmäßigkeit anwendet, kann die unterlegene Partei nach Erschöpfung des Rechtswegs gegebenenfalls Verfassungsbeschwerden erheben. Das BVerfG muss sich allerdings vorwerfen lassen, von dem Argument des Schutzes der Autorität der Parlamente abgerückt zu sein, indem es satzungsvertretende Gesetze¹⁷ den untergesetzlichen Normen i.S.d. § 47 VwGO (dazu ausführlich in Teil 5) gleichgestellt hat.¹⁸

Wer mit einem Teil der Literatur¹⁹ die objektive Klärungsfunktion aller Normenkontrollen optimieren mag, hat gute Gründe, Art. 100 Abs. 1 GG weit auszulegen. Danach könnte „Gesetz“ i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG – wie bei Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG (dazu Teil 4 unter 5. c) – auch jede materielle Norm, also auch eine Satzung oder eine Verordnung sein. Verfahrensökonomische Aspekte sprechen freilich dagegen, dass das BVerfG seine Rechtsprechung ändert. Denn unbestreitbar wird das BVerfG durch die restriktive Auslegung des Art. 100 Abs. 1 GG entlastet. Freilich könnte eine möglichst frühzeitige Klärung der Verfassungswidrigkeit untergesetzlicher Normen Rechtsklarheit schaffen und damit auch Rechtsstreitigkeiten verhindern. Aber regelmäßig wird auch die Rechtsprechung der Fachgerichte mit ihrem Instanzenzug eine Klärung leisten können – angesichts der Überlastung des BVerfG vielleicht sogar schneller als jenes. Vor allem für die Parteien im Ausgangsrechtsstreit führen die Aussetzung des Verfahrens und die Vorlage wenigstens zunächst zu einer Verzögerung der Sachentscheidung. Die Auffassung des BVerfG dient somit auch dem subjektiven Interesse effektiven Rechtsschutzes. Weil hier zwei der drei Zwecke der konkreten Normenkontrolle für eine Beschränkung des Gegenstandes streiten, ist der Rechtsprechung im Ergebnis zuzustimmen.

Zur Vertiefung: Bemerkenswert ist insofern auch die historische Entwicklung. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen war eine in der Weimarer Zeit viel und sehr kontrovers diskutierte Frage. Erinnerung sei daran, dass *Carl Schmitt*²⁰ vor den Konsequenzen eines Jurisdiktionsstaates warnte und in monarchischer Tradition die Rolle des „Hüters der Verfassung“ dem Staatsoberhaupt als *pouvoir neutre* zuerkannte. Darauf reagierte *Hans Kelsen*²¹ mit seiner Streitschrift, die ein Verfassungsgericht als Hüter der Verfassung forderte. Das Reichsgericht selbst hatte zuvor ein richterliches, auch materielles Prüfungsrecht für sich reklamiert²² und der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich bezeichnete sich

⁹ BVerfGE 4, 45 (48).

¹⁰ BVerfGE 1, 184 (Ls. 1): nur Gesetze im formellen Sinne; zum Erfordernis der Nachkonstitutionalität: BVerfGE 2, 124 (Ls.).

¹¹ BVerfGE 64, 217 (220).

¹² BVerfGE 64, 217 (221).

¹³ BVerfGE 6, 55 (64); offen gelassen in BVerfGE 13, 290 (295); kritisch: *W. Meyer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 100 Rn. 18.

¹⁴ BVerfGE 70, 126 (130 f.).

¹⁵ Das kann auch eine vorkonstitutionelle Verordnung sein; für den Spezialfall einer gesetzesvertretenden Verordnung von 1944: BVerfGE 52, 1; zu gesetzesvertretenden Verordnungen als solche BVerfGE 22, 1 (12).

¹⁶ BVerfGE 1, 184 (197); dazu *Bettermann*, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, 1976, S. 323 (328); *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, S. 988; zu den Konsequenzen für die Grenzen verfassungskonformer Auslegung: BVerfGE 90, 263 (275).

¹⁷ Ein satzungsvertretendes Gesetz ist ein solches, das aufgrund einer in einer Landesverfassung normierten Ermächtigung an Stelle einer Satzung erlassen wird.

¹⁸ BVerfGE 70, 35; auf diese Inkonsequenz weist auch *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 13 Rn. 9, hin.

¹⁹ Zur Kritik an der Rechtsprechung *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 686; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 138.

²⁰ *C. Schmitt*, AÖR 55 (1929), 161.

²¹ *H. Kelsen*, Die Justiz 6 (1930/31), 576 ff.: „diese Schrift aus der Rumpelkammer des konstitutionellen Theaters“.

²² RGZ 111, 320 (322 f.).

als „Hüter der Reichsverfassung“²³. Nahe läge es insofern, Art. 100 Abs. 1 GG als Bestätigung des richterlichen Prüfungsrechts in der Sache und dessen Zuweisung an die nunmehr geschaffene Verfassungsgerichtsbarkeit zu interpretieren. Das BVerfG indes sieht Art. 100 Abs. 1 GG nur als (freilich zentralen) Spezialfall eines im Übrigen in der Tradition des Reichsgerichts fortbestehenden allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts.

Wo Art. 100 Abs. 1 GG nicht greift, kann es zu uneinheitlicher Rechtsprechung kommen. Inzidenten Normenkontrollen der Fachgerichte fehlt eine verbindliche Wirkung über den Einzelfall hinaus. Die faktische Orientierungswirkung fachgerichtlicher Rechtsprechung kann freilich in der Praxis ähnlich weit reichen. Würde man Gesetze i.S.d. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG auch auf untergesetzliches Recht erstrecken, ließe sich eine insoweit optionale Richtervorlage auch mit dem Korrektiv des objektiven Klarstellungsinteresses auf solche Fälle beschränken, in denen uneinheitliche Rechtsprechung vorliegt. Allerdings wären dies die Fälle, in denen § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG eine Normbestätigungsklage im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle anerkennt. Dem Gesetzgeber bleibt es überlassen, inwieweit er die Funktion der objektiven Rechtssicherheit dadurch optimiert, dass er die Möglichkeiten der bestehenden Normenkontroll-Verfahren erweitert. So könnte der einfache Gesetzgeber nicht nur nach Art. 93 Abs. 3 GG weitere Zuständigkeiten des BVerfG über dessen verfassungsrechtliche Zuständigkeiten hinaus begründen. Dem Entlastungsinteresse des BVerfG, das hinter dessen restriktiver Auslegung des Art. 100 Abs. 1 GG steht, könnte der Gesetzgeber auch dadurch Rechnung tragen, dass er die Normenkontrollen nach § 47 VwGO zu den Oberverwaltungsgerichten auf alle untergesetzlichen Normen des Landesrechts erstreckt und eine entsprechende Normenkontrolle zum Bundesverwaltungsgericht für untergesetzliche Normen des Bundesrechts einführen würde. Immerhin 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 der Mitglieder des Bundestages auch mit dem Ziel der Feststellung der Gültigkeit der Norm beantragt werden kann.

Erst recht besteht *kein* Anlass dafür, auch *ungeschriebenes Recht* zum Gegenstand von konkreten Normenkontrollen nach Art. 100 Abs. 1 GG zu machen. Dafür spricht nicht nur der Wortlaut, der zwischen Gesetz (konkrete Normenkontrolle) und Recht (abstrakte Normenkontrolle) differenziert, sondern auch die Tatsache, dass es die Fachgerichte selbst sind, die hier gegebenenfalls durch Richterrecht korrigierend steuern. Hier unterscheidet sich einmal mehr die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG von der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG (dazu oben Teil 2 unter 2. c), aber auch von dem Normverifikationsverfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG, das sich gerade auf ungeschriebene „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ i.S.d. Art. 25 GG be-

zieht, also auf Völkergewohnheitsrecht und auf allgemeine Rechtsgrundsätze.²⁴

Letztlich können die Voraussetzungen abstrakter, konkreter und inzidenter Normenkontrollen nur in der Gesamtschau der bestehenden Möglichkeiten überzeugend geklärt werden. Aus solcher Gesamtschau resultiert auch die Lösung der Frage, ob *Unionsrecht* Vorlagegegenstand einer konkreten Normenkontrolle sein kann. Das wäre nämlich nur dann der Fall, wenn ansonsten eine unerträgliche Lücke im Rechtssystem entstünde. Dies hatte das BVerfG in seiner „Solange I-Entscheidung“ zunächst angenommen, übt aber seine Gerichtsbarkeit angesichts der allmählich gewachsenen Möglichkeiten des Rechtsschutzes vor dem EuGH in Luxemburg seit 1986 insoweit nicht mehr aus. Seit der „Solange II-Entscheidung“ sind entsprechende Vorlagen nicht mehr zulässig.²⁵ Die Zulässigkeitshürde könnte nur dann überwunden werden, wenn ein Gericht zugleich geltend macht, dass eine solche Lücke wieder klafft, d.h. dass der EuGH die Grundrechte und das begrenzte Integrationsprogramm der EU in grundsätzlicher Weise missachtet.²⁶ Eine solche Vorlage von Unionsrecht nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG zum BVerfG wäre allerdings streng subsidiär gegenüber einer Vorlage nach Art. 267 AEUV zum EuGH.²⁷ Die insoweit durch die „Solange II-Rechtsprechung“ entstehende prozessuale Lücke des Grundrechtsschutzes soll nämlich dadurch gefüllt werden, dass die Fachgerichte dem EuGH nach Art. 267 AEUV gegebenenfalls die Frage vorlegen, ob Sekundärrecht gegen EU-Grundrechte verstößt. Wenn die Fachgerichte dies nicht tun, kann die unterliegende Partei gegebenenfalls sogar Verfassungsbeschwerde zum BVerfG mit dem Argument erheben, das Fachgericht habe ihr den gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entzogen.²⁸ So lässt sich gegebenenfalls mit dem Hebel der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG ein durch den EuGH zu gewährleistender Grundrechtsschutz durchsetzen. Auf die Probleme der Kontrolldichte dieser Verfassungsbeschwerde kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.²⁹

Das BVerfG hat als Vorlagegegenstand auch einen ganzen, in verfassungswidriger Weise lückenhaften Regelungskomplex und mittelbar ein Unterlassen des Gesetzgebers anerkannt.³⁰ Genau betrachtet geht es also gar nicht um das Gesetz selbst, sondern um eine gesetzlich in verfassungswidriger Weise geregelte Rechtslage. Dass die *Rechtsfolgen* Anlass der konkreten Normenkontrolle sind, zeigt sich auch an der Voraussetzung der Entscheidungserheblichkeit (dazu e).

²⁴ Hillgruber/Goos (Fn. 1), Rn. 651.

²⁵ BVerfGE 73, 339 (Ls. 1).

²⁶ BVerfGE 102, 147 (Ls. 1 und 2) – Bananenmarktordnung.

²⁷ Diese Konstellation der Subsidiarität ist nicht zu verwechseln mit derjenigen einer Vorlage eines nationalen Gesetzes (siehe unter 3. e).

²⁸ BVerfGE 73, 339 (Ls. 1).

²⁹ Dazu Michael, JZ 2012, 870, sowie ders., JZ 2013, 302.

³⁰ BVerfGE 115, 259 (275).

²³ StGH RGZ 118, Anhang S. 1 (4).

d) *Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm*

Das vorliegende Gericht muss alle in seiner eigenen Kompetenz stehenden Mittel ausschöpfen, die eine Vorlage an das BVerfG entbehrlich machen könnten. Es muss von der Verfassungswidrigkeit einer Norm, die es selbst weder verwerfen darf (s.o.), noch verfassungskonform auslegen kann und auf deren Gültigkeit es in der konkreten Entscheidung ankommt (dazu e), überzeugt sein. Dies lässt sich in zwei Schritten prüfen:

Erstens: Bloße Zweifel an der Verfassungswidrigkeit der Norm reichen nicht aus. Im Gegensatz zur abstrakten Normenkontrolle (s.o.) geht es hier um die Vorlage eines Gerichts, das mit professionellem juristischen Sachverstand ausgestattet ist und sich nicht enthalten darf. Das Gericht darf die Norm zwar nicht selbst verwerfen. Es darf und muss aber auf die Frage, ob die Norm verfassungswidrig ist, eine eigene Antwort finden und diese auch entsprechend begründen. Es muss gleichsam für sich die Entscheidung, die es vom BVerfG erwartet, treffen und dann wegen des Verwerfungsmonopols die Norm vorlegen.

Zweitens: Im Gegensatz zu den insoweit hier irrelevanten Modifikationen der Entscheidungswirkungen muss sich das vorliegende Gericht aber eine Vorfrage der Verfassungswidrigkeit der Norm stellen, nämlich die Frage der *verfassungskonformen Auslegung*. Das vorliegende Gericht muss (umgekehrt gesagt) prüfen und darlegen, ob sich die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Norm nicht durch verfassungskonforme Auslegung ausräumen lassen. Die Auslegung und auch die verfassungskonforme Auslegung der Gesetze sind nicht etwa dem BVerfG vorbehalten, sondern gehören zu den Aufgaben der Fachgerichte. Eine verfassungskonforme Auslegung setzt voraus, dass es Auslegungsspielräume der Norm gibt, dass je nach Auslegung die Norm im Ergebnis gegen die Verfassung verstößt bzw. nicht verstößt. Wenn zumindest eine der möglichen Auslegungen der Norm im Ergebnis mit der Verfassung vereinbar ist, muss das Gericht eine verfassungskonforme Auslegung vornehmen, die sowohl die Verwerfung der Norm als auch deren Vorlage zum BVerfG entbehrlich macht. Hinsichtlich denkbarer Auslegungsspielräume darf das vorliegende Gericht nicht auf obergerichtliche Rechtsprechung verweisen, sondern muss gegebenenfalls auch Abweichungen hiervon mit in Betracht ziehen.³¹

³¹ Es sei denn, es ist nach einer zurückverweisenden Rechtsmittelentscheidung im Einzelfall gebunden. Dann allerdings ist die Vorlage regelmäßig deshalb unzulässig, weil das Ausgangsgericht nicht bereits zuvor die Entscheidung des BVerfG eingeholt hat. Denn daraus schließt das BVerfG (BVerfGE 68, 352 [358 ff.]), dass das Ausgangsgericht von der Verfassungswidrigkeit nicht überzeugt ist, sondern allenfalls Zweifel hat. Hinter dieser rigiden Rechtsprechung steckt der Gedanke, dass Vorlageverfahren einerseits möglichst zu vermeiden, andererseits aber gegebenenfalls möglichst schnell einzuleiten sind. Beides dient der Verfahrensbeschleunigung. Untergerichte können also nicht obergerichtliche Entscheidungen auf den Prüfstand des BVerfG stellen. Kommt es letztlich in einer solchen Konstellation zur Anwendung der Norm, bleibt

Zur Vertiefung: Die Grenzen der Auslegung – und auch der verfassungskonformen – sind freilich schwer zu ziehen und fließend. Plakative Thesen wie die vom „Wortlaut als Grenze der Auslegung“ geben auf das Problem keine Antwort.³² Nicht der Wortlaut, sondern erst seine Bedeutung gibt einer Norm Sinn und Wirkung. Die Bedeutung von Zeichen (Worten) ist aber gerade in Zweifelsfällen nicht eindeutig – das ist das Dilemma der Sprachgebundenheit des Rechts. Richtigerweise ist der Wortlaut Ausgangspunkt der Auslegung. „Wortlautgrenze“ ist so zu verstehen, dass die Grenze der Auslegung dort zu ziehen ist, wo sich eine Auslegung auf diesen Ausgangspunkt noch plausibel zurückführen lässt. Die Plausibilität verweist aber notwendig auf die Bedeutung und d.h. auf Sinnzusammenhänge und ist deshalb von teleologischen und gegebenenfalls auch von verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht scharf zu trennen. Die klassische Methodenlehre unterscheidet insoweit zwischen der teleologischen Auslegung einerseits und einer teleologischen Reduktion bzw. Extension oder Analogie andererseits.³³ Reduktion, Extension und Analogie sind jenseits des Wortlautes bzw. jenseits einer historischen Auslegung nicht mehr Auslegung i.e.S., können aber *lege artis* eine Rechtsfortbildung darstellen. Inwieweit eine solche Rechtsfortbildung ihrerseits verfassungsrechtlich verboten ist, hängt von der Strenge ab, mit der wir den Vorbehalt des Gesetzes interpretieren. So gilt im Strafrecht ein strenges Analogieverbot zulasten des Täters, während eine teleologische Reduktion strafbegründender Normen oder Analogien zugunsten des Täters nicht ausgeschlossen sind. Auch im Bereich der Eingriffsverwaltung gilt im Grundsatz ein Analogieverbot für Ermächtigungsgrundlagen, während Rechtsfortbildung jedenfalls mit dem grundrechtlichen³⁴ Vorbehalt des Gesetzes dann nicht kollidiert, wenn Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht zu besorgen sind oder abgemildert³⁵ werden.

gegebenenfalls der unterlegenen Partei die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde.

³² Skeptisch gegen methodische Eindämmungsversuche A. Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 93 Rn. 52.

³³ Zur Unterscheidung statt aller Sauer, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2. Aufl. 2013, § 9 Rn. 36; Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung – Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, 1996, S. 268 ff.

³⁴ Zu denken ist aber auch an den Haushaltsvorbehalt, der das Budgetrecht des Parlaments schützt. So hat das BVerfG die Rechtsprechung des BGH zum Sonderopfer (BGHZ 6, 270 [279]) mit deren Option „dulde und liquidiere“ gestoppt: BVerfGE 58, 300 (324).

³⁵ Ausgangspunkt der insoweit notwendig relativen Betrachtung ist das Gesetz, nicht der unregelmäßige Zustand. D.h. eine verfassungskonforme Reduktion eines grundrechtsbeschränkenden Gesetzes ist als relative Abmilderung des Grundrechtseingriffs nicht mit dem Argument unzulässig, dass die Aufhebung des Gesetzes den Grundrechtseingriff gänzlich entfallen ließe.

Insoweit unproblematisch sind die Fälle, in denen im Rahmen klassischer Auslegung eine verfassungskonforme und also auch eine verfassungswidrige Auslegung einer Norm in Betracht kommen. Hier sind alle Gerichte (und auch die Exekutive) befugt und verpflichtet, die Norm so auszulegen, dass sie mit der Verfassung in Einklang steht. Das Verfassungsrecht kann den Spielraum jeglichen staatlichen Handelns und auch den der Auslegung eingrenzen. Das entspricht der unmittelbaren Bindung aller Gewalten an die Verfassung und insbesondere an die Grundrechte (Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG). Es ist dem Gesetzgeber gar nicht möglich, Normen stets so zu formulieren, dass eine Auslegung gar nicht in Betracht kommt, die im Ergebnis mit der Verfassung kollidieren würde.³⁶ Die verfassungskonforme Auslegung ist in solchen Fällen ein ganz alltäglicher Auslegungsvorgang, der weder auf einen Fehler des Gesetzgebers zurückgeht, noch eine Entscheidung des BVerfG notwendig macht. Der Verfassung sind insoweit gegebenenfalls „Zwecke“ zu entnehmen, die strukturell als Teil der „teleologischen“ Auslegung begriffen werden können. Teleologische Argumente gewinnen hier verfassungsrechtliches Gewicht und überwinden wegen des Vorrangs der Verfassung gegebenenfalls entgegenstehende andere – z.B. historische oder systematische – Auslegungsgesichtspunkte.

Mit „verfassungskonformer Auslegung“ werden aber häufig auch und gerade die Konstellationen bezeichnet, in denen – über die Auslegung i.e.S. hinaus – eine Rechtsfortbildung (meist teleologische Reduktion) stattfinden muss, um der Verfassung gerecht zu werden.³⁷ Auch insoweit sind primär die Fachgerichte aufgerufen, den Normkonflikt verfassungskonform zu lösen. Das gilt selbstverständlich nur im Rahmen verfassungsrechtlich zulässiger Rechtsfortbildung. Die Herstellung eines verfassungskonformen Zustandes ist zwar Aufgabe aller Gewalten, begründet aber keine Blankettkompetenz der Judikative zu beliebiger Korrektur des Gesetzgebers. Insoweit kollidieren hier formelles und materielles Verfassungsrecht, wobei die Erfüllung der materiellen Verfassungsbindung ihre Grenze in der Kompetenz der Fachgerichtsbarkeit hat. Weist erstere über letztere hinaus, greift der Mechanismus des Art. 100 Abs. 1 GG. In solchen Fällen käme dann aber auch keine verfassungskonforme Auslegung durch das BVerfG in Betracht, sondern nur die Normverwerfung. Denn die Grenze der Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte ist auch Grenze der verfassungskonformen Rechtsfortbildung durch das BVerfG.

Typischerweise ist die Frage der verfassungskonformen Auslegung bei der konkreten Normenkontrolle also eine Frage der Zulässigkeit und keine der Begründetheit. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass eine „Rettung“ der Norm durch verfassungskonforme Auslegung beim BVerfG nur im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle und bei der Verfassungsbeschwerde stattfände. Im Rahmen der Zulässigkeit der Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG kommt es auf eine plausible

(und im Zweifel ausführliche!) Darlegung der fachgerichtlichen Erwägungen hierzu an. Das Fachgericht muss sich dabei also insbesondere auch zu den Grenzen der Auslegung und gegebenenfalls der Rechtsfortbildung äußern. Dem BVerfG ist es unbenommen, die Ausführungen hierzu unter Gesichtspunkten der Zulässigkeit für hinreichend zu erachten, dann aber in der Begründetheit seinerseits Erwägungen zur Konformauslegung anzustellen. In der Fallbearbeitung empfiehlt es sich, die Fragen im Zweifel in der Begründetheit zu vertiefen. Denn in der Zulässigkeit kommt es nicht darauf an, ob und wie die Norm verfassungskonform ausgelegt werden sollte, sondern darauf, ob das Fachgericht sich mit dieser Möglichkeit hinreichend auseinandergesetzt hat.

e) Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Norm

Schließlich muss das Gericht prüfen und darlegen, dass es auf die Gültigkeit der Norm im konkret zu entscheidenden Fall im Ergebnis ankommt. Das bedeutet, dass das Gericht die Konsequenzen der Geltung der Norm hypothetisch zu prüfen hat. Ist die Norm z.B. wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im konkreten Fall nicht anzuwenden, bedarf es ihrer Verwerfung durch das BVerfG nicht.³⁸ Auch die tatsächlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Norm müssen durch etwaige Beweisaufnahme geklärt sein.³⁹ Das gilt auch für die prozessuale Erheblichkeit. So kann eine Klageänderung oder Klagerücknahme sowie ein Vergleich den Rechtsstreit im Sinne der Parteien lösen und diese vor dem Umweg über das BVerfG bewahren. Einerseits legt das BVerfG hinsichtlich der Entscheidungserheblichkeit grundsätzlich die Rechtsauffassung des vorliegenden Fachgerichts zu Grunde, soweit diese nicht offensichtlich unhaltbar ist.⁴⁰ Andererseits sind die Anforderungen an eine plausible Darlegung und Begründung sehr hoch. Das Fachgericht muss dabei – über die Fragen einer verfassungskonformen Auslegung der vorgelegten Norm hinaus – auch darlegen, dass es – unter Berücksichtigung der „Literatur und Rechtsprechung“⁴¹ – keine sonstigen Optionen der Rechtsauslegung gibt, die vorgelegte Frage dahinstehen zu lassen. Das bei der abstrakten Normenkontrolle zu prüfende objektive Klarstellungsinteresse (siehe Teil 2 unter 2. e) hat bei der konkreten Normenkontrolle keine Bedeutung, weil die Anwendbarkeit der Norm bereits in der Entscheidungserheblichkeit umfassend zu prüfen ist.

Zur Vertiefung: Grundsätzlich keine Bedeutung hat in diesem Rahmen allerdings die Anschlussfrage der *Entscheidungswirkungen der Normverwerfung* (für nichtig/unanwendbar/unvereinbar erklären), die sich also erst das BVerfG – vor allem bei einem Verstoß gegen Gleichheitsrechte – stellen muss. Auch die Frage, ob überhaupt von einem Grundsatz ausgegangen werden kann, dass Normen wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht im Zweifel ipso iure sowie

³⁸ BVerfGE 85, 191 (203 ff.), für einen Fall offenbaren Vorrangs des Gemeinschaftsrechts.

³⁹ BVerfGE 79, 256 (264), zu den Möglichkeiten einer Vorlage auch ohne mündliche Verhandlung.

⁴⁰ BVerfGE 129, 186 (203) – Investitionszulagengesetz, m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

⁴¹ BVerfGE 79, 240 (243).

³⁶ Sauer, Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen – Theorie und Dogmatik des öffentlichen Reaktionsrechts, Habilitationsschrift Düsseldorf, 2014, S. 654, im Erscheinen.

³⁷ Sauer (Fn. 33), § 9 Rn. 33 m.w.N.

ex tunc nichtig sind oder ob auch die Nichtigkeitsklärung gegebenenfalls eine konstitutive Kassation der Norm darstellt, ist eine Frage der Entscheidungsfolgen (dazu Teil 6). Selbst wenn die bloße Unvereinbarkeit der Norm die Folge ihrer Verfassungswidrigkeit wäre, bleibt deren Vorlage zum BVerfG zulässig.⁴² Denn auch ein solches Verfahren kann im Ergebnis für die Entscheidung des Einzelfalls Auswirkungen haben, wenn nämlich der Gesetzgeber zur Neuregelung verpflichtet wird, das Verfahren bis dahin ausgesetzt bleibt⁴³ und eine Option des Gesetzgebers darin besteht, die Rechtslage rückwirkend zugunsten des Verfahrensbeteiligten im Ausgangsverfahren zu regeln.

Drei schwierige Probleme stellen sich bei der Frage der Entscheidungserheblichkeit:

Erstens: Der Grundsatz einer umfassenden Überwachungspflicht⁴⁴ der Gerichte auch über Verstöße von Gesetzen gegen Gleichheitssätze erfährt durch das BVerfG eine praktisch erhebliche Einschränkung: Danach muss eine der Prozessparteien zu den benachteiligten Personen zählen.⁴⁵ *Gleichheitswidrige gesetzliche Leistungsansprüche* sind danach regelmäßig nicht vorlagefähig.

Müssen also Richter gegebenenfalls sehenden Auges gleichheitswidrige Begünstigungen zusprechen? In der Literatur wird dies – z.T. heftig⁴⁶ – kritisiert. In der Tat stellt sich die Frage, ob der Vorrang der Verfassung es nicht gebieten würde, dass dann ein Fachgericht sogar Parlamentsgesetze unangewendet ließe. Aber das widerspräche Art. 100 Abs. 1 GG und insbesondere auch dem Sinn, den das BVerfG dieser Norm primär zuweist (Verwerfungsmonopol zum Schutz des Parlamentsgesetzgebers). Gibt es für diese restriktive Rechtsprechung zu den Gleichheitsverstößen eine dogmatisch konsistente Begründung? Nahe läge zunächst folgende Erklärung: Die Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG als Zwischenverfahren innerhalb eines Verfahrens des subjektiven Rechtsschutzes hat ihrerseits jedenfalls *auch* eine subjektiv rechtsschützende Funktion zur Abwehr gegen verfassungswidrige Gesetze und deren Vollzug. Aber auch das BVerfG⁴⁷ weist dieser Funktion keine eigenständige Bedeutung zu. Zwar macht Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG in einer gleichsam vorweggenommenen Normenkontrolle eine sonst möglicherweise anschließende (und

gegebenenfalls auch angedrohte) Verfassungsbeschwerde entbehrlich. Aber Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG erschöpft sich nicht darin, mag das Verfahren auch regelmäßig von Verfahrensbeteiligten angeregt werden. Richtervorlagen kommen auch in Betracht, wenn das Gericht objektiv-verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Norm hat, wenn also eine spätere Verfassungsbeschwerde per se rechtlich ausgeschlossen wäre. Stellen wir uns etwa ein Gesetz vor, das entgegen der in Art. 26 Abs. 2 S. 1 GG bestimmten Voraussetzungen den Handel mit Kriegswaffen erlauben würde. Würde sich ein Waffenhändler auf ein solches Gesetz vor Gericht berufen, wäre eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG zulässig, auch wenn die Verfahrensbeteiligten von einer solchen gesetzlichen Regelung ausschließlich begünstigt würden. Eine Auslegung, die Vorlagen auf subjektive Verfassungsverletzungen eines Verfahrensbeteiligten beschränken würde, verstieße nicht nur gegen Wortlaut und Zweck des Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG. Sie würde auch die unmittelbare und umfassende Verfassungsbindung der Gerichte in Frage stellen.⁴⁸

Eine einzige Erklärung kann die restriktive Rechtsprechung zur Vorlage gleichheitswidriger, begünstigender Gesetze plausibel machen: Mit der unmittelbaren Grundrechtsbindung der Gerichte nach Art. 1 Abs. 3 GG lässt sich diese nur so vereinbaren, dass Art. 3 Abs. 1 GG als ein rein subjektiver Anspruch auf Nichtbenachteiligung interpretiert wird, der für den Richter gar keine darüber hinausreichende objektivrechtliche Gleichbehandlungspflicht begründet, sondern der außer Betracht bleibt, solange sich darauf im konkreten Rechtsstreit niemand beruft bzw. berufen kann. Der subjektive Anspruch auf Nichtbenachteiligung richtet sich zwar unverändert und objektiv oder besser abstrakt gegen den Gesetzgeber, der jedermann und nicht nur konkrete Verfahrensbeteiligte zu berücksichtigen hat. In diesem Modell blenden die Fachgerichte einen Verstoß des Gesetzgebers gegen Art. 3 Abs. 1 GG aus, ohne ihrerseits gegen den insoweit eng interpretierten Art. 3 Abs. 1 GG zu verstoßen. Denn Art. 3 Abs. 1 GG entfaltet vor den Fachgerichten nur Wirkung zugunsten der Verfahrensbeteiligten oder zwischen ihnen. Damit ist die Rechtsprechung konsistent rekonstruierbar als eine Folge spezifischer Dogmatik des allgemeinen⁴⁹ Gleichheitssatzes. Diese Dogmatik ist aber keineswegs auf andere Verfassungsverstöße und insbesondere auch nicht auf die besonderen Gleichheitssätze zu übertragen. Denn Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbietet explizit, bezüglich der speziellen Diskriminierungstatbestände „benachteiligt oder bevorzugt [zu] werden“. Daran sind auch die Gerichte nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar gebunden.

⁴² BVerfGE 17, 210 (215 f.); 72, 9 (17 f.); *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 844; restriktiver noch BVerfGE 8, 28 (32 f.).

⁴³ Das Verfahren muss gegebenenfalls sogar ausgesetzt bleiben, BVerfGE 49, 280 (282).

⁴⁴ Dies betont *Ulsamer*, in: Maunz u.a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 42. EL (Oktober 2013), § 80 Rn. 139, ohne allerdings die Konsequenzen zu ziehen.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 66, 100 (105); 67, 239 (243 f.) und dazu *Schlaich/Korioth* (Fn. 19), Rn. 150.

⁴⁶ *Benda/Klein* (Fn. 42), Rn. 848, mit Verweisen auf „zu Recht scharfe Kritik“ bei *Aretz*, JZ 1984, 918 (920 ff.); *Sachs*, DVBl. 1985, 1106 (1107 ff.); *Löwer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 92.

⁴⁷ BVerfGE 72, 51 (62); diese Inkonsistenz wird als „frappierend“ bezeichnet von *Benda/Klein* (Fn. 42), Rn. 848 Fn. 290.

⁴⁸ Beachte, dass Art. 20 Abs. 3 GG nicht so zu verstehen ist, dass die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung im Gegensatz zur Gesetzgebung nicht an die Verfassung, sondern gleichsam *nur* an „Gesetz und Recht“ gebunden wären. Vielmehr ist es umgekehrt so, dass die Gesetzgebung *nur* an die Verfassung, die beiden anderen Gewalten hingegen auch an das einfache Gesetz und Recht gebunden sind.

⁴⁹ Übertragbar wäre sie nicht einmal auf den Sonderfall des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, der zwar explizit nur Benachteiligungen ausschließt, sich insoweit aber gleichermaßen an alle Gewalten richtet.

Allgemein anerkannt ist, dass Art. 3 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht begründet. Nach der Rechtsprechung des BVerfG begründen darüber hinaus Gesetze, bei deren Erlass der Gesetzgeber gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, gegebenenfalls einen subjektiven, gerichtlich durchsetzbaren Anspruch, obwohl dieser im Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung im Unrecht führt. So verstanden wird noch deutlicher, warum Art. 100 Abs. 1 GG primär eine den Gesetzgeber schützende Norm sein soll. Und es wird daran deutlich, wie sehr subjektiv-rechtlich die Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz an dieser Stelle geprägt ist. Das BVerfG sieht zwar Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG als objektiv-rechtliches, der Gewaltenteilung dienendes Verfahren, interpretiert aber dessen Voraussetzungen umso enger. Mag die Rechtsprechung des BVerfG insoweit plausibel erklärbar sein, wäre eine großzügigere Handhabung des Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG auch unter diesen Prämissen zu erwägen. Denn erstens ist eine auch objektiv-rechtliche Bedeutung des Art. 3 Abs. 1 GG denkbar und zweitens setzt Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG nicht explizit voraus, dass der Richter selbst in einem eigenen Normkonflikt steckt. Dass sich das BVerfG auch hier einmal mehr zu entlasten sucht, um seine Funktionen als Verfassungsgericht überhaupt bewältigen zu können, ist freilich eine auch verfassungsrechtlich begründbare Tendenz der „Subjektivierung“ sogar der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Zweitens: Im Zusammenhang der Entscheidungserheblichkeit sollte gegebenenfalls auch erörtert werden, ob eine Vorlage auch in Verfahren des *einstweiligen Rechtsschutzes* in Betracht kommt. Diese umstrittene⁵⁰ Frage, bei der zwei Verfassungsnormen, nämlich Art. 100 Abs. 1 GG (Verwerfungsmonopol) und Art. 19 Abs. 4 GG (effektiver Rechtsschutz) zum Ausgleich zu bringen sind, ist differenziert zu beantworten: Einerseits entfällt die Entscheidungserheblichkeit nicht bereits wegen der Vorläufigkeit der Entscheidung.⁵¹ Die Rechtsprechung hat Vorlagen in Eilverfahren jedenfalls dann für zulässig und sogar für geboten gehalten⁵², wenn die Hauptsache ausnahmsweise vorweggenommen wird, sich das Klageziel im Hauptsacheverfahren also vor dessen Abschluss erledigen wird. Andererseits ist es den Fachgerichten aber auch nicht verwehrt, im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zugunsten einer Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit der Verwerfung der Norm durch das BVerfG ohne sofortige Vorlage in die Betrachtung einzubeziehen. Dies muss dann gegebenenfalls in drei Schritten geschehen: Erstens muss das Fachgericht selbst von der Verfassungswidrigkeit der Norm überzeugt sein (s.o. unter d). Zweitens muss das Fachgericht im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ausnahmsweise außer der üblichen Betrachtung (nämlich der Erfolgsaussichten in der Hauptsache unter Zugrundelegung der Gültigkeit der Norm) auch die Erwä-

gungen anstellen, die das BVerfG selbst bei einstweiligen Anordnungen nach § 32 BVerfGG anstellt (nämlich der Vergleich der Nachteile des Vollzugs einer gegebenenfalls verfassungswidrigen Norm mit den Nachteilen des Nichtvollzugs einer gegebenenfalls verfassungsmäßigen Norm). In diesem Rahmen kann das Fachgericht dann im Ergebnis die Norm auch vorläufig unangewendet lassen, wenn die Nachteile des Normvollzugs überwiegen. Insoweit handelt es sich um eine Abwägungsentscheidung.⁵³ Da es sich hier lediglich um eine einstweilige Entscheidung nach Interessenlage und ohne abschließende Beurteilung der Rechtslage handelt, setzt sich das Fachgericht hier nicht dem Vorwurf aus, das Verwerfungsmonopol des BVerfG zu verletzen. Schließlich muss das Fachgericht dann drittens die Norm im Hauptsacheverfahren vorlegen, so dass die Autorität des Gesetzgebers wenigstens nachträglich gesichert ist.⁵⁴ Letzteres hängt dann freilich auch von den Parteien ab, die es gegebenenfalls in der Hand haben, das Hauptsacheverfahren zu betreiben oder auch nicht.

Drittens: Ebenfalls an dieser Stelle der Frage der Entscheidungserheblichkeit ist gegebenenfalls auch die Frage zu klären, wie sich die Vorlage eines nationalen Gesetzes nach Art. 100 Abs. 1 GG zum BVerfG zu einer Vorlage nach Art. 267 AEUV zum EuGH verhält. Hier sind abermals verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

Konstellation 1: Grundsätzlich hat ein Fachgericht Wahlfreiheit, ob es eine entscheidungserhebliche Norm, die nach seiner Auffassung *sowohl gegen das Unionsrecht* als auch gegen das Verfassungsrecht verstößt, entweder dem BVerfG vorlegt oder/und dem EuGH die Frage vorlegt, ob insoweit ein Verstoß gegen Unionsrecht vorliegt. Das Fachgericht kann dies nach Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden.⁵⁵ Die Entscheidungserheblichkeit ist nicht berührt.

Konstellation 2: Wenn „feststeht“⁵⁶, insbesondere wenn eine Vorlage an den EuGH ergibt, dass eine Anwendung des deutschen Gesetzes im vorliegenden Fall wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ausscheidet, wird die Vorlage an das BVerfG entbehrlich und wegen mangelnder Entscheidungserheblichkeit unzulässig.

Konstellation 3: Die Vorlage zum BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG ist zudem gegenüber einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV dann subsidiär, wenn die Frage zu klären ist, ob das Unionsrecht dem nationalen Recht insoweit Spielräume lässt. Denn dies ist eine Vorfrage, die für die Entscheidung des BVerfG eine doppelte Bedeutung hat. Erstens richtet sich danach, ob solche Spielräume durch Anwendung eines (gegebenenfalls strengeren) nationalen Grundrechtsschutzes gefüllt werden können. Zweitens bekommt der EuGH auf

⁵⁰ Pietzcker, in: J. Ipsen u.a. (Hrsg.), *Verfassungsrecht im Wandel*, 1995, S. 623 (625 ff.); Pestalozza, JuS 1978, 312; Schlaich/Korioth (Fn. 19), Rn. 140; aus der Rechtsprechung BVerfGE 63, 131 (141 f.); 86, 382 (389).

⁵¹ Pietzcker (Fn. 50), S. 630.

⁵² BVerfGE 46, 43 (51); zurückhaltender BVerfGE 63, 131 (141).

⁵³ Sieckmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 100 Abs. 1 Rn. 9.

⁵⁴ Ähnlich Pestalozza, JuS 1978, 312 (318 f.); T. Schmitt, *Richtervorlagen in Eilverfahren?*, 1997, S. 306 f.; Sieckmann (Fn. 53), Art. 100 Abs. 1 Rn. 11.

⁵⁵ BVerfGE 116, 202 (214); ausdrücklich bestätigt durch BVerfGE 129, 186 (203) – Investitionszulagengesetz; das verkennt W. Meyer (Fn. 13), Art. 100 Rn. 22.

⁵⁶ BVerfGE 116, 202 (214).

diesem Wege die Gelegenheit, auch die unionalen Grundrechte der Grundrechte-Charta zum Ansatz zu bringen und gegebenenfalls eine Entscheidung nach Art. 100 Abs. 1 GG entbehrlich zu machen. Es handelt sich um eine Frage der insoweit lediglich subsidiären Zulässigkeit einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG. Das BVerfG fordert von dem vorlegenden Fachgericht, dass es „geklärt hat, ob das von ihm als verfassungswidrig beurteilte Gesetz in Umsetzung eines dem nationalen Gesetzgeber durch das Unionsrecht verbleibenden Gestaltungsspielraums ergangen ist.“⁵⁷ Ob ein solcher Spielraum vorliegt, muss das Fachgericht gegebenenfalls im Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH nach Art. 267 AEUV klären lassen. Daraus ergibt sich zudem, dass Art. 100 Abs. 1 GG mittelbar auch eine verfassungsrechtliche (!) Vorlagepflicht an den EuGH begründen kann.⁵⁸ Art. 100 Abs. 1 GG tritt damit neben Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als verfassungsverfahren Hebel zur Durchsetzung der Vorlagepflicht an den EuGH. Zu beachten ist aber, dass die Subsidiarität der Vorlage zum BVerfG gegenüber einer Vorlage an den EuGH ausschließlich in der Sonderkonstellation greift, dass es die Frage eines unionsrechtlichen Spielraums zu klären gilt. Das kommt vor allem dann in Betracht, wenn das vom Fachgericht bezweifelte nationale Gesetz eine Richtlinie der Union umsetzt.

f) Zum Verständnis: Hintergründe der restriktiven Rechtsprechung

Dass das BVerfG die Zulässigkeitsvoraussetzungen der konkreten Normenkontrolle streng handhabt, hat zwei Funktionen: Zum einen wird verhindert, dass unnötige Vorlageverfahren den Ausgangsrechtsstreit verzögern. Die Parteien sollen nicht länger auf die Entscheidung ihres Rechtsstreits warten müssen, weil das Gericht das Verfahren zum Anlass nimmt, eine Frage von abstrakter, objektiver und grundsätzlicher Bedeutung klären zu lassen. Eine restriktive Auslegung des Art. 100 Abs. 1 GG kann deshalb insgesamt als Vorrang des effektiven, subjektiven Rechtsschutzes vor dem objektiv-rechtlichen Klärungsinteresse gedeutet werden. Normativ lässt sich diese Tendenz mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK (Gebot der „Entscheidung in angemessener Frist“) sowie mit Art. 19 Abs. 4 GG bzw. dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch i.V.m. den Grundrechten untermauern.⁵⁹ Das zeigt sich bei verschiedenen Zulässigkeitsstationen: Untergesetzliche und vorkonstitutionelle Normen können grundsätzlich⁶⁰ nicht vorgelegt werden; Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Norm reichen nicht; eine verfassungskonforme Auslegung muss ausgeschlossen werden, die Entscheidungserheblichkeit ist streng zu prüfen. All diese Hürden verweisen im Ergebnis auf die vorran-

gige Erschöpfung alternativer Möglichkeiten des Ausgangsgerichts, den Fall selbst ohne Vorlage zu entscheiden.

Zum anderen wird auch das BVerfG entlastet – und nicht etwa die Fachgerichte durch die vermeintliche Chance, sich der Beantwortung schwieriger verfassungsrechtlicher Fragen entledigen zu können.⁶¹ Mit Entlastung des BVerfG ist weniger gemeint, dass Ablehnungen wegen Unzulässigkeit weniger aufwändig als Entscheidungen in der Sache wären. Bedenkt man nämlich, dass dieselbe Norm auf dem Wege einer abstrakten Normenkontrolle und vor allem der Verfassungsbeschwerde doch noch auf den Prüfstand des BVerfG kommen kann, droht gegebenenfalls sogar ein Bumerang-Effekt. Entlastung tritt vielmehr vor allem ein, soweit die Fachgerichte die aufgeworfenen Probleme durch verfassungskonforme Auslegung selbst lösen können. Schließlich führen die strengen Begründungsanforderungen zu einer Entlastung des BVerfG auch in den Fällen, in denen die Vorlage zulässigerweise erfolgt. Die Richtervorlage ist nämlich so aufzubereiten, dass sie aus sich heraus nachvollziehbar ist und eine ausführliche und eigenständige Begründung enthält. Das BVerfG erhält zwar auch die Gerichtsakten, soll sich aber auf eine Plausibilitätskontrolle der Entscheidungserheblichkeit beschränken können. Auch die umfassende Aufbereitung der fachgerichtlichen Auslegung der Norm einschließlich der in der Literatur und Rechtsprechung hierzu vertretenen Auffassungen soll es dem BVerfG erleichtern, selbst die Unmöglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nachvollziehen und beurteilen zu können. Schließlich soll auch die verfassungsrechtliche Begründung des vorlegenden Gerichts im Idealfall einen brauchbaren Entwurf für die vom BVerfG zu verantwortende Entscheidungsbegründung liefern. Die „Richtervorlage“ nach Art. 100 Abs. 1 GG hat also nicht den Charakter einer „Frage“, die das Fachgericht mangels verfassungsrechtlicher Kenntnisse nicht beantworten kann und sie deshalb an das BVerfG richtet. Vielmehr ist sie im Gegenteil eher eine vom Fachgericht zu erstellende „Entscheidungsvorlage“ für eine verfassungsgerichtliche Entscheidung, bei der sich das Fachgericht bis in die Einzelheiten auf verfassungsrechtliche Probleme einlassen muss. Salopp gesagt: Das Fachgericht soll bei der Richtervorlage ausnahmsweise „Verfassungsgericht spielen“ ohne freilich selbst „Verfassungsgericht sein“ zu dürfen – und wehe ihm, wenn es bei diesem „Spiel“ die „Spielregeln der Zulässigkeit“ nicht kennt. Im Ernst: Jedes Gericht *ist* ein Verfassungsgericht i.w.S. (*Peter Häberle*).⁶² Denn es ist verfassungsgebunden und es hat gegenüber Normen die Prüfungs- (wenn auch nicht die uneingeschränkte Verwerfungs-)kompetenz und Prüfungspflicht. Und das Verfassungsprozessrecht hat eine doppelt „erzieherische“ Wirkung gegenüber den verfassungsgebundenen Fachgerichten: Auf der einen Seite stehen Art. 100 Abs. 1 GG und dessen strenge Auslegung durch das BVerfG und auf der anderen Seite können die Parteien mit der Verfassungsbeschwerde drohen für den Fall, dass das Gericht vorgebrachten grundrechtlichen Bedenken nicht Rechnung trägt. Dabei ist klarzustellen, dass es keinen subjektiven Anspruch darauf gibt, dass ein Fachgericht von Art. 100 Abs. 1

⁵⁷ BVerfGE 129, 186 (Ls. 1) – Investitionszulagengesetz; dazu die ausführliche Besprechung von *Michael*, ZJS 2012, 376.

⁵⁸ BVerfGE 129, 186 (203) – Investitionszulagengesetz.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 86, 71 (76 f.); kritisch *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 100 Rn. 11.

⁶⁰ Zu den Sonderfällen, dass der Gesetzgeber diese in seinen Willen aufgenommen hat, s.o. unter 3. c).

⁶¹ *Pestalozza* (Fn. 18), § 13 Rn. 6.

⁶² Vgl. *Häberle*, VVDStRL 61 (2002), 185 (186).

GG Gebrauch macht. Während bei Nichtvorlage an den EuGH eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des gesetzlichen Richters in Betracht kommt, steht bei einer Nichtvorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG der unterlegenen Partei gegebenenfalls die Verfassungsbeschwerde gestützt auf die materiellen Grundrechte zur Verfügung.

Die beiden Aspekte der Beschleunigung des fachgerichtlichen Verfahrens und der Entlastung des BVerfG stehen freilich auch in einem gewissen Spannungsverhältnis. Werden die Hürden einer zulässigen Richtervorlage unangemessen hoch gelegt, kann dies in eine verzögernde Belastung der Fachgerichte umschlagen. Eine ökonomische Analyse müsste danach fragen, wie lange Fachgerichte für solche Vorlagen brauchen, wie viele Verfahren sie stattdessen liegen lassen usf. Vor allem kommt es aber darauf an, die Zulässigkeitsanforderungen klar und praktisch handhabbar zu erfassen. Das BVerfG ist auch deshalb um Kontinuität und Detailschärfe seiner rigiden Rechtsprechung bemüht. Andererseits ist die Rechtsprechung auch zu Recht in Einzelfällen großzügiger gewesen. So hat das BVerfG die Begründungsanforderungen abgemildert, wenn das vorlegende Gericht rechtlich daran gehindert ist, die an sich gebotenen Ermittlungen durchzuführen.⁶³ Auch hat es vom Erfordernis der Entscheidungserheblichkeit abgesehen, wenn „die Vorlagefrage von allgemeiner und (!) grundsätzlicher Bedeutung für das Gemeinwohl und (!) deshalb ihre Entscheidung dringlich ist“.⁶⁴

⁶³ BVerfGE 58, 300 (327).

⁶⁴ BVerfGE 47, 146 (157).