

**Rechtsverordnungen des Bundes in
der abstrakten Normenkontrolle**

Von

Philipp Seltzer

Rechtsverordnungen des Bundes in der abstrakten Normenkontrolle

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg

vorgelegt von

Philipp Seltzer

Heidelberg 2022

Berichterstatter:

Prof. Dr. Martin Borowski

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)

Die vorliegende Arbeit ist eine von der Juristischen Fakultät der
Universität Heidelberg zum Druck freigegebene Dissertation.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Sie wurde im Wesentlichen im November 2022 abgeschlossen, später erschienene Literatur und Rechtsprechung wurde nur noch gelegentlich berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Borowski, der mir bei der Erstellung dieser Arbeit immer den nötigen Freiraum gewährte und durch wertvolle Hinweise, kluge Überlegungen und kritische Anmerkungen wesentlich zum Gelingen beigetragen hat. Herrn Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell) danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gebührt meinen Eltern, die mich in allen Lebenslagen bedingungslos unterstützt haben. Außerdem danke ich meinen Freundinnen und Freunden aus der Brückenstraße, namentlich Johannes, Markus und Simon, die mir das Leben neben der Forschung leicht gemacht haben.

Mein größter Dank gilt meiner Frau, die mich nicht nur bei der Fertigstellung dieser Arbeit unterstützt hat. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, im Januar 2024

Philipp Seltzer

Für Anna

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	3
II. Das abstrakte Normenkontrollverfahren als „gesetzgeberische Wohltat“	6
III. Gang der Darstellung	8
1. Teil: Grundlagen.....	11
1. Abschnitt: Das abstrakte Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht	11
I. Die Grundzüge richterlicher Normenkontrolle	12
1. Die Typologie gerichtlicher Normenkontrollverfahren	14
2. Begriff und systematische Einordnung der abstrakten Normenkontrolle.....	15
3. Verfahrenszweck und objektiver Verfahrenscharakter der abstrakten Normenkontrolle.....	17
II. Das abstrakte Normenkontrollverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG	19
1. Das Fundament der abstrakten Normenkontrolle.....	20
a) Die Wahrung der Normenhierarchie durch die Judikative	21
aa) Die Bedeutung der Normenhierarchie	22
bb) Die Grundzüge eines Stufenbaus der Rechtsordnung.....	23
cc) Das Nichtigkeitsdogma als Ausfluss der Normenhierarchie	26
b) Das richterliche Prüfungsrecht und seine rechtshistorische Entwicklung	29
2. Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der abstrakten Normenkontrolle.....	35
a) Antragsberechtigung und Antragsgrund.....	35
b) Antragsgegenstand und Prüfungsmaßstab	36

c) Der Entscheidungsausspruch der abstrakten Normenkontrolle	39
aa) Die Rechtsnatur der Normenkontrollentscheidung	40
bb) Die Entscheidungsvarianten.....	41
cc) Die Sicherung des Entscheidungsausspruchs...43	
III. Die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Ausgestaltung des abstrakten Normenkontrollverfahrens	44
1. Die lückenhafte Ausfüllung des Verfassungsprozessrechts durch Verfassung und Gesetz	45
2. Die historische Entwicklung des Verfahrens der abstrakten Normenkontrolle.....	46
a) Die Entstehungsgeschichte von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.....	46
aa) Die zögerliche Entwicklung einer Normenkontrolle in der Weimarer Republik.....	47
bb) Verdienste des Herrenchiemseer Verfassungskonvents und des Parlamentarischen Rates	49
b) Die kontroverse Entwicklung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes.....	50
3. Die anhaltende Diskussion zur Verfassungskonformität des § 76 BVerfGG.....	51
2. Abschnitt: Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“	53
I. Die historische Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit	54
II. Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts vom „Hüter der Verfassung“	59
III. Das institutionelle Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit	64
1. Berührungspunkte und Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts.....	65
2. Die originären Zuständigkeiten der Fachgerichtsbarkeit	67

3. Die gerichtliche Verwerfungskompetenz	70
a) Das beschränkte Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts	72
b) Die fachgerichtliche Nichtanwendungskompetenz für untergesetzliche Normen	73
3. Abschnitt: Die Rechtsverordnung des Bundes.....	75
I. Die Wesensmerkmale der Rechtsverordnung.....	76
II. Zum Begriff der Rechtsverordnung	77
III. Die gesetzlichen Anforderungen der Rechtmäßigkeit von Rechtsverordnungen.....	78
1. Die Anforderungen an das ermächtigende Gesetz....	78
2. Die Anforderungen an die ausfüllende Rechtsverordnung des Bundes	80
IV. Die Folgen von Fehlern einer Rechtsverordnung	82
V. Der gerichtliche Rechtsschutz gegen fehlerhafte Rechtsverordnungen.....	83
1. Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz	84
2. Der fachgerichtliche Rechtsschutz	85
2. Teil: Die Überprüfung von Rechtsverordnungen des Bundes nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG	87
1. Abschnitt: Vorbemerkungen	87
I. Begriffserläuterung	88
1. Antragsgegenstand, Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab	88
2. Rechtswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit	90
II. Der Streitstand und die Systematisierung der Lösungsansätze.....	93
1. Der Auslöser der Problematik: § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG.....	93
2. Systematisierung der bestehenden Lösungsansätze ..	95
III. Begründung der gewählten Abfolge der Darstellung..	96
2. Abschnitt: Einfachgesetzliche Erweiterung über § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG.....	96
I. Methodologische Vorbemerkungen zur Auslegung von Rechtsnormen.....	97

1. Die Interpretationsbedürftigkeit von Gesetzen und Funktion der Auslegung	97
2. Gegenstand und Ziel der Auslegung	99
3. Die Kriterien der Auslegung	100
a) Die grammatische Auslegung	101
b) Die systematische Auslegung	103
c) Die historische Auslegung	105
d) Die teleologische Auslegung	106
4. Die Rangfolge der Auslegungskriterien	107
II. Die Auslegung von § 76 Abs.1 Nr. 1 BVerfGG	108
1. Wortsinninterpretation	110
2. Interpretation nach dem Gesetzestextzusammenhang	115
a) Die Struktur der Norm	115
b) Die Stellung der Norm	117
c) Das Verhältnis zu anderen Normen bzw. Normkomplexen	119
d) Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen Art. 93 Abs. 3 und Art. 94 Abs. 2 GG	123
aa) Art. 94 Abs. 2 GG	124
bb) Art. 93 Abs. 3 GG	126
3. Historische Interpretation	130
a) Der Herrenchiemseer Verfassungsentwurf	131
b) Die Beratungen des Parlamentarischen Rats	131
c) Die Ausarbeitung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes	134
4. Teleologische Interpretation	139
5. Gewichtung der Auslegungselemente	142
3. Abschnitt: Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis	143
I. Die frühe verfassungsgerichtliche Kontrolle von Rechtsverordnungen	145
1. BVerfGE 1, 117 ff. – Finanzausgleichsgesetz	146
a) Der Hintergrund der Entscheidung: Regelungen zum horizontalen Finanzausgleich	146

b) Das Urteil des Ersten Senats vom 20. Februar 1952	147
c) Die Prüfungspflicht auf Vereinbarkeit bloß materieller Gesetze mit höherrangigem Recht	148
2. BVerfGE 2, 307 ff. – Gerichtsbezirke	149
a) Der Hintergrund der Entscheidung: Festlegung von Gerichtsbezirken	150
b) Der Beschluss des Ersten Senats vom 10. Juni 1953	150
c) Die Entwicklung der Vorfragenkonstruktion in unmittelbarer Abgrenzung zur Richtervorlage	151
3. BVerfGE 8, 51 ff. – Parteienfinanzierung	155
a) Der Hintergrund der Entscheidung: Staatliche Finanzierung von Parteien	156
b) Das Urteil des Zweiten Senats vom 24. Juni 1958	156
c) Das Erfordernis einer Vorfragenprüfung aus prozessualen und verfahrensrechtlichen Gründen ..	157
4. Das Fazit zur frühen verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle von Verordnungen	159
II. BVerfGE 101, 1 ff. – Hennenhaltungsverordnung	162
1. Der Hintergrund der Entscheidung: Haltung von Legehennen	163
2. Systematisierung der maßgeblichen Rechtsquellen ..	164
3. Das Urteil des Zweiten Senats vom 6. Juli 1999	166
a) Spezifischer Verstoß der speziellen Haltungsverordnungen gegen § 2a Abs. 1 TierSchG ..	167
aa) Die Rezeption der Vorfragenkonstruktion	167
bb) Die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs der Vorfrage	168
cc) Negativer Ausgang der Vorfragenprüfung	170
b) Verstoß der gesamten Hennenhaltungsverordnung gegen das Grundgesetz	171
4. Fachgerichtliche Prüfung im Fokus verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle	173

5. Die Kritik an der Vorfragenkonstruktion durch die Legehennenentscheidung.....	178
a) Die Untauglichkeit des Prüfungsgegenstands bei negativem Ausgang der Vorfrage	179
b) Die Beschränkung auf den Delegationszusammenhang.....	182
c) Die Fehlende Bindungswirkung für das Ergebnis der Vorfrage.....	183
d) Die eingeschränkte Übertragbarkeit der Vorfragenkonstruktion auf das Normenbestätigungsverfahren.....	186
III. Die jüngere verfassungsgerichtliche Kontrolle von Rechtsverordnungen.....	187
1. BVerfGE 106, 1 ff. – Oberfinanzdirektionen	187
a) Der Hintergrund der Entscheidung: Übertragung von Aufgaben von Finanzdirektionen.....	188
b) Der Beschluss des Zweiten Senats vom 27. Juni 2002	188
c) Die Verfassungserheblichkeit der Vorfragenkonstruktion.....	189
2. BVerfGE 127, 293 ff. – Legehennenhaltung.....	190
a) Der Hintergrund der Entscheidung: Neuregelung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung.....	191
b) Der Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Oktober 2010	192
c) Die Prüfung am Maßstab formeller Bundesgesetze bei mittelbarer verfassungsrechtlicher Relevanz	194
3. BVerfGE 136, 69 ff. – Gigaliner	197
a) Der Hintergrund der Entscheidung: Teilnahme von Fahrzeugen mit Überlänge am Straßenverkehr.....	198
b) Der Beschluss des Zweiten Senats vom 1. April 2014	198
c) Das Abrücken von der Vorfragenkonstruktion... ..	200
4. BVerfGE 150, 1 ff. – Zensus 2011	202
a) Der Hintergrund der Entscheidung: Registerbasierter Zensus zur Ermittlung der Bevölkerungsdaten	202

b) Das Urteil des Zweiten Senats vom 19. September 2018	203
c) Die Aufgabe der Vorfragenkonstruktion.....	204
5. Das Fazit zur jüngeren Rechtsprechungspraxis der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle von Verordnungen	205
IV. Eine abschließende Systematisierung der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur	208
4. Abschnitt: Die Einbeziehung formellen Bundesrechts als Prüfungsmaßstab über das Rechtsstaatsprinzip.....	209
I. Der Vorrang des Gesetzes als Teil des Rechtsstaatsprinzips	211
1. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	214
2. Der Vorrang des Gesetzes als Kollisionsregel.....	215
3. Die Inkorporationswirkung des Rechtsstaatsprinzips bei der Verordnungsgebung.....	217
a) Das Rechtsstaatsprinzip als „Vehikel“ zur Vermittlung eines Verfassungsverstößes.....	217
b) Der normative Gehalt des Rechtsstaatsprinzips	220
II. Die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs über das Rechtsstaatsprinzip	221
1. Die verfassungstextliche Ausgestaltung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG als Grenze der Auslegung und Ausgangspunkt der Rechtsfortbildung.....	223
2. Das Rechtsstaatsprinzip als „Zauberbox“	224
a) Die „Floskelhaftigkeit“ des Umgangs mit dem Rechtsstaatsbegriff.....	224
b) Die Zurückhaltung bei der Ableitung konkreter Bindungen aus dem Rechtsstaatsprinzip.....	226
3. Keine Art. 31 GG vergleichbare Regelung	227
a) Die Kollisionsnorm Art. 31 GG	228
b) Die bewusste sachliche Differenzierung des Prüfungsmaßstabs bei Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.....	229
4. Die Friktionen mit dem Völkerrecht und dem Recht der Europäischen Union	232
a) Normkollisionen unterhalb der Verfassung	232

b) Die Bindungswirkung.....	233
c) Der Widerspruch zur bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur	234
5. Die Aufgabe der Trennung von Verfassungsrecht und Gesetzesrecht	235
a) Das Grundgesetz als rein formaler Prüfungsmaßstab	236
b) Reiner Rechtsanwendungsfehler als zu sanktionierender Verfassungsverstoß	236
c) Die Prüfung „spezifischen Verfassungsrechts“ durch das Bundesverfassungsgericht.....	238
III. Zur Erweiterung des Prüfungsmaßstabs von Rechtsverordnungen des Bundes im Wege der Rechtsfortbildung.....	241
1. Grundsätzliches zur Rechtsfortbildung	241
2. Keine planwidrige Regelungslücke im Prüfungsmaßstab der abstrakten Normenkontrolle.....	244
a) Fachgerichtliche Rechtsschutzlücke	245
aa) Die Konzentration der Interpretation des einfachen Rechts bei der Fachgerichtsbarkeit.....	245
bb) Die abstrakte Normenkontrolle als Rechtswahrungsverfahren und das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der Verfassung.....	247
cc) Rechtssicherheit durch fachgerichtliche Nichtanwendungsbefugnis.....	250
b) Eingeschränkte Gewährleistung der Normenhierarchie	251
aa) Beschränkte Gewährleistung der Normenhierarchie durch das Bundesverfassungsgericht funktionsadäquat	252
bb) Erhalt der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts durch begrenzte Zuständigkeiten.....	253
IV. Gesamtbetrachtung.....	254

3. Teil: Lösungsvorschlag für die Prüfung bloß materieller Bundesgesetze im Wege der abstrakten Normenkontrolle	259
1. Abschnitt: Die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes unter Berücksichtigung der Gesetzesakzessorietät der Verordnungsgebung.....	260
I. Verfassungsrechtlicher Gehalt: Das Erfordernis der Delegation der Rechtsetzungsbefugnis an die Exekutive	262
1. Das Erfordernis einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung.....	262
a) Rechtsstaatliche und demokratische Anforderungen	263
b) Verfassungsgeschichtliche Prägungen	264
c) Der Delegationszusammenhang als Bedingung und Charakteristikum der Verordnungsgebung.....	266
2. Zur Reichweite der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Inanspruchnahme der Ermächtigung durch den Ordnungsgeber.....	267
a) Die Anforderungen an die Inanspruchnahme der Verordnungsermächtigung durch Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG.....	269
aa) Normtext und funktionale Einheit von Ermächtigung und Rechtsverordnung.....	270
bb) Die Bestätigung einer umfassenden Bindung der Exekutive durch die Verfassungsgeschichte	273
cc) Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG als bereichsspezifischer Vorbehalt des Gesetzes	275
b) Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes	275
aa) Der Vorbehalt des Gesetzes und die Wesentlichkeitstheorie.....	276
bb) Das Verhältnis der Anforderungen von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zum Parlamentsvorbehalt bzw. zu der Wesentlichkeitstheorie	278
c) Friktionen mit der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG als Ausprägung des Gesetzesvorbehalts	281

II. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als grundgesetzlicher Prüfungsmaßstab bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes	283
2. Abschnitt: Die Prüfung einer Rechtsverordnung des Bundes im abstrakten Normenkontrollverfahren unter Berücksichtigung der Gesetzesakzessorietät der Verordnungsgebung	285
I. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab	285
II. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als Prüfungsmaßstab vom Auslegungsergebnis zu § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG gedeckt	286
III. Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage als Prüfungsmaßstab einer inzidenten Prüfung der Rechtsverordnung	287
1. Die Beschränkung auf die parlamentsgesetzliche Ermächtigungsgrundlage als Prüfungsmaßstab einer inzidenten Prüfung	287
2. Die Bestimmung des inzidenten Prüfungsmaßstabs	288
IV. Das Grundgesetz als einheitlicher Prüfungsmaßstab bei der Überprüfung von formellen und bloß materiellen Gesetzen des Bundes	290
1. Die Überprüfung auf Einhaltung der Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage als Teil der verfassungsgerichtlichen Kontrolle	291
2. Die Teilhabe der Entscheidung über die Einhaltung der Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage an den Wirkungen des § 31 Abs. 1 BVerfGG	292
V. Die Übertragbarkeit der Lösung auf die abstrakte Normenkontrolle von Satzungen des Bundes	293
1. Die bundesverfassungsgerichtliche Normenkontrolle von Satzungen des Bundes	293
2. Die Charakteristik von Satzungen: Dekonzentration staatlicher Rechtsetzungsgewalt	294
3. Die Prüfung einer Satzung des Bundes im abstrakten Normenkontrollverfahren	296

Inhaltsverzeichnis XVII

Zusammenfassung..... 299

Literaturverzeichnis..... 303

Einleitung

Trotz ihrer statistisch gesehen untergeordneten Bedeutung¹ rechnet das abstrakte Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG vor dem Bundesverfassungsgericht zum „Kernbestand der Verfassungsgerichtsbarkeit“² und trägt zur Verfassungssicherung bei.³ Als objektives Beanstandungsverfahren bildet die abstrakte Normenkontrolle ein effektives und publikumswirksames Kontrollmittel der parlamentarischen Opposition, das dem Minoritätenschutz dient⁴ und die Disziplinierung der Legislative ermöglicht. In dieser

¹ Entsprechend der Aufstellung des Bundesverfassungsgerichts, Jahresstatistik 2020, S. 1, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/Gesamtstatistik%202020.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Zugriff: 02.10.2022) stellt die abstrakte bzw. konkrete Normenkontrolle in der Gesamtübersicht der Jahre 1951 bis 2020 mit 3.919 anhängigen Verfahren lediglich 1,57 % der insgesamt anhängigen Verfahren. Bis Ende des Geschäftsjahres 2020 verzeichnete das Bundesverfassungsgericht insgesamt nur 185 Verfahrenseingänge von abstrakten Normenkontrollen, siehe Jahresstatistik 2020, S. 6, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/Gesamtstatistik%202020.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Zugriff: 02.10.2022).

² So *Friesenhahn*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, S. 7; diese Einschätzung teilen auch *Mücke*, BWNöZ 1997, 36; *von Mutius*, Jura 1987, 534 (543); *Heun*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615; *Bethge*, Jura 2009, 18 (20); *Steiner*, NJW 2001, 2919 (2921); *Clemens*, in: Umbach/Clemens, GG-Mitarbeiterkommentar, Art. 93 Rn. 39.

³ *Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, S. 184; in die gleiche Richtung *van Ooyen*, in: van Ooyen (Hrsg.), Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, S. VII (XII), der die Normenkontrolle als das „Herzstück“ der Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnet.

⁴ Eingehend hierzu *Dimroth*, ZRP 2006, 50 (51) unter Herausarbeitung der vom Parlamentarischen Rat vertretenen Position zur Ausgestaltung der

Form effektiver Gewaltenbeschränkung reicht das Normenkontrollverfahren tief in den politischen Prozess hinein⁵ und illustriert das natürliche Spannungsverhältnis von Legislative und Verfassungsgerichtsbarkeit.⁶

Doch im Gegensatz zur Richtervorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG, erschöpft sich die abstrakte Normenkontrolle nicht in der Überprüfung von nachkonstitutionellen Parlamentsgesetzen. Denn während das konkrete Normenkontrollverfahren nur durch ein „Gericht“⁷ angestrengt werden kann, verhilft die abstrakte Normenkontrolle den antragsberechtigten Staatsorganen zur Überprüfung und mitunter gar zur Verteidigung ihrer eigenen untergesetzlichen Normsetzungsprodukte.⁸ Damit erstreckt sich die latente Spannungslage zwischen normenkontrollierender Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarischer Legislative auch auf die exekutive Gesetzgebung. Überdies ist die normsetzende Exekutive in erheblich höherem Maße rechtlichen Bindungen unterworfen als das gesetzgebende Parlament.⁹ Denn während Art. 20 Abs. 3 GG die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung bindet, sieht sich die

Normenkontrolle als Element des Minderheitenschutzes und zum Schutz der demokratischen Ordnung.

⁵ Vgl. *Häberle*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 311 (328). Eine Auflistung der gewichtigsten Entscheidungen im abstrakten Normenkontrollverfahren einschließlich einer knappen Zusammenfassung bieten *Korinth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 124.

⁶ Vgl. *Starck*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 1 (6 f.). *Clemens*, in: Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, S. 13 (14 f.) erachtet das Bundesverfassungsgericht gerade wegen des abstrakten Normenkontrollverfahrens mit einer damit verbundenen umfassenden Prüfungskompetenz als dem Parlament übergeordnet. Zu den rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum parlamentarischen Gesetzgeber siehe *Austermann*, DÖV 2011, 267 ff.

⁷ Hinsichtlich der vom Bundesverfassungsgericht bewusst weit ausgelegten „Befugnis und Verpflichtung“ zur Richtervorlage siehe BVerfGE 6, 55 (63).

⁸ *Dederer*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 35. Weiterführend zu den zulässigen Antragsgegenständen siehe 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 2., b) Antragsgegenstand und Prüfungsmaßstab.

⁹ *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 226; *Gusy*, JuS 1983, 189; vgl. auch *Wahl*, Der Staat 20 (1981), 485 f.

vollziehende Gewalt an Recht und Gesetz gebunden. Damit weist die bedeutendste normative Grundlage des Rechtsstaatsprinzips Akten der Legislative innerhalb der Normenhierarchie eine Stufe oberhalb derjenigen der Exekutive zu, sodass das hoheitliche Handeln der Exekutive neben höchstrangigem Verfassungsrecht zusätzlich auch noch formelle Gesetze berücksichtigen muss.¹⁰

Die richterliche Kontrolle sowohl formeller als auch materieller Gesetze durch die Verfassungsgerichtsbarkeit in einem abstrakten Normenkontrollverfahren wurde in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG verfassungsrechtlich normiert und wird durch §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG einfachgesetzlich konkretisiert. Doch scheint der Wortlaut der konkretisierenden Verfahrensvorschrift § 76 Abs. 1 BVerfGG abweichend von der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsbegründung nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG für die Überprüfung von materiellem Bundesrecht einen umfangreicheren Prüfungsmaßstab vorzusehen: Die Formulierung legt den Schluss nahe, dass untergesetzliches Bundesrecht neben dem Grundgesetz auch auf eine Vereinbarkeit mit formellem Bundesrecht zu prüfen ist. Diese Deutung schafft eine weitere Konstellation zur Überprüfung der Vereinbarkeit einer antragsgegenständlichen Norm mit höherrangigem Recht durch eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabs über das Grundgesetz hinaus.¹¹

I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Die textliche Divergenz der für die abstrakte Normenkontrolle maßgeblichen Vorschriften Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG bildet den sprachlichen Anknüpfungspunkt des Untersuchungsthemas. Mit der Ausgestaltung der Zuständigkeiten und Verfahrensweisen des höchsten Gerichts der Bundesrepublik Deutschland durch das

¹⁰ *Ossenbühl*, NJW 1986, 2805 (2811); zu dieser impliziten Anordnung über das Verhältnis der Staatsgewalten durch Art. 20 Abs. 3 GG siehe auch *Gusy*, JuS 1983, 189.

¹¹ *Michael*, ZJS 2012, 756 (759).

Bundesverfassungsgerichtsgesetz¹² kristallisierte sich § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG als Anknüpfungspunkt der Diskussion heraus, ob sich bei der abstrakten Normenkontrolle formelles Bundesrecht „auf die Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Bundesverordnungen erstrecken soll.“¹³ Vor dem Hintergrund der mit Einführung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG entstandenen sprachlichen Divergenz herrscht in der Staatsrechtswissenschaft Uneinigkeit, ob die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Normenkontrollverfahrens lediglich „missverständlich“ geraten sei¹⁴ oder vielmehr von einer „verdeutlichend[en]“ Funktion auszugehen sei.¹⁵ Hierbei beschränken sich diese Differenzen auf untergesetzliches Bundesrecht als Antragsgegenstand, während die Kontrolle materieller Landesnormen keine Abgrenzungsschwierigkeiten bereitet – sie hat unstreitig am Grundgesetz sowie der gesamten Bundesrechtsordnung zu erfolgen.¹⁶ Für die Untersuchung ist damit der Frage nachzugehen, ob die abstrakte Normenkontrolle das prozessuale Mittel ist, die Normenhierarchie umfassend durchzusetzen oder ob eine nicht umfassende Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht seiner Rolle und Aufgabe als

¹² Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1724) geändert worden ist. § 76 Abs. 2 BVerfGG angefügt, Abs. 1 geändert durch Gesetz vom 16.07.1998 (BGBl. I S. 1823); Abs. 1 einleitender Satzteil geändert mit Wirkung vom 4.12.2009 durch Gesetz vom 1.12.2009 (BGBl. I S. 3822).

¹³ *Schäfer*, JZ 1951, 199 (201).

¹⁴ So *Söbhn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (317). Dahingehend auch *Michael*, ZJS 2014, 254 (259 Fn. 39), der § 76 Abs. 1 BVerfGG als eine „echte Erweiterung“ qualifiziert.

¹⁵ Diese erweiternde Sichtweise vertritt *Stem*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264. Bereits *Schäfer*, JZ 1951, 199 (201) erkannte zumindest die Möglichkeit einer Erweiterung an.

¹⁶ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (234).

„Hüter der Verfassung“¹⁷ gerade entspricht und damit letztlich „funktionsadäquat“ ist.¹⁸

Obwohl das Problem schon in der frühen staatsrechtlichen Literatur der Bundesrepublik Deutschland gesehen wurde, fehlt es an einer umfassenden rechtsdogmatischen Untersuchung, die den (verfassungs-)rechtlich zulässigen Prüfungsmaßstab von Rechtsverordnungen des Bundes im Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG detailliert und belastbar analysiert. Selbst in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als exklusiv zur abstrakten Normenkontrolle befugtes und das Verfahren ausfüllendes Rechtsprechungsorgan findet sich keine klare Konzeption, vielmehr arbeitet sich das Gericht in seiner Judikatur in den wenigen Normenkontrollverfahren zu Rechtsverordnungen des Bundes Schritt für Schritt vor.¹⁹ Auf der Suche nach einer verlässlichen Dogmatik weisen die diskutierten Lösungen zwar erkennbare Tendenzen auf, ohne jedoch im Einzelnen eine überzeugende Systematik unter besonderer Berücksichtigung der speziellen Funktion der abstrakten Normenkontrolle und der zweistufigen Struktur exekutiver Verordnungsgesetzgebung zu schaffen. Dass es sich hierbei nicht um einen akademischen Theorienstreit ohne praktischen Bezug handelt,²⁰ verdeutlichen insbesondere die Andeutungen des Bundesverfassungsgerichts zur Aufgabe seiner wiederholt gewählten Vorfragenkonstruktion für die Überprüfung von Rechtsverordnungen des Bundes.²¹ Diese zögerliche Abkehr bietet Anlass einer vertieften Untersuchung zur abstrakten Normenkontrolle von

¹⁷ Vertiefend zu diesem Rollenverständnis des Bundesverfassungsgerichts

1. Teil, 2. Abschnitt:

Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“.

¹⁸ Letztere, pragmatische Lesart bevorzugend, *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 721.

¹⁹ Siehe zuletzt BVerfGE 150, 1 ff. zur Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften eines registergestützten Zensus; hierzu noch eingehend in 2. Teil, 3. Abschnitt, III., 4., c) Die Aufgabe der Vorfragenkonstruktion.

²⁰ So aber *von Mutius*, Jura 1987, 534 (541); vgl. auch *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (234 f.).

²¹ Vgl. BVerfGE 136, 69; 150, 1.

Rechtsverordnungen des Bundes mit dem Ziel, eine verlässliche Prüfungsabfolge für das gerichtliche Verfahren zu entwickeln.

Für die Bestimmung des einschlägigen Prüfungsmaßstabs von Rechtsverordnungen des Bundes ist somit der Frage nachzugehen, ob die abstrakte Normenkontrolle den Vorrang in einer gestuften Rechtsordnung lückenlos sichern soll.

II. Das abstrakte Normenkontrollverfahren als „gesetzgeberische Wohltat“

Die abstrakte Normenkontrolle gilt im Modell einer stark ausgebauten, institutionell verselbstständigten Verfassungsgerichtsbarkeit zwar als „natürliche Verfahrensart“, da die „Kontrolle und Begrenzung des demokratischen Gesetzgebers [...] Grundanliegen und Grundkonflikt einer Verfassungsgerichtsbarkeit“ sind²². Dass die Judikative jedoch überhaupt damit betraut ist, Rechtssetzungsakte der Legislative auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu überprüfen, ist weder verfassungsgeschichtlich noch -theoretisch zwingend.²³ Zudem bleibt auch ohne eine abstrakte Prüfungskompetenz über die übrigen Verfahrensarten des Bundesverfassungsgerichts die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle erhalten.²⁴ Insbesondere erfährt die richterliche Normenprüfung im grundrechtsrelevanten Individualrechtsschutz durch die Möglichkeiten der Verfassungsbeschwerde und der Richtervorlage keine Einschränkung.²⁵ Lediglich die richterliche Normenkontrolle *per se* ist Konsequenz und Erfordernis des

²² *Wabl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 461 (473).

²³ *Mückel*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 1; *Böckenförde*, NJW 1999, 9 (10 f.). *Stuth*, in: Umbach/Clemens, BVerfGG-Mitarbeiterkommentar, Vor §§ 76 ff. Rn. 8 erblickt neben der Verfassungsgerichtsbarkeit besonders in der abstrakten Normenkontrolle „untypische Institute“ zur Korrektur des vom klassischen Modell abweichenden Demokratietypus der Bundesrepublik Deutschland.

²⁴ *Wabl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 461 (473); *Rinken*, in: AK-GG, vor Art. 93 Rn. 140; *Häußler*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, S. 177.

²⁵ *Häußler*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, S. 177.

modernen Rechts- und Verfassungsstaats.²⁶ Das abstrakte Normenkontrollverfahren erreicht eine Stärkung des Demokratie-typus der Bundesrepublik Deutschland und ist in dieser Form der Verfassungssicherung vordergründig eher als eine „gesetzgeberische Wohltat“ denn als eine verfassungstheoretische Notwendigkeit zu begreifen.²⁷

Unter dieser Prämisse muss die Untersuchung zur Reichweite des Prüfungsmaßstabs bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes vor dem Bundesverfassungsgericht erfolgen. Entsprechend lässt sich ein restriktives Verständnis des anzulegenden Kontrollmaßstabs nicht auf eine Lückenschutzfunktion des Verfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG stützen. Vielmehr erfordert die verfassungsrechtlich vorgegebene Form einer enumerativ beschränkten Zuständigkeitzuweisung an das Bundesverfassungsgericht eine dezidierte Begründung des einschlägigen Prüfungsmaßstabs. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass bloß materielle Gesetze traditionell gerade nicht den typischen Prüfungsgegenstand der Verfassungsgerichtsbarkeit bilden, sondern primär dem Kompetenzbereich der Fachgerichtsbarkeit unterfallen.²⁸

²⁶ Vgl. *Michael*, ZJS 2012, 756 f.

²⁷ Entsprechend wird auch wiederholt die Abschaffung der abstrakten Normenkontrolle gefordert, vgl. hierzu insbesondere *Landfried*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, S. 175 ff. Eine historische und argumentative Beschreibung des Diskussionsstands zur Abschaffung der abstrakten Normenkontrolle bietet *Häußler*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, S. 174 ff. Eine eigene Funktion kommt der abstrakten Normenkontrolle jedoch dann zu, wenn die Verwaltung Rechtsnormen für rechtswidrig hält. Das Gebot der Gesetzesbindung verbietet grundsätzlich eine Verwerfungskompetenz der Exekutive, jedoch kann die Exekutive darauf hinwirken, dass die Regierungen als antragsberechtigte Staatsorgane ein abstraktes Normenkontrollverfahren anstrengen, um die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit der fraglichen Norm feststellen zu lassen, vgl. nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 98.

²⁸ Vgl. exemplarisch das oberverwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO. Nicht zuletzt verdeutlicht die Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG mit der Beschränkung des Vorlagegegenstandes auf formelles Recht, dass die Überprüfung untergesetzlichen Rechts nicht notwendigerweise durch das Bundesverfassungsgericht wahrgenommen werden muss.

III. Gang der Darstellung

Eine Untersuchung des Prüfungsmaßstabs bei der abstrakten Normenkontrolle von bloß materiellen Gesetzen des Bundes bedarf zu Beginn der Vergewisserung über die rechts- und staatsfunktionalen Grundlagen dieses gerichtlichen Verfahrens. Daneben sind Rolle und Funktion des Bundesverfassungsgerichts als das zuständige Gericht und mit der Entwicklung der Vorfragenkonstruktion maßgeblicher Interpret der Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes zu beleuchten. Detailliert wird noch auf den Antragsgegenstand, die Rechtsverordnung des Bundes, in ihrer Besonderheit als derivative Rechtsquelle als Ausdruck delegierter Rechtsetzung durch das Parlament einzugehen sein.²⁹ Die gewonnenen Erkenntnisse sind dabei nicht nur Ausgangspunkt und Baustein der eigentlichen Untersuchung zur Reichweite des Prüfungsmaßstabs, sondern auf diesen Befund wird im Verlauf der weiteren Analyse wiederholt zu rekurrieren sein.

Aufbauend auf den Grundlagenteil sind dann die im Schrifttum diskutierten Lösungsansätze und die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Judikatur zu untersuchen.³⁰ Ein uneinheitliches Bild zeichnet die staatsrechtliche Literatur: Neben der Befürwortung der verfassungsgerichtlichen Perspektive finden sich auch dogmatische Überlegungen, die ein extensiveres Verständnis des anzulegenden Prüfungsmaßstabs zeichnen. Die Analyse der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur wird zeigen, dass das Bundesverfassungsgericht eigens eine Vorfragenkonstruktion entwickelte, um die Kontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes zu bewältigen. Doch offenbart die Analyse, dass diese Konzeption Unstimmigkeiten birgt und auch das Bundesverfassungsgericht in seinen jüngsten Entscheidungen von dieser Konstruktion abzurücken scheint.

Schließlich müssen die gewonnenen Ergebnisse bei der Entwicklung eines alternativen Lösungsansatzes der Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes Berücksichtigung

²⁹ Siehe 1. Teil: Grundlagen.

³⁰ Siehe 2. Teil: Die Überprüfung von Rechtsverordnungen des Bundes nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG.

finden.³¹ Die am Delegationszusammenhang der bundesrechtlichen Verordnungsgebung orientierte Prüfungsabfolge erfordert eine fundierte Auseinandersetzung mit Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG und seinen Vorgaben für die Inanspruchnahme einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung.

³¹ Siehe 3. Teil: Lösungsvorschlag für die Prüfung bloß materieller Bundesgesetze im Wege der abstrakten Normenkontrolle.

1. Teil: Grundlagen

Den Schwerpunkt des folgenden Grundlagenteils bildet die abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG, die im Zentrum dieser Untersuchung steht. Anschließend werden Rolle und Funktion des Bundesverfassungsgerichts in seiner Zuständigkeit als Interpret und die das Verfahren ausfüllende Kontrollinstanz skizziert. Schließlich wird auf den die Problematik auslösenden Antragsgegenstand, die nach Art. 80 GG ergangene Rechtsverordnung des Bundes, einzugehen sein.

1. Abschnitt: Das abstrakte Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht

Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle mit einer korrespondierenden Verwerfungsbefugnis bildet das „Kerngeschäft“¹ der Verfassungsgerichtsbarkeit und erfüllt die elementare Funktion der Verfassungssicherung.² Für das Bundesverfassungsge-

¹ *Böckenförde*, NJW 1999, 9 (15), der in der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen den Kern- und Minimalbestand der Verfassungsgerichtsbarkeit erblickt.

² *Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, S. 184.

richt sind es vorwiegend die prinzipialen Normenkontrollen,³ die in Abgrenzung zu dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach § 47 VwGO bedeutsam sind.⁴

Das rechts- und staatsfunktionale Wesen der grundgesetzlichen Normenkontrolle determiniert die Rahmenbedingungen der gerichtlichen Überprüfung von Normen als Ergebnis einer differenzierten und anerkannten Verfassungsgerichtsbarkeit, deren zugrundeliegenden Prinzipien historisch gewachsen sind. Strukturelle und rechtspolitische Erwägungen über die Reichweite des Prüfungsmaßstabs⁵ untergesetzlicher Bundesnormen lassen sich jedoch nur anhand der bestehenden verfassungsgerichtlichen Kompetenzen und unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes bzw. des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes anstellen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Prüfung bloß materieller Gesetze nicht zu den primären Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts rechnet.⁶

I. Die Grundzüge richterlicher Normenkontrolle

Die Prüfung der Gesetzeskonformität von Rechtsakten lässt sich auf vielfältige Weise verwirklichen. Die richterliche Normenkontrolle bildet in den westlichen Staaten mit parlamentarischer Demokratie, Grundrechten, Rechtsstaatlichkeit und geschriebener Verfassung den „Grundtatbestand der Verfassungsstaatlichkeit“.⁷

³ Das umfasst in erster Linie die Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG, die abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sowie das in der Praxis wenig bedeutsame Kompetenzkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG.

⁴ Vgl. *Bethge*, Jura 2009, 18 (20), der in diesem Zusammenhang auch darauf hinweist, dass das fachgerichtliche Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO verfassungsrechtlich nicht geboten sei. Vielmehr verlange die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG keine prinzipiale Kontrolle materieller Normen, sondern begnüge sich mit einem inzidenten Normprüfungsrecht der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

⁵ Zu dem zugrunde gelegten Begriffsverständnis siehe noch 2. Teil, 1. Abschnitt, I., 1. Antragsgegenstand, Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab.

⁶ Vgl. 1. Teil, 2. Abschnitt, III., Die originären Zuständigkeiten der Fachgerichtsbarkeit.

⁷ *Koriotb/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 111.

Neben den vorherrschenden Systemen konzentrierter und diffuser Verfassungsgerichtsbarkeit⁸ findet sich noch die Kontrollmöglichkeit durch eine Institution wie etwa dem *Conseil Constitutionnel* in Frankreich, der als Verfassungsrat eine Kontrolle noch innerhalb des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens vornimmt.⁹ Die Prüfung der Verfassungskonformität von Gesetzen kann präventiver Art sein,¹⁰ herkömmlich erfolgt sie in repressiver und nachfolgender Form, sei es inzident-konkret im Rahmen anhängiger Rechtsstreitigkeiten oder als abstrakte Normenkontrolle auf Veranlassung bestimmter Antragsberechtigter hin.¹¹ Die deutsche Rechtsordnung entschied sich auf Ebene der Verfassungsgerichtsbarkeit für eine Kombination aus konkreten und abstrakten Normenkontrollverfahren.¹²

Zur Annäherung an das Wesen und die Funktion der abstrakten Normenkontrolle wird zunächst eine abgrenzende Systematisierung der einzelnen Normenkontrolltypen vorgenommen und dann auf das der abstrakten Normenkontrolle zugrundeliegende Begriffsverständnis und ihren objektiven Verfahrenszweck im Staatsgefüge eingegangen.

⁸ Einen rechtsvergleichenden Überblick aus der Perspektive des Bundesverfassungsgerichts bietet *Tomuschat*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 245 (251 f.).

⁹ Zum Meinungsstand der institutionellen Stellung des *Conseil Constitutionnel* und der Verfassungsrevision aus dem Jahre 2008 sowie der damit verbundenen Annäherung an ein Modell konzentrierter Verfassungsgerichtsbarkeit, vgl. nur *Gundel*, EuR 2012, 213 (214 f.).

¹⁰ Innerhalb der deutschen Rechtsordnung sind präventive Normenkontrollen nur ausnahmsweise zulässig, vgl. etwa *Fromont*, in: Starck/Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, S. 227 (236 f.). Ungleich häufiger erfolgt eine vorbeugende Normenkontrolle innerhalb der französischen Verfassungspraxis, in der die Entscheidung des *Conseil Constitutionnel* ein definitives Veto bedeutet.

¹¹ Vgl. *Böckenförde*, NJW 1999, 9 (15), der in diesem Zusammenhang die große Bedeutung der Inzidentkontrolle im US-amerikanischen Rechtskreis hervorhebt.

¹² Die Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG auf Antrag eines mit dem Ausgangstreit befassten Gerichts, das ein entscheidungserhebliches Gesetz für verfassungswidrig hält, ist zunächst eine inzident-konkrete Normenkontrolle, die aber zu einer prinzipialen Normenkontrolle beim Bundesverfassungsgericht führt, siehe *Maurer*, Staatsrecht I, § 19 Rn. 75.

1. Die Typologie gerichtlicher Normenkontrollverfahren

Die deutsche Rechtsordnung ermöglicht die gerichtsförmige Prüfung gesetzlicher Vorschriften je nach Anlass und Zusammenhang mittels unterschiedlicher Verfahren.¹³ Der auf die Rechtsverordnung des Bundes zugeschnittene Fokus der Untersuchung legt eine Kategorisierung ausgehend vom Verfahrensgegenstand nahe, die den Ausgangspunkt für eine nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG erfolgende Vereinbarkeitsprüfung darstellt. Im Sinne dieser Kategorisierung umfassen „spezifische Normenkontrollen“ regelmäßig abstrakt-generelle Rechtsnormen sowie formelle Gesetze als Angriffs- bzw. Vorlagegegenstand.¹⁴ In Abgrenzung hiervon finden sich gerichtliche Kontrollmöglichkeiten, die nicht notwendigerweise Normen zum Verfahrensgegenstand haben, in der Sache aber dennoch Normenkontrollen darstellen.¹⁵

Anhand des Zusammenhangs von ebenfalls Verfahrensgegenstand und zusätzlich der Verfahrenswirkung erfolgt die Grobgliederung in prinzipale und inzidente¹⁶ Normenkontrolle. Bildet bei der ersteren Unterform die Gültigkeit einer Norm die prinzipale Hauptsache des Rechtsstreits, ist die Gültigkeit einer gesetzlichen Regelung im Wege der Inzidentprüfung lediglich eine, wenn auch notwendige, Vorfrage.¹⁷ Bei allen prinzipalen Normenkontrollverfahren entfaltet eine Normverwerfung allgemein verbindliche

¹³ *Mickl*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 2; eingehend auch *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 69 ff.

¹⁴ Verfahren sind etwa die grundgesetzlich geregelten Normenkontrollen nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und Art. 100 Abs. 1 GG vor dem Bundesverfassungsgericht sowie die entsprechenden Umsetzungen auf Landesebene. Auf einfachgesetzlicher Ebene findet sich die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO. Instrukтив zur Abgrenzung „spezifischer“ und „unspezifischer“ Normenkontrollverfahren mit weiteren Beispielen *Michael*, ZJS 2012, 756 (759).

¹⁵ Dies gilt etwa für die Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, wobei ihre Ausprägung als Rechtssatzverfassungsbeschwerde einen Sonderfall darstellt.

¹⁶ Nach gelegentlichem, aber doch altvorderem Sprachgebrauch findet sich auch der Begriff „diffuse“ Normenkontrolle, vgl. dazu *Bethge*, Jura 2009, 18 (19).

¹⁷ *Pielow*, Die Verwaltung 1999, 445; *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 70.

Wirkung *erga omnes*, während die Entscheidungsfolgen der Inzidentprüfung grundsätzlich nur die Prozessparteien für den konkreten Einzelfall *inter partes* binden.¹⁸ Abgesehen von der verwaltungsrechtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO sind die prinzipalen Normenkontrollen bei der Verfassungsgerichtsbarkeit konzentriert,¹⁹ während die inzidente Überprüfung entscheidungserheblicher Normen grundsätzlich durch die Fachgerichtsbarkeit wahrgenommen wird.²⁰

2. Begriff und systematische Einordnung der abstrakten Normenkontrolle

Die abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG beinhaltet die Überprüfung der formellen und inhaltlichen Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit einer Norm am Maßstab höherrangigen Rechts innerhalb eines justizförmigen Verfahrens.²¹ Seinen Abschluss findet das Prüfungsverfahren entweder in einer Normbeanstandung oder -bestätigung.²² Die institutionelle Kompetenz, die förmliche und sachliche Gültigkeit von bloß materiellen bzw. formellen Bundesgesetzen allgemeinverbindlich zu klären, wird unter anderem

¹⁸ Vgl. *Michael*, ZJS 2012, 756 (760); *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 70; vertiefend 1. Teil, 2. Abschnitt, III., 3. Die gerichtliche Verwerfungskompetenz. Bei der Urteilsverfassungsbeschwerde handelt es sich um ein inzidentes Normenkontrollverfahren auf Ebene der Verfassungsgerichtsbarkeit mit der in § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG gesetzlich verbürgten Besonderheit, die inzident geprüfte Norm mit allgemein verbindlicher Wirkung für nichtig zu erklären.

¹⁹ Ursprünglich wurden vor allem die oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrollen nach § 47 VwGO als prinzipale Normenkontrollen bezeichnet, um sie von inzidenten Normenkontrollen der Verwaltungsgerichte abzugrenzen, vgl. *Bethge*, Jura 2009, 18 (19). Diese Trennung wird jedoch verallgemeinert und entsprechend die prinzipale Normenkontrolle schwerpunktmäßig der Bundes- bzw. Landesverfassungsgerichtsbarkeit zugeordnet.

²⁰ *Michael*, ZJS 2012, 756 (759 f.).

²¹ Entsprechend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 680; *von Mutius*, Jura 1987, 534 (536); *Brunner*, JA 2014, 838; *Mückel*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 1; *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 64; *Hopfauß*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 267; *Grafshof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 2.

²² *Bethge*, Jura 2009, 18 (19).

über Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG dem Bundesverfassungsgericht zugewiesen.

In Abgrenzung zur Richtervorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 GG etablierte sich die Bezeichnung abstrakte Normenkontrolle, wird die Gültigkeitsfrage doch abstrakt, also anlasslos aufgeworfen.²³ Dagegen erfolgt ein nach Art. 100 Abs. 1 GG initiiertes Normenkontrollverfahren im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits, sofern es für den Ausgangsfall auf die Gültigkeit der entscheidungserheblichen Norm zwingend ankommt.²⁴ Da sich das Bundesverfassungsgericht bei der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG inhaltlich ebenfalls prinzipial mit der abstrakten Gültigkeit einer abstrakten Norm auseinandersetzt, ist die Dichotomie abstrakt – konkret zwar missverständlich, jedoch historisch gewachsen und mittlerweile in Literatur und nichtamtlichen Gesetzesüberschriften anerkannt.²⁵

Losgelöst von einer konkreten Rechtsanwendung erfolgt keine normative Bewertung anhand einzelfalltypischen Tatsachen- und Konfliktmaterials,²⁶ sondern nur die Überprüfung normativer Ermessens- und Gestaltungsspielräume des jeweiligen Normgebers.²⁷ Im Kontext einer „abstrahierten umfassenden Nachprüfung“²⁸ reduziert sich die Bedeutung der Tatsachenermittlung.

²³ Statt vieler *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 59.

²⁴ BVerfGE 1, 184 (188); 7, 171 (173 f.); 133 (10 f.); 135, 1 (10 f.); *Korloth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 121; *Hamdorf*, NordÖR 2011, 301 (304 f.). Zur Entwicklung der Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht an die Zulässigkeit einer Richtervorlage stellt, vgl. *Baumgarten*, Anforderungen an die Begründung von Richtervorlagen, S. 255 ff.

²⁵ *Michael*, ZJS 2012, 756 (760); *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 13 Rn. 1. Die Bezeichnung als abstraktes Normenverfahren findet sich wohl erstmals bei *Friesenbahn*, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 523 (526); entsprechend auch seine eigene Einschätzung in *Friesenbahn*, in: Festschrift für Johannes Broermann, S. 517 (531).

²⁶ *Graßhof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 5; *Rinken*, in: AK-GG, Art. 93 Rn. 30.

²⁷ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 69.

²⁸ *Simon*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 34 Rn. 24.

Ohne jegliche fachgerichtliche Vorklärung und Aufbereitung wird der Gesetzgeber unmittelbar kontrolliert. Dieses aus Kontrolle und Begrenzung der Legislative resultierende Spannungsverhältnis bildet einen charakteristischen Wesenszug der Verfassungsgerichtsbarkeit und erfährt in der abstrakten Normenkontrolle eine besondere prozessuale Ausprägung.²⁹

3. Verfahrenszweck und objektiver Verfahrenscharakter der abstrakten Normenkontrolle

Bereits in einer der ersten Entscheidungen attestierte das Bundesverfassungsgericht dem abstrakten Normenkontrollverfahren dahingehend eine Schutzfunktion, dass das „Grundgesetz weder formell noch sachlich durch Rechtsvorschriften des Bundes oder der Länder verletzt und andererseits die sich aus der bundesstaatlichen Struktur ergebende Gefahr vermieden wird, dass sonstiges Recht des Bundes durch Landesrecht beeinträchtigt wird.“³⁰ Allgemeinverbindlich wird einem Rechtssatz der Gültigkeitsschein abgesprochen oder umgekehrt werden Zweifel an der Wirksamkeit ausgeräumt.³¹ Bei Feststellung einer Verletzung verdichtet sich dieser Schutzzweck zu einer Abwehrfunktion,³² um die Aufrechterhaltung des Stufenbaus der Rechtsordnung zu gewährleisten.³³ In Ausübung dieser exklusiven Zuständigkeit versteht sich das Bundesverfassungsgericht daher auch primär als „Hüter der Verfassung“.³⁴

²⁹ *Wahl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 461 (473).

³⁰ BVerfGE 1, 184 (195 f.).

³¹ *Von Mutius*, Jura 1987, 534 (536); *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, Vor §§ 76 ff. Rn. 5.

³² *Dimroth*, ZRP 2006, 50 (51) mit Verweis auf *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 197.

³³ In diesem Zusammenhang *von Mutius*, Jura 1987, 534 (536), der eine „negative Zielrichtung“ der abstrakten Normenkontrolle identifiziert und die Wahrung des Stufenbaus der Rechtsordnung primär auf die Sicherung des Bundesrechts und des Vorrangs der Verfassung bezieht.

³⁴ BVerfGE 1, 184 (195, 197); 1, 396 (408); 6, 300 (304); 40, 88 (93) sowie insbesondere die Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Juni 1952: Die

Der beherrschende Sicherungszweck der Normenkontrolle bedingt einen strikt objektiven, nicht kontradiktorischen Verfahrenscharakter.³⁵ Das Verfahren soll in erster Linie dem rechtlichen Klarstellungsinteresse der Öffentlichkeit gerecht werden und Rechtssicherheit schaffen.³⁶ Ständiger bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zufolge handelt es um ein von subjektiver Antragsbefugnis „unabhängiges objektives Verfahren zum Schutz der Verfassung“,³⁷ das ohne Einhaltung einer Frist angestrengt werden kann und anderen Verfahren gegenüber nicht subsidiär ist.³⁸ Zwar reduziert sich die Antragsberechtigung damit letztlich auf eine prozessuale „Anstoßfunktion“,³⁹ die jedoch keineswegs obsolet ist, da eine Überwachungspflicht von Amts wegen nicht besteht.⁴⁰ Zur Wahrung des objektiven Verfassungsrechts behält sich das Bundesverfassungsgericht daher auch vor, bei Bestehen eines besonderen öffentlichen Interesses selbst bei

Stellung des Bundesverfassungsgerichts: Gerichtet an den Bundespräsidenten, die Präsidenten des Bundestags und Bundesrats sowie die Bundesregierung, veröffentlicht am 19. Januar 1953, in: *Bundesverfassungsgericht*, JZ 1953, 157 f., wiederabgedruckt in: JöR N. F., Bd. 6 (1957), 144 ff. Auf das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts wird vertiefend in 1. Teil, 2. Abschnitt, II. Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts vom „Hüter der Verfassung“ eingegangen.

³⁵ Das Bundesverfassungsgericht spricht vereinzelt auch von dem „Offizialcharakter“ des Normenkontrollverfahrens, vgl. nur BVerfGE 1, 396 (414); 68, 346 (349).

³⁶ *Lerche*, in: Festschrift für Gerd Jauch, S. 121 (127). *Söhm*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (294) sieht in Abgrenzung zur „negative[n] Zielrichtung“ hierin die „positive“ rechtsbefriedende Funktion der Normenkontrolle (Hervorhebung im Original).

³⁷ BVerfGE 1, 396 (407); 2, 213 (217); 20, 56 (95); 20, 350 (351); 52, 63 (80); 83, 37 (49).

³⁸ *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, Vor §§ 76. Rn. 6; *Michael*, ZJS 2014, 254 (255); BVerfGE 8, 104 (110); 20, 56 (95).

³⁹ *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 694; *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 71; die Formulierung geht zurück auf BVerfGE 1, 208 (219).

⁴⁰ *Dimroth*, ZRP 2006, 50 (51); BVerfGE 1, 184 (196).

Antragsrücknahme noch in der Sache zu entscheiden.⁴¹ Losgelöst von einer etwaigen Dispositionsmaxime und dem Grundsatz *ne ultra petita* zieht § 78 Satz 2 BVerfGG sogar einfachgesetzlich eine Ausdehnung des Prüfungs- und Entscheidungsgegenstandes in Betracht.⁴²

Diese auf Verfahrenszweck und -charakter der abstrakten Normenkontrolle beruhenden Vorgaben sind für die verfassungsgerichtliche Prüfung von Gesetzen nicht nur charakteristisch, sondern konstituierend. Ihre Grundzüge müssen bei der Kontrolle von Gesetzen unabhängig von ihrem Rang im Stufenbau der Rechtsordnung und für jede denkbare Prüfungsreichweite eine Berücksichtigung erfahren.

II. Das abstrakte Normenkontrollverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG

Das rechts- und staatsfunktionale Wesen des abstrakten Normenkontrollverfahren im gewaltenteilenden System zur Wahrung des Rechts- und Verfassungsstaates ist Ausdruck der Entwicklung einer Kernkompetenz verfassungsgerichtlichen Wirkens.⁴³ Verfolgt wird das „objektiv rechtsstaatliche Interesse“, die Gültigkeit einer Vorschrift allgemein verbindlich zu klären und die Normenhierarchie im Sinne einer Herrschaft des höheren Rechts durchzusetzen.⁴⁴ Dadurch bildet die Normenkontrolle eine der kontroversesten Verfahrensarten des Bundesverfassungsgerichts, kann doch mitunter ein demokratisch legitimiertes Gesetz für ungültig erklärt werden.⁴⁵

⁴¹ BVerfGE 1, 396 (414); 8, 183 (184); 25, 308 (309); 77, 345; 87, 152 (153); 89, 327 (328). Weiterführend *Heun*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (619), der auch darauf hinweist, dass dieser Grundsatz auf die Verfassungsbeschwerde ausgedehnt wurde.

⁴² *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 2.

⁴³ *Bednarik*, Präventive Normenkontrolle durch Verfassungsgerichte, S. 157.

⁴⁴ So anschaulich *Michael*, ZJS 2014, 254 (255).

⁴⁵ *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 123. Weiterführend *Wahl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 461 (473 f.).

Zur Annäherung an das funktionale Wesen der abstrakten Normenkontrolle ist auf das konstituierende Fundament und die verfahrensrechtlichen Grundlagen einzugehen, um im Anschluss die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens samt ihrer Entstehungsgeschichte zu umreißen.

1. Das Fundament der abstrakten Normenkontrolle

Die abstrakte Normenkontrolle fußt auf zwei grundlegenden Prinzipien: Die Hierarchie der Rechtsnormen stellt die materielle Ausprägung, das richterliche Prüfungsrecht die formell-kompetentielle Ausformung dar.⁴⁶ Die Normenkontrolle ist die verfassungsprozessuale Konsequenz auf den Stufenbau der Rechtsordnung und das Instrument der Durchsetzung eines damit verbundenen Geltungsvorrangs von Normen⁴⁷. Mit Etablierung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit im IX. Abschnitt des Grundgesetzes und einer konkreten Zuweisung von Streitigkeiten über die Gültigkeit von Normen erkennt das Grundgesetz auch das Institut des richterlichen Prüfungsrechts an.⁴⁸ Die rechtshistorischen Bezüge zur Entstehung des richterlichen Prüfungsrechts werden zeigen, dass ein abstraktes Normenkontrollverfahren dabei keine selbstverständliche Kompetenz⁴⁹ eines Verfassungsgerichts darstellt. Diese Grundlagen gilt es in den Blick zu nehmen,

⁴⁶ Siehe *Mückl*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 1; auch *Kempny*, DÖV 2010, 974; allgemein *Hartmann*, in: Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, S. 154 (155). Unter besonderer Bezugnahme auf die amerikanische Verfassungsgerichtsbarkeit und Traditionen der deutschen Gerichtsbarkeit und dem österreichischen Modell *Heun*, in: Heun/Starck/Tsai (Hrsg.), Rezeption und Paradigmenwechsel im öffentlichen Recht, S. 55 (61 ff.).

⁴⁷ *Roellecke*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 67 Rn. 23; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 267; *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 62.

⁴⁸ *Mückl*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 1; entsprechend auch *Kempny*, DÖV 2010, 974.

⁴⁹ Zum Kompetenzbegriff *Webr*, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, S. 203: „Unter Kompetenz ist die Handlungsmacht staatlicher Organe zu verstehen, in Erfüllung zugewiesener Aufgaben Maßnahmen bestimmter Art zu treffen.“

um mit diesem Verständnis die Bestimmung der gerichtlichen Prüfungsreichweite vorzunehmen.

a) Die Wahrung der Normenhierarchie durch die Judikative

Die Normenhierarchie, in der die Verfassung die Spitze bzw. den Abschluss der Rechtsordnung abbildet, ist in Art. 20 Abs. 3 GG normiert.⁵⁰ Die Befugnis zur Normenkontrolle ist der Judikative anvertraut, deren Methode zur Rechtsfindung für den Fall eines Normenkonflikts durch die Regeln der Normenhierarchie stark determiniert wird. Denn der Prüfungsmaßstab eines Rechtssatzes wird unter anderem durch seine Stellung in der Hierarchie vorgegeben.⁵¹ Die Entscheidung zugunsten einer Normenhierarchie löst das Spannungsverhältnis konkurrierender normativer Regelungen bei der Herleitung einer normprüfenden juristischen Erkenntnis und gibt umgekehrt dem Gesetzgeber die Schranken seines Gestaltungsraumes vor. Dabei steht nicht die Richtigkeit der gesetzgeberischen Einschätzung, sondern die Auflösung eines Konflikts von Rechtssätzen im Vordergrund der Gültigkeitsprüfung einer Norm. Das durch die funktionsorientierte Gewaltenteilung bedingte Spannungsverhältnis zwischen Legislative und Judikative, insbesondere der Vorwurf einer Usurpation von Legislativfunktion durch die Gerichtsbarkeit, speziell der Verfassungsgerichtsbarkeit, verliert auf diesem Weg entscheidend an Brisanz.⁵²

⁵⁰ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI Rn. 25 zufolge sieht das Grundgesetz insbesondere in Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 100 Abs. 1 GG derart deutlich eine Normenhierarchie mit der Verfassung an der obersten Stufe und dem formellen Gesetz auf der anschließenden zweiten Stufe vor, dass das Bestehen eines Stufenbaus der Rechtsordnung sich bereits aus diesen Vorschriften ableiten ließe. Weitere bedeutsame Vorschriften sind Art. 80 GG für materielle Normen und Art. 31 GG für das Verhältnis von Landes- und Bundesrecht, siehe nur *Müickl*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 1.

⁵¹ *Meurs*, Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht, S. 7.

⁵² Vgl. *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 56. Zu dem Aufeinandertreffen legislativer und judikativer Gewalt bei der Aufhebung formeller Parlamentsgesetze durch das Bundesverfassungsgericht vgl. *Möllers*,

aa) Die Bedeutung der Normenhierarchie

Die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland „wird durch eine Vielzahl von Rechtssätzen gebildet, die von unterschiedlichen Rechtsetzungsorganen verschiedener Rechtsträger normiert werden.“⁵³ Wirken bei der Rechtserzeugung verschiedene Normsetzer nebeneinander, sind Normwidersprüche unvermeidbar. Die Pluralität von Rechtsakten erfordert zur Auflösung von potentiellen Normkollisionen eine verlässliche Hierarchie der Rechtsquellen, um den Normvorrang festzulegen und letztlich eine widerspruchslose Einheit der Rechtsordnung zu gewährleisten.⁵⁴ Ihre kollisionslösende Funktion gewährleistet die Ordnung und Beschränkung hoheitlicher Macht sowie die Transparenz hoheitlichen Handelns und sorgt damit für Rechtsklarheit und -sicherheit.⁵⁵ Der Stufenbau der Rechtsordnung liefert nicht nur die Kriterien für die Einheit der Rechtsordnung, sondern ist „das Bau- und Ordnungsprinzip des Rechts überhaupt.“⁵⁶ Dieses Verständnis von einem hierarchisierten Stufenbau soll ohne Einbeziehung weitergreifender Prämissen Grundlage der weiteren Bearbeitung sein.⁵⁷

Gewaltengliederung, S. 141; *Simon*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 34 Rn. 42.

⁵³ So die Formulierung bei *Wehr*, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, S. 25.

⁵⁴ *Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, S. 39 (42); *Ossenbühl*, in: Festschrift für Paul Kirchhof, S. 311 (323); *Wehr*, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, S. 25.

⁵⁵ *Meurs*, Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht, S. 5; *Starck*, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, S. 9 (10); *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 22.

⁵⁶ *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 145 (Hervorhebung im Original).

⁵⁷ Das Stufentheorem ist ein rechtstheoretisches Deutungsmuster, das ausgehend vom positiven Recht ermittelt wird und die strukturelle Ordnung des Rechts widerspiegelt, aber selbst weder Recht erzeugt noch Anforderungen an die Gestaltung des Rechts stellt, siehe *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 10 Fn. 9. Diese Abhängigkeit vom positiven Recht betonte bereits *Merkel*, in: Festschrift für Hans Kelsen, S. 252 (286 f.): „Der rechtliche Stufenbau ist nicht etwas Rechtsimmanentes, das die Rechtssetzung hinnehmen müßte, sondern ist selbst ein willkürliches, verwandlungsfähiges Produkt der Rechtsordnung.“

Doch die Normenhierarchie strahlt über den Kernbereich des Normenkonflikts hinaus und sucht bereits im Vorfeld, etwa durch die harmonisierende Auslegung von Rechtssätzen, den Einklang mit höherstufigen Normen nach Maßgabe normenhierarchischer Strukturen.⁵⁸ Prominenteste Form der Normkonservation bietet die verfassungskonforme Gesetzesauslegung.⁵⁹ Durch den Stufenbau des Rechts erfährt die Rechtsschöpfung eine Begrenzung,⁶⁰ die Zuweisung formeller Zuständigkeiten wird geregelt⁶¹ sowie verfahrensrechtliche und inhaltliche Anforderungen an eine Norm werden getroffen.⁶²

bb) Die Grundzüge eines Stufenbaus der Rechtsordnung

Entscheidenden Beitrag zur Konzeption eines Stufenbaus der Rechtsordnung leistete *Adolf Julius Merkel*,⁶³ dem zufolge die einzelnen Rechtsquellen in einem logischen Rangverhältnis zueinanderstehen, wobei die Verfassung den höchsten Geltungs- und Anwendungsrang innerhalb der staatlichen Normenhierarchie genießt.⁶⁴ Dabei unterteilt sich die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung in zwei Perspektiven: Der Erzeugungszusammenhang

⁵⁸ *Meurs*, Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht, S. 6 f.

⁵⁹ *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 126, der als weitere Beispiele unter anderem noch die bundesrechtskonforme Auslegung von Landesrecht, die gesetzeskonforme Auslegung von Verordnungen und Satzungen und die völkerrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts bemüht; allgemein hierzu auch 2. Teil, 2. Abschnitt, I., 3., b) Die systematische Auslegung.

⁶⁰ *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 308.

⁶¹ *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 165.

⁶² *Meurs*, Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht, S. 7; *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 22.

⁶³ Einen Überblick über das periodische Schaffen *Merkels* zur Entwicklung seiner Stufenbaulehre bietet *Borowski*, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, S. 122 ff. *Merkels* Stufenbaulehre der Rechtsordnung wurde zu einem Kernbestandteil der von *Hans Kelsen* begründeten „Reinen Rechtslehre“ und dessen Lehre vom „Stufenbau des Rechts“, vgl. nur *Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung, S. 9.

⁶⁴ *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 178 ff., 213 f.; hierzu auch *Kreuter-Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 272 Rn. 1; *Schönberger*, in: Festschrift für Rainer Wahl, S. 385 (386).

bestimmt sich im Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit, der Vernichtungszusammenhang nach der derogatorischen Kraft.⁶⁵

Der Stufenbau nach dem Kriterium der rechtlichen Bedingtheit begründet einen Ableitungszusammenhang⁶⁶ mit höherrangigen Rechtsquellen als Ursprung, die durch Erzeugungsverfahren oder ihren Inhalt die Geltungsbedingungen von Rechtsnormen niederen Ranges *bedingen*.⁶⁷ Höherrangiges Recht ermächtigt zur Erzeugung rangniedrigerer Rechtssätze oder regelt deren Erzeugung selbst, die in der materiellen Geltung ihrerseits durch das jeweils höherrangige Recht rechtlich *bedingt* sind.⁶⁸ An die Spitze dieses Stufenbaus rückt die Verfassung, von der sich zumindest mittelbar jede Norm ableiten lässt. In *Merkels* Metapher der „Rechtspyramide“ ordnen sich Gesetze, Verordnungen und konkrete Ausführungsakte unter.⁶⁹ Die jeweils delegierte Norm muss der Ermächtigung der delegierenden Norm entsprechen, bis hin zur verfassungsunmittelbaren Norm, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen muss: Die gestufte Rückführbarkeit einer Rechtsnorm auf die Verfassung begründet ihre Zugehörigkeit zur grundgesetzlichen Rechtsordnung.⁷⁰ Zur Umschreibung dieses Stufenbaus lässt sich auf die Anzahl der mittelnden Ermächtigungs- bzw. Erzeugungsnormen abstellen und damit eine Gliederung nach der „prozeduralen Verfassungsnähe“ vornehmen.⁷¹ Dadurch wird zugleich auch die Unzulänglichkeit eines

⁶⁵ *Wiederin*, in: Raschauer/Griller/Rill (Hrsg.), *Rechtstheorie*, S. 81 (83 f.).

⁶⁶ *Merkel*, in: Festschrift für Hans Kelsen, S. 252 (279 f.) bezeichnet dieses Beziehungsgefüge als „Delegationszusammenhang“.

⁶⁷ *Wiederin*, in: Raschauer/Griller/Rill (Hrsg.), *Rechtstheorie*, S. 81 (89).

⁶⁸ *Meurs*, *Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht*, S. 8; *Heckmann*, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, S. 148.

⁶⁹ *Merkel*, in: Festschrift für Hans Kelsen, S. 252 (275 f.); *Merkel*, *Die Lehre von der Rechtskraft*, S. 213 f. Das Bild der „Rechtspyramide“ findet sich bei *Merkel*, *Juristische Blätter* 1918, 425. *Borowski*, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), *Hans Kelsen*, S. 122 (128) weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass *Merkel* sich nicht festlegte, welche Rechtserscheinung im Stufenbau der Rechtsordnung „Oben“ und „Unten“ anzusiedeln sei.

⁷⁰ *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, S. 9 f.

⁷¹ *Schilling*, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, S. 164 f.

Stufenbaus nach der rechtlichen Bedingtheit veranschaulicht: Beschrieben wird ein Rangverhältnis innerhalb einer abgeleiteten Linie von Rechtsnormen, das keine hierarchische Ordnung allgemeiner, grundsätzlicher Rangstufen begründet.⁷²

Entsprechend wird dieser Stufenbau durch einen Derogationszusammenhang komplettiert,⁷³ der in der Stufenbaulehre zunehmend in den Vordergrund rückt.⁷⁴ Die derogatorische Kraft beinhaltet die „Fähigkeit einer Rechtsnorm, die Geltung einer anderen Rechtsnorm aufzuheben oder zumindest zurückzudrängen“.⁷⁵ Hierbei sind nicht der konkrete Rechtsakt, sondern die Rechtssatzformen ins Verhältnis zu setzen.⁷⁶

Unterscheidendes Kriterium der einzelnen Rechtsformen ist die Stärke ihrer derogatorischen Kraft. Derogationsregeln ergeben sich aus dem übergeordneten positiven Recht, den Rechtserzeugungsregeln.⁷⁷ Dem Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit

⁷² *Meurs*, Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht, S. 9 zufolge verleihe der Begriff des Stufenbaus nach der rechtlichen Bedingtheit zu der Annahme, „dass die rechtliche Bedingtheit verschiedene Rechtsakte zu einer Rangstufe zusammenfasst.“ Illustriert wird dieser Befund anhand Art. 55 Nr. 2 der Verfassung des Freistaates Bayern, der unmittelbar zum Erlass bestimmter Rechtsverordnungen ermächtigt. Diese entsprechen nach dem Stufenbau der rechtlichen Bedingtheit in der Hierarchie formellen Parlamentsgesetzen.

⁷³ Nach allgemeiner Einschätzung sind die Ausführungen *Merkels* zur hierarchischen Schichtung der Rechtsordnung nach dem Kriterium der derogatorischen Kraft knapp geraten, vgl. *Boronski*, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, S. 122 (124) („nicht allzu ausführlich und ein wenig apodiktisch“); *Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung, S. 18 („ziemlich unvermittelt“). In der modernen Stufenbaulehre steht der Derogationszusammenhang jedoch zunehmend im Vordergrund, so nur *Wiederin*, in: Raschauer/Griller/Rill (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 81 (105) mit weiteren Nachweisen.

⁷⁴ Vgl. *Koller*, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, S. 106 (112 f.); *Wiederin*, in: Raschauer/Griller/Rill (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 81 (105).

⁷⁵ *Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung, S. 22 in Anlehnung an *Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung, S. 57 f., der seinerseits eine differenzierte Ausarbeitung des Derogationsbegriffs vornimmt.

⁷⁶ *Wiederin*, in: Raschauer/Griller/Rill (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 81 (106).

⁷⁷ *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 401. Diese Begründung des Derogationszusammenhangs veranlasst *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 150 zu der Feststellung,

folgend verfügt eine Rechtsnorm höheren Ranges innerhalb eines Ableitungszusammenhangs grundsätzlich über eine stärkere Derogationskraft als eine rangniedere Norm.⁷⁸ Die Stufung nach dem Bedingungsverhältnis und die Abstraktion von konkreten Rechtsakten auf das allgemeine Kriterium ihrer Derogationskraft beschreiben eine hierarchische Stufung von Normgruppen.⁷⁹

Praktische Relevanz und Durchsetzbarkeit erlangt der Stufenbau der Rechtsordnung mit dem Vorrang der maßstäblichen Verfassung letztlich aber erst mit der Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die dieser Hierarchie durch eine umfassende Normenkontrolle unmittelbar Geltung verschafft und die Einheit der Rechtsordnung neben der Fachgerichtsbarkeit absichert.⁸⁰

cc) Das Nichtigkeitsdogma als Ausfluss der Normenhierarchie

Eine hierarchisch geprägte Rechtsordnung bedingt eine Beeinflussung einer Rechtsschicht durch eine andere kraft ihrer übergeordneten Stellung.⁸¹ Eine mögliche Relation beschreibt hierbei der Normenkonflikt, sobald eine abstrakt-generelle Regelung gegen höherrangiges Recht verstößt. Umfasst sind inhaltliche oder materielle Mängel sowie Fälle verfahrensfehlerhafter Entstehung.⁸²

dass ein eigenständiger Stufenbau nach der derogatorischen Kraft nicht bestehen könne, sondern vielmehr demjenigen der rechtlichen Bedingtheit folge. Für *Koller*, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, S. 106 (112) ist es „ein Fehler, die Bedingtheit und die derogierende Kraft [...] als zwei separate und voneinander unabhängige Kriterien der Abstufung zu betrachten statt sie zu verknüpfen.“

⁷⁸ *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 402.

⁷⁹ Das diffizile Verhältnis der beiden Ausprägungen des Stufenbaus umschreibt *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 310 f. auch für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ausreichend: „Der zwifache, in seinen beiden Ausprägungen zwar aufeinander bezogene, aber beileibe nicht identische Stufenbau der grundgesetzlichen Rechtsordnung enthält sämtliche Informationen der Norm(re)produktion und Normdetermination.“

⁸⁰ So bereits *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), 30 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 275 ff.; vgl. auch *Walter*, Verfassungsprozessuale Umbrüche, S. 49 unter Hervorhebung der Bedeutung einer effektiv gesicherten Normenhierarchie für die Entwicklung der westeuropäischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit weiteren Nachweisen.

⁸¹ *Ruffert*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 17 Rn. 27.

⁸² *Sachs*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, § 31 Rn. 76; *Bettermann*, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, S. 593 (594, 596).

Die verfassungsrechtliche Entscheidung zugunsten einer Normenhierarchie trifft jedoch noch keine Aussagen über die Rechtsfolgen solcher Normenkonflikte.⁸³

Eine mögliche, aber nicht zwingende Sanktionsform der Rechtswidrigkeit der Normsetzung ist die rechtspolitische Entscheidung für eine Nichtigkeitsfolge, der auch das traditionelle Verständnis der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre entspricht.⁸⁴ Ausfluss von Normenkonflikten ist das normenhierarchische Konzept des sogenannten „Nichtigkeitsdogmas“, demzufolge Verstöße einer Rechtsnorm gegen ranghöheres Recht grundsätzlich zu deren Nichtigkeit führen.⁸⁵ Kernanliegen sind Effektivierung und Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung, die sich nur durch die ohne weiteren gestaltenden Akt auskommende Nichtigkeitsfolge verwirklichen lassen.⁸⁶ Die Nichtigkeitsfolge ist jedoch nicht allein die Konsequenz des Geltungsvorrangs der Verfassung, sondern orientiert sich umfassend an dem normenhierarchischen Aufbau der Rechtsordnung.⁸⁷ Neben förmlichen Gesetzen sind daher auch untergesetzliche Normen umfasst.⁸⁸

⁸³ *Hub*, Probleme der konkreten Normenkontrolle, S. 27; *Bettermann*, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, S. 593 (597); *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 37.

⁸⁴ Zu diesem Verständnis *Moench*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, S. 11 mit weiteren Nachweisen aus der Literatur.

⁸⁵ *Sachs*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, § 31 Rn. 76; *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 379; *Bethge*, Jura 2009, 18 (20); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 54; siehe auch *Paeffgen*, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 427 (431 f.) mit weiteren Nachweisen. Eine knappe Systematisierung der rechtshistorischen Entwicklung bietet *Ossenbühl*, NJW 1986, 2805 (2806 ff.). Zum Teil wird diesem Prinzip sogar Verfassungsrang beigemessen, vgl. *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 271; *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 49.

⁸⁶ *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 52; *Menzel*, DVBl. 1997, 640 (644); *Frenz*, DÖV 1993, 847 (848) mit weiteren Nachweisen.

⁸⁷ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 147.

⁸⁸ *Sachs*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, § 31 Rn. 76.

Dabei setzt das Kollisionsmodell das Entstehen einer rechtswidrigen kollisionsfähigen Norm voraus, um überhaupt einen Konflikt mit höherrangigem Recht zu erzeugen, der zugunsten der Einheit der Rechtsordnung nach derogatorischen Kollisionsregeln aufgelöst wird.⁸⁹ Nach dem Rechtgeltungsmodell definiert höherrangiges Recht die Rechtgeltungsbedingungen für niederrangige Normen. Werden die höherrangigen formellen und materiellen Vorgaben nicht gewahrt, kann niederrangiges Recht bereits keine originäre Rechtgeltung erlangen.⁹⁰ Diese sogenannte Nichtigkeitslehre stützt ihre Lesart vornehmlich auf §§ 78 S. 1, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG und Art. 100 Abs. 1 GG.⁹¹ Andererseits leitet die sich im Vordringen befindende Vernichtbarkeitslehre ihre Gegenposition aus den nämlichen Vorschriften ab.⁹² Ihr zufolge entfalten Rechtssätze aus Gründen der Rechtsicherheit solange normative Wirkungen, bis ihre Rechtswidrigkeit autoritativ festgestellt wird.⁹³

Im Ergebnis lassen sich Nichtigkeits- und Vernichtbarkeitslehre auf denselben und für die vorliegende Untersuchung relevanten Kernbestandteil zurückführen:⁹⁴ Die Nichtigkeit bzw.

⁸⁹ *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 73 ff., der auch die Bezeichnung „Kollisionsmodell“ und „Rechtgeltungsmodell“ gebraucht.

⁹⁰ Grundlegend *Merkel*, in: Festschrift für Hans Kelsen, S. 252 (272 ff.); *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 215 ff.; im Übrigen *Brinckmann*, DÖV 1970, 406 ff.; *von Olsbhausen*, JZ 1967, 116 (117); *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 74 f.

⁹¹ *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 48.

⁹² Entsprechend kritisch im Hinblick auf die Betonung des Wortlauts der herangezogenen Vorschriften *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 54 unter Verweis auf *Pestalozzu*, Verfassungsprozessrecht, § 20 Rn. 14 ff.; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 583 ff.

⁹³ *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 53.

⁹⁴ In diesem Sinne spricht *Graßhof*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 16 diesem Meinungsstreit daher auch die praktische Relevanz ab; nach *Meyer*, in: *von Münch/Kunig*, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 72 ist im Grundsatz „von der Nichtigkeitslehre auszugehen, aber die Rechtsfolge der Unvereinbarkeit kann auch anders lauten. Der Streit dieser Lehre mit der

Vernichtbarkeit einer Norm ist Ausfluss eines Normenkonflikts innerhalb einer hierarchisch gestuften Rechtsordnung. Prozessuale Umsetzung zur Wahrung der Normenhierarchie ist die Überprüfung einer niederrangigen Norm am Maßstab höherrangigen Rechts in einem Normenkontrollverfahren. Für die Untersuchung ist damit die Frage entscheidend, ob die gesetzliche Ausgestaltung der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG eine vollumfängliche prozessuale Absicherung der Normenhierarchie bezweckt oder für bestimmte Stufen auf der Normenhierarchie eine Prüfung des gestuften Ableitungszusammenhangs nicht verfolgt.⁹⁵ Anders formuliert: Das Divergenzproblem ist Ausfluss der Frage, ob das Prozessrecht das materielle Recht widerspiegelt, das sich seinerseits im Kollisionsfall am Derogationseffekt der höherrangigen Norm orientiert.

b) Das richterliche Prüfungsrecht und seine rechtshistorische Entwicklung

Das richterliche Prüfungsrecht bildet die bedeutendste rechtshistorische Wurzel des verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens und hängt eng mit der Entstehungsgeschichte des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zusammen.⁹⁶ Während der Vorrang der Verfassung bzw. der Stufenbau der Rechtsordnung noch nicht notwendig ein richterliches Prüfungsrecht bedingt, definiert sich die moderne Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Kern durch richterliche Normenkontrolle am Maßstab der Verfassung. Das richterliche Prüfungsrecht ist notwendige Bedingung der abstrakten und konkreten Normenkontrolle unter dem

Vernichtbarkeitstheorie ist in den Texten des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes nicht eindeutig entschieden worden.“

⁹⁵ Letzterer Ansicht *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 721; *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 63.

⁹⁶ BVerfGE 1, 396 (400); *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 112 ff. führen zusätzlich noch die ehemals föderale Struktur der Streitigkeit und die Monopolisierung der Verwerfungsbefugnis als wesentliche Kernbestandteile an.

Grundgesetz.⁹⁷ Erst auf der Grundlage einer Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts vermochte sich auch das Normenkontrollverfahren in der modernen Verfassungspraxis durchzusetzen.⁹⁸

Grundvoraussetzung des richterlichen Prüfungsrechts ist die Anerkennung höherrangigen Rechts als übergeordneter Prüfungsmaßstab der Normenkontrolle. Weiter bedarf die Umsetzung des Prüfungsrechts einer Trennung der kontrollierten von der kontrollierenden Staatsgewalt durch Zuweisung der Kontrollmacht an ein Gericht als Entscheidungsorgan.⁹⁹ Die konkrete Ausgestaltung dieser Rechtsmacht folgt dabei eng dem epochentypischen staatsrechtlichen und gesellschaftspolitischen Grundverständnis, insbesondere dem vorherrschenden Verständnis hinsichtlich der Gewaltenteilung.¹⁰⁰

Als Ausgangspunkt für die Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts wird die Entscheidung „*Marbury v. Madison*“ des US-amerikanischen *Supreme Court* aus dem Jahre 1803 gesehen.¹⁰¹ Der *Supreme Court* reklamierte aus verfassungsrechtlichen und -theoretischen Überlegungen die Kompetenz der *judicial review*, um über die Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes am Maßstab der

⁹⁷ *Kempny*, DÖV 2010, 974. Der Begriff der „konkreten Normenkontrolle“ wurde erst in Abgrenzung zur „abstrakten Normenkontrolle“ gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG geläufig, siehe bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, I., 2. Begriff und systematische Einordnung der abstrakten Normenkontrolle. Bis zu dieser Unterscheidung war einheitlich vom „richterlichen Prüfungsrecht“ die Rede, vgl. nur *Dederer*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 1 mit weiteren Nachweisen.

⁹⁸ *Heun*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 f.

⁹⁹ *Hoffmann-Riem*, JZ 2003, 269 (271).

¹⁰⁰ Ausführlich zum historischen Verhältnis der Gewaltenteilung und der Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts *Gusy*, Richterliches Prüfungsrecht, S. 9 ff.; vgl. auch *Hoffmann-Riem*, JZ 2003, 269 (271). Insbesondere zur Zeit der Weimarer Republik wurde die Diskussion besonders durch politische Argumente geführt, vgl. etwa *Radbruch*, Die Justiz 1925, 12 f.; *Thoma*, AÖR 43 (1922), 267 (272 f.).

¹⁰¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); ausführliche Besprechungen dieser Entscheidung finden sich bei *Brugger*, JuS 2003, 320 ff.; *Heun*, Der Staat 42 (2003), 267 ff.; *Helms*, ZfP 2006, 50 (53 ff.).

US-Verfassung zu befinden.¹⁰² Diese richterliche Prüfungsgewalt leitete *Chief Justice John Marshall* aus dem in Art. VI Abs. 2 der amerikanischen Verfassung kodifizierten Vorrang der Verfassung ab, zu dessen effektiver Durchsetzung es eines dazu berufenen Gerichts bedürfe.¹⁰³ Ausgehend von der Anerkennung dieser Kompetenz im US-amerikanischen Rechtskreis sollte sich diese Entwicklung in den westlichen Verfassungsstaaten zunehmend etablieren.¹⁰⁴

Doch die verfassungsgeschichtliche Rezeption eines solchen richterlichen Prüfungsrechts geriet im deutschen Verfassungsraum wesentlich zurückhaltender und wurde kontrovers diskutiert.¹⁰⁵ Hauptursächlich war der konstitutionelle Dualismus zwischen monarchischer Souveränität und Volkssouveränität, dem das Zugeständnis eines richterlichen Prüfungsrechts durch eine unabhängige und insoweit vorrangige Instanz schon prinzipiell entgegenstand.¹⁰⁶ Unter diesem Eindruck sah die Frankfurter Paulskirchenverfassung von 1849 daher ein richterliches Prüfungsrecht ebenso wenig vor wie die Reichsverfassung von 1871 unter preußischem Einfluss.¹⁰⁷ Auch das Reichsgericht lehnte im Jahre 1883 zunächst ein richterliches Prüfungsrecht bei formellen Gesetzen ab, erkannte jedoch im Jahre 1889 eine entsprechende Prüfungsbefugnis in Bezug auf Rechtsverordnungen an, um im

¹⁰² *Wilms*, NJW 1999, 1527 (1528), demzufolge nach dieser Entscheidung auch das konkrete Normenkontrollverfahren Eingang in das US-amerikanische Justizsystem fand, gleichwohl es als solches nicht explizit vorgesehen war.

¹⁰³ *Koriotb/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 114.

¹⁰⁴ *Henn*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 f.

¹⁰⁵ *Dederer*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 1; *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 23; *Hoffmann-Riem*, JZ 2003, 269 (272).

¹⁰⁶ *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 37; *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 23.

¹⁰⁷ So *Koriotb/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 115, die jedoch auf die Zuständigkeit des in § 125 Paulskirchenverfassung vorgesehenen Reichsgerichts für abstrakte Normenkontrollen nach § 126 lit. a Paulskirchenverfassung hinweisen.

Jahre 1911 dann erstmals die Möglichkeit einer richterlichen Prüfung formeller Gesetze anzudeuten.¹⁰⁸

Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 markierte den Wandel vom monarchischen Prinzip hin zur Volkssouveränität.¹⁰⁹ In der politisch instabilen Epoche der Weimarer Republik wurde die Diskussion besonders geprägt durch den Antagonismus „konservative Justiz versus fortschrittlicher demokratischer Gesetzgeber“¹¹⁰. Entsprechend kontrovers debattierte der Verfassungsausschuss der verfassungsgebenden Nationalversammlung in seinen Beratungen über die Frage eines richterlichen Prüfungsrechts, die aber letztlich „absichtlich unentschieden gelassen“ wurde.¹¹¹ Art. 13 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung¹¹² normierte zumindest im föderativen Bereich ein richterliches Prüfungsrecht zum Erhalt der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und gestaltete die politische Kontrolle der Reichsverfassung von 1871 zu einem gerichtsförmigen Verfahren aus.¹¹³ Allerdings bildeten die Reichsgesetze den Maßstab und nicht den Gegenstand einer gerichtlichen Prüfung, deren vorrangige Funktion nicht auf die Wahrung

¹⁰⁸ *Dederer*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 2 unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechungspraxis des Reichsgerichts. Eingehend zu dieser Entwicklung auch *Bettermann*, in: Festschrift für Johannes Broermann, S. 491 (492 ff.).

¹⁰⁹ Instruktiv zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Weimarer Reichsverfassung *Guy*, Richterliches Prüfungsrecht, S. 74 ff.

¹¹⁰ So prägnant *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 39; *Rinken*, in: AK-GG, vor Art. 93 Rn. 34.; anschaulich auch *Chrysogonos*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, S. 17 ff. Die seinerzeitigen politischen Machtkämpfe veranschaulichend *Tripel*, *ÄÖR* 39 (1920), 456 (537): „[D]as richterliche Prüfungsrecht ist in der parlamentarischen Republik, wenn nicht der einzige, so doch der wichtigste Schutz der bürgerlichen Freiheit gegenüber einem machtungrigen Parlament“.

¹¹¹ *Dederer*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 3; *Anschiütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 70 Anm. 5.

¹¹² Art. 13 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung: „Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs anrufen.“

¹¹³ *Korloth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 113.

des Primats der Verfassung ausgerichtet war.¹¹⁴ Damit erschöpfte sich das kodifizierte richterliche Prüfungsrecht der Weimarer Reichsverfassung in einer reinen „Rechtmäßigkeitsprüfung“¹¹⁵ einzelner Gerichte. Es reichte noch nicht an den Umfang unter dem späteren Grundgesetz heran. Doch trug die Rechtsprechungspraxis des Reichsgerichts in der späten Phase der Weimarer Republik zur weiteren Konkretisierung entscheidend bei. Mit Urteil vom 4. November 1925 wurde nach einigen Anläufen¹¹⁶ „das Recht und die Pflicht des Richters, die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen“¹¹⁷ höchstrichterlich anerkannt. In der Folge sollten jedoch nicht einzelne Verfassungsbestimmungen und durch Auslegung ermittelte Inhalte als Prüfungsmaßstab dienen, sondern allgemeine Gerechtigkeitspostulate.¹¹⁸

Während das richterliche Prüfungsrecht im totalitären Nationalsozialismus weitestgehend ausgehebelt wurde, erfuhr es in den unmittelbaren Nachkriegsjahren eine weitreichende Kodifikation im deutschen Landesverfassungsrecht.¹¹⁹ Eingedenk der historischen Erfahrungen und der „Perversion“¹²⁰ des Prüfungsrechts unter der nationalsozialistischen Diktatur herrschte sowohl im Herrenchiemseer Konvent als auch im Parlamentarischen Rat Eignigkeit, die neue Verfassung mit einer starken

¹¹⁴ *Gusy*, Richterliches Prüfungsrecht, S. 77; *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 117.

¹¹⁵ So *Gusy*, Richterliches Prüfungsrecht, S. 129 in Abgrenzung zur Verfassungsmäßigkeitsprüfung.

¹¹⁶ Durch das Reichsgericht sowie insbesondere durch den Reichsfinanzhof und das Reichsversorgungsgericht, ausführlich hierzu *Kempny*, DÖV 2010, 974 ff.

¹¹⁷ RGZ 111, 320 (323).

¹¹⁸ *Gusy*, Richterliches Prüfungsrecht, S. 129.

¹¹⁹ Vgl. *Dederer*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 5 mit Nachweisen zur Kodifikation des richterlichen Prüfungsrechts in den neuentstandenen Landesverfassungen.

¹²⁰ Nach *Dederer*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 4 „pervertierte“ das Reichsgericht das richterliche Prüfungsrecht zu einem Instrument zum Zwecke einer Überprüfung von Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit nationalsozialistischem Gedankengut.

Verfassungsgerichtsbarkeit auszustatten.¹²¹ Mit den im Grundgesetz getroffenen Bestimmungen zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle erfuhr das richterliche Prüfungsrecht eine verfassungstextliche Verankerung, die in dieser Qualität ein Novum in der deutschen Verfassungsgeschichte ist.¹²²

Die skizzierte rechtshistorische Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts verdeutlicht, dass sich die politische und juristische Kultur in Deutschland anfänglich nicht gefestigt genug erwies, um die Einhaltung und Kontrolle der Verfassungskonformität der Rechtsordnung zu gewährleisten.¹²³ Mit der schrittweisen Etablierung einer besonderen institutionellen Sicherung zur Wahrnehmung dieser Rechtsmacht wurde schließlich ein hoher verfassungsrechtlicher Standard geschaffen, der in dieser Tragweite im internationalen Vergleich so gut wie einzigartig ist.¹²⁴ Die kontroverse Rezeption des richterlichen Prüfungsrechts in der deutschen Verfassungsgeschichte verdeutlicht, dass auch die abstrakte Normenkontrolle im heutigen Gewand nicht als selbstverständliche Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts aufzufassen ist. Die behutsame und langwierige Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts hin zu seiner heutigen Zuweisungsform bei der abstrakten Normenkontrolle ist bei der Untersuchung des Prüfungsmaßstabs von Rechtsverordnungen des Bundes und den erwogenen Lösungsansätzen zu berücksichtigen, um sich nicht dem Vorwurf einer system- und entwicklungswidrigen Kompetenzausweitung auszusetzen.

¹²¹ *Walter*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 46; weiterführend hierzu auch *Chryssogonos*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, S. 20 ff. mit dem Hinweis, dass nicht die Befugnis zur Normenkontrolle diskutiert wurde, sondern die Ausgestaltung dieses Prüfungsrechts.

¹²² *Henn*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (616); *Chryssogonos*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, S. 15.

¹²³ *Hoffmann-Riem*, JZ 2003, 269 (274).

¹²⁴ Vgl. hierzu *Wahl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 461 (465 f.); *Henn*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, S. 1 f.; *Clemens*, in: Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, S. 13 (15).

2. Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der abstrakten Normenkontrolle

Die Bestimmung der Reichweite des gerichtlichen Prüfungsmaßstabs bei der Kontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes muss unter Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Besonderheiten der abstrakten Normenkontrolle erfolgen. Verfahrenstypische Eigenarten und Wertungen zeichnen den Rahmen des Prüfungsmaßstabs und ziehen zugleich die Grenzen für die Festlegung und Bestimmung der zulässigen Reichweite des Entscheidungsmaßstabs bei der Überprüfung von Rechtsverordnungen des Bundes.

a) Antragsberechtigung und Antragsgrund

Die verfahrenseinleitende Anstoßfunktion begrenzt sich auf einen engen Kreis von Staatsorganen bzw. deren Teilen,¹²⁵ die gleichsam als „Garanten der verfassungsgemäßen Rechtsordnung“¹²⁶ auftreten. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG rechnet zu den Antragsberechtigten die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages.¹²⁷

Antragsgrund sind Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zufolge „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel“ über die Gültigkeit einer Norm. Anlehnend an die Auslegung des zum Teil wortlautidentischen Art. 13 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung soll es nach der Literatur genügen, wenn anderweitig bekundete Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel konkret zur Antragstellung

¹²⁵ *Böckenförde*, NJW 1999, 9 (12). Der Kreis der Antragsbefugten ist nicht im Wege der Auslegung erweiterungsfähig, vgl. BVerfGE 21, 52 (53 f.); 68, 346 (349). Zur Anstoßfunktion des Antragsersfordernisses bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, I, 3. Verfahrenszweck und objektiver Verfahrenscharakter der abstrakten Normenkontrolle.

¹²⁶ BVerfGE 101, 158 (213).

¹²⁷ Im Rahmen der Verfassungsreform mit Wirkung zum 1. Dezember 2009 wurde durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 23, 45 und 93) vom 8. Oktober 2008 (BGBl. I S. 1926) das Quorum von einem Drittel auf ein Viertel der Mitglieder des Bundestages abgesenkt, vertiefend dazu *Schweitzer*, in: Festschrift für Friedrich Schnapp, S. 287 ff.

motivierten.¹²⁸ Inhaltlich sind zumindest rechtliche Unsicherheiten praktischer Relevanz zu fordern.¹²⁹ Indes fordert § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG, dass der Antragsberechtigte die Norm für „nichtig hält“. Damit engt das ausführende Prozessrecht die Verfassungsnorm hinsichtlich Verortung und Intensität des Antragsgrundes ein,¹³⁰ womit sich Bedenken an seiner Grundgesetzkonformität erheben.¹³¹ Als ungeschriebene Sachentscheidungsvoraussetzung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein objektives Interesse an der Klarstellung der Gültigkeit einer vorgelegten Norm erforderlich.¹³²

b) Antragsgegenstand und Prüfungsmaßstab

Als tauglichen Antragsgegenstand der abstrakten Normenkontrolle gibt der Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und § 76 Abs. 1 BVerfGG „Bundes- oder Landesrecht“ vor. In der Ausprägung als rein objektives „(Verfassungs-)Rechtswahrunungsverfahren“¹³³ und um die Integrität der Verfassungs- und Bundesrechtsordnung zu wahren, sind sämtliche vor- und nachkonstitutionellen Rechtsnormen und Rechtssatzformen jeder Rechtsstufe unabhängig ihres materiellen Rechtssatzgehalts umfasst.¹³⁴ Hierzu rechnen unter anderem grundgesetzändernde

¹²⁸ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 44; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 718.

¹²⁹ *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 123; *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 69; *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 61.

¹³⁰ *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 61.

¹³¹ Zur Diskussion der Verfassungsmäßigkeit des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG siehe 1. Teil, 1. Abschnitt, III., 3. Die anhaltende Diskussion zur Verfassungskonformität des § 76 BVerfGG.

¹³² *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 68; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 96; BVerfGE 100, 249 (257); 106, 244 (250 f.); 113, 167 (193).

¹³³ Begriffsprägend *Stephan*, Das Rechtsschutzbedürfnis, S. 88.

¹³⁴ Allgemeine Auffassung, vgl. BVerfGE 4, 157 (162); 20, 56 (89); *Mückel*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 22 ff.; *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 70; *Vofskuhle*, in: von

Gesetze,¹³⁵ Gesetze im formellen sowie formellen und materiellen Sinn,¹³⁶ aber auch Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 GG.¹³⁷ Ebenso bilden untergesetzliche Normen wie Rechtsverordnungen und Satzungen einen tauglichen Antragsgegenstand.¹³⁸ Diese Normen bedürfen ihrerseits jedoch eines formellen Geltungsanspruchs, um den Sicherungszweck der abstrakten Normenkontrolle auszulösen.¹³⁹ Zwar ist nicht zwangsläufig ein Inkrafttreten der Norm erforderlich, jedoch muss die Vorschrift im jeweiligen Publikationsblatt zumindest verkündet worden sein, da mit diesem Akt das förmliche Rechtsetzungsverfahren abgeschlossen wurde.¹⁴⁰

Prozessrechtlich ist der Antragsgegenstand, die vorgelegte Rechtsnorm, der Angriffsgegenstand, keineswegs ist der zur Prüfung gestellte Rechtssatz jedoch auch Streit- bzw.

Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 121; Löwer, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 63; Koriath/Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 127 ff.

¹³⁵ Siehe Heun, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (619) unter Verweis auf BVerfGE 30, 1 (16 f.); Prüfungsmaßstab ist allein Art. 79 Abs. 3 GG.

¹³⁶ Zur Verwerfung formeller und materieller Gesetze BVerfGE 61, 149; 106, 310.

¹³⁷ Kment, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 94; Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 223; ablehnend Löwer, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 64. Grundsätzlich sind bei völkerrechtlichen Verträgen nur die Zustimmungsgesetze Antragsgegenstand, vgl. BVerfGE 1, 396 (410 ff.); 4, 157 (161 ff.); 36, 1 (13).

¹³⁸ Rechtsverordnungen waren Gegenstand unter anderem in den Verfahren BVerfGE 1, 117 (126); 2, 307 (312 f.); 8, 51 (61); 8, 71 (74); 83, 89 (97); 101, 1 (30); 106, 1 (12); 127, 293 (318); 136, 69 (92); 150, 1 (161). Auch bei BVerfGE 10, 20 (54) handelte es sich formal um eine Rechtsverordnung und nicht um eine Satzung.

¹³⁹ Mückel, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 24.

¹⁴⁰ BVerfGE 1, 396 (400, 405, 406 f., 410); 104, 23 (29). Dagegen ist eine präventive Normenkontrolle nach dem Grundgesetz *per se* nicht vorgesehen. Eine Ausnahme besteht für Normen, die der Ratifikation völkerrechtlicher Verträge in Gestalt von Zustimmungsgesetzen nach Art. 59 Abs. 2 GG oder Integrationsgesetzen nach Art. 23 Abs. 1 GG dienen, um die Bundesrepublik nicht bereits im Vorfeld völker- oder unionsrechtlich zu binden, vgl. *Vofskuble*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 122.

Verfahrensgegenstand.¹⁴¹ Ausgehend von der deklaratorischen Wirkung der Normenkontrollentscheidung ist der Verfahrensgegenstand die Frage der Übereinstimmung der Rechtsnorm mit höherrangigem Recht, insbesondere mit dem Grundgesetz.¹⁴² Dabei gibt der Wortlaut „förmliche oder sachliche Vereinbarkeit“ den Rahmen vor, innerhalb dessen die Gültigkeit einer Norm zu prüfen ist, auch wenn der Formulierung letztlich keine rechtserhebliche, insbesondere einschränkende Bedeutung beigemessen wird.¹⁴³ Aus rechtsstaatlichen Gründen dürfen Gerichte Normen nicht politisch auf den Prüfstand stellen, der Prüfungsmaßstab der Normenkontrolle ist rein rechtlicher Natur.¹⁴⁴ Formal prüft das Bundesverfassungsgericht eine Rechtsnorm daher grundsätzlich auch unter Berücksichtigung aller relevanter rechtlicher Gesichtspunkte.¹⁴⁵ Allerdings beschränkt es bei Vorliegen eines rechtlichen Aspekts, der erkennbar für sich genommen zur Unvereinbarkeit und Nichtigkeit führt, seine Prüfung regelmäßig hierauf.¹⁴⁶ Umgekehrt erfordert eine Gültigkeitserklärung eine vollständige Würdigung der Gesichtspunkte, die zu einer Unvereinbarkeit der vorgelegten Norm mit höherrangigen Recht führen könnten.¹⁴⁷

¹⁴¹ *Heim*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (620); *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 320 f.

¹⁴² BVerfGE 1, 396 (404, 414); 20, 56 (86); *Heim*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (620); *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 320 ff., der unter anderem auf eine Erweiterung der Frage plädiert, ob „eine Regelung der vorliegenden Art rechtmäßig ist“.

¹⁴³ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 68. Insoweit auch *Geiger*, BVerfGG, § 76 Anm. 3, demzufolge diese Formulierung auch „entbehrlich gewesen“ wäre.

¹⁴⁴ *Bethge*, Jura 2009, 18 (20); *Michael*, ZJS 2012, 756 (758).

¹⁴⁵ *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 67; *Grafshof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 53; BVerfGE 1, 14 (41); 7, 305 (311); 37, 363 (397); 93, 37 (65); 97, 198 (214); 101, 239 (257); 112, 226 (254).

¹⁴⁶ BVerfGE 39, 1 (2); 86, 148 (151); 112, 226 (227) *Grafshof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 53.

¹⁴⁷ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 68; *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 169; BVerfGE 37, 363 (396 f.).

Die Prüfung der förmlichen Vereinbarkeit zielt unter anderem auf die Zuständigkeit des Normgebers, die Einhaltung des gebotenen Normsetzungsverfahrens und die Wahrung der äußeren Form. Die sachliche Vereinbarkeit erfordert einen Vergleich des materiellen Inhalts der untergeordneten Norm mit höherrangigem Recht. Der Inhalt der vorgelegten Norm darf dem Rechtsgehalt des höherrangigen Rechtssatzes in keiner Hinsicht widersprechen, ohne dass eine vollständige Übereinstimmung erforderlich ist.¹⁴⁸

c) Der Entscheidungsausspruch der abstrakten Normenkontrolle Unbeschadet der Funktion der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, objektive Rechtssicherheit über die Gültigkeit einer Norm mit allgemeinverbindlicher Wirkung zu schaffen und über ihre Wirksamkeit mit Gesetzeskraft zu entscheiden, handelt es sich bei Normenkontrollentscheidungen um judikative Rechtmäßigkeitskontrollen.¹⁴⁹ Allerdings verlangt der negatorische Wesenszug der abstrakten Normenkontrolle einen speziellen Entscheidungsausspruch, um gegebenenfalls rangstufenwidrige Regelungen zu beseitigen bzw. deren Nichtigkeit festzustellen.¹⁵⁰ Dieses Entscheidungsziel kann aus Gründen der Rechtspraxis mitunter eine Modifikation des Entscheidungsausspruches erfordern. Die Sicherung des Entscheidungsausspruches durch eine im Vergleich zur Fachgerichtsbarkeit weiterreichende Bindungswirkung begründet aus prozessualer Perspektive eine exponierte Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge.¹⁵¹

¹⁴⁸ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 69 mit weiteren Nachweisen insbesondere aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

¹⁴⁹ *Bethge*, Jura 2009, 18 (19); klarstellend *Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, S. 185, dass Normenkontrollentscheidungen „weder negative Gesetzgebung noch der Funktion nach Gesetzgebung“ zukommt; ähnlich *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 2.

¹⁵⁰ Vgl. hierzu *Söhm*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (294 f.).

¹⁵¹ *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 475.

aa) Die Rechtsnatur der Normenkontrollentscheidung

Nach dem Nichtigkeitsdogma tritt die Unwirksamkeit¹⁵² einer Norm, die mit höherrangigem Recht kollidiert, ohne einen gestaltenden Akt der Judikative oder Legislative *ipso iure* ein und wirkt *ex tunc* von Beginn der Normenkollision an.¹⁵³ Die Wirksamkeit einer gesetzlichen Regelung ergibt sich somit unabhängig von einem gerichtlichen Ausspruch. Die automatisch eintretende Nichtigkeit bedingt die zeitliche Dimension der Fehlerfolge, so dass eine Rückwirkung im engeren Sinne streng besehen bereits nicht vorliegt.¹⁵⁴ Das entscheidende Gericht spricht nur die ohnehin geltende Rechtslage aus und beseitigt durch die allgemeinverbindliche Entscheidung endgültig einen bestehenden Rechtsschein.¹⁵⁵ Nach der Vernichtbarkeitslehre kann hingegen ein Gesetz nicht von selbst nichtig sein und daher nur *ex nunc* bzw. *pro futuro* für unwirksam erklärt werden.¹⁵⁶ Entsprechend kommt dem Urteilsausspruch als Gestaltungsurteil ein kassatorischer, invalidatorischer bzw. reformatorischer Charakter zu.¹⁵⁷

¹⁵² Zur Vielschichtigkeit des Begriffs der „Nichtigkeit“ vgl. etwa die Ausführungen von Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, § 20 Rn. 16.

¹⁵³ Ruffert, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 17 Rn. 117; Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 69 ff., 159 ff.; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 142; Koriath/Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 382 f.; Hein, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (633); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 46; Kreuzberger, Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, S. 46 ff.; Löwer, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 114, 120; Battis, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 48; Pietzcker, AöR 101 (1976), 374 (380 f.); Wieland, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 27; BVerfGE 1, 14 (37); 7, 377 (387); 8, 51 (71). Vertiefend und differenzierend Bettermann, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, S. 593 ff.

¹⁵⁴ Vgl. Schnelle, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 13.

¹⁵⁵ Arndt, DÖV 1959, 81; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, Rn. 689.

¹⁵⁶ So Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, S. 23 ff.; Paeffgen, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 427 (432 f.); Götz, NJW 1960, 1177 ff.; Hoffmann, JZ 1961, 193 ff.; Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, S. 9 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 146.

Eine Abmilderung der Nichtigkeitslehre bezweckt die pragmatische Rechtsfolgendifferenzierung des Bundesverfassungsgerichts.¹⁵⁸ Mit Novellierung von § 31 Abs. 2 und § 79 Abs. 1 BVerfGG legitimierte der Gesetzgeber diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechungsentwicklung.¹⁵⁹ Da sich die Vernichtbarkeitslehre bislang noch nicht durchsetzen konnte,¹⁶⁰ soll im Folgenden die traditionelle Auffassung der Nichtigkeitslehre dieser Untersuchung zugrunde gelegt werden, die im Übrigen im Grundsatz auch vom Bundesverfassungsgericht vertreten wird.¹⁶¹ Der Erklärungsausspruch des Bundesverfassungsgerichts ist damit nur feststellender bzw. deklaratorischer Natur.¹⁶²

bb) Die Entscheidungsvarianten

Durch variantenreiche Entscheidungsmöglichkeiten versucht das Bundesverfassungsgericht seiner „*Folgenverantwortung*“¹⁶³ gerecht zu werden und die praktischen und konstruktiven Schwierigkeiten des Nichtigkeitsdogmas aufzufangen.¹⁶⁴ Grundregel ist die Nichtigklärung eines Gesetzes, die sich aber nur in Ausnahmefällen auf das gesamte Gesetz bezieht. Häufiger ist eine Teilnichtigklärung anzutreffen, die sich auf eine Regelung

¹⁵⁸ *Heun*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (633); *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 52; *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 383.

¹⁵⁹ *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 53. Zur Genese der Gesetzesnovelle siehe *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 82 ff.

¹⁶⁰ Eine Zusammenfassung der Argumente gegen die Vernichtbarkeitslehre bieten *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 382.

¹⁶¹ BVerfGE 1, 14 (37); 8, 51 (71); 61, 149 (151); 65, 1 (3); 68, 384 (385); 101, 54 (55). Im Übrigen kommt der Vernichtbarkeitslehre rechtslogisch die gleiche Plausibilität wie dem Nichtigkeitsdogma zu, wie die österreichische Rechtspraxis anschaulich zeigt, *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 379.

¹⁶² Vgl. *März*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 31 Rn. 45; *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 380; *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 271; *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 48; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1438 ff.

¹⁶³ *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 121.

¹⁶⁴ *Aust/Meinel*, JuS 2014, 113 (114).

innerhalb des Gesetzestextes oder sogar nur auf einen Teil einer Norm beschränkt. Hiervon zu unterscheiden ist die (quantitative) Teilnichtigkeitserklärung durch Wortlautreduzierung der Norm.¹⁶⁵

Mit der verfassungsgesetzlich nicht vorgesehenen Entscheidungsvariante der Unvereinbarerklärung versucht das Bundesverfassungsgericht um der Rechtssicherheit willen die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes flexibel zu gestalten.¹⁶⁶ Der Tenor beschränkt sich auf die Unvereinbarkeitserklärung der Norm mit dem Grundgesetz anstelle der Feststellung ihrer Nichtigkeit. Hierauf aufbauende Folgen umfassen die formelle Fortgeltung der Norm bei gleichzeitiger Anwendungssperre und Aussetzungspflicht für behördliche und gerichtliche Verfahren, eine Weitergeltungsanordnung für eine Übergangszeit sowie die Anordnung von Übergangsregelungen.¹⁶⁷ Bei der Appellentscheidung handelt es sich um eine eingeschränkte Vereinbarkeitsentscheidung verbunden mit dem Appell an den Gesetzgeber, über Nachbesserungs- und Beobachtungspflichten einen verfassungskonformen Zustand zu gewährleisten.¹⁶⁸ Schließlich erlaubt die verfassungskonforme Auslegung bei mehrdeutigen Interpretationsmöglichkeiten die Normerhaltung, sofern die verfassungsmäßige Variante mit dem Sinn und Zweck sowie dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung übereinstimmt.¹⁶⁹ Bei dieser „Mischform“ zwischen Vereinbarkeits- und Unvereinbarkeitsfeststellung“ erklärt das Bundesverfassungsgericht nur diese Auslegungsalternative mit dem Grundgesetz für vereinbar.¹⁷⁰

¹⁶⁵ *Heun*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (634); vertiefend hierzu *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 378 ff.

¹⁶⁶ *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 120.

¹⁶⁷ *Heun*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (634 ff.) unter Auflistung weiterer Folgeanordnungen der Unvereinbarkeitserklärung. Zur Entwicklung und verfassungsrechtlichen Problematik der richterlichen Rechtsfortbildung vertiefend *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 120 ff.

¹⁶⁸ *Aust/Meinel*, JuS 2014, 113 (117).

¹⁶⁹ *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 65.

¹⁷⁰ *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 694.

Angesichts der Vielfalt und Reichweite der möglichen Entscheidungsvarianten erfährt der negatorische Abwehrcharakter der abstrakten Normenkontrolle eine Reduzierung und kommt nicht durchgängig zum Tragen.¹⁷¹

cc) Die Sicherung des Entscheidungsausspruchs

Bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen nehmen zunächst an den allgemein anerkannten Wirkungen gerichtlicher Entscheidungen teil. Das Erwachsen einer Bundesverfassungsgerichtsentscheidung in Rechtskraft erfährt zwar keine ausdrückliche Normierung, wird aber vom Verfassungsgericht als allgemeines prozessuales Institut vorausgesetzt und ist den darauf aufbauenden Regelungen des § 31 BVerfGG immanent.¹⁷² Die formelle Rechtskraft bedingt die Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit einer Normenkontrollentscheidung mit ihrem Erlass.¹⁷³

Die materielle Rechtskraft einer Normenkontrollentscheidung wird durch die besondere Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG und die in § 31 Abs. 2 BVerfGG normierte Gesetzeskraft ergänzt.¹⁷⁴ Erstere führt nach § 31 Abs. 1 BVerfGG zu einer personellen Erstreckung auf die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.¹⁷⁵ Ihr Gegenstand ist zunächst die Entscheidungsformel, wird aber zugunsten einer Effektivierung von § 31 Abs. 1 BVerfGG auf die

¹⁷¹ *Bednarik*, Präventive Normenkontrolle durch Verfassungsgerichte, S. 183.

¹⁷² So etwa *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 103; *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 476; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 28 f.; *Kube*, DÖV 2002, 737; BVerfGE 4, 31 (38); 77, 84 (103); 92, 91 (107); 104, 151 (196); anderer Auffassung etwa *Kriete*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 294 ff.

¹⁷³ Weiterführend *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 477 f.

¹⁷⁴ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 30; *Kube*, DÖV 2002, 737.

¹⁷⁵ In der personellen Erstreckung liegt ein Unterschied zur Rechtskraft, die in der Regel nur *inter partes* wirkt, siehe hierzu *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 482.

„tragenden Gründe“¹⁷⁶ ausgedehnt.¹⁷⁷ Kumulativ zur Bindungswirkung ordnet § 31 Abs. 2 BVerfGG in Fällen normverwerfender bzw. -bestätigender Judikate die „Gesetzeskraft“ der Entscheidung an. Allerdings ist sie auf die Entscheidungsformel begrenzt¹⁷⁸ und erzeugt für die Adressaten der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG keine weiteren rechtlichen Bindungen.¹⁷⁹ Vielmehr dient die Anordnung der Gesetzeskraft einer personellen Erstreckung der Bindungswirkung *inter omnes*.¹⁸⁰ Diese Allgemeinverbindlichkeit ist wesentliches Spezifikum verfassungsgerichtlicher Normenkontrollen und entscheidendes Anliegen für die Anordnung der Gesetzeskraft.¹⁸¹ Aufgrund der abstrakt-generellen Geltung von Rechtsnormen mit Verbindlichkeitsanspruch soll sich der Entscheidungstenor nicht in einer bloß relativen Geltungskraft erschöpfen.¹⁸²

III. Die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Ausgestaltung des abstrakten Normenkontrollverfahrens

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass auch vor dem Bundesverfassungsgericht gerichtliche Verfahren in einem „geordneten

¹⁷⁶ Erstmals BVerfGE 1, 14 (37), mittlerweile ständige Rechtsprechung: BVerfGE 19, 377 (392); 20, 56 (87); 40, 88 (93f.); 112, 268 (277).

¹⁷⁷ *Kube*, DÖV 2002, 737; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1524. Vertiefend zur umstrittenen Ausweitung der Bindungswirkung auf die Entscheidungsgründe *Schulze-Fielitz*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 385 (388 ff.).

¹⁷⁸ Ausführlich zum Umfang der Gesetzeskraft *Wiederin*, in: Festschrift für Peter Badura, S. 605 (619 ff.).

¹⁷⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 385 (395).

¹⁸⁰ *Korinth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 496. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 122 erkennt eine „Art subjektiv erstreckter Rechtskraft“; in die gleiche Richtung gehend *Vofshehle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 36.

¹⁸¹ *Wieland*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 25 f.; *Korinth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 500; *Vogel*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 568 (613).

¹⁸² *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 123; *Bettermann*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 323 (366).

Rechtsgang“ nach Maßgabe bestehender Vorgaben und gegebenenfalls durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelte Regelungen durchgeführt werden.¹⁸³ Entsprechend beinhaltet Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG einen Verfassungsauftrag zur Ausformung von „Verfassung und Verfahren“ des Bundesverfassungsgerichts, dem der Bundesgesetzgeber durch das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht nachgekommen ist.¹⁸⁴

1. Die lückenhafte Ausfüllung des Verfassungsprozessrechts durch Verfassung und Gesetz

Zwar bildet das Bundesverfassungsgerichtsgesetz das zentrale Verfahrensgesetz, es stellt aber keine abschließende Kodifikation dar und enthält keine erschöpfende Prozessordnung.¹⁸⁵ Substantielle Einwirkungen finden sich in verschiedenen Rechtsquellen auf unterschiedlichen Stufen der Rechtsordnung:¹⁸⁶ Das Grundgesetz weist über den Regelungsauftrag des Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG hinaus dem Bundesverfassungsgericht nach dem Enumerationsprinzip seine Kompetenzen zu und regelt partiell Sachentscheidungsvoraussetzungen.¹⁸⁷ § 17 BVerfGG enthält seinerseits einen dynamischen Verweis, der die subsidiäre Anwendung allgemeiner Regelungen des Gerichtsverfassungsgesetzes vorsieht. Nicht zuletzt diese Verweisungstechnik veranschaulicht, dass das Verfassungsprozessrecht bewusst lückenhaft

¹⁸³ Klein, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 507.

¹⁸⁴ Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1724) geändert worden ist.

¹⁸⁵ BVerfGE 50, 381 (384); *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 54; *Lenz/Hansel*, BVerfGG-Handkommentar, § 17 Rn. 15; *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, Vor § 17 Rn. 1; *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 22.

¹⁸⁶ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung vor § 17 Rn. 1; *Starck*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 1 (22); *Klein*, in: Festschrift für Helmut Steinberger, S. 505 (510 f.).

¹⁸⁷ *Klein*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 507 f.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 20 Rn. 3; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 56.

gehalten ist.¹⁸⁸ Dem Bundesverfassungsgericht kommt die Aufgabe zu, aus „durch das Grundgesetz und das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vorgezeichneten Grundlinien heraus weitere Rechtsgrundsätze“¹⁸⁹ für das verfassungsgerichtliche Verfahren zu entwickeln, ohne die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung außer Acht zu lassen.¹⁹⁰

2. Die historische Entwicklung des Verfahrens der abstrakten Normenkontrolle

Die Entstehungsgeschichte des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und der einfachgesetzlichen Ausführungsvorschriften bietet Kriterien zur rechtsverbindlichen Auslegung dieser Bestimmungen.¹⁹¹ Wurde die Entwicklung der grundgesetzlichen Ausgangsvorschriften durch ein gewandeltes Verständnis einer noch neu zu besetzenden Verfassungsgerichtsbarkeit geprägt, standen bei der Ausarbeitung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes vornehmlich formal-institutionelle Aspekte im Mittelpunkt.¹⁹²

a) Die Entstehungsgeschichte von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG

Erste Ansätze eines abstrakten Normenkontrollverfahrens finden sich bereits im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation mit einer föderativ orientierten Kontrolle formeller und materieller Verfassungsmäßigkeit des Landesrechts durch die

¹⁸⁸ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung vor § 17 Rn. 5; *von Häfen*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorckopf, BVerfGG-Kommentar, § 17 Rn. 2; *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, Vor § 17 Rn. 1. Diese Lückenhaftigkeit erkannte auch das Bundesverfassungsgericht, vgl. nur BVerfGE 2, 79 (84).

¹⁸⁹ BVerfGE 2, 79 (84).

¹⁹⁰ *Classen*, JZ 2003, 693 (697) zur Unterwerfung der Rechtsprechung an einen Gesetzesvorbehalt; zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, vgl. BVerfGE 96, 375 (394 f.); 113, 88 (103 f.); 118, 212 (243); 128, 193 (209 f.). Eine eingehende Darstellung zu der Verfahrenautonomie und den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und dem Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als „Herr seiner Verfahren“ findet sich auch bei *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 21 ff.

¹⁹¹ Vgl. nur *von Mutius*, Jura 1987, 534 (535).

¹⁹² *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. XVI.

Reichsgerichte.¹⁹³ Stockte die weitere Entwicklung parallel mit der zögerlichen Rezeption des richterlichen Prüfungsrechts zur Zeit des Deutschen Bundes, sah die Paulskirchenverfassung zumindest eine inzidente Form der Normenkontrolle vor.¹⁹⁴ Die 1871 pak-tierte Reichsverfassung implementierte eine politisch orientierte Normenkontrolle, die dann in der Weimarer Reichsverfassung von 1919 gerichtsförmig ausgestaltet sein sollte.¹⁹⁵

aa) Die zögerliche Entwicklung einer Normenkontrolle in der Weimarer Republik

In den Kommissionsberatungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung stieß der Vorschlag des Abgeordneten *Bruno Ab-lauf*, den Staatsgerichtshof auf Antrag zu berufen, um „die Verfas-sungsmäßigkeit der Gesetze und die Übereinstimmung von Ver-waltungsakten mit den Grundsätzen der Verfassung zu prüfen“ auf breite Ablehnung.¹⁹⁶ Art. 13 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung gestattete dann auch nur die Kontrolle landesrechtlicher Normen auf Veranlassung der zuständigen Reichs- oder Zentral-behörde, sofern „Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten“ über die Vereinbarkeit am Maßstab des Reichsrechts bestanden. Abge-sehen von der institutionellen Zuständigkeit mit einer Zuweisung an das Reichsgericht bzw. in Sonderfällen auch an den

¹⁹³ *Koriotb/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 113 mit der Hervorhe-bung, dass es sich bei dieser Form der Reichsaufsicht mehr im Ergebnis als in der Natur um eine Ausprägung der Normenkontrolle handele.

¹⁹⁴ Ausführlich *Kempny*, Die Staatsfinanzierung nach der Paulskirchenverfassung, S. 45 ff. mit weiteren Nachweisen der Auswirkungen der geplanten Paulskirchen-verfassung auf die Entscheidungspraxis der Gerichte. Da die Antragsberechtigung einzelnen Verfassungsorganen vorbehalten blieb, qualifizierte *Faller*, in: Festschrift für Willi Geiger, S. 827 (843 f.) dieses Verfahren als „abstrakt“.

¹⁹⁵ *Koriotb/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 113; zur Kontrolle im poli-tischen Weg auch *Robbers*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG-Mitar-beiterkommentar, I. Geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, Rn. 12.

¹⁹⁶ Siehe *Bericht des Verfassungsausschusses*, Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Nr. 391. Mündlicher Bericht des 8. Ausschus-ses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs, 39. Sitzung vom 6.6.1919, S. 483 ff.

Reichsfinanzhof und das Reichsverwaltungsgericht, blieb diese Form der abstrakten Normenkontrolle mit der Sicherung des in Art. 13 Abs. 1 Weimarer Reichsverfassung vorgesehenen Vorrangs der Reichsrechtsordnung vor Normen des Landesrechts in der verfassungsrechtlichen Funktion deutlich hinter der grundgesetzlichen Ausgestaltung zurück.¹⁹⁷ Wurde auf dem Heidelberger Juristentag die Aufnahme der Antragsberechtigung einer qualifizierten Reichstagsminderheit befürwortet,¹⁹⁸ standen dann aber auf dem Kölner Juristentag neben der monopolisierten Kontrolle von Reichsgesetzen beim Reichstaatsgerichtshof vor allem eine inhaltliche Ausdehnung zur „Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts“¹⁹⁹ im Mittelpunkt der Diskussion.²⁰⁰ Eine Gesetzesinitiative der Reichsregierung, die noch vom Reichsrat einstimmig angenommen und am 11. Dezember 1926 dem Reichstag als „Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts“²⁰¹ unterbreitet wurde, gelangte jedoch nicht zur weiteren Beratung des

¹⁹⁷ *Huber*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 562; *von Mutius*, Jura 1987, 534 (535); *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 1. Zu kompetentiellen Zuständigkeiten und näherer Ausgestaltung des Verfahrens vgl. auch *Anschtütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 13 Anm. 4 ff.

¹⁹⁸ Siehe nur *zu Dobna*, in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages 1925, S. 31 (43) und *Triepel*, in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages 1925, S. 45 (63).

¹⁹⁹ Vgl. den „Gesetzesentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts“ von *Anschtütz/Mende*, in: Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages 1926, Bd. 2, S. 193 (194), dessen § 2 auf Antrag des Reichstags, der Reichsregierung, des Reichsrats und der Minderheiten des Reichstags und des Reichsrats, die ein Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl übersteigen, eingeleitet werden konnte, wenn Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetz und Verordnungen des Reichsrechts vorlagen.

²⁰⁰ *Mendes*, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, S. 56 f.; *von Mutius*, Jura 1987, 534 (535).

²⁰¹ RT-Drs. 3/2855, S. 1 ff.

Plenums.²⁰² Der damalige Entwurf stimmte, abgesehen von der Beschränkung des Prüfungsgegenstandes auf Reichsrecht und einer abweichenden Fassung der Antragsberechtigten, weitestgehend mit der Konzeption des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG überein.²⁰³

bb) Verdienste des Herrenchiemseer Verfassungskonvents und des Parlamentarischen Rates

Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG geht auf Art. 44 und Art. 98 Herrenchiemseer Entwurf zurück.²⁰⁴ Während Art. 98 Herrenchiemseer Entwurf einen umfangreichen Zuständigkeitskatalog des Bundesverfassungsgerichts beinhaltete, welches gemäß Art. 98 Ziff. 3 Herrenchiemseer Entwurf „über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern“ entscheiden sollte,²⁰⁵ gestaltete Art. 44 Abs. 1 Herrenchiemseer Entwurf dieses Verfahren näher aus.²⁰⁶ Dabei weist nicht zuletzt die Stellung des Art. 44 Herrenchiemseer Entwurf im Abschnitt „III. Bund und Länder“ auf einen originär föderativen Zuschnitt des Verfahrens hin, dessen Ursprung weniger stark im objektiven Verfahren des Art. 13 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung wurzelte.²⁰⁷

²⁰² *Huber*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 563 f.; kritisch zu diesem Gesetzesentwurf *Grau*, AöR 50 (1926), 287 ff.

²⁰³ *Mendes*, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, S. 58.

²⁰⁴ *Von Doemming*, in: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, S. 664 (669); *Wieland*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 15.

²⁰⁵ *Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen* (Hrsg.), Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 25. August 1948, S. 75.

²⁰⁶ Art. 44 Abs. 1 Herrenschiemseer Entwurf: „(1) Bestehen Meinungsverschiedenheiten zwischen Bund und Ländern 1. über Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz, 2. über Vereinbarkeit von Landesrecht mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht“, siehe Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 25. August 1948, S. 89.

²⁰⁷ Siehe *Babel*, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, S. 21; *Mendes*, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, S. 59 mit der Ergänzung, dass der Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 25. August 1948, S. 67 im Kommentierenden Teil zu Art. 98 Ziff. 3 Herrenschiemseer

Diese Bestimmungen wurden schließlich entsprechend der Formulierungsvorschläge des Allgemeinen Redaktionsausschusses²⁰⁸ in der dritten Lesung im Hauptausschuss des Parlamentarischen Rates zu dem späteren Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG verbunden.²⁰⁹ Das Plenum des Parlamentarischen Rates beschloss in der dritten Lesung das Grundgesetz in seiner heutigen Fassung,²¹⁰ dessen Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG – abgesehen von der Absenkung des Antragsquorums auf ein Viertel der Mitglieder des Bundestages²¹¹ – unverändert Bestand haben sollte.²¹²

b) Die kontroverse Entwicklung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes

Für das in Art. 94 Abs. 2 GG vorgesehene Gesetz zur Regelung der Verfassung des Bundesverfassungsgerichts entwickelte Mitte 1949 das Büro der Ministerpräsidenten des amerikanischen, britischen und französischen Besatzungsgebiets sowie das Rechtsamt für die Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebiets erste Entwürfe.²¹³ Im Oktober 1949 begann das von *Thomas Dehler* geleitete

Entwurf für die Auslegung des Begriffs „öffentlich-rechtliche Streitigkeit“ auf Art. 19 Weimarer Reichsverfassung verweist, der „Streitigkeiten nicht privatrechtlicher Art zwischen dem Reich und dem Land“ regelt.

²⁰⁸Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses zur Fassung der 2. Lesung des Hauptausschusses vom 25.1.1949, abgedruckt bei *Wilms*, Dokumente zur neuesten deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. III/2, S. 388 f.

²⁰⁹Vgl. Wortlautprotokoll der 50. Sitzung des Hauptausschusses vom 10.2.1949, abgedruckt bei *Feldkamp*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 14, Teilbd. I, S. 1609.

²¹⁰Vgl. Wortlautprotokoll der 10. Sitzung des Plenums vom 8.5.1949, abgedruckt bei *Werner*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 9, S. 593, 617.

²¹¹Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 23, 45 und 93) vom 8. Oktober 2008 mit Wirkung zum 1. Dezember 2009, BGBl. I S. 1926.

²¹²Vgl. hierzu auch die synoptische Darstellung bei *Wilms*, Dokumente zur neuesten deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. III/2, S. 760 f.

²¹³*Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. XIV f.; *Kutscher*, Politisierung oder Verrechtlichung?, S. 138. *Ruppert/Schorkopf*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 90 Fn. 43 zufolge enthielten die Empfehlungen des juristischen Ausschusses der Ministerpräsidenten der amerikanischen, britischen und französischen Besatzungsgebiete, 1949, S. 60 ff., allerdings

Bundesministerium der Justiz mit seinen Vorarbeiten eines Bundesverfassungsgerichtsgesetzes.²¹⁴ Unter Beteiligung der übrigen Bundesministerien verfasste Oberlandesgerichtsrat *Willi Geiger* einen ersten Referentenentwurf,²¹⁵ auf dessen Grundlage der von der Bundesregierung am 28. März 1950 in den Deutschen Bundestag eingebrachte „Entwurf eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht“²¹⁶ beruhte.²¹⁷ Zwischenzeitlich hatte auch die SPD-Bundestagsfraktion am 14. Dezember 1949 dem Deutschen Bundestag einen auf *Adolf Arndt* zurückgehenden Initiativgesetzentwurf²¹⁸ zu diesem Thema zugeleitet.²¹⁹ Nach inhaltlich kontroverser und fachlich intensiver Vorbereitung durch den vom Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht gebildeten Unterausschuss wurde das Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der dritten Lesung am 1. Februar 1951 verabschiedet und seitdem mehrfach novelliert.²²⁰

3. Die anhaltende Diskussion zur Verfassungskonformität des § 76 BVerfGG

Die Konkretisierung der Voraussetzungen durch § 76 Abs. 1 BVerfGG, unter denen die Durchführung eines

noch keine Vorschriften zu einzelnen Verfahrensarten im Sinne eines besonderen Teils. Der spätere Entwurf des Rechtsamtes für die Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes deckte sich inhaltlich mit den Empfehlungen des Ministerpräsidentenausschusses, vgl. auch *Geiger*, BVerfGG, S. XX.

²¹⁴ *Geiger*, BVerfGG, S. XX; *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, Einl. Rn. 3.

²¹⁵ Entwurf eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht. Erster Referentenentwurf von Oberlandesgerichtsrat *Geiger* vom 6. Dezember 1949, abgedruckt bei *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 3 ff.

²¹⁶ BT-Drs. 1/788, Anlage 1, S. 1 ff.

²¹⁷ *Kutscher*, Politisierung oder Verrechtlichung?, S. 138.

²¹⁸ BT-Drs. 1/328.

²¹⁹ *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, Einl. Rn. 3 *Geiger*, BVerfGG, S. XX f.; *Kralewski/Neunreither*, Oppositionelles Verhalten im ersten Deutschen Bundestag (1949-1953), S. 173.

²²⁰ Eine Synopse des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes einschließlich des Neunten Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes vom 24. Juni 2015, BGBl. I 2015, S. 973 findet sich bei *Burkiewicz/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG-Kommentar, S. XXV ff.

abstrakten Normenkontrollverfahrens vorzunehmen ist, weckte insbesondere durch die Gesetzesnovelle vom 16. Juli 1998²²¹ Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit.²²² Bereits die ursprüngliche Fassung verlangte über den in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG normierten Antragsgrund von „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln“ hinausgehend eine Überzeugung von der Nichtigkeit bzw. Gültigkeit der vorgelegten Norm. Seit der Neufassung vom 16. Juli 1998 muss diese Überzeugung nunmehr nicht nur bei einem Antragsberechtigten, sondern gerade in der Person des Antragstellers vorliegen.²²³ In der Bewertung der einfachgesetzlichen Konkretisierungsvorschrift schwankt das Verdikt weitgehend zwischen (zumindest Teil-) Nichtigkeit²²⁴ und zulässiger Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Ausgangsvorschrift.²²⁵

Eingedenk des Umstands, dass vereinzelt vor dem Hintergrund des Gesetzestextes von § 76 Abs. 1 BVerfGG formelles Bundesrecht als tauglicher Prüfungsmaßstab für Rechtsverordnungen des Bundes herangezogen wird, ist für die vorliegende Bearbeitung zunächst die Prämisse der Verfassungsmäßigkeit der Konkretisierungsnorm zugrunde zu legen. Jedoch sind bei systematischer Auslegung der Vorschrift die „redaktionellen“ Eingriffe des Gesetzgebers verschärfend zu berücksichtigen.²²⁶

²²¹ Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Gesetzes über das Amtsgehalt der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Juli 1998 (BGBl. I S 1823).

²²² *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 61; *Winkler*, NVwZ 1999, 1291; *Pestalozza*, JZ 1998, 1039 (1044).

²²³ *Winkler*, NVwZ 1999, 1291 (1292).

²²⁴ Vgl. etwa *VofSkuble*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 123; *Wieland*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 67; *Kment*, in: Jarass/Piero, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 95; *Koriath/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 130; *Heim*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (620); *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 61; *Winkler*, NVwZ 1999, 1291 (1292).

²²⁵ So das Bundesverfassungsgericht über § 76 BVerfGG vor dessen Neufassung vom 16. Juli 1998 in BVerfGE 96, 133 (137 f.). Anknüpfungspunkt für die nähere Ausgestaltung durch einfaches Bundesgesetz ist Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG.

²²⁶ Zur Kritik am Gesetzgebungsverfahren *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Fn. 441 und *Pestalozza*, JZ 1998, 1039 (1043 f.).

2. Abschnitt: Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“

Die deutsche Rechtsordnung der Nachkriegszeit erfuhr ihre bestimmende Wirkung durch die prägende Bedeutung des materiellen Verfassungsrechts und eine seinen Geltungsanspruch gewährleistende Verfassungsgerichtsbarkeit.²²⁷ Die Verfassungsgerichtsbarkeit aktualisiert in einem Verfahren der Normauslegung und -anwendung die Bindungen des Gesetzgebers an die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit verwirklicht durch ihre Existenz letztlich erst den Verfassungsstaat.²²⁸ Institutionell verselbständigt verleiht das Bundesverfassungsgericht dem Vorrang der Verfassung Ausdruck und Durchsetzungskraft. Entsprechend ist das Verfassungsgericht mit einer umfassenden Kontrollkompetenz ausgestattet und verfügt mit dem Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und der Normenkontrolle auch über Zuständigkeiten im originär politischen Bereich, entscheidet aber allein am rechtlichen Maßstab.²²⁹

Aufschlüsse über die Reichweite des Prüfungsmaßstabs könnte die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit hin zu ihrem heutigen Kompetenzkatalog gewähren. Während Aspekte des grundgesetzlichen Gewaltenteilungsverständnisses wenig Rückschlüsse auf die Reichweite des Prüfungsmaßstabs zulassen,²³⁰ dürfte die Abgrenzung zwischen der Entscheidungszuständigkeit der Fachgerichtsbarkeit und der Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die hieraus resultierende Aufgabenverteilung umso mehr Anhaltspunkte geben. Das konstituierende Element der Verfassungsgerichtsbarkeit ist

²²⁷ *Wahl*, NVwZ 1984, 401.

²²⁸ Hierzu weiterführend *Ossenbühl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 33 (34).

²²⁹ Nach *Wahl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 461 (465) handelt es sich hierbei um ein geradezu typusbestimmendes Merkmal des Bundesverfassungsgerichts.

²³⁰ Diese Fragestellung betrifft vielmehr grundlegend das neuralgische Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarischer Gesetzgebung, vgl. *Ossenbühl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 33 ff.

die autoritative und letztverbindliche Einschätzung der Verfassungsmäßigkeit hoheitlichen Handelns am Maßstab des Grundgesetzes.²³¹ Vor diesem Hintergrund ist die Einordnung vorzunehmen, ob auch die justizförmige Kontrolle exekutiver Rechtssetzungsprodukte anhand von Legislativakten des parlamentarischen Gesetzgebers umfasst ist.

I. Die historische Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit

Das moderne Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit ist Ergebnis einer Entwicklung unterschiedlicher Epochen und traditioneller Überzeugungen, ohne dass sich der Beginn der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit eindeutig datieren lässt.²³² Ansätze einer gerichtlichen Kontrolle hoheitlicher Gewalt finden sich bereits im Jahre 1495 beim Reichskammergericht und Reichshofrat.²³³ Die Frankfurter Paulskirchenversammlung vom 27. März 1849 kodifizierte in ihrem Verfassungsentwurf dann trotz zeitgenössischer Skepsis gegenüber einem richterlichen Prüfungsrecht erstmals die Idee einer ausgeformten Verfassungsgerichtsbarkeit mit weitreichenden Kompetenzen.²³⁴ Zwar erfuhr diese Reichsgerichtsbarkeit vorrangig einen Zuschnitt auf föderative Streitigkeiten, um die Verfassungsordnung zu schützen und die Wirksamkeit einer einheitlichen Verfassung sicherzustellen.²³⁵ Zumindest aber § 126 lit. a Paulskirchenverfassung sollte Einzelstaaten die Befugnis gewähren, das Reichsgericht aufgrund einer

²³¹ *Bethge*, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 61 (71); *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, S. 943.

²³² *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 10; ähnlich *Kreuter-Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 272 Rn. 13.

²³³ *Hoffmann-Riem*, JZ 2003, 269 (272); *Simon*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 34 Rn. 4; *Robbers*, JuS 1990, 257 f.

²³⁴ *Kreuter-Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 272 Rn. 13; *Vaßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 5; vgl. hierzu bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 1., b) Das richterliche Prüfungsrecht und seine rechtshistorische Entwicklung.

²³⁵ *Hoffmann-Riem*, JZ 2003, 269 (272); *Scheuner*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 1 (29).

Verletzung der Verfassung durch „Erlassung von Reichsgesetzen“ anzurufen.²³⁶ Da die Sicherung der Verfassung traditionell dem Parlament anvertraut war, erschwerten Zurückhaltung und Skepsis gegenüber einer gerichtsförmigen Gesetzeskontrolle die Umsetzung einer dominanteren Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit.²³⁷

Angesichts dieser reaktionären Tendenz vermieden die Verfassung des Norddeutschen Bundes aus dem Jahre 1867 wie auch die Reichsverfassung von 1871 jegliche Konzentration sowohl der Verfassungsinterpretation als auch der institutionalisierten Normenkontrolle.²³⁸

Mit der Weimarer Reichsverfassung von 1919 wurden dann die Grundvoraussetzungen einer Verfassungsgerichtsbarkeit moderner Prägung gelegt.²³⁹ Allerdings erfolgte noch keine Konzentration der Verfassungsinterpretation bei einem institutionell unabhängigen und eigenständigen Verfassungsgericht. Vielmehr wurden kompetenzverschränkend neben dem Staatsgerichtshof auch das Reichsgericht sowie die übrigen obersten Gerichte mit verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten bedacht.²⁴⁰ Der Staatsgerichtshof entschied nach Art. 19 Weimarer Reichsverfassung

²³⁶ Vertiefend zu den verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten des Reichsgerichts *Robbers*, JuS 1990, 257 (261).

²³⁷ *Simon*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 34 Rn. 6.

²³⁸ *Scheuner*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 1 (36 ff.); *Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 346. Vgl. auch *Chryssogonos*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, S. 15 ff., der unter anderem auf die ablehnende Haltung *Otto von Bismarcks* eingeht.

²³⁹ *Roellecke*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 67 Rn. 9. Die Entwicklungen der Weimarer Zeit führten zu staatsrechtlichen Diskussionen über die Verfassungsgerichtsbarkeit, die in der Bundesrepublik wieder aufgegriffen werden sollten. Der Ausdruck der „Verfassungsgerichtsbarkeit“ trat erst in der Weimarer Zeit, im Anschluss an die Grundsatzreferate *Triepels* und *Kelsens* über „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“ vor der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Jahre 1928, neben denjenigen der „Staatsgerichtsbarkeit“. Vgl. hierzu und zu den unterschiedlichen Ansichten *Triepel*, VVDStRl 5 (1929), 2 (4 ff.) und *Kelsen*, VVDStRl 5 (1929), 30 ff.

²⁴⁰ *Scheuner*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 1 (45); *Simon*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 34 Rn. 7; *Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 346 f.

bei Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, bei föderalen Konflikten zwischen den Ländern und bei Streitigkeiten zwischen Land und Deutschem Reich. Flankierend trat Art. 59 Weimarer Reichsverfassung hinzu, der eine Zuständigkeit im Rahmen der Ministeranklage auf Antrag des Reichstages vorsah.²⁴¹ Art. 13 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung weist dem Reichsgericht und den anderen obersten Gerichtshöfen eine Form abstrakter Normenkontrolle über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit Reichsrecht zu. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen wurde zunächst wiederum ausgeklammert, um jedoch vom Reichsgericht in der Schlussphase seiner Rechtsprechungstätigkeit dann richterrechtlich ausdrücklich anerkannt zu werden.²⁴²

Die strukturellen Schwächen der Weimarer Reichsverfassung und die verfassungspolitische Entwicklung in der Spätphase der Weimarer Republik sollten dann die Entwicklung und den Ausbau hin zur gegenwärtigen Verfassungsgerichtsbarkeit maßgeblich prägen.²⁴³ So wie das Grundgesetz als Produkt einer positiven Rezeption der Weimarer Reichsverfassung einerseits und einer mit ihr kritischen Auseinandersetzung andererseits entstanden ist, orientierte sich die Begründung der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit zwar an der Staatsgerichtsbarkeit vor der Zeit des Nationalsozialismus und ihren Reformbestrebungen, grenzte sich aber

²⁴¹ *Schiffers*, in: Albertin/Link (Hrsg.), Politische Parteien auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie in Deutschland, S. 277 (280).

²⁴² Zu Nachweisen der Rechtsprechungsentwicklung des Reichsgerichts, siehe bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 1., b) Das richterliche Prüfungsrecht und seine rechtshistorische Entwicklung.

²⁴³ *Kröger*, NJW 1989, 1318 (1319); *Schiffers*, in: Albertin/Link (Hrsg.), Politische Parteien auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie in Deutschland, S. 277 (284) unter Hinweis auf *Fromme*, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, S. 24: „Die Erfahrungen der Weimarer Zeit wirkten hier also wiederum, wie in der Frage der Staatsorganisation, prostaatlich (Schutz des Staates vor der Justiz), die aus der nationalsozialistischen Zeit antistaatlich (Schutz der Justiz vor dem staatlichen Zugriff).“

andererseits von dieser Staatsgerichtsbarkeit und ihrer Rechtsprechungspraxis bewusst ab.²⁴⁴

Bedeutenden Einfluss auf die Entstehungsgeschichte des heutigen Bundesverfassungsgerichts hatten die frühen westdeutschen Landesverfassungen der Jahre 1946 und 1947²⁴⁵ sowie der vorbereitende Verfassungskonvent von Herrenchiemsee.²⁴⁶ Insbesondere letzterer erkannte die Notwendigkeit der Gewaltenkontrolle und -mäßigung der politischen Führung und etablierte zur Umsetzung bereits weitreichende Kompetenzen des künftigen Verfassungsgerichts.²⁴⁷ Als höchstes Organ der Rechtsprechung und „Hüter der Verfassung“ sollte es gleichberechtigt neben den übrigen Staatsorganen stehen.²⁴⁸ Während die Beratungen des Verfassungskonvents eher im Stile eines Fachkongresses abliefen und politische Ansichten über die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit noch angedeutet blieben, wurden die Diskussionen im Parlamentarischen Rat von unterschiedlichen Auffassungen des Demokratie- und Gewaltenteilungsverständnisses geprägt.²⁴⁹

²⁴⁴ *Schiffers*, in: Albertin/Link (Hrsg.), Politische Parteien auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie in Deutschland, S. 277 (279 f.); vgl. hierzu auch *Geiger*, DÖV 1952, 481.

²⁴⁵ *Arndt*, in: Festgabe für Carlo Schmid, S. 5 (6); *Nicolaß*, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, S. 191 ff. unter Betonung ihrer beeinflussenden Wirkung für die Arbeiten des Parlamentarischen Rates.

²⁴⁶ *Säcker*, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, S. 265 f. Laut *Lauffer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, S. 38 f. hatten die bayrischen Vorstellungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit unter Führung *Hans Namiaskys* die Arbeiten des Konvents maßgeblich beeinflusst.

²⁴⁷ Vgl. zu den vorgesehenen Zuständigkeiten den Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 25. August 1948, S. 78, 88 f. Sie wurden vom Parlamentarischen Rat weitestgehend angenommen, siehe *Krüger*, NJW 1989, 1318 (1323), unter Bezugnahme auf Parlamentarischer Rat-Drs. 850, 854.

²⁴⁸ *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. XII f.; Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 25. August 1948, S. 45 f.

²⁴⁹ *Nicolaß*, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, S. 191 (196) unter Bezugnahme auf die Grundsatzreferate der Mitglieder *Adolf Süsterhenn* und *Walter Menzel* zur Konzeption des künftigen

Letztlich einigte sich der Parlamentarische Rat auf ein institutionell verselbständigtes Organ der Rechtsprechung²⁵⁰ unter umfänglichen verfassungsrechtlich gewährleisteten Zuständigkeiten, um die Verfassung letztverbindlich auszulegen und ihren Vorrang auch gegenüber dem Gesetzgeber durchzusetzen.²⁵¹ Zur näheren gesetzlichen Ausgestaltung enthält das Grundgesetz für den einfachen Bundesgesetzgeber einen Regelungsauftrag, der für das künftige Bundesverfassungsgericht konstituierend sein sollte.²⁵²

Das diesen Verfassungsauftrag ausfüllende Bundesverfassungsgerichtsgesetz zählt zu den zentralen, entstand aber in den langwierigsten Gesetzgebungsprozessen der ersten Legislaturperiode des Deutschen Bundestages.²⁵³ Intensive Beratungen und deutliche Meinungsverschiedenheiten führten zu einem Kompromiss aus dem Entwurf der Bundestagsfraktion der *Sozialdemokratischen Partei Deutschlands* und dem Regierungsentwurf, der in seiner endgültigen Fassung die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit mit ihrem gegenwärtigem Aufbau und bestehenden Funktionen konstituierte.²⁵⁴ Knapp zwei Jahre nach Entstehung des Grundgesetzes hatte der Bundestag „einen mächtigen Pfeiler in den Bau der Bundesrepublik eingezogen“²⁵⁵ und das Institutionengefüge der

Verfassungs- oder Staatsgerichtshofs. Insbesondere *Süsterhenn* plädierte neben der horizontalen Aufteilung der rechtlichen Kompetenzen auch für eine vertikale Gewaltenteilung zwischen Bund und Ländern.

²⁵⁰ Skeptisch zeigt sich *Kröger*, NJW 1989, 1318 (1323) angesichts der Begründung, die „absolute Reinheit der Rechtssphäre“ des Obersten Bundesgerichts nicht „durch die mehr oder weniger politisch betonte Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts“ zu gefährden.

²⁵¹ Hierzu *Kreuter-Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 272 Rn. 16.

²⁵² *Lauffer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, S. 93 f.; vgl. auch *Klein*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 507 (515 f.).

²⁵³ *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, S. 340 f. mit einer Auflistung der am kontroversesten diskutierten Probleme.

²⁵⁴ Einen Überblick über den Ablauf der Beratungen und die umstrittenen Themen im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens bietet auch *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. XV f.

²⁵⁵ So der damalige Vizepräsident des Deutschen Bundestages *Carlo Schmid* nach Annahme des Gesetzes durch den Bundestag in der dritten Lesung am 1.2.1951, BT-Protokoll 1/116, S. 4419 (B).

Bundesrepublik Deutschland komplettiert.²⁵⁶ Insbesondere durch die verfassungsgerichtliche Kontrolle normsetzender Tätigkeit verwirklicht die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit unter dem Grundgesetz die Idee der Verfassungsstaatlichkeit.²⁵⁷

Der historische Überblick über die Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit verdeutlicht die enge Verknüpfung des jeweils gültigen Verfassungsverständnisses und ihrer herrschenden politischen Grundausrichtung mit Ausgestaltung, Funktion und Zuständigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit. Als „wichtigste Innovation des Grundgesetzes“²⁵⁸ war die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts Ergebnis eines Entwicklungsprozesses, um das materielle Verfassungsrecht zu einem wirkkräftigen Kontrollmaßstab werden zu lassen. Vor diesem Hintergrund ist der bestehende Kompetenzzuschnitt des Bundesverfassungsgerichts zu begreifen und eine entsprechende Zurückhaltung bei der Bestimmung der Reichweite des Prüfungsmaßstabs der abstrakten Normenkontrolle angebracht.

II. Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts vom „Hüter der Verfassung“

Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit sichert mittels grundgesetzlich verbürgter Kompetenzen die formelle Geltungskraft der Verfassung und verleiht ihrem Vorrang und ihrer Normativität

²⁵⁶ *Schiffers*, in: Albertin/Link (Hrsg.), Politische Parteien auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie in Deutschland 277 f. unter Verweis auf die Beratungen des Bundestages und des Bundesrates (BT-Protokolle 1/28, S. 865 (D), 870 (C); 1/112, S. 4218 (C); 1/114, S. 4287 (C), BR-Sitzungsbericht vom 17.3.1950, S. 269 (D)).

²⁵⁷ *Hesse*, JöR N. F. Bd. 46 (1998), 1 (6) erkennt gar in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle den „entscheidende[n] Schritt [...] der neueren Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit“; auch *Wabl*, JuS 2001, 1041 (1046) betont die Stärkung materieller Bindungen durch die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle.

²⁵⁸ So die treffende Formulierung bei *Wabl*, JuS 2001, 1041 (1046).

Durchsetzungskraft.²⁵⁹ Allerdings setzt nicht das Bundesverfassungsgericht der Staatsgewalt unmittelbar Beschränkungen, sondern das Grundgesetz normiert aufgrund seiner herrschaftskonstitutiven Funktion und seines Rahmencharakters umfassende Vorgaben.²⁶⁰ Die Kontrolle der Ausübung staatlicher Gewalt und damit Sanktionierbarkeit, Pflege und Ausformung der Verfassung vertraut das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht als „verbindliche Instanz in Verfassungsfragen“²⁶¹ an.²⁶² Allein die Wahrnehmung der Kontrollkompetenz begründet jedoch noch keine überverfassungsrechtliche Stellung des Verfassungsgerichts.²⁶³

Sowohl die mittelbare Qualifikation als Verfassungsorgan durch § 1 Abs. 1 BVerfGG²⁶⁴ als auch die Regelung der Aufgaben und des Verfahrens durch das Grundgesetz verdeutlichen, dass das Bundesverfassungsgericht als verfassungskonstituierte Gewalt der Verfassung untersteht.²⁶⁵ Mit der Funktion eines nach Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG an

²⁵⁹ Statt vieler nur *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, S. 952; *Drath/Friesenhahn/Geck/Leibholz/Roellecke/Starck/Zacher/Zweigert*, in: Festschrift 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. V. Nach *Wahl*, JuS 2001, 1041 (1042) konstituieren Normativität, Vorrang der Verfassung sowie Verfassungsgerichtsbarkeit das rechtliche Zentrum des Verfassungsstaates.

²⁶⁰ *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 516.

²⁶¹ So die Selbsteinschätzung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 40, 88 (94); eine Missachtung der Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG stellt einen Gesetzesverstoß dar, BVerfGE 42, 258 (260).

²⁶² *Ossenbübl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 33: Die Fülle verfassungsgerichtlicher Kompetenzen zur Hütung des Verfassungsrechts lässt den Rechtsstaat zu einem „Verfassungsstaat spezifischer Prägung“ werden.

²⁶³ Prägnant Bundesjustizminister *Thomas Debler*, BT-Protokoll 1/252, S. 12102 (C): „[N]icht Herr der Verfassung, sondern Hüter der Verfassung“. Vertiefend zur Funktionenteilung zwischen politisch gestaltenden Verfassungsorganen und richterlich kontrollierendem Verfassungsorgan *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 515 f. mit weiteren Nachweisen.

²⁶⁴ *Koriotz/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 27.

²⁶⁵ *Wieland*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 36; plakativ *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 18: Das Bundesverfassungsgericht „unterliegt vielmehr ebenso der Verfassung wie alle anderen Organe der öffentlichen Gewalt und agiert in diesem Sinne verfassungsakzessorisch und gesetzesdeterminiert.“

Verfassung und Gesetz gebundenen Rechtsprechungsgorgans²⁶⁶ und aufgrund seiner (antrags- und verfahrensgebundenen) Letztentscheidungskompetenz²⁶⁷ versteht sich das Bundesverfassungsgericht jedoch selbst als „oberster Hüter der Verfassung“.²⁶⁸ Indes ist die Schöpfung dieses Begriffs nicht dem Bundesverfassungsgericht zuzuschreiben. Dem Herrenchiemseekonvent und dem Parlamentarischen Rat sowie den Vertretern der politischen Parteien in den Beratungen über das Bundesverfassungsgesetz erschien das künftige Gericht als ein „Hüter der Verfassung“.²⁶⁹ Diese Einschätzung lässt sich in erster Linie auf *Heinrich Triepel* zurückführen, der 1923 den Staatsgerichtshof, und damit gewissermaßen erstmals die Verfassungsgerichtsbarkeit, in einem Beitrag als „Hüter der Verfassung“²⁷⁰ bezeichnete und vom

²⁶⁶ *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 1: Das „Bundesverfassungsgericht ist Teil der Gerichtsbarkeit, Rechtsprechungsgorgan.“

²⁶⁷ Zur antrags- und verfahrensgebundenen Letztentscheidungskompetenz, *Wahl*, JuS 2001, 1041 (1046).

²⁶⁸ Eingangssatz der Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Juni 1952: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Gerichtet an den Bundespräsidenten, die Präsidenten des Bundestags und Bundesrats sowie die Bundesregierung, veröffentlicht am 19. Januar 1953, in: *Bundesverfassungsgericht*, JZ 1953, 157 f., wiederabgedruckt in: JöR N. F., Bd. 6 (1957), 144 ff. Die Selbstqualifizierung des Gerichts als „Hüter der Verfassung“ findet sich schon in BVerfGE 1, 184 (195 ff., 200) vom 20. März 1952; aufgreifend BVerfGE 1, 396 (408); 6, 300 (304); 40, 88 (93) sowie aus der jüngeren Rechtsprechungspraxis BVerfGE 119, 247 (258). Zudem findet sich die Bezeichnung im sog. Status-Bericht von *Leibholz*, JöR N. F. Bd. 6 (1957), 120 (127) vom 21. März 1952, der sich insoweit auf *von der Heydte*, ARSP 39 (1951), 461 (474) beruft.

²⁶⁹ *Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen* (Hrsg.), Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 25. August 1948, S. 45; *Zimm*, in: Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Drs. 850, 854), erstattet von den Berichterstattem des Hauptausschusses, Anlage zum Stenographischen Bericht der 9. Sitzung vom 6.5.1949, undatiert, S. 47, teilweise abgedruckt bei *Schuckart*, in: Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 23, Teilbd. I, S. 210 f.; *Neumayer*, BT-Prokoll 1/28, S. 867 (B).

²⁷⁰ *Triepel*, in: Festgabe für Wilhelm Kahl, S. 1 (48, 93, 118), der auch von einem „Hüter der Freiheit“ sprach. *Huber*, in: Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Opositorum*, S. 33 (36) zufolge prägte *Paul Laband* die Redewendung des „Hüters der

Staatsgerichtshof in einem Urteil vom 15. Oktober 1927²⁷¹ entsprechend rezipiert wurde.²⁷²

Ausgehend von der Frage des richterlichen Prüfungsrechts entwickelte sich die Weimarer Kontroverse zwischen *Hans Kelsen* und *Carl Schmitt* um die Frage, wer „Hüter der Verfassung“ sei, die Ausdruck eines allgemeinen Richtungstreits werden sollte.²⁷³ *Schmitt* lehnte die Zuständigkeit einer juristischen Instanz ab und erblickte im Reichspräsidenten als der „neutralen Gewalt“ im pluralistischen Parteienstaat²⁷⁴ den geeigneten Hüter der Verfassung.²⁷⁵ *Kelsen* sprach sich für die Einrichtung eines Verfassungsgerichts aus, das sich die Macht mit den übrigen politischen Kräften teilt.²⁷⁶ Letztlich könne aber primär nur die Verfassungsgerichtsbarkeit die Verbindlichkeit der Verfassung als oberste Rechtsnorm und somit den Vorrang der Verfassung vor den übrigen Normen sicherstellen.²⁷⁷

Letzteres Begriffsverständnis deckt sich weitestgehend mit der gegenwärtigen Auffassung über die besondere Funktion des Bundesverfassungsgerichts: Das Bundesverfassungsgericht untersteht der Verfassung und ist selbst Teil der verfassten Gewalt. Die

Verfassung“, der den Kaiser „Wächter und Hüter der Reichsverfassung“ titulierte. *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, S. 46 begründete diese Qualifikation damit, dass nicht der Richter, sondern der Kaiser das verfassungsgemäße Zustandekommen des Gesetzes zu überprüfen hat. Später sprach *Preuß*, Deutsche Juristen-Zeitung 1924, 649 (653) von der Verantwortlichkeit des Reichstags kraft seiner Stellung als „Hüter der Verfassung“.

²⁷¹ Der Reichsgerichtshof bezeichnete sich in RGZ 118, Anh. S. 1 (4) als „Hüter der Reichsverfassung“, der zu ihrer Auslegung berufen sei.

²⁷² Vgl. *Dreher*, NJW 1951, 377.

²⁷³ Weiterführend *Lembcke*, Hüter der Verfassung, S. 15 ff.

²⁷⁴ *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, Überschrift zu Abschnitt 2 im III. Kapitel „Der Reichspräsident als Hüter der Verfassung“, S. 141.

²⁷⁵ *Schmitts* Einschätzung konterkariert *Dreher*, NJW 1951, 377 pointiert: „Der zum Hüter der Verfassung proklamierte Reichspräsident wurde einer ihrer ersten Totengräber.“

²⁷⁶ *Van Ooyen*, in: van Ooyen (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und politische Theorie, S. 37 (46).

²⁷⁷ *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), 30 (43 ff.). Die Kontrolle von Normen an der Verfassung führt „in das Zentrum der Verfassungsordnung“, vgl. *Heun*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615.

Funktion eines Hüters ist nicht im Sinne einer überpositiven Rangzuweisung zu verstehen, vielmehr sind auch die übrigen Verfassungsorgane von Verfassungen wegen zu ihrem Schutz und ihrer Beachtung angehalten.²⁷⁸ Die institutionelle Aufgabenbeschreibung des Bundesverfassungsgerichts im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes prägt das Verständnis einer verfassungshütenden Institution und machtbegrenzenden Schranke: Das Verfassungsgericht deutet das Grundgesetz in einer für alle Staatsorgane verbindlichen Weise und sorgt für die Stabilität des politischen Systems, indem es die Staatsgewalt ihrer formell gezogenen Grenzen weist.²⁷⁹ Ihre prozessuale Ausprägung erfährt diese Funktion des Hüters vor allem im abstrakten Normenkontrollverfahren, das den Schutz des Grundgesetzes vor verfassungswidrigen Normen und die Wahrung des Rechtsfriedens durch klärende Feststellung der verfassungsrechtlichen Lage verfolgt.²⁸⁰ Hierzu verfügt das Bundesverfassungsgericht über umfassende Kompetenzen, die alle verfassungsrechtlichen Rechtskreise erfassen.²⁸¹ In seiner Gesamtverantwortung zur Wahrung der Grundwerte der Verfassung fielen dem Verfassungsgericht im Laufe seines Bestehens sogar zunehmend neue Funktionen zu.²⁸² Im Normenkontrollverfahren erfährt diese Funktion des Hüters durch das (antrags- und verfahrensgebundene) Letztentscheidungsrecht zur Kontrolle der

²⁷⁸ *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 18; *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 514 f. Ähnlich die Selbsteinschätzung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 62, 1 – Leitsatz 4., b): „Die Befugnis zur Konkretisierung von Bundesverfassungsrecht kommt nicht allein dem Bundesverfassungsgericht, sondern auch anderen obersten Verfassungsorganen zu.“ Von einem „verfassungsrechtlichen Dialog“ ausgehend *Kischel*, AöR 131 (2006), 219 (224 ff.).

²⁷⁹ *Rudzjo*, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, S. 278; *Detterbeck*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 5.

²⁸⁰ *Dieckmann*, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes?, S. 182. Zu Wesen und Zweck der abstrakten Normenkontrolle siehe bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, I, 3. Verfahrenszweck und objektiver Verfahrenszweck der abstrakten Normenkontrolle.

²⁸¹ *Wahl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 461 (463 ff.).

²⁸² Vgl. zu dieser Problematik und einer drohenden Verschiebung des kompetenzrechtlichen Kräfteverhältnisses *Kirchhof*, in: Festschrift für Paul Kirchhof, S. 939 (947).

Rechtmäßigkeit von Gesetzen ihre deutlichste prozessuale Ausprägung.²⁸³

Damit das Gericht die Rolle eines Hüters der Verfassung auch adäquat ausfüllen kann, dürfen die bestehenden Zuständigkeiten nicht einseitig überdehnt werden, um der Gefahr einer Arbeits- und Funktionsüberlastung vorzubeugen.²⁸⁴ Eine Bestimmung der Reichweite der Normenkontrollbefugnis kann daher nur unter Berücksichtigung des skizzierten Selbstverständnisses des Bundesverfassungsgerichts erfolgen.²⁸⁵

III. Das institutionelle Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit

Nicht nur die Ausstattung mit richterlichen Kompetenzen, auch die institutionelle Organisation der Rechtsprechung lässt sich unterschiedlich ausgestalten. In der Bundesrepublik konstituiert Art. 92 GG, unter anderem mit der verfassungsrechtlichen Entscheidung des Art. 95 Abs. 1 GG zugunsten einer Fachgerichtsbarkeit, für die Ausübung der Rechtsprechung eine Form der gerichtlichen Arbeitsteilung.²⁸⁶ Damit verfolgt das deutsche Rechtssystem einen organisatorisch-institutionell verselbständigten Ansatz der Verfassungsgerichtsbarkeit.²⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht ist als ein selbständiges Gericht zu charakterisieren, das gegenüber der Fachgerichtsbarkeit nicht nur eigenständig, sondern

²⁸³ In diesem Sinne bereits BVerfGE 1, 184 (195 f.). *Herzog*, Der Staat 4 (1965), 37 (43) identifiziert die Hüterrolle des Bundesverfassungsgerichts in der Befugnis zur autoritativen Entscheidung von Streitigkeiten über den Inhalt der Verfassung. Die Terminologie im Hinblick auf die Machtfülle des Verfassungsgerichts verwendend *Höffe*, Der Staat 38 (1999), 171 (179).

²⁸⁴ Instrukтив zur Belastung des Bundesverfassungsgerichts *Böckenförde*, ZRP 1996, 281 ff.

²⁸⁵ Siehe hierzu auch 3. Teil, 2. Abschnitt, III., 1. Die Beschränkung auf die parlamentsgesetzliche Ermächtigungsgrundlage als Prüfungsmaßstab einer inzidenten Prüfung zur Überprüfung einer Rechtsverordnung des Bundes auf die Einhaltung der durch Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG aufgestellten Anforderungen im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle.

²⁸⁶ *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028; *Kenntner*, DÖV 2005, 269 (271 f.).

²⁸⁷ So *Wahl*, JuS 2001, 1041 (1046) in Abgrenzung zur US-amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit.

ihr grundsätzlich sogar überlegen ist.²⁸⁸ Dies ist aber nicht im Sinne eines strengen Hierarchieverhältnisses zu verstehen, eher postuliert Art. 93 GG eine prägende Rolle des Bundesverfassungsgerichts für die Verfassungsjudikatur, ohne die Fachgerichtsbarkeit hiervon gänzlich auszuschließen.²⁸⁹

Eine Diskussion über die Reichweite des richterlichen Prüfungsmaßstabs hat unter Herausarbeitung des bestehenden kompetenziellen Gefüges zu erfolgen, um nicht die Grundsatzfunktionen der Gerichtsbarkeit nachteilig bzw. einseitig zu verschieben.

1. Berührungspunkte und Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts

Nicht zuletzt aufgrund ihres speziellen „normativ geordneten, differenzierten Beziehungsgeflechts“²⁹⁰ verfügen die Verfassungsgerichtsbarkeit und die übrigen Rechtsprechungszweige aufgrund der gemeinsamen Rechtsprechungsfunktion (Art. 92 GG) über entscheidende Parallelen:²⁹¹ Einrichtung und Organisation als Gericht bedingen sachliche und persönliche Unabhängigkeit; Gerichtsförmigkeit und Richterlichkeit der Aufgabenerledigung verbieten Eigeninitiative und (verfassungs-)politischen Gestaltungsspielraum.²⁹² Die Entscheidung über Rechtsfragen ergeht nach Maßgabe und Anwendung geltenden (Verfassungs-) Rechts,

²⁸⁸ *Böckenförde*, NJW 1999, 9 (13 f.) unterscheidet in diesem Zusammenhang grundsätzlich zwischen drei möglichen Modellen einer institutionellen Organisation der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Bedeutung des einzelnen Typus beschränkt sich nicht auf die organisatorische Funktion, sondern wirkt sich unterschiedlich auf Rang und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit im Staatsgefüge aus.

²⁸⁹ *Kunig*, VVDStRL 61 (2002), 34 (38 f.); in die ähnliche Richtung *Robbers*, NJW 1998, 935 (938).

²⁹⁰ *Bethge*, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 61 (68), der das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit nicht in „eindimensionalen Hierarchievorstellungen“ begreifen möchte; ähnlich auch *Kunig*, VVDStRL 61 (2002), 34 (38).

²⁹¹ *Hüb*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 63; zum Bundesverfassungsgericht als der rechtsprechenden Gewalt zugehöriges Gericht *Gri-goleit*, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, S. 54 f.

²⁹² *Böckenförde*, NJW 1999, 9 (11).

wobei allerdings dem verfassungsgerichtlichen Ausspruch eine spezifisch politische Dimension zukommt.²⁹³

Die zwar als „Kerngeschäft“²⁹⁴ der Verfassungsgerichtsbarkeit apostrophierte Zuständigkeit zur Überprüfung von Rechtsnormen beinhaltet aber keineswegs ein Entscheidungsprimat des Verfassungsgerichts. Die Überprüfung eines entscheidungserheblichen Gesetzes am Maßstab höherrangigen Rechts gehört zu den zentralen Aufgaben der Instanzgerichte aller Gerichtszweige und erstreckt sich auch auf formelle Gesetze, bei denen sich das Prüfungsrecht aufgrund von Art. 100 Abs. 1 GG sogar zu einer Prüfungspflicht verdichtet.²⁹⁵ Erst die Verwerfungskompetenz im Anschluss an eine prinzipiale Rechtssatzkontrolle unterliegt der Alleinzuständigkeit des Verfassungsgerichts.²⁹⁶ Die Verwerfungskompetenz illustriert die Konzentration der letztverbindlichen Entscheidungszuständigkeit für die Frage der Verfassungsmäßigkeit beim Bundesverfassungsgericht. Der Verfassungsgerichtsbarkeit ist im Rahmen seiner Zuständigkeiten und in Abgrenzung zur Fachgerichtsbarkeit das rechtlich gesicherte Monopol zur autoritativen Entscheidung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten anvertraut.²⁹⁷ Korrespondierend ist der verfassungstextliche Zuständigkeitskatalog des Bundesverfassungsgerichts auf die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten zugeschnitten.²⁹⁸

²⁹³ *Von Doemming*, in: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, S. 664 (665). Doch betont *Klein*, in: Festschrift für Klaus Stern, S. 1135 (1136) auch eine politische Funktion der Fachgerichtsbarkeit.

²⁹⁴ Pointiert *Steiner*, NJW 2001, 2919 (2921): „Normenkontrolle ist ein Kerngeschäft des deutschen Verfassungsrichters, nicht Gelegenheitsarbeit, und begründet Erfahrungswissen.“

²⁹⁵ *Bethge*, Jura 2009, 18 (19); ähnlich bereits *Bachof*, VVDStRL 12 (1954), 50.

²⁹⁶ *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 135; *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 42; *Simon*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 34 Rn. 24, der das Verwerfungsmonopol anschaulich mit dem „Respekt vor dem parlamentarischen Gesetzgeber“ begründet. Zum begrifflichen Verständnis der Verwerfungskompetenz siehe 1. Teil, 2. Abschnitt, III., 3. Die gerichtliche Verwerfungskompetenz.

²⁹⁷ *Bethge*, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 61 (71).

²⁹⁸ *Simon*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 34 Rn. 19.

Anknüpfend an das Selbstverständnis eines Hüters der Verfassung sichert das Bundesverfassungsgericht Geltung, Rang und Gestaltungsmacht des Grundgesetzes. Als „Fachgericht für das Verfassungsrecht“²⁹⁹ und „verbindliche Instanz in Verfassungsfragen“³⁰⁰ bildet es das Verfassungsrecht fort, wacht über dessen Einhaltung und entscheidet letztverbindlich über Auslegung und Anwendung.³⁰¹ Diese im Vergleich zur Fachgerichtsbarkeit gesteigerte „Interpretationsmacht“ ist für die Reichweite der Verfassungsgerichtsbarkeit geradezu konstituierend.³⁰² Das Grundgesetz ist kraft seines Vorrangs von der gesetzlichen Rechtsordnung losgelöst und für die Verfassungsgerichtsbarkeit maßstabsgebend. Entsprechend erfolgt die Auslegung der Verfassung nicht auf Grundlage der einfachen Rechtsordnung, sondern abstrakt aus sich heraus.³⁰³

2. Die originären Zuständigkeiten der Fachgerichtsbarkeit

Im Interesse einer optimalen Rechtsverwirklichung besteht die primäre Aufgabe der Fachgerichtsbarkeit in der Feststellung und Würdigung des Tatbestandes sowie der Anwendung und Auslegung des einfachen Gesetzesrechts auf den konkreten Fall.³⁰⁴

²⁹⁹ *Grigoleit*, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, S. 57; weitergehend *Isensee*, JZ 1996, 1085 (1089). *Zuck*, JZ 2007, 1036 qualifiziert das Bundesverfassungsgericht als Fachgericht „für die Auslegung und Anwendung des Verfassungsgerichts, *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 34 als „Verfassungsfachgericht mit letztverbindlicher Entscheidungszuständigkeit in Verfassungssachen“ (Hervorhebung im Original).

³⁰⁰ BVerfGE 40, 88 (94).

³⁰¹ *Kreuter-Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 272 Rn. 44.

³⁰² *Simon*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 34 Rn. 56.

³⁰³ Hierzu *Böckenförde*, NJW 1999, 9 (12 f.), demzufolge sich die einzigartige Interpretationsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit aus den Elementen eines Vorrangs der Verfassung, einer Zuständigkeit für die letztverbindliche Interpretation der Verfassung und eines Fehlens eines anerkannten Kanons zulässiger Interpretationsmethoden zusammensetzt.

³⁰⁴ BVerfGE 94, 1 (9 f.); 95, 28 (37); 96, 375 (394); 99, 185 (196); 101, 361 (388); 111, 366 (372 f.); 115, 51 (68 f.); 115, 320 (367); 128, 138 (148); 128, 193 (209); siehe auch für die Strafgerichtsbarkeit BVerfGE 124, 300 (342); 126, 170 (200);

Auch die Fortentwicklung der einfachen Rechtsordnung für die in Art. 95 Abs. 1 GG aufgeführten Rechtsgebiete obliegt den Fachgerichten.³⁰⁵ Die im Grundgesetz angelegte Aufspaltung der Rechtsprechungsfunktion in die jeweiligen Gerichtsbarkeiten bewirkt einen hohen Spezialisierungsgrad für das einschlägige Fachrecht verbunden mit detaillierter Sachkenntnis der hiervon beherrschten Lebensverhältnisse. Die Auseinandersetzung mit einer Vielzahl von Rechtsfällen fördert eine gesteigerte Sach- und Fachrechtskompetenz, um für den streitigen Sachverhalt gesetzliche Wertentscheidungen nachvollziehbar einzuordnen und komplexe Wechselwirkungen umfassend zu würdigen. Die im Vergleich zur Verfassungsgerichtsbarkeit umfangreichere Befassung mit Einzelfällen sowie das ausgeprägte Systemverständnis über das Fachrecht qualifiziert die Fachgerichtsbarkeit zur Auslegung und Anwendung einfachen Rechts.³⁰⁶ Diese fachgerichtlichen Entscheidungselemente sind daher einer Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich entzogen.³⁰⁷

Doch unterliegt die Judikative bei der Anwendung der Fachgesetze nicht nur der Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG, sondern aufgrund Art. 1 Abs. 3 GG auch einer Bindung an die Grundrechte.³⁰⁸ Insbesondere die objektivrechtliche Grundrechtsfunktion³⁰⁹ beschränkt die

aus der Literatur *Hüb*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15; *Ossenbühl*, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, S. 129 (130); *Kenntner*, DÖV 2005, 269 (271).

³⁰⁵ BVerfGE 34, 269 (287 ff.); 96, 375 (396); BGH NJW 2003, 1592; vgl. auch BVerfGE 122, 248 (285 f.).

³⁰⁶ BVerfGE 1, 418 (420); *Kenntner*, DÖV 2005, 269 (271 f.); vgl. auch *Papier*, in: Festschrift für Peter Badura, S. 411 (427); *Starck*, JZ 1996, 1033 (1038).

³⁰⁷ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 18, 85 (92); vgl. auch BVerfGE 107, 395 (414); *Koch*, in: Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, S. 135; *Allenweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 2.

³⁰⁸ *Neuner*, JZ 2016, 435; *Roth*, AöR 121 (1996), 544 (574); *Koch*, in: Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, S. 135 f.; *Bethge*, KritV 1990, 9 f.

³⁰⁹ Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine objektive Werteordnung erreicht eine „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte als oberstes objektives Prinzip der gesamten Rechtsordnung auf sämtliche Rechtsbereiche.

Fachgerichtsbarkeit nicht auf die reine Anwendung des einfachen Rechts, sondern erfordert auch bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzesrechts das Verfassungsrecht als unmittelbar geltendes Recht zu berücksichtigen.³¹⁰ Insoweit besteht eine gewisse „Aufgabenparallelität“³¹¹ zum Rechtsschutzauftrag des Bundesverfassungsgerichts.³¹²

Allerdings werden im Rahmen der fachgerichtlichen Rechtsprechungspraxis Grundrechte sowie verfassungsrechtliche Fundamentalgrundsätze vereinzelt unzutreffend ausgelegt und angewendet. Aus diesem Grund bietet die Urteilsverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG eine Möglichkeit zur Überprüfung der instanzgerichtlichen Rechtsprechung.³¹³ Die Verfassungsbeschwerde bietet einen außerordentlichen Rechtsbehelf, insofern sie eine eigenständige, auf das Verfassungsrecht beschränkte Kontrolle ermöglicht.³¹⁴

Die grundgesetzlich vorgegebene Zweiteilung zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit erzeugt ein Spannungsverhältnis, das eine Kompetenzabgrenzung innerhalb der Judikative erfordert. Das Bundesverfassungsgericht ist kein Bestandteil des Instanzenzuges und versteht sich selbst ausdrücklich nicht als „Superrevisions“-Instanz innerhalb der Fachgerichtsbarkeit.³¹⁵ Um die Autonomie der Fachgerichtsbarkeit zu wahren³¹⁶ und die funktionale Aufgabenteilung zu gewährleisten, beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht auf die Prüfung „spezifische[n]

Konsequenzen dieses Grundrechtsverständnisses sind die sog. Wechselwirkungstheorie und die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten des Bundesverfassungsgerichts, vgl. hierzu grundlegend BVerfGE 7, 198 ff.

³¹⁰ *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028; *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 43.

³¹¹ *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 316 sowie in der Sache auch BVerfGE 49, 252 (258).

³¹² *Hermes*, VVDStRl 61 (2002), 119 (144); *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1030).

³¹³ *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028.

³¹⁴ *Starck*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 1 (12).

³¹⁵ Seit BVerfGE 7, 198 (207) ständige Rechtsprechung; vgl. auch BVerfGE 18, 85 (92).

³¹⁶ Kritisch zum Einfluss des Bundesverfassungsgericht auf die Fachgerichtsbarkeit *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1032).

Verfassungsrecht[s]³¹⁷. Eine konturscharfe Trennung verfassungs- und fachgerichtlicher Kompetenzverteilung lässt sich auf diesem Weg nicht immer erreichen.³¹⁸ Eine Restriktion der Prüfungsintensität auf „spezifisches Verfassungsrecht“ erfolgt zumindest dann nicht, wenn im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde die Verfassungswidrigkeit des entscheidungserheblichen Gesetzes gerügt wird.³¹⁹ Strukturell eine Normenkontrolle, prüft das Gericht in vollem Umfang die Verfassungsmäßigkeit formeller oder materieller Gesetze nach. Die Auslegung und Anwendung der Grundrechte und sonstigen Verfassungsrechts beinhalten eine spezifische Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts.³²⁰ Umgekehrt darf es nicht diejenigen Funktionen wahrnehmen, die der Fachgerichtsbarkeit vorbehalten sind.³²¹

3. Die gerichtliche Verwerfungskompetenz

Eng mit dem Verhältnis der Fach- zur Verfassungsgerichtsbarkeit ist die institutionelle Ausgestaltung der richterlichen Prüfungs- und Verwerfungskompetenz verbunden. Entsprechend der in Art. 20 Abs. 3 GG normierten Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ ist die Judikative zur Überprüfung der Rechts- und Verfassungsmäßigkeit des angewandten Rechts nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.³²²

³¹⁷ Seit BVerfGE 1, 418 (420) ständige Rechtsprechung; weiterführend aus der Literatur nur *Papier*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 432 ff.

³¹⁸ Kritisch zum Gebrauch allgemeiner Formeln zur Bestimmung der Kompetenzreichweite, vgl. nur *Robbers*, NJW 1998, 935 (936), *Starck*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 1 (12 ff.). Zur Frage, wann spezifische Grundrechtsverstöße anzunehmen sind, nimmt *Detterbeck*, AöR 136 (2011), 222 (229 f.) eine Einteilung in Fallgruppen vor.

³¹⁹ *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 326.

³²⁰ *Detterbeck*, AöR 136 (2011), 222 (232).

³²¹ *Robbers*, NJW 1998, 935 (937).

³²² *Burkiczuk*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 35 Rn. 16; vgl. auch *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, § 79 Rn. 7.

Von diesem richterlichen Prüfungsrecht³²³ ist die richterliche Verwerfungskompetenz zu trennen. Das richterliche Verwerfungsrecht beinhaltet grundsätzlich die Befugnis des befassten Gerichts, einer nach Inanspruchnahme des richterlichen Prüfungsrechts für rechtswidrig erkannten Norm die Wirksamkeit zu versagen.³²⁴ Hierbei ist aus Gründen der Genauigkeit näher zwischen einer Verwerfungskompetenz im engeren Sinne und einer Nichtanwendungskompetenz im Einzelfall zu differenzieren:³²⁵ Die Normverwerfung im engeren Sinne beinhaltet die Feststellung der Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit eines überprüften Rechtssatzes, die mit einer umfassenden Aufhebung und Nichtigerklärung der Norm mit *erga omnes*-Wirkung verbunden ist.³²⁶ Hingegen erschöpft sich die Nichtanwendungskompetenz in der Befugnis, die Wirkung einer Regelung für den zu entscheidenden Fall zu suspendieren und für dessen Bewertung unberücksichtigt zu lassen. Die Geltung der Norm an sich bleibt angesichts der auf den Einzelfall beschränkten Verwerfung und der Wirkungen *inter partes* der Gerichtsentscheidung unberührt.³²⁷ Bei formellen, nachkonstitutionellen Gesetzen verdichtet sich die Prüfungspflicht der Gerichte gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zu einer „Befugnis und

³²³ Zur historischen Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts als Fundament der abstrakten Normenkontrolle siehe 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 1., b) Das richterliche Prüfungsrecht und seine rechtshistorische Entwicklung.

³²⁴ Siehe BVerfGE 2, 124 (128): „Befugnis der Gerichte, Normen als verfassungswidrig nicht anzuwenden (Verwerfungskompetenz)“.

³²⁵ So die treffende Differenzierung bei *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 316; ähnlich auch *Bettermann*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 323 (326 f.); *Heun*, AöR 122 (1997), 610 (611). Von dieser Unterscheidung wird teilweise abgesehen, wie die Definition des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 2, 124 (128) zeigt. Ebenso fassen weite Teile der Literatur unter die Verwerfungskompetenz auch die Nichtanwendungskompetenz, vgl. nur *Burkiczak*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 35 Rn. 79; *Robbers*, NJW 1998, 935 (938); *Heymann*, EWeRK 2016, 214 (219).

³²⁶ *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 316; *Wehr*, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, S. 21.

³²⁷ *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 316 f. der auch aufzeigt, dass Synonym für Nichtanwendungskompetenz die Begriffe Verwerfung *inter partes*, Inzidentverwerfung oder Nichtbeachtung gebräuchlich sind.

Verpflichtung³²⁸ zur Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht und zu einer Aussetzungspflicht für das laufende Verfahren.³²⁹ Für Gerichte, die mit der Rechtmäßigkeit einer materiellen Norm lediglich als Vorfrage in einem konkreten Verfahren betraut sind, kann die Wirkung ihrer Entscheidung rechtlich aber nicht über den judizierten Einzelfall reichen. Der Nichtanwendung einer materiellen Regelung kann niemals Allgemeinverbindlichkeit zukommen, sondern deren Folgenausspruch beschränkt sich auf die Parteien des Verfahrens.³³⁰ Diese Vorfragenkompetenz ist originäre Aufgabe der Fachgerichtsbarkeit. Erst für die allgemein verbindliche Normenverwerfung stellt sich die Frage einer Alleinständigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit. Hier gilt es nach der Rangstufe der jeweiligen Norm zu differenzieren.³³¹

a) Das beschränkte Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts

Aus Art. 100 Abs. 1 GG lassen sich Rückschlüsse zur Verteilung der Nichtanwendungs- und Verwerfungskompetenz zwischen der Fachgerichtsbarkeit und dem Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf formelle Parlamentsgesetze gewinnen.³³² Ist ein Fachgericht in Ausübung seines Prüfungsrechts von der Verfassungswidrigkeit eines entscheidungserheblichen Gesetzes überzeugt, ist es aufgrund Art. 100 Abs. 1 GG zur Aussetzung des anhängigen Verfahrens und einer Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht verpflichtet. Insoweit steht dem vorlegenden Gericht eine vorläufige Nichtanwendungskompetenz zu, solange die definitive

³²⁸ BVerfGE 6, 55 (63).

³²⁹ Hierzu sogleich vertiefend 1. Teil, 2. Abschnitt, III., 3., a) Das beschränkte Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts.

³³⁰ *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 327; vgl. auch *Kraayvanger*, Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, S. 106 f.; *Moench*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, S. 179 ff.

³³¹ *Bethge*, Jura 1998, 529 (533).

³³² *Heun*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (621 f.); vgl. auch *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 79; *Dederer*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 10; *Burkiewicz*, ZRP 2015, 21 (22).

Gültigkeitsentscheidung des Verfassungsgerichts noch aussteht.³³³ Zur Wahrung der Autorität des konstitutionellen Gesetzgebers und zur Vermeidung divergierender Gerichtsentscheidungen ist die endgültige Verwerfungskompetenz beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert.³³⁴ Schließt sich das Bundesverfassungsgericht der Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts an, verdichtet sich das vorübergehende Nichtanwendungsrecht zu einer endgültigen Nichtanwendungspflicht.³³⁵

Somit bleibt die prinzipale Rechtssatzkontrolle formeller Gesetze allein der Verfassungsgerichtsbarkeit vorbehalten und letztlich ist der Fachgerichtsbarkeit damit auch die prinzipale Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten grundsätzlich versagt.³³⁶

b) Die fachgerichtliche Nichtanwendungskompetenz für untergesetzliche Normen

Umgekehrt implizieren Art. 100 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG nicht nur ein richterliches Prüfungs-, sondern auch ein unbeschränktes Nichtanwendungsrecht der Instanzgerichtsbarkeit für untergesetzliche Normen, sofern diese gegen

³³³ Meyer, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 34 f. Michael, ZJS 2012, 756 (763); Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 2; Bettermann, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 323 (326 f.).

³³⁴ Burkićzak, ZRP 2015, 21 (22); Heun, AöR 122 (1997), 610 (611) unter Hervorhebung der zu Beginn schwankenden Terminologie von BVerfGE 2, 124 (131) „Feststellungsmonopol“; BVerfGE 6, 222 (232) „Entscheidungsmonopol“ und schließlich BVerfGE 22, 373 (378) „Verwerfungsmonopol“.

³³⁵ Vgl. Dederer, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 100 Rn. 11.

³³⁶ Bethge, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 61 (77). Anschaulich BVerfGE 70, 35 (55): „Das Verfahren zur Entscheidung über die Rechtsgültigkeit eines formellen nachkonstitutionellen Bundes- oder Landesgesetzes ist dagegen grundsätzlich Verfassungsgerichtsbarkeit und insoweit den Verfassungsgerichten des Bundes und der Länder vorbehalten“ (Hervorhebung im Original). Umgekehrt BVerfGE 76, 107 (114 f): Ein Rechtsweg kann bei untergesetzlichen Rechtsnormen vor allem durch § 47 VwGO eröffnet sein“ (Hervorhebung im Original).

höherrangiges Recht verstoßen.³³⁷ Da eine Richtervorlage bloß materieller Gesetze unstatthaft ist, wäre eine Anwendungspflicht mit der in Art. 19 Abs. 4 GG verankerten Rechtsschutzgarantie unvereinbar, sollten die Gerichte von der Rechtsfehlerhaftigkeit der entscheidungserheblichen Norm überzeugt sein.³³⁸ Auf diesem Weg wird dem Grundsatz der Gewaltentrennung Folge geleistet und die Bindung der Exekutive an Gesetze und Verfassung kontrolliert.³³⁹ Allerdings beschränkt sich diese uneingeschränkte Nichtanwendungskompetenz der Fachgerichtsbarkeit vorrangig auf Verfahren inzidenter Normenkontrolle, in denen die Entscheidung über die fragliche Norm nicht der eigentliche Anlass des Verfahrens ist, sondern eine prozessual notwendige Vorfrage betrifft. Die Entscheidung erwächst daher weder in Rechts- noch in Gesetzeskraft.³⁴⁰

Eine endgültige Normenverwerfung durch die Fachgerichtsbarkeit erschöpft sich in einem in ihrer praktischen Relevanz überschaubaren Teilausschnitt untergesetzlicher Normen. Im Verfahren der prinzipialen Normenkontrolle können zulässig angegriffene Normen gemäß § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO durch die Obergerichtsverwaltungsgerichte mit *erga omnes*-Wirkung für unwirksam erklärt werden.³⁴¹ § 47 Abs. 1 VwGO beschränkt den Anwendungsbezug auf Normen des Baurechts und, vorausgesetzt einer entsprechenden landesrechtlichen Regelung, untergesetzliche

³³⁷ *Bettermann*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 323 (330 f.); *Schmidt*, BayVbl. 1976, 1 (3); *Robbers*, NJW 1998, 935 (938); *Bethge*, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 61 (77).

³³⁸ *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 881. Ausführlich hierzu *Kuntz*, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Rechtsverordnungen des Bundes, S. 40 ff.; vgl. auch *Schenke*, NJW 2017, 1062 mit weiteren Nachweisen.

³³⁹ *Michael*, ZJS 2012, 756 (758).

³⁴⁰ Vertiefend zu den einzelnen fachgerichtlichen Verfahren und deren Entscheidungswirkungen 1. Teil, 3. Abschnitt, V., 2. Der fachgerichtliche Rechtsschutz.

³⁴¹ *Schenke*, NVwZ 2016, 720 (723); *Panzer*, in: Schoch/Schneider, VwGO-Kommentar, § 47 Rn. 119; *Giesberts*, in: Posser/Wolff, VwGO-Kommentar, § 47 Rn. 83.

Landesnormen. Dadurch wird insbesondere die gesamte materielle Bundesrechtsordnung ausgeklammert.³⁴²

Eine der Reichweite formeller Bundesgesetze entsprechende umfassende Verwerfungskompetenz auch untergesetzlicher Bundesnormen verbleibt damit letztlich nur dem Bundesverfassungsgericht. Nach dem Verfahrenstypus beschränkt sich die Verwerfungskompetenz damit auf prinzipiale Normenkontrollverfahren in Form der abstrakten Normenkontrolle sowie der Rechtssatz- und Kommunalverfassungsbeschwerde.³⁴³

3. Abschnitt: Die Rechtsverordnung des Bundes

Das formelle Gesetz gilt nach wie vor als die „Achse der rechtsstaatlichen Verfassung“.³⁴⁴ Aufgrund wachsender Regelungserfordernisse wird die Rechtsverordnung aber zunehmend zentrales Instrument hoheitlichen Handelns.³⁴⁵ Die Vielschichtigkeit und Komplexität der Ordnungsgebung führen dabei zwangsläufig zu einer Fehleranfälligkeit, die je nach Regelungsmaterie unterschiedlich hoch ausfällt.³⁴⁶ Daher ist zunächst eine Systematisierung der gesteigerten verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Anforderungen an die exekutive Rechtsetzung notwendig, bevor die Reichweite des Prüfungsmaßstabs der verfassungsgewerthlichen Normprüfung als Folge dieser erhöhten Fehleranfälligkeit näher untersucht wird.

³⁴² *Michael*, ZJS 2012, 756 (763); *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 332.

³⁴³ Einprägsam in diesem Sinne *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 79: „Die Normprüfung ist diffus, die letztverbindliche Normverwerfung ist konzentriert.“

³⁴⁴ *Böckenförde*, in: Festschrift für Adolf Arndt, S. 53 (58).

³⁴⁵ Vgl. zur praktischen Bedeutung *Statistisches Bundesamt*, Statistisches Jahrbuch 2011, S. 111, Tabellen 4.11.1 und 4.11.2: Danach entstanden in der 16. Legislaturperiode 613 Gesetze und 1516 Rechtsverordnungen des Bundes. Die Relation gleicht den vorhergehenden Wahlperioden: 14. Wahlperiode: 549 Gesetze, 1515 Rechtsverordnungen; 15. Wahlperiode: 385 Gesetze, 968 Rechtsverordnungen.

³⁴⁶ Ausführlicher *Ossenbühl*, NJW 1986, 2805 (2808).

Während sich die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs einer Rechtsverordnung des Bundes für das abstrakte Normenkontrollverfahren noch ergebnisoffen zeigt, stehen Wesensmerkmale und Begriff der Rechtsverordnung konkret fest. Sie sind daher Ausgangspunkt der Darstellung über die exekutive Rechtssetzung und zunächst in den Blick zu nehmen. Zudem muss die spätere Diskussion der Reichweite des Prüfungsmaßstabs unter Berücksichtigung des bestehenden Systems fach- und verfassungsgerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten und der jeweiligen Rechtskraftwirkungen erfolgen.

I. Die Wesensmerkmale der Rechtsverordnung

Das Ordnungsrecht ist grundsätzlich eine der Exekutive von der Legislative verliehene Rechtssetzungskompetenz;³⁴⁷ der Akt der Rechtsetzung selbst ist eigengestalterische Aufgabe der Exekutive.³⁴⁸ Gestützt auf eine besondere gesetzliche Ermächtigung sind Rechtsverordnungen Ausdruck der Entlastung und Dekonzentration legislativer Funktionen.³⁴⁹ Als Verwaltungsinstrument³⁵⁰ und abgeleitete Form abstrakt-genereller Rechtsetzung stehen Rechtsverordnungen in der Normenhierarchie unter dem formellen Parlamentsgesetz, erzeugen aber Recht mit allgemeinverbindlicher Wirkung.³⁵¹ Sie bilden im deutschen Staats- und Verwaltungsrecht die „häufigste Fundstelle für geltende Rechtssätze“.³⁵² Dieser Befund ist Resultat eines fortschreitenden Regelungsbedarfes eines industrialisierten und pluralisierten

³⁴⁷ BVerfGE 34, 52 (59 f.); 44, 322 (343); 101, 1 (41).

³⁴⁸ *Kirchhof*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, S. 50 (82); *von Dannitz*, Jura 2002, 93 f.; *Krüger*, VR 2015, 342.

³⁴⁹ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 1.

³⁵⁰ Siehe hierzu *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 13 Rn. 2 und zwischen administrativer und legislativer Rechtsverordnung differenzierend, *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 135. Instrukтив zur „Doppelnatur“ der Rechtsverordnung, *Krüger*, VR 2015, 342.

³⁵¹ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 1; *von Dannitz*, Jura 2002, 93 (94) *Krüger*, VR 2015, 342; *Schmidt-Aßmann*, in: Festschrift für Klaus Vogel, S. 477 (484).

³⁵² *Kirchhof*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, S. 50 (82).

Gemeinwesens,³⁵³ um einerseits den parlamentarischen Gesetzgeber zu entlasten³⁵⁴ und andererseits zugunsten einer Flexibilisierung der Rechtsetzung die anwendungsorientierte und vollzugsreife Ausgestaltung parlamentsbeschlossener Leitentscheidungen zu gewährleisten.³⁵⁵

II. Zum Begriff der Rechtsverordnung

Antragsgegenstand und damit Ausgangspunkt des zu klärenden Divergenzproblems bei der abstrakten Normenkontrolle ist die Rechtsverordnung des Bundes. Vor diesem Hintergrund und ihrer Nähe zur Satzung als ebenfalls abgeleitete Rechtsetzungsform, mit der sich daraus ergebenden gemeinsamen Einordnung als untergesetzliche Rechtsquelle, gebietet sich eine knappe Begriffsklärung. Eine gesetzliche Definition der Rechtsverordnung findet sich weder im Grundgesetz noch im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes.³⁵⁶ Auch das Bundesverfassungsgericht bedient sich keines einheitlichen Begriffs.³⁵⁷ Doch geben die Wesensmerkmale der Rechtsverordnung den groben Rahmen vor: Demnach sind

³⁵³ Plakativ *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 136, der gar einen „Normenhunger“ der Verwaltung ausmacht.

³⁵⁴ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 2, der seinerseits auf eine frühe Studie von *Triepel*, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, S. 111 verweist.

³⁵⁵ *Von Danwitz*, Jura 2002, 93 f.; ähnlich auch *Wilke*, AöR 98 (1973), 196 (197).

³⁵⁶ Auf Landesebene enthält § 53 Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein eine Legaldefinition des Ordnungsbegriffs: „Verordnung ist eine Anordnung an eine unbestimmte Anzahl von Personen zur Regelung einer unbestimmten Anzahl von Fällen, die aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung von Landesbehörden oder Behörden der Gemeinden, Kreise und Ämter in den ihnen zur Erfüllung nach Weisung übertragenen Angelegenheiten getroffen wird.“

³⁵⁷ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 31 stützt sich für BVerfGE 1 bis BVerfGE 32 auf die Analyse von *Wilke*, AöR 98 (1973), 196 (199 ff.) und für BVerfGE 33 bis BVerfGE 131 auf eine Durchsicht aller Entscheidungen, die sich in den Zehnjahresregistern der Entscheidungsbände unter dem Stichwort „Rechtsverordnung“ finden. Zu demselben Befund kommt die entsprechende eigene Durchsicht der Entscheidungen des Registerbands zu BVerfGE 131 bis BVerfGE 140 sowie der Sachregister BVerfGE 141 bis BVerfGE 158.

Rechtsverordnungen materielle Rechtssätze des Außenrechts, die generell auf Grundlage parlamentsgesetzlicher Delegation der Rechtsetzungsbefugnis von Exekutivorganen erlassen werden und allgemeinverbindlich die jeweiligen Normadressaten und auch die Gerichte binden.³⁵⁸ Dieses Begriffsverständnis wird der weiteren Bearbeitung zugrunde gelegt.

III. Die gesetzlichen Anforderungen der Rechtmäßigkeit von Rechtsverordnungen

Wie jedes Verwaltungshandeln darf nach Art. 20 Abs. 3 GG auch die exekutive Rechtsetzung bei der Verordnungsgebung nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen.³⁵⁹ Bedingt durch den Charakter einer abgeleiteten Rechtsquelle gilt es hierbei zwischen den Rechtmäßigkeitsanforderungen des Grundgesetzes an das verordnungsermächtigende Gesetz und den Anforderungen, die auf verfassungsrechtlicher Ebene und insbesondere Art. 80 GG, aber auch das einfache Recht, an den Erlass einer Verordnung knüpfen, zu unterscheiden.

1. Die Anforderungen an das ermächtigende Gesetz

Rechtsetzung unterhalb des Ranges von formellen Gesetzen in Form der Verordnungsgebung beinhaltet eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes auf Seiten der Exekutive.³⁶⁰ Das Grundgesetz setzt dieser Durchbrechung des Verfassungssystems

³⁵⁸ Die verwendeten Begriffsbestimmungen weisen im Einzelnen zwar leichte Nuancen auf, unterscheiden sich inhaltlich jedoch nur marginal. Vertiefend *Saurer*, Die Funktionen der Rechtsverordnung, S. 223 ff.; *von Danwitz*, Jura 2002, 93; *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 1. Anschaulich zur Entwicklung des Ordnungsbegriffs hin zu einer Kombination formeller und materieller Kriterien *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 2.

³⁵⁹ Grundsätzlich zu denkbaren Verstößen einer Rechtsverordnung gegen sonstiges höherrangiges Recht *Ramsauer*, in: AK-GG, Art. 80 Rn. 72 b.

³⁶⁰ Siehe nur *Krüger*, VR 2015, 342; zuspitzend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 525, der gar die „bedeutsamste Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes“ ausmacht.

in „bewusster Abkehr von der Praxis der Weimarer Zeit“³⁶¹ und des nationalsozialistischen „Führerstaates“³⁶² Grenzen, um eine „geräuschlose Verlagerung der Rechtsetzungsmacht auf die Exekutive“³⁶³ zu verhindern. Die Sicherung des Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzips übernimmt vorrangig Art. 80 GG und mit Einschränkungen Art. 129 Abs. 3 GG.³⁶⁴ Art. 80 Abs. 1 GG räumt der Exekutive eine beschränkte Rechtsetzungsbefugnis ein, die an eine Erlaubnis der Legislative rückgebunden ist und dadurch dem Verordnungsgeber einen Regelungsbereich vorstrukturiert. Adressaten bundesgesetzlicher Delegation sind nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG die Bundesregierung, Bundesminister oder die Landesregierungen. Art. 80 Abs. 4 GG zufolge können auch Landesparlamente ordnungsvertretende formelle Gesetze erlassen. Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG sieht abschließend noch die Möglichkeit einer Subdelegation vor.³⁶⁵

Der Gesetzesvorbehalt hindert das demokratisch legitimierte Parlament, sich der Verantwortung als gesetzgebender Körperschaft zu entledigen, während andererseits die Exekutive „nicht, gestützt auf unbestimmte Ermächtigungen zum Erlaß von Verordnungen, an die Stelle des Parlaments“ tritt.³⁶⁶ Denn die regelmäßig sachnähere Exekutive konkretisiert und entwickelt lediglich die von der Legislative vorgegebene Richtung innerhalb des gesetzlich vorgesehenen Rahmens fort.³⁶⁷ Dabei muss das ermächtigende Gesetz Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zufolge „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung“ bestimmen und

³⁶¹ BVerfGE 1, 14 (59 f.).

³⁶² *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 80 Rn. 52 f.

³⁶³ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 15.

³⁶⁴ Siehe *Wilke*, AöR 98 (1973), 196 (198), der unter anderem Art. 82 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, 115k Abs. 1 und 2, 119 Satz 1, 132 Abs. 4 GG nur minderes Gewicht beimisst. Diese Regelungen sehen teilweise ein selbstständiges Ordnungsrecht der Exekutive für Übergangsregelungen vor und beschränken sich auf eng umgrenzte Sachbereiche, siehe hierzu auch *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 18.

³⁶⁵ *Meßerschmidt*, Jura 2016, 747 (748).

³⁶⁶ So bereits BVerfGE 1, 14 (60).

³⁶⁷ *Krjger*, VR 2015, 342 (343); *von Dannitz*, Jura 2002, 93 (94); *Kirchhof*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, S. 50 (84).

begrenzen. Dieses verordnungsspezifische Bestimmtheitsgebot ordnet das Bundesverfassungsgericht dem Rechtsstaatsprinzip zu³⁶⁸ und lässt es bereits genügen, dass sich die Bestimmtheit einer Ermächtigungsnorm durch Auslegung nach den allgemeinen Interpretationsgrundsätzen erschließen lässt.³⁶⁹

2. Die Anforderungen an die ausfüllende Rechtsverordnung des Bundes

Die Ausfüllung der Ermächtigung muss ihrerseits formellen Anforderungen entsprechen: Der Verordnungserlass ist den Adressaten der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage vorbehalten oder eine subdelegierende Zuständigkeit muss den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG genügen. Das Verordnungsgebungsverfahren für Regierungs- und Ministerialverordnungen ist in der jeweiligen Geschäftsordnung und für sonstige Behörden in den für sie geltenden Verwaltungsvorschriften geregelt.³⁷⁰ Das Initiativrecht liegt beim jeweils ermächtigten Exekutivorgan oder gegebenenfalls nach Art. 80 Abs. 3 GG beim Bundesrat. Art. 80 Abs. 2 GG normiert für bestimmte Sachmaterien ein Zustimmungserfordernis des Bundesrates, um Art. 50 GG auch auf Ebene der Verordnungsgebung zu konkretisieren.³⁷¹ Zusätzlich können sich Mitwirkungsrechte und weitere Verfahrensanforderungen aus der einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage

³⁶⁸ Zustimmend *Vofskuble/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (313): „Da das Bestimmtheitserfordernis den Gesetzgeber nötigt, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, wird es zu Recht in den Kontext des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes gestellt.“ Zu dem rechtsstaatlich bedingten allgemeinen Bestimmtheitsgebot vgl. *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 ff.

³⁶⁹ BVerfGE 8, 274 (307); 58, 257 (277); 80, 1 (20 f.); 85, 97 (104 f.); *Krüger*, VR 2015, 342 (343); *Schmidt-Aßmann*, in: Festschrift für Klaus Vogel, S. 477 f.

³⁷⁰ Allerdings handelt es sich bei den Gemeinsamen Geschäftsordnungen der Bundesministerien um Verwaltungsvorschriften, *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 80 Rn. 380; *Orlowski*, DÖV 2005, 133 (134).

³⁷¹ *Kemmer*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 157 unter Verweis auf *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 80 Rn. 519 und *Jekewitz*, RuP 1993, 72.

ergeben.³⁷² Neben der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien regelt das Grundgesetz Details der äußeren Form einer Rechtsverordnung. Gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG ist die Rechtsgrundlage in der Verordnung anzugeben.³⁷³ Ausfertigung, Verkündung und Bekanntmachung erfolgt nach Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG und wird durch das Verkündungs- und Bekanntmachungsgesetz ergänzt.³⁷⁴

Schließlich muss die Verordnung noch Anforderungen auf materieller Ebene genügen. Entsprechend ihrer Stellung in der Normenhierarchie entfalten alle höherrangigen Normen und Prinzipien Vorrangwirkung.³⁷⁵ Das beinhaltet zunächst die Regelungen des Grundgesetzes und die jeweilige Ermächtigungsgrundlage. Aber auch sonstiges formelles Bundesrecht, das nicht bereits Bestandteil der Ermächtigungsnorm ist, bindet den Verordnungsgeber ebenso wie primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht.³⁷⁶ Der weitere Verlauf der Untersuchung wird dabei zeigen, dass die Gesetzesakzessorietät der Rechtsverordnung des Bundes besondere Berücksichtigung bei der Überprüfung einer Rechtsverordnung im Wege der abstrakten Normenkontrolle erfordert.³⁷⁷

³⁷² *Uble*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 33: Die Beteiligung nichtstaatlicher Dritter ist grundsätzlich zulässig, sofern die Mitwirkung unter der Schwelle echter Mitentscheidungsrechte bleibt, BVerfGE 28, 66 (84).

³⁷³ Instruktiv zum Zitiergebot *Schwarz*, DÖV 2002, 852 ff.

³⁷⁴ Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen und Bekanntmachungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 114-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1217) geändert worden ist.

³⁷⁵ Vgl. BVerfGE, 8, 155 (169); 56, 216 (241); *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 132; *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz-Kompaktcommentar, Art. 80 Rn. 4; *Uble*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 37.

³⁷⁶ *Hoffmann*, DVBl. 1996, 347 (351); *Ramsauer*, in: AK-GG, Art. 80 Rn. 72 b; *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 86 f.; *Sachs*, in: Festschrift für Ulrich Battis, S. 161 (171 f.)

³⁷⁷ Vgl. hierzu insbesondere 3. Teil, 1. Abschnitt, II. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als grundgesetzlicher Prüfungsmaßstab bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes.

IV. Die Folgen von Fehlern einer Rechtsverordnung

Das Normengeflecht, mit dem eine Rechtsverordnung als untergesetzliche Regelung im Einklang stehen muss, ist vielschichtig und entsprechend vielfältig fallen die Möglichkeiten von Fehlern aus. Prinzipiell führt der Verstoß einer Rechtsverordnung gegen höherrangiges Recht zu ihrer Nichtigkeit.³⁷⁸ Bereits Verstöße des ermächtigenden Bundesgesetzes gegen die skizzierten verfassungsrechtlichen Anforderungen bedingen die Nichtigkeit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, mit der Folge, dass aufgrund des derivativen Charakters der Ordnungsgebung auch die entsprechende Rechtsverordnung rechtswidrig und nichtig ist.³⁷⁹

Zudem können sich auf Verordnungsebene Fehler formeller und materieller Natur ergeben. Unter formelle Fehler fallen namentlich Verstöße gegen das Zitiergebot, Zuständigkeiten, das Mitwirkungsgebot und Verkündungsregeln, während materielle Fehler in der Überschreitung des gesetzlich gesetzten Ermächtigungsrahmens oder in Verstößen gegen verfassungsrechtliche Gebote zu suchen sind.³⁸⁰ Verfahrensfehlerhaft erlassene Rechtsverordnungen sind nach Rechtsprechung und Teilen der Literatur nur dann nichtig, sofern der Verfahrensverstoß evident³⁸¹ oder

³⁷⁸ *Heymann*, EWeRK 2016, 214 (219); *Meßerschmidt*, Jura 2016, 747 (756); *Krieger*, VR 2015, 342 (345); *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 82; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 137; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 838 f.; *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 58; *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 78 f.; *von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Ordnungsgebers, S. 156 ff. mit weiteren Nachweisen; *Sachs*, in: Festschrift für Ulrich Battis, S. 161 (174 ff.) mit Hinweis auf Relativierungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung. Abweichend entwickelt *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 96 ff., 157 ff., 224 ff. ein differenziertes Rechts- und Fehlerfolgensystem.

³⁷⁹ *Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, S. 159 f.; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 33; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 138.

³⁸⁰ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 78; *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 82.

³⁸¹ BVerfGE 91, 148 (175); BVerwGE 136, 54 (74); offengelassen, ob es auf die „Evidenz“ des Verfahrensverstößes letztlich ankommt in BVerfGE 127, 293

wesentlich³⁸² ist. Dies begegnet Bedenken aus Gründen der Rechtssicherheit und widerspricht der Intention der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die eine Verfahrensregelung vorschreibt und keine Fehlerfolge mitregelt. Sach- und interessengerechter dürfte es sein, Verfahrensfehler grundsätzlich auch zur Nichtigkeit der Verordnung führen zu lassen.³⁸³ Sind andere Fehlerfolgen gesetzlich ausdrücklich vorgesehen, ist bei formellen Mängeln von der Nichtigkeitsfolge in der Regel abzusehen.³⁸⁴

V. Der gerichtliche Rechtsschutz gegen fehlerhafte Rechtsverordnungen

Exekutive Ordnungsgebung ist eine Form der Rechtsetzung und damit Ausübung öffentlicher Gewalt, die in die Rechtsschutzgarantie miteinzubeziehen ist.³⁸⁵ Der „ambivalente Charakter der Rechtsverordnung als Rechtsnorm einerseits und Verwaltungsinstrument andererseits“ wirkt sich auf die diffizilen Rechtsschutzmöglichkeiten aus.³⁸⁶

Anders als bei formellen Bundesgesetzen ist die Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsverordnungen nicht ausschließlich dem Bundesverfassungsgericht überantwortet, sondern der zuständi-

(332). Zur „Evidenz“ von Verfahrensfehlern im Gesetzgebungsverfahren BVerfGE 34, 9 (25); 120, 56 (73, 79 f.).

³⁸² BVerfGE 127, 293 (331 f.); BVerwGE 59, 48 (50 f.): Die Folge der Nichtigkeit hänge „u. a. von der Schwere des Verstoßes, dem Sinn und Zweck der Mitwirkung und dem Gewicht des jeweiligen Mitwirkungsrechts“ ab.

³⁸³ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 137; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 840; *Uble*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 109; gegen eine geforderte Evidenz der Nichtigkeit auch *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 140.

³⁸⁴ So gilt beispielsweise in den Stadtstaaten für Bebauungspläne, die auf Grundlage von § 246 Abs. 2 BauGB in der Form von Rechtsverordnungen erlassen werden, das Fehlerfolgenregime der §§ 214 f. BauGB, *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 138. Siehe auch *Sachs*, in: Festschrift für Ulrich Battis, S. 161 (174 f.) mit weiteren Beispielen.

³⁸⁵ *Pielow*, Die Verwaltung 1999, 445 (447 f.); *Sachs*, JuS 2006, 1012 (1013).

³⁸⁶ *Meßerschmidt*, Jura 2016, 747 (756) unter Verweis auf *Saurer*, Die Funktionen der Rechtsverordnung, S. 435.

gen Fachgerichtsbarkeit steht die Verwerfungskompetenz zu.³⁸⁷ Jedoch entfalten inzidenter und prinzipaler Rechtsschutz unterschiedliche Rechtswirkungen.³⁸⁸ Da ersterer vorwiegend durch die Verfassungsgerichtsbarkeit gewährleistet wird und letzterer vornehmlich in den Aufgabenbereich der Fachgerichtsbarkeit fällt, ist entsprechend innerhalb der prozessualen Rechtsschutzmöglichkeiten zwischen verfassungs- und verwaltungsgerichtlichem Rechtsweg zu unterscheiden.³⁸⁹

1. Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz

Verfassungsgerichtliches Rechtsmittel ist zunächst die abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, um sowohl die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsnorm als auch die Rechtmäßigkeit der ausfüllenden Verordnung mit allgemein verbindlicher Wirkung prüfen zu lassen.³⁹⁰ Auch eine Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG kommt in Betracht, sofern deren Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Norm muss selbst nicht notwendigerweise Ausgang des Beschwerdeverfahrens sein, sondern kann auch im Rahmen einer Inzidentprüfung aufgrund § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG mit allgemein verbindlicher Wirkung für ungültig erklärt werden.³⁹¹ Auch im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, §§ 13 Nr. 8a, 91 BVerfGG kann ein

³⁸⁷ Vgl. *Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, S. 160; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 38; *Koriath/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 141. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Rechtsverordnungen im Rahmen der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG bereits nicht vorlagefähig, vgl. nur BVerfGE 1, 184 (189 ff.); 31, 357 (362); 71, 305 (337); 97, 117 (122).

³⁸⁸ Siehe *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 328 und bereits ausführlich 1. Teil, 2. Abschnitt, III., 3. Die gerichtliche Verwerfungskompetenz.

³⁸⁹ Entsprechend auch die Aufteilung bei *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 139 ff.; *Meßerschmidt*, Jura 2016, 747 (756 ff.).

³⁹⁰ *Vofskuble/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (313); *Kuntz*, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Rechtsverordnungen des Bundes, S. 36.

³⁹¹ *Michael*, ZJS 2012, 756 (759 f.).

Gesetz im materiellen Sinn Verfahrensgegenstand sein.³⁹² Zudem ist im Rahmen eines Organstreits nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG oder Bund-Länder-Streits gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG über ein verfassungsrechtliches Rechts- und Pflichtverhältnis eine inzidente Normenkontrolle einer Rechtsverordnung denkbar, deren Wirkungen allerdings nur unter den beteiligten Parteien gelten.³⁹³

2. Der fachgerichtliche Rechtsschutz

Fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen Verordnungen auf Bundesebene ist dagegen nur eingeschränkt möglich. Eine prinzipiale Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist bereits in Anbetracht des Wortlauts bloß Rechtsverordnungen eines Landes vorbehalten, „sofern das Landesrecht dies bestimmt.“³⁹⁴ Demgegenüber ist die Inzidentkontrolle einer Verordnung des Bundes im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit durch die Verwaltungsgerichte denkbar. Diesen Verfahrensarten ist jedoch gemein, dass die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Rechtsverordnung nicht in Rechtskraft erwächst und nur *inter partes* wirkt.³⁹⁵

Vorrangig kann eine Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt nach § 42 Abs. 1 1. Fall VwGO bzw. eine Unterlassungsklage gegen einen Realakt erfolgen, in deren Verlauf die Rechtmäßigkeit der Verordnung als Ermächtigungsgrundlage für

³⁹² Zuck/Eisele, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 18; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 85; BVerfGE 26, 228 (236); 56, 298 (309); 71, 25 (34); 107, 1 (8).

³⁹³ Vgl. Michael, ZJS 2012, 756 (760); Schnelle, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 329 hebt hervor, dass sich das Bundesverfassungsgericht im Falle eines Verfassungsverstoßes auf die Feststellung des Verstoßes beschränkt und die Rechtsverordnung in diesen Verfahren nicht aufhebt (§ 67 Satz 1 BVerfGG bzw. § 69 BVerfGG).

³⁹⁴ Entsprechend Meßerschmidt, Jura 2016, 747 (757).

³⁹⁵ Vgl. Bethge, Jura 2009, 18 (19 mit Fn. 13); Remmert, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 141. Siehe auch Schenke, NVwZ 2016, 720 (723) unter Betonung der gegenüber einer allgemein verbindlichen gerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit der Norm deutlich zurückbleibenden Rechtswirkungen und dementsprechend schwächeren Form des Rechtsschutzes.

das Verwaltungshandeln inzident geprüft wird. Umgekehrt ist die Wirksamkeit einer Rechtsverordnung im Rahmen einer Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 2. Fall VwGO oder allgemeinen Leistungsklage inzident zu prüfen, falls sich aus der Rechtsverordnung ein Anspruch auf Vornahme eines Verwaltungsaktes bzw. Realaktes ableiten lässt.³⁹⁶

Subsidiär ist auch Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen des Bundes mittels der allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO statthaft.³⁹⁷ Entweder wird die gerichtliche Feststellung begehrt, dass dem Kläger ein Anspruch zusteht, eine Rechtsverordnung nicht auf ihn anzuwenden. Oder es liegt ein nach § 43 VwGO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor, wenn der Normgeber zum Normerlass nicht berechtigt war, da die Rechtsverordnung unmittelbar dem Kläger zustehende Rechte verletzt.³⁹⁸ Klagegegner ist in beiden Varianten der Rechtsträger der handelnden Behörde, die die Rechtsverordnung anwenden will.³⁹⁹

³⁹⁶ *Krüger*, VR 2015, 342 (345); instruktiv *Pielow*, Die Verwaltung 1999, 445 (447).

³⁹⁷ BVerfGE 115, 81 (95 f.); BVerwGE 111, 276 (278 ff.); 129, 199 (203 ff.); BSGE 72, 15, 17 ff.; *Mefers Schmidt*, Jura 2016, 747 (759); *Krüger*, VR 2015, 342 (345); instruktiv *Kuntz*, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Rechtsverordnungen des Bundes, S. 107 ff.

³⁹⁸ BVerfGE 115, 81 (95 f.); BVerwGE 119, 245 (249); vertiefend *Fellenberg/Karpenstein*, NVwZ 2006, 1133 ff.

³⁹⁹ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 140; *Schenke*, NJW 2017, 1062; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 23.8.2007 – 7 C 13/06, NVwZ 2007, 1311 (1313).

2. Teil: Die Überprüfung von Rechtsverordnungen des Bundes nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG

Mit den erarbeiteten Grundlagen ist die Prüfung der Vereinbarkeit von Rechtsverordnungen des Bundes vor dem Bundesverfassungsgericht im Wege der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG in den Blick zu nehmen.

1. Abschnitt: Vorbemerkungen

Eine zielführende Diskussion über die Reichweite des anzulegenden Prüfungsmaßstabs bedarf zunächst der Klärung des Bedeutungsgehalts zentraler Termini und der Abgrenzung einzelner Begrifflichkeiten.¹ Im Anschluss erfolgt die Darstellung des auf § 76 Abs. 1 BVerfGG zurückzuführenden Divergenzproblems mit einer Systematisierung der vertretenen Lösungsansätze.² Diese

¹ Siehe sogleich 2. Teil, 1. Abschnitt, I. Begriffserläuterung.

² Siehe 2. Teil, 1. Abschnitt, II. Der Streitstand und die Systematisierung der Lösungsansätze.

Lösungsansätze sollen dann vor dem Hintergrund der erarbeiteten Systematisierung gewürdigt werden.³

I. Begriffserläuterung

Die Auseinandersetzung mit den vertretenen Ansichten wird zusätzlich dadurch erschwert, dass eine klare terminologische Abgrenzung der Begrifflichkeiten in Literatur und Rechtsprechung nicht erarbeitet wurde. Oftmals wird ein unterschiedliches Begriffsverständnis zugrunde gelegt.⁴ Dadurch bereitet die Auswertung der unterschiedlichen Auffassungen über die Reichweite des Prüfungsmaßstabs der gerichtlichen Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes bereits auf terminologischer Ebene vermeidbare Schwierigkeiten. Für eine übersichtliche Darstellung des weiteren Untersuchungsgangs sind Bestimmung, Festlegung und Gebrauch einer klaren und eindeutigen Terminologie unerlässlich; sie sind der eigentlichen Untersuchung voranzustellen.

1. Antragsgegenstand, Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab

Als Anstoß einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle konkretisiert der Verfahrensantrag eines Antragsberechtigten den für das Normenkontrollverfahren zulässigen Prüfungsgegenstand im weiteren Sinne in Form von Landes- oder Bundesrecht auf eine Einzelnorm, mehrere Normen oder auch ein ganzes Gesetz.⁵ Der Antrag ist der Auslegung zugänglich und kann gegebenenfalls eine Ausweitung der verfassungsgerichtlichen Prüfung auf zusätzliche

³ Siehe 2. Teil, 2. Abschnitt: Einfachgesetzliche Erweiterung über § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG; 2. Teil, 3. Abschnitt: Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis; 2. Teil, 4. Abschnitt: Die Einbeziehung formellen Bundesrechts als Prüfungsmaßstab über das Rechtsstaatsprinzip.

⁴ Vgl. nur 1. Teil, 2. Abschnitt, III., 3. Die gerichtliche Verwerfungskompetenz zur Unterscheidung zwischen Verwerfungskompetenz und Nichtanwendungskompetenz im engeren Sinne.

⁵ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 68.

Normen erfordern.⁶ Auch § 78 Satz 2 BVerfGG sieht eine Durchbrechung der Bindung an den Antrag der vom Antragsberechtigten zur Prüfung gestellten Normen vor und führt zu einer Ausdehnung des Entscheidungsgegenstandes.⁷ Zugunsten einer Differenzierung werden für den weiteren Fortgang der Untersuchung die im Antrag angeführten Normen und gegebenenfalls erweiternd einbezogene Vorschriften als Antragsgegenstand bzw. Prüfungsgegenstand im engeren Sinne bezeichnet.⁸ Den für diese Untersuchung relevanten Antragsgegenstand bilden Rechtsverordnungen des Bundes, also Verordnungen, die wahlweise durch die in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG berechtigten Adressaten oder eines Subdelegationsempfängers auf Bundesebene auf Grundlage eines Bundesgesetzes oder durch die Bundesregierung aufgrund grundgesetzlicher Spezialermächtigung erlassen wurden.⁹

Mit dem Begriff des Antragsgegenstands korrespondiert der des Prüfungsmaßstabs. Den Maßstab bildet im weiteren Sinne zunächst einmal die Gesamtheit der Normen, Prinzipien und Grundentscheidungen, an deren Inhalt die den Antragsgegenstand bildenden Rechtsvorschriften im Rahmen der Begründetheitsprüfung zu messen sind. Dabei verdeutlicht bereits die Differenzierung zwischen Landes- und Bundesrecht innerhalb der abstrakten Normenkontrolle, dass je nach Antragsgegenstand unterschiedliche Ebenen und Ausformungen des Prüfungsmaßstabs einschlägig sind.¹⁰ Synonym zum Prüfungsmaßstab und mit identischer

⁶ *Graßhof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 28.

⁷ *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 422; *Lenz/Hansel*, BVerfGG-Handkommentar, § 78 Rn. 20; *Graßhof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 25.

⁸ Diese Unterscheidung wird insbesondere bei der Urteilsdurchsicht und der damit verbundenen Diskussion zur Vorfragenkonstruktion des Bundesverfassungsgerichts relevant, siehe hierzu 2. Teil, 3. Abschnitt: Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis.

⁹ *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 4, 7, 19; *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 25.

¹⁰ Vgl. *Graßhof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 49; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 99 f.;

Bedeutung findet sich auch der Begriff des Kontrollmaßstabs¹¹ bzw. abstrakt wird von der Vereinbarkeitsfrage¹² gesprochen. Vereinzelt ist in diesem Zusammenhang auch die Bezeichnung Prüfungsumfang gebräuchlich.¹³ Dies ist jedoch zumindest irreführend, wird doch unter Prüfungsumfang auch die Intensität der verfassungsgerichtlichen Kontrolle verstanden.¹⁴ Zur Vermeidung von Missverständnissen und zugunsten der Übersichtlichkeit wird daher im Weiteren der gebräuchlichere Begriff des Prüfungsmaßstabs verwendet.¹⁵ Die genaue Zusammensetzung des Prüfungsmaßstabs im engeren Sinne als denjenigen Normen und Prinzipien, anhand derer der Antragsgegenstand Rechtsverordnung des Bundes im Rahmen einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung kontrolliert wird, gilt es im Rahmen dieser Untersuchung konkret zu benennen und abschließend zu bestimmen.

2. *Rechtswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit*

Kurz gesagt bezweckt das abstrakte Normenkontrollverfahren die Kontrolle des Antragsgegenstands auf seine Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht.¹⁶ Damit entscheidet die Rechts- respektive Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Norm über die Erfolgsaussichten des angestrebten Verfahrens. Dem Begriffspaar der Rechts- und Verfassungswidrigkeit ist zunächst gemein, dass es den Verstoß gegen eine höherrangige

Lechner/Zuck, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 25; *Detterbeck*, in: *Sachs*, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 57.

¹¹ *Pestalozzi*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11.

¹² *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 720.

¹³ So *Dimroth*, ZRP 2006, 50 (51).

¹⁴ Eine klare Trennung von Prüfungsmaßstab und -umfang nehmen *Kment*, in: *Jarass/Piero*th, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 99 ff. und *Graßhof*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 49 ff. vor.

¹⁵ In diesem Zusammenhang dieselbe Terminologie gebrauchend *Detterbeck*, in: *Sachs*, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 57; *Lenz/Hansel*, BVerfGG-Handkommentar, § 76 Rn. 8; *Kment*, in: *Jarass/Piero*th, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 99 f.

¹⁶ Ausführlich hierzu bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, I., 2. Begriff und systematische Einordnung der abstrakten Normenkontrolle.

geltende Norm charakterisiert.¹⁷ Eine differenziertere Gegenüberstellung lässt sich aus zwei unterschiedlichen Betrachtungswinkeln vornehmen:¹⁸ Unter Zugrundelegung der gesamten Rechtsordnung als Bezugspunkt umfasst die Rechtswidrigkeit als Oberbegriff alle Widersprüche zu Normen des Rechts. Mit der rechtspolitischen Entscheidung für die Verfassung an der Spitze der Rechtsordnung¹⁹ ist die Verfassungswidrigkeit als Unterfall der Rechtswidrigkeit zu begreifen.²⁰ Umgekehrt gewendet weist der Begriff der Rechtswidrigkeit also einen weitergehenden Inhalt auf, während sich bei der Verfassungswidrigkeit der Bezugspunkt in der Verfassung erschöpft.²¹

Unter Hinzunahme eines zusätzlichen Differenzierungskriteriums lassen sich Verfassungswidrigkeit und Rechtswidrigkeit jedoch unter geänderten Vorzeichen in Relation setzen.²² Dieser Anknüpfungspunkt ist in der deutschen Rechtsordnung das aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Prinzip des Gesetzesvorrangs. Hiernach ist sämtliches staatliches Handeln, das zunächst gegen einfaches Gesetzesrecht verstößt, mittelbar auch als Verfassungsverstoß zu bewerten.²³ Der Oberbegriff der Verfassungswidrigkeit wird damit durch Fälle unmittelbarer und mittelbarer

¹⁷ *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 147; *Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, S. 5; siehe auch schon 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 1., a) Die Wahrung der Normenhierarchie durch die Judikative.

¹⁸ Die folgende Differenzierung erfolgt in Anlehnung an *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 10.

¹⁹ Vgl. 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 1., a), bb) Die Grundzüge eines Stufenbaus der Rechtsordnung.

²⁰ *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 10; *Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, S. 5.

²¹ *Baumeister*, Das Rechtswidrigwerden von Normen, S. 46.

²² *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), 30 (39) wies bereits zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung darauf hin, dass jeder Verstoß gegen einfaches Gesetzesrecht auch mittelbar einen Verstoß gegen die Verfassung beinhaltet.

²³ Vgl. *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 148 f. Differenzierend und vertiefend hierzu noch 2. Teil, 4. Abschnitt, I., 3. Die Inkorporationswirkung des Rechtsstaatsprinzips bei der Verordnungsgebung.

Verfassungsverstöße ausgefüllt,²⁴ wobei der Begriff der Rechtswidrigkeit wiederum synonym auf die Fälle mittelbarer Verfassungsverstöße beschränkt wird. Wird bei Normenwidersprüchen danach differenziert, auf welcher Stufe der Normenhierarchie der verletzte Rechtssatz anzutreffen ist, kann das Begriffspaar Rechts- und Verfassungswidrigkeit aber auch ebenbürtig nebeneinanderstehen. Die Verfassungswidrigkeit eines Hoheitsaktes ist im Falle des Widerspruchs zu Normen der Verfassung gegeben und stellt entsprechend einen unmittelbaren, direkten Verfassungsverstoß dar und wird nicht erst durch Art. 20 Abs. 3 GG vermittelt. Abschließend deckt die Rechtswidrigkeit die verbleibenden Widersprüche zu Rechtssätzen der Normenhierarchie ab, die unterhalb der obersten Stufe angesiedelt sind. Unter Rückgriff auf das Prinzip des Gesetzesvorrangs nach Art. 20 Abs. 3 GG stellen sie zugleich mittelbare, indirekte Verfassungsverstöße dar.²⁵ Der Verstoß gegen einfaches höherrangiges Recht führt zur Rechtswidrigkeit der fraglichen Maßnahme, bedingt jedoch noch nicht zwingend ihre unmittelbare Verfassungswidrigkeit. Umgekehrt kann einfaches Recht Gesetzesrecht wahren, aber verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen. Nicht ausgeschlossen ist auch eine Kongruenz von Gesetzesverstoß und Verfassungsverstoß.²⁶ Ob dies insbesondere auch auf die grundgesetzliche Verordnungsgebung als Form delegierter Normsetzungsbefugnis zutrifft, wird in der weiteren Untersuchung noch abschließend zu klären sein.²⁷

Um die wechselseitige Unabhängigkeit von Rechtsverstößen auf unterschiedlichen Normstufen zu dokumentieren, soll die letztgenannte Abgrenzung zugrunde gelegt werden. Sie setzte sich als gängige Terminologie durch, obwohl sich im Einzelfall die

²⁴ Kritisch zu dieser Aufspaltung *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 3.

²⁵ *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 10 f.; *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 148.

²⁶ *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 11.

²⁷ Siehe 3. Teil, 1. Abschnitt, I., 2. Zur Reichweite der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Inanspruchnahme der Ermächtigung durch den Verordnungsgeber.

Trennlinie zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verfassungswidrigkeit nicht immer scharf ziehen lässt.²⁸ Letztlich wird in Abgrenzung zum Verstoß gegen einfaches Gesetzesrecht ein engeres Begriffsverständnis des Verfassungsverstößes bzw. der Verfassungswidrigkeit zugrunde gelegt, der nur unmittelbare Verletzungen der Verfassung umfasst und mittelbare Verstöße gegen das Grundgesetz über Art. 20 Abs. 3 GG ausspart. Von einem Gesetzesverstoß bzw. der Rechtswidrigkeit wird hingegen dann gesprochen, wenn Normen einfachem Recht widersprechen.

II. Der Streitstand und die Systematisierung der Lösungsansätze

Für die Kontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG finden sich unterschiedliche Lösungsansätze, deren Anknüpfungspunkte sich mit der Normenhierarchie bzw. dem Delegationszusammenhang bei der exekutiven Verordnungsgesetzgebung auf zwei wesentliche Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips reduzieren lassen. Ausgangspunkt der Diskussion zur Bestimmung des Prüfungsmaßstabs war die in diesem Punkt „nicht eindeutige“²⁹ bzw. vorgeblich „mißverständlich[e]“³⁰ einfachgesetzliche Verfahrensvorschrift § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG.

1. Der Auslöser der Problematik: § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland trat mit Ablauf des Tages seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt am 24. Mai 1949 in Kraft.³¹ Mit Inkrafttreten des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht am 17. April 1951 kam der Gesetzgeber nicht nur dem Verfassungsauftrag aus Art. 94 Abs. 2 GG nach,

²⁸ So bereits schon *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), 30 (41); entsprechend auch *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 148; *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, § 275 Rn. 3.

²⁹ BVerfGE 127, 293 (318).

³⁰ *Söhn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (317).

³¹ Vgl. Art. 145 Abs. 2 GG; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1).

sondern gestaltete auch Zuständigkeiten, Verfassung und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts näher aus.³² Erst deutlich nach Konstituierung oder Wahl der anderen Bundesverfassungsorgane nahm das Bundesverfassungsgericht als „verspätetes Verfassungsorgan“³³ schließlich am 7. September 1951 seine Spruchstätigkeit auf.³⁴

Doch noch vor der amtlichen Verkündung wurde in einer frühen rechtswissenschaftlichen Rezension von *Hans Schäfer* über das Bundesverfassungsgerichtsgesetz die hier interessierende Fragestellung aufgeworfen, ob die Fassung des § 76 Abs. 1 BVerfGG die abstrakte Normenkontrolle des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG für die Vereinbarkeitsfrage formeller Bundesgesetze „auf die Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Bundesverordnungen erstrecken soll.“³⁵ Da eine entsprechende Kontrolle in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG selbst „nicht ausdrücklich erwähnt“³⁶ wird, kristallisierte sich die Formulierung von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG als Auslöser und Ausgangspunkt der Diskussion über den fraglichen Prüfungsmaßstab heraus.³⁷ Dieser Befund schließt jedoch keineswegs aus, die Frage des zulässigen Prüfungsmaßstabs für untergesetzliche Bundesnormen parallel auch in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zu verorten oder gar losgelöst von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG auf die grundgesetzliche Ausgestaltung zu reduzieren.³⁸

³² *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 32; vertiefend bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, III. Die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Ausgestaltung des abstrakten Normenkontrollverfahrens.

³³ So treffend *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. VII.

³⁴ *Jestaedt*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, S. 77 (79 f.).

³⁵ *Schäfer*, JZ 1951, 199 (201), veröffentlicht am 15. April 1951.

³⁶ *Stern*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264.

³⁷ Entsprechend orientiert sich das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 127, 293 (318) zur Bestimmung des Prüfungsmaßstabs von Rechtsverordnungen des Bundes auch zunächst am Wortlaut von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG.

³⁸ Vgl. hierzu nur *Stern*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264, nach dem § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG gegenüber Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG „verdeutlichend formuliert“.

2. Systematisierung der bestehenden Lösungsansätze

Bei der Diskussion zur Einbeziehung formeller Bundesgesetze für die Kontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes kann eine Differenzierung vorweggenommen werden. Zunächst lässt sich ausgehend der Normenhierarchie die Gesamtheit formeller Bundesgesetze als Prüfungsmaßstab von Rechtsverordnungen des Bundes begreifen. Hierfür bietet der Wortlaut des § 76 Abs. 1 BVerfGG einen unmittelbaren Anknüpfungspunkt.³⁹ Doch auch über das allgemeine Rechtsstaatsprinzip in Gestalt der Normenhierarchie und der Gesetzesbindung der Verwaltung werden Konstruktionsversuche unternommen, um ebenfalls alle Bundesgesetze als Prüfungsmaßstab in den Entscheidungsmaßstab des Grundgesetzes zu inkorporieren.⁴⁰

Unter Hinweis auf die Rechtsverordnung des Bundes als Produkt delegierter Rechtsetzung lässt sich mit der parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage auch lediglich auf eine Teilmenge der Bundesgesetze als Prüfungsmaßstab abstellen. Das Bundesverfassungsgericht führt diese Prüfung aus formal-institutionellen Gründen mittels einer eigens für die Kontrolle von Rechtsverordnungen entwickelten Vorfragenkonstruktion durch, um abhängig vom Ausgang im Anschluss eine umfassende Überprüfung der Rechtsverordnung am Grundgesetz vorzunehmen.⁴¹ Doch möglicherweise lässt sich die mit der Vorfragenkonstruktion durchgeführte Prüfung auch über Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG begründen, um die einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage zum Prüfungsmaßstab in einen verfassungsrechtlichen Entscheidungsmaßstab zu inkorporieren.⁴²

³⁹ *Rinken*, in: AK-GG, Art. 93 Rn. 27; *Michael*, ZJS 2014, 254 (258 f.).

⁴⁰ So *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264 und ursprünglich auch noch *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60.

⁴¹ BVerfGE 2, 307 (321); 8, 51 (61 f.); 101, 1 (30 f.); 106, 1 (12).

⁴² Vgl. hierzu noch 3. Teil, 1. Abschnitt, I., 2., a) Die Anforderungen an die Inanspruchnahme der Verordnungsermächtigung durch Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG.

III. Begründung der gewählten Abfolge der Darstellung

Die im Folgenden gewählte Abfolge der Darstellung nimmt zunächst eine Auslegung von § 76 Abs. 1 BVerfGG vor, um die Zulässigkeit einer einfachgesetzlichen Erweiterung des Prüfungsmaßstabs zu untersuchen.⁴³ Die besondere Rolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Auslegung des Grundgesetzes⁴⁴ findet dann Eingang bei der Bewertung der verfassungsgerichtlichen Kasuistik, die über die Vorfragenkonstruktion eine systematische Aufspaltung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsverfahrens erreicht.⁴⁵ Dieser Ansatz aus der Rechtsprechung verdient eine besondere Berücksichtigung, da das Bundesverfassungsgericht sich nicht auf die Entwicklung eines theoretischen Modells beschränken kann, sondern eine anwendungsorientierte und einzelfallgerechte Lösung finden muss.⁴⁶ Einer fundierten staats- und funktionstheoretischen Auseinandersetzung bedarf die Erwägung zur Erweiterung des einschlägigen Prüfungsmaßstabs über einen Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip,⁴⁷ die eine große Zustimmung im Schrifttum erfährt.⁴⁸

2. Abschnitt: Einfachgesetzliche Erweiterung über § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG

Die sprachliche Fassung des § 76 Abs. 1 BVerfGG bietet den „normativen Ausgangspunkt“, die gesamte einfachrechtliche

⁴³ Siehe 2. Teil, 2. Abschnitt: Einfachgesetzliche Erweiterung über § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG.

⁴⁴ Vgl. *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 16; ausführlich auch *Vorländer*, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, S. 299 (303 ff.).

⁴⁵ Siehe 2. Teil, 3. Abschnitt: Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis.

⁴⁶ Vgl. *Allenweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 19.

⁴⁷ Siehe 2. Teil, 4. Abschnitt: Die Einbeziehung formellen Bundesrechts als Prüfungsmaßstab über das Rechtsstaatsprinzip.

⁴⁸ *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60; *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264.

Bundesrechtsordnung zum Prüfungsmaßstab für Rechtsverordnungen des Bundes zu erheben.⁴⁹ Denn bei unbefangener Lesart nimmt der Wortlaut von § 76 Abs. 1 BVerfGG gegenüber der Fassung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG eine deutliche Erweiterung der Prüfungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts vor. Ob aber die einfachgesetzliche Verfahrensvorschrift tatsächlich eine über Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG hinausgehenden Anwendungsbereich schaffen sollte, gilt es durch eine umfassende Auslegung zu bestimmen.

I. Methodologische Vorbemerkungen zur Auslegung von Rechtsnormen

Die Gesetzesauslegung ist Teil der Rechtsanwendung.⁵⁰ Die Gesetzesauslegung ist die notwendige Vorstufe der (richterlichen) Rechtsfortbildung, die ihrerseits wiederum auf die anerkannten Kriterien der Auslegung zurückgreift.⁵¹ Dieser Kriterienkatalog wird daher nicht nur bei der Auslegung von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG, sondern auch bei der Diskussion eines erweiterten Prüfungsmaßstabs über das Rechtsstaatsprinzip eine Berücksichtigung finden.

1. Die Interpretationsbedürftigkeit von Gesetzen und Funktion der Auslegung

Die Auslegungsbedürftigkeit gesetzlicher Vorschriften ist zunächst auf die Ungenauigkeit bzw. Mehrdeutigkeit der Sprache zurückzuführen.⁵² Auch greift der Gesetzgeber im Interesse der

⁴⁹ Diese prägnante Formulierung geht zurück auf *Tillmanns*, DÖV 2001, 728. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 681 leitet ausdrücklich aus § 76 BVerfGG einen gegenüber Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG erweiterten Prüfungsmaßstab ab; die Formulierung des § 76 Abs. 1 BVerfGG greift auch *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 855 auf und ist der Auffassung, dass sonstiges Bundesrecht für untergesetzliches Bundesrecht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sei.

⁵⁰ *Rütbers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 730c; *Honsell*, ZfPW 2016, 106 f.

⁵¹ *Drechsler*, ZJS 2015, 344 mit weiteren Nachweisen.

⁵² Vgl. *Geserich*, DStR-Beih 2011, 59.

Flexibilität des Rechts auf offene, normative Rechtsbegriffe und Generalklauseln zurück.⁵³ Vor allem aber sind Gesetze abstrakt-generell formuliert, sodass sie nicht ohne weiteres deduktiv auf den konkreten Einzelfall anzuwenden sind.⁵⁴

Die abstrakt-generelle Formulierung von Rechtsnormen bedarf zur Rechtsanwendung der Konkretisierung. Die Methode zur Konkretisierung eines Rechtssatzes ist die Gesetzesauslegung.⁵⁵ Die Auslegung zielt auf die Sinnerschließung und Konkretisierung einer Gesetzesbestimmung durch Deutung ihrer abstrakten Gesetzesbegriffe.⁵⁶ Die deutsche Rechtsordnung enthält keine verbindlichen gesetzlichen Vorgaben der Rechtsanwendung, insbesondere der Gesetzesauslegung.⁵⁷ Vielmehr erfolgt sie nach methodischen Gesichtspunkten, um dem Auslegungsergebnis Anspruch auf Richtigkeit und Überprüfbarkeit zu verleihen.⁵⁸

Das Bundesverfassungsgericht erkennt in der Auslegung von Rechtsnormen, insbesondere des Verfassungsrechts, den „Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die

⁵³ *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876). *Bleckmann*, JuS 2002, 942 (943) spricht in diesem Zusammenhang anschaulich von „flüssigen“ Begriffen. Zu dem positiven Aspekt der „Schmiegsamkeit“ des Rechts vgl. noch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 39.

⁵⁴ Hierin erblickt *Honsell*, ZfPW 2016, 106 (120 f.) den bedeutendsten Grund der Auslegungsbedürftigkeit von Gesetzen; ausführlich *Thaler*, Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung.

⁵⁵ *Brugger*, AöR 119 (1994), 1. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 606 zufolge setzt „jede Rechtsanwendung eine konkretisierende Auslegung“ voraus.

⁵⁶ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 204: „Das Verstehen sprachlicher Äußerungen geschieht [...] in reflektierter Weise, durch Auslegung.“

⁵⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 704. Kritisch zu den Grenzen richterlicher Rechtsfindung *Rüthers*, NJW 2009, 1461 f.

⁵⁸ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 319; *Bydlinski/Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 17 ff. Bereits *von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, S. 206 f. postulierte die Disziplinierung der Gesetzesexegese zugunsten eines analytischen Prozesses damit „Wahrheit durch Anwendung eines regelmäßigen Verfahrens erkennbar wird.“

besseren Gründe den Ausschlag geben sollen.⁵⁹ Diese Umschreibung deutet bereits die gebräuchliche Trennung von Ziel und Methodik der Auslegung an.⁶⁰

2. *Gegenstand und Ziel der Auslegung*

Die Auslegung von Gesetzen zielt darauf ab, die Bedeutung des Gesetzestextes herauszuarbeiten.⁶¹ Für die Erforschung des Bedeutungsgehalts der Norm lässt sich für das Ziel der Auslegung entweder auf den historisch-psychologischen Willen des Gesetzgebers (sog. subjektive Theorie: „Der Wille des Gesetzgebers“⁶²) oder auf den „normativen Sinn des Gesetzes“⁶² (sog. objektive Theorie: „Der Wille des Gesetzes“⁶²) abstellen.⁶³ Beide Ansätze haben mit plausiblen Argumenten ihre Berechtigung⁶⁴ und die Streitentscheidung ist letztlich Ausfluss der jeweils zugrunde gelegten Staatstheorie.⁶⁵ Aus Gründen der demokratischen Legitimation und der Bindung von Exekutive und Judikative an Recht und Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG kann der historische Wille des Gesetzesverfassers bei der Interpretation nicht unberücksichtigt bleiben.⁶⁶ Andererseits wird eine allein auf den Willen des ursprünglichen Gesetzgebers reduzierte Auslegung dem stetigen Wandel der

⁵⁹ BVerfGE 82, 30 (38 f.).

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 11, 126 (130); *Rüthers/Fischer/Birke*, Rechtstheorie, Rn. 730b; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 612; *Walz*, ZJS 2010, 482 (483). Allerdings ist diese Differenzierung nicht unumstritten, vgl. *Vogel*, Juristische Methodik, S. 97 Fn. 7; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 29.

⁶¹ *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876).

⁶² So formuliert *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 428.

⁶³ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 316 unter ergänzendem Begriffsgebrauch von „Willenstheorie“ und „Theorie der immanenten Gesetzesdeutung“ samt Auflistung der bedeutendsten Vertreter der unterschiedlichen Strömungen. Eine schlagwortartige Zusammenfassung beider Theorien findet sich unter anderem bei *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876).

⁶⁴ Eine vertiefte Darstellung des Streitstandes findet sich bei *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 428 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 133 ff.; *Walz*, ZJS 2010, 482 (484 ff.).

⁶⁵ Zuspitzend *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 18: „Welche Auslegung einer wählt, hängt davon ab, was für eine Staatsphilosophie er hat.“ *Würdinger*, JuS 2016, 1 (2) sieht in der Methodenwahl eine „Macht- und Verfassungsfrage“.

⁶⁶ *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876).

tatsächlichen Umstände nicht gerecht.⁶⁷ Entsprechend kann der Wille des historischen Gesetzgebers nicht das letzte Ziel der Auslegung sein, sondern vielmehr der gegenwärtig rechtlich maßgebliche, also normative Gesetzessinn, allerdings unter Rückbesinnung auf die Absichten und Vorstellungen des Gesetzgebers.⁶⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht bekennt sich zu einem objektivierte[n] Ansatz,⁶⁹ orientiert sich dabei aber oftmals am Willen des historischen Gesetzgebers.⁷⁰

3. Die Kriterien der Auslegung

Zur Erreichung des Auslegungsziels (und zwar der Wille des Gesetzes bzw. der Wille des Gesetzgebers) wird in Anlehnung an *Friedrich Carl von Savigny* ein Kanon klassischer Auslegungsmittel zugrunde gelegt: Grammatische, systematische, historische und teleologische Auslegung.⁷¹ Diese Auslegungsweisen sind jedoch

⁶⁷ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 317, 350 ff.; *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876).

⁶⁸ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 318 f.; in eine ähnliche Richtung auch *Walz*, ZJS 2010, 482 (485 f.); *Deckert*, JA 1994, 412 (413 f.). *Koch/Rißmann*, Juristische Begründungslehre, S. 178 sprechen in diesem Zusammenhang von der „*Vereinigungslehre*“ (Hervorhebung im Original).

⁶⁹ BVerfGE 1, 299 (312); 10, 20 (51); 11, 126 (130); 105, 135 (157); 133 168 (205); ständige Rechtsprechung.

⁷⁰ Vgl. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 630; *Walz*, ZJS 2010, 482 (485) mit Beispielen aus der Rechtsprechung: BVerfGE 2, 266 (276); 88, 40 (56); 102, 176 (185). Die verstärkte Rückbesinnung auf den Willen des Gesetzgebers verdeutlicht das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 128, 193 (210): „Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen“; ähnlich auch *Bleckmann*, JuS 2002, 942 (943).

⁷¹ *Von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, S. 213 f. bezeichnete diese Auslegungsmittel als „grammatische“, „logische“, „historische“ und „systematische“ Elemente der Auslegung. Zu den Gründen der heute abweichenden, da zweckmäßigeren Bezeichnung, vgl. nur *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 437; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 702.

keinesfalls abschließend,⁷² bilden aber den „Stamm“ der juristischen Auslegungskriterien.⁷³ Als etablierte Hilfsmittel erfahren sie bei der argumentativen Konkretisierung des normativen Sinngehalts eines Satzes ihre Berücksichtigung.⁷⁴

a) Die grammatische Auslegung

Mit der sprachlichen Fassung des positiven Rechts beginnt jede Auslegung einer Rechtsnorm zunächst bei ihrem Wortlaut.⁷⁵ Die grammatische Auslegung verfolgt die Erforschung des Bedeutungsumfangs der Ausdrücke im Gesetzeswortlaut nach den geltenden Sprachkonventionen und dem maßgeblichen Sprachgebrauch der Rechtsgemeinschaft.⁷⁶ Anhaltspunkte bietet die grammatikalische Struktur der Norm, der syntaktische Zusammenhang und die logische Beziehung der einzelnen Worte zueinander sowie die semantische Bedeutung der einzelnen gesetzlichen Tatbestandsmerkmale selbst.⁷⁷ Letztere präzisiert der Gesetzgeber bereits teilweise mittels Legaldefinitionen, die ihrerseits wiederum auslegungsbedürftig sind. Legaldefinitionen und anerkannte

⁷² Vgl. *Bydlinski/Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 27; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 51 begreift die Auslegungsmittel als „Schlüsselbegriffe“ zur begrifflichen Strukturierung von Gerechtigkeitserwägungen.

⁷³ *Saueressig*, Jura 2005, 525 (526).

⁷⁴ In diese Richtung auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 319 f. unter Betonung einer „Abwägung“ und Gewichtung der gewonnenen Deutungsmöglichkeiten durch den jeweiligen Rechtsanwender; vertiefend hierzu noch 2. Teil, 2. Abschnitt, I., 4. Die Rangfolge der Auslegungskriterien.

⁷⁵ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 731; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 613; *Schäfers*, JuS 2015, 875 (877). Nach *Hassold*, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 211 (215) „beginnt alle Auslegung auch zeitlich mit der Wortlautauslegung.“

⁷⁶ Vgl. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 437; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 35. Es handelt sich bei der Wortsinninterpretation um eine wesentliche Erscheinungsform der Semantik, siehe *Potacs*, Rechtstheorie, S. 169.

⁷⁷ *Saueressig*, Jura 2005, 525 (526); *Potacs*, Rechtstheorie, S. 170 f.; *Schäfers*, JuS 2015, 875 (877).

spezifisch juristische Begriffe gehen dem allgemeinen Sprachgebrauch grundsätzlich vor.⁷⁸

Regelmäßig ist das auf Wortsinnebene gewonnene Auslegungsergebnis mehrdeutig: Der Wortlaut umgrenzt gewöhnlich nur einen „Bedeutungsspielraum“, der verschiedene Interpretationsmöglichkeiten der Norm zulässt.⁷⁹ Dieser Auslegungsspielraum ist auch Reaktion auf die abstrakt-generelle Formulierung des Normtextes und verleiht der abstrakt-generellen Norm die im Rechtsverkehr erforderliche Flexibilität. Über die Anwendung der übrigen Auslegungskriterien scheidet viele Bedeutungsmöglichkeiten jedoch dann schlussendlich aus.⁸⁰

Damit zieht das grammatische Auslegungselement auch die äußerste Linie des Spielraums zulässiger Konkretisierung: Der noch mögliche Wortsinn markiert die Grenze der Auslegung und kann nur durch Rechtsfortbildung überschritten werden.⁸¹ Demnach zeichnet die Wortlautgrenze die rechtsstaatlich angeordnete Linie einer positivrechtlich zulässigen Auslegung.⁸² Eine nicht mehr durch den Wortlaut der Norm gedeckte Auslegung lässt sich auch nicht durch systematische, historische oder teleologische Erwägungen legitimieren, aber als Ergebnis der Interpretation in Form der Rechtsfortbildung.⁸³

⁷⁸ Vgl. *Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 439 f.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 37 f.; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 43.

⁷⁹ Begriffsprägend *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 38.

⁸⁰ *Saueressig*, Jura 2005, 525 (526); weiterführend *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 359.

⁸¹ BVerfGE 71, 108 (115); 85, 69 (73); 87, 209 (224); 92, 1 (12); ständige Rechtsprechung. Aus der Literatur *Vogel*, Juristische Methodik, S. 117; *Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 441; zur Befugnis der Fachgerichtsbarkeit zur Rechtsfortbildung und deren Grenzen vgl. BVerfGE 49, 304 (318).

⁸² So zutreffend *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 312. Zur Schwierigkeit der Bestimmung der Wortlautgrenze aufgrund der Vagheit der Sprache, siehe *Hassold*, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 211 (219); *Vogel*, Juristische Methodik, S. 118.

⁸³ *Saueressig*, Jura 2005, 525 (526 f.).

b) Die systematische Auslegung

Die systematische Auslegung präzisiert den Bedeutungsgehalt des auszulegenden Rechtssatzes unter Berücksichtigung des Gesamtgefüges der Rechtsordnung.⁸⁴ Normen stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern im Kontext mit anderen Vorschriften, die wechselseitig ineinander verschränkt sind und als rationales System ein konsistentes und kohärentes Gesamtkonzept bilden.⁸⁵ Normen sind Teil eines Systems, das als Gesamtkomplex von Rechtssätzen eine Rechtsmaterie juristisch ordnet. Der Rechtsgedanke einer Norm als Teilausschnitt eines einheitlichen Regelungssystems offenbart sich häufig erst aus einer Gesamtschau der Vorschriften des jeweiligen Regelungskomplexes.⁸⁶ Leitgedanke der systematischen Auslegung ist die Wahrung der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.⁸⁷ Eine Vorschrift ist nach Möglichkeit so auszulegen, dass sie sich konsistent und kohärent zu den übrigen Normen sowie allgemeinen Prinzipien und Wertungen in die Rechtsordnung einfügt.⁸⁸

Die eigentliche Auslegung nach dem Normzusammenhang lässt sich nach einer äußeren und einer inneren Systematik strukturieren: Die äußere Systematik umfasst etwa die formale Einbettung der auszulegenden Norm in ihr Regelungsumfeld, die amtliche Überschrift der Vorschrift sowie Struktur und Stellung im Gesetz.⁸⁹ Die innere Systematik erfasst das Zusammenwirken der den einzelnen Vorschriften immanenten Prinzipien und normativen

⁸⁴ Vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 43.

⁸⁵ *Dann*, *Der Staat* 4 (2010), 630 (639).

⁸⁶ *Meier/Joachim*, *JuS* 2015, 490 (491 f.); *Saueressig*, *Jura* 2005, 525 (527) unter Verweis auf *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 85, 146.

⁸⁷ *Schäfers*, *JuS* 2015, 875 (878); *Rütbers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, Rn. 744; *Vogel*, *Juristische Methodik*, S. 120. Grundlegend zur Einheit der Rechtsordnung *Engisch*, *Die Einheit der Rechtsordnung*; *Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*.

⁸⁸ *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, S. 44. *Hassold*, in: *Festschrift für Karl Larenz*, S. 211 (225 f.) begreift die systematische Auslegung nicht als eigenständiges Kriterium, sondern als eine „Dimension oder Stufe der grammatischen, logischen und teleologischen Auslegung“.

⁸⁹ *Vogel*, *Juristische Methodik*, S. 120 f.; *Wank*, *Die Auslegung von Gesetzen*, S. 57; *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 443.

Wertungen, also der den jeweiligen Rechtssätzen innewohnende Regelungszweck.⁹⁰ Die normativen Wertungen der einzelnen Vorschriften bilden erst in ihrer Gesamtheit die Gesamtrechtsordnung als einheitliches, kohärentes System. Zur Wahrung dieser Kohärenz sind etwaige Wertungswidersprüche aufzulösen.⁹¹ Hierbei sind im Rahmen der systematischen Auslegung dann vor allem auch teleologische Kriterien leitend.⁹²

In diesem zum Ausdruck kommenden Leitgedanken der Einheit der Rechtsordnung wurzelt auch die rangkonforme Auslegung.⁹³ Sie lässt sich in die gesetzes-, völkerrechts-, europa-rechts- und verfassungskonforme Auslegung untergliedern. Letzterer kommt nicht zuletzt aufgrund des Ineinandergreifens von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und der ausgestaltenden einfachgesetzlichen Verfahrensvorschrift für die vorliegende Untersuchung bei der Auslegung von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG eine besondere Rolle zu.⁹⁴ Prägende Prinzipien der verfassungskonformen Auslegung sind die „Einheit der Verfassung“ und der „Stufenbau der

⁹⁰ Meier/Jocham, JuS 2015, 490 (492). Walz, ZJS 2010, 482 (489) spricht in diesem Zusammenhang in Abgrenzung zur „normtextfernen teleologischen Auslegung“ von der „normtextnahen teleologischen Auslegung“.

⁹¹ Schäfers, JuS 2015, 875 (878); Meier/Jocham, JuS 2015, 490 (493)

⁹² Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 329; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 117 f.

⁹³ So die Bezeichnung bei Wank, Die Auslegung von Gesetzen, S. 59. Vogel, Juristische Methodik, S. 122 legt bei der mit „dem höherrangigen Recht konforme[n] Auslegung“ (Hervorhebung im Original) ein ähnliches Begriffsverständnis zugrunde. Diese Form systemkonformer Rechtsanwendung wird weitestgehend als Unterfall der systematischen Auslegung begriffen, vgl. Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 623 ff.; Vogel, Juristische Methodik, S. 122; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, S. 59 ff. Anders Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 100, einschränkend auch Wank, in: Karakostas/Riesenhuber (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung, S. 15 (21). Rühlers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 762a sehen sogar keine Form der Auslegung im engeren Sinne, sondern Rechtsfortbildung.

⁹⁴ Vgl. hierzu noch 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 2., d) Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen Art. 93 Abs. 3 und Art. 94 Abs. 2 GG.

Rechtsordnung“.⁹⁵ Bietet die auszulegende Norm einen interpretativen Spielraum, ist diejenige Form der Auslegung maßgeblich, in der die gesetzliche Regelung mit der Verfassung und ihren Grundsätzen im Einklang steht.⁹⁶ Schranken werden der verfassungskonformen Auslegung durch den verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsgrundsatz gesetzt: Die auslegungsbedürftige Norm muss nicht nur vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein, sondern auch die gesetzgeberische Grundentscheidung wahren.⁹⁷ Lässt sich der *favor legis* einer verfassungskonformen Auslegung nicht halten, ist die Norm für verfassungswidrig zu erklären.⁹⁸

c) Die historische Auslegung

Die historische Auslegung zieht die Entstehungsgeschichte und den Willen des historischen Gesetzgebers unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Verhältnisse als Auslegungskriterien heran.⁹⁹ Dabei sind Erkenntnisquellen einer genetisch orientierten Auslegung¹⁰⁰ überwiegend Gesetzesmaterialien: Gesetzesentwürfe und beigegebene Gesetzesbegründungen, Sitzungsprotokolle sowie

⁹⁵ *Rütters/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 763. Weiterführend zu Ersterem *Müller*, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, zu Letzterem vgl. 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 1., a), aa) Die Bedeutung der Normenhierarchie. Das Bundesverfassungsgericht begreift die Einheit der Verfassung im Sinne eines „logisch-teleologischen Sinngebildes“ als „vornehmstes Interpretationsprinzip“, BVerfGE 19, 206 (220).

⁹⁶ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 100; *Lüdemann*, JuS 2004, 27 (30).

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 8, 28; 54, 277 (299 f.); 71, 81 (105); 90, 263 (274 f.); kritisch hinsichtlich der Einhaltung dieser Grenzen *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 450.

⁹⁸ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 258; *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 443; *Lüdemann*, JuS 2004, 27 (29)

⁹⁹ Vgl. *Bydlinski/Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 35. Innerhalb der historischen Auslegung wird die Methodenkontroverse besonders deutlich, statt vieler nur *Rütters/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 784.

¹⁰⁰ Zur Abgrenzung der genetischen von der dogmengeschichtlichen (auch historischen im engeren Sinne) Auslegung siehe *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 360 f.

Parlamentsdrucksachen.¹⁰¹ Sie können weiterführende Hinweise enthalten, welche Fallkonstellationen und Lebenssachverhalte eine bestimmte Regelung erfassen will oder an welchen gesetzgeberischen Leitbildern sich die Auslegung orientieren soll.¹⁰² Aufschlussreich können auch Vorstufen und Wandlungen des beabsichtigten Normtextes innerhalb des Gesetzgebungsprozesses sein.¹⁰³ Der dogmengeschichtliche Aspekt berücksichtigt zur Nachzeichnung der rechtsinternen Entwicklung der auszulegenden Vorschrift den Rechtsgedanken von Vorläufernormtexten, Normvorbildern und anderen Normtexten sowie etwaige Änderungen einer bereits erlassenen Vorschrift.¹⁰⁴

d) Die teleologische¹⁰⁵ Auslegung

Die Funktionenteilung des gewaltenteiligen Staates erfordert die Respektierung der Regelungsabsicht des Gesetzgebers und der damit verbundenen Erwägungen.¹⁰⁶ Entsprechend orientiert sich die teleologische Auslegung an der *ratio legis* der auszulegenden Norm als Bestandteil und Ausfluss einer sinnvollen, gerechten und zweckmäßigen Regelung.¹⁰⁷ Zur Bestimmung des *telos* der auszulegenden Vorschrift lassen sich die subjektiven Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers sowie objektiv allgemeine Zweck- und Gerechtigkeits Erwägungen heranziehen.¹⁰⁸ Hierzu lässt sich zwischen konkreten Gesetzeszwecken und abstrakten Gesetzeszwecken bzw. allgemeinen Rechtszwecken

¹⁰¹ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 151; Potacs, Rechts-
theorie, S. 196 f.; Deckert, JA 1994, 412 (416); Schlehofer, JuS 1992, 572 (575 f.).

¹⁰² Vgl. Vogel, Juristische Methodik, S. 128; Saueressig, Jura 2005, 525 (529).

¹⁰³ Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 449. Auch die
Rechtsprechung erkennt den Wert der Materialien für die Auslegung an, vgl. nur
BVerfGE 32, 54 (69 f.).

¹⁰⁴ Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 360.

¹⁰⁵ Zutreffend wäre eigentlich die Bezeichnung „teleologische“ Auslegung, vgl.
nur Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, S. 367 f.

¹⁰⁶ Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 41.

¹⁰⁷ Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 269; vgl. auch Hassold, in: Fest-
schrift für Karl Larenz, S. 211 (227 f.).

¹⁰⁸ Saueressig, Jura 2005, 525 (530); vgl. auch Deckert, JA 1994, 412 (416) und er-
neut Hassold, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 211 (228 f.).

differenzieren.¹⁰⁹ Der durch Gesetz verfolgte konkrete Regelungszweck kann sich aus ausdrücklichen Ziel- und Zweckvorgaben¹¹⁰ oder amtlichen Gesetzesbegründungen ergeben. Regelmäßig ist der konkrete Gesetzeszweck aber durch Auslegung der Regelung selbst zu bestimmen.¹¹¹

Zusätzlich vor dem Hintergrund der Rechtsordnung als einheitliches Wertesystem sind allen Gesetzen unabhängig vom konkreten Regelungsinteresse allgemeine Rechtszwecke gemeinsam. Erwägungen wie Sachgerechtigkeit, Effektivität, Praktikabilität und grundlegenden rechtsethischen Prinzipien muss bei der Auslegung Geltung verschafft werden.¹¹² Die Feststellung des *telos* der auszulegenden Norm bedingt also in besonderem Maße auch ein Ineinandergreifen historischer, systematischer und teleologischer Auslegungskriterien.¹¹³

4. Die Rangfolge der Auslegungskriterien

Die Ermittlung des Sachgehalts einer auszulegenden Vorschrift wird durch die Auslegungskriterien geleitet und die Auslegung ist eine Form argumentativer Rechtsanwendung.¹¹⁴ Dabei besteht für die einzelnen Auslegungskriterien jedoch keine starre und feste Rangordnung, sondern diese Kriterien sind zu bewerten und zu

¹⁰⁹ *Vogel*, Juristische Methodik, S. 124; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 71 ff.

¹¹⁰ Vgl. hierzu etwa den in § 1 TierSchG normierten allgemeinen Gesetzeszweck, den das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 101, 1 (36) etwa auch für seine Interessenabwägung heranzieht, hierzu noch 2. Teil, 3. Abschnitt, II., 3., a), cc) Negativer Ausgang der Vorfragenprüfung.

¹¹¹ In diesem Zusammenhang klingt bereits die Kritik einer „Zirkelschlüssigkeit“ der teleologischen Auslegung an, vgl. hierzu *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 364.

¹¹² *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 333 ff.; *Vogel*, Juristische Methodik, S. 126 f.; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 71 ff.

¹¹³ Vgl. *Saueressig*, Jura 2005, 525 (530); *Hassold*, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 211 (229).

¹¹⁴ Vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 50.

gewichten.¹¹⁵ Pragmatische Erwägungen legen aber eine Stufenfolge nahe, die aufgrund der sprachlichen Ausgestaltung der Rechtsordnung mit der grammatischen Interpretation beginnt und deren äußerste Grenze der zulässigen Auslegungsmöglichkeiten durch den Wortlaut gezogen wird.¹¹⁶ Systematische und historische Auslegungskriterien unter Heranziehung teleologischer Kriterien vervollständigen den argumentativen Auswahlprozess. Wenn die gewonnenen Auslegungsargumente zur konkreten Normsinnerschließung einander widerstreiten, müssen diese Argumente letztlich abgewogen werden.¹¹⁷

II. Die Auslegung von § 76 Abs.1 Nr. 1 BVerfGG

Nachdem die Grundlagen der Auslegung skizziert wurden, kann sich die Untersuchung der Auslegung von § 76 BVerfGG zuwenden. Die seit ihrem Inkrafttreten mehrfach geänderte Fassung¹¹⁸ des § 76 BVerfGG findet sich in den „Besonderen Verfahrensvorschriften“ im III. Teil des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes eingangs des Zehnten Abschnitts zu den „Verfahren in den Fällen des § 13 Nr. 6 und 6a“ und lautet wie folgt:

¹¹⁵ So bereits schon *von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, S. 215 f.; ebenso das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 105, 135 (157) sowie *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 271 f.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 50 f.; *Schlehofer*, JuS 1992, 572 (577); *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 125 ff. Für eine festgelegte Rangordnung argumentieren *Hassold*, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 211 (232, 236 f.); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 631 f.; *Deckert*, JA 1994, 412 (414); *Koch/Rießmann*, Juristische Begründungslehre, S. 176 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 303 ff.; für den Vorrang des objektiv-teleologischen Elements plädiert *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 75.

¹¹⁶ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343.

¹¹⁷ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 50 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343.

¹¹⁸ Weiterführend hierzu die Synopse zu § 76 BVerfGG etwa bei *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG-Kommentar, S. LIX.

„§ 76

(1) Der Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages gemäß Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes ist nur zulässig, wenn der Antragsteller Bundes- oder Landesrecht

1. wegen seiner förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht für nichtig hält oder
2. für gültig hält, nachdem ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes das Recht als unvereinbar mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewendet hat.

(2) Der Antrag des Bundesrates, einer Landesregierung oder der Volksvertretung eines Landes gemäß Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2a des Grundgesetzes ist nur zulässig, wenn der Antragsteller ein Bundesgesetz wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen des Artikels 72 Abs. 2 des Grundgesetzes für nichtig hält; der Antrag kann auch darauf gestützt werden, daß der Antragsteller das Bundesgesetz wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen des Artikels 75 Abs. 2 des Grundgesetzes für nichtig hält.“

Auf diese einfachgesetzliche Bestimmung konzentriert sich die Auslegungstätigkeit als „methodenrichtige“¹¹⁹ Gesetzesanwendung. Form der konkretisierenden Rechtsanwendung ist die Subsumtion von konkreten Lebenssachverhalten unter die entsprechenden abstrakten Rechtsnormen.¹²⁰ Damit ist der Frage

¹¹⁹ *Geserich*, DStR-Beih 2011, 59 (60) unter Anspielung auf die argumentativen Auslegungserwägungen, die nicht zu einem richtigen Ergebnis, sondern regelmäßig zu verschiedenen vertretbaren Entscheidungen führen; vgl. hierzu auch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 168 f.

¹²⁰ *Schäfers*, JuS 2015, 875 (877) unter Verweis auf *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 312; vgl. auch *Muthorst*, JA 2013, 721 (727) und im Hinblick auf die richtlinien- und verfassungskonforme Auslegung *Kübling*, JuS 2014, 480 (486).

nachzugehen, ob in einem abstrakten Normenkontrollverfahren Rechtsverordnungen des Bundes prinzipiell unmittelbar am Maßstab der einfachen Bundesgesetze zu messen sind.

1. Wortsinninterpretation

Die syntaktische Satzform des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG beschreibt ein hypotaktisches Satzgefüge, in dem der Nebensatz dem Hauptsatz als untergeordneter Adverbialsatz nachfolgt.¹²¹ Ein solches Konditionalgefüge entspricht der gebräuchlichen sprachlichen Gestaltung von Gesetzestexten im Bemühen um Allgemeinverständlichkeit und rechtstechnischer Präzision.¹²² In seiner semantischen Funktion als Konditionalsatz konkretisiert der Nebensatz die weiteren Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines durch Bundesregierung, Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages angestrebten Normenkontrollantrags.

Doch so stringent und klar die äußere Satzstruktur erscheint, so vielschichtig und komplex zeigt sich das Konditionalprogramm inhaltlich. Durch den häufigen Gebrauch der koordinierenden Konjunktion „oder“ lässt sich aus dem linguistischen Zusammenhang nicht ohne weiteres schließen, auf welchen Bereich des präzisierenden Kausaladverbials sich das jeweilige Objekt bezieht. Während das Subjekt des Konditionalsatzes noch zusammenfassend die eingangs des Hauptsatzes aufgeführten Antragsbefugten als „Antragssteller“ aufgreift, differenziert bereits das Objekt zwischen Bundes- und Landesrecht durch die Konjunktion „oder“. Dass hierbei die Nominalphrase des Präpositionalgefüges einleitend der § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ebenfalls durch die Konjunktion „oder“ zwischen förmlicher und sachlicher Unvereinbarkeit des Antragsgegenstands mit dem Prüfungsmaßstab unterscheidet, steht der Verständlichkeit der Norm jedoch nicht weiter entgegen. Denn entsprechend der umfassenden Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts kommt dieser Unterscheidung

¹²¹ Zu den Koordinationsstrukturen von Satzreihen siehe nur *Dürscheid*, Syntax, S. 57 f.

¹²² Vgl. *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rn. 63.

letztlich keine entscheidende Bedeutung zu.¹²³ Die Formulierung gibt für den Regelfall diejenigen Aspekte verallgemeinernd wieder, unter denen die Gültigkeit eines Rechtssatzes zu prüfen ist und die oftmals eine exakte Qualifizierung als eine förmliche bzw. sachliche Unvereinbarkeit nicht zulassen.¹²⁴

Mit dem Akkusativobjekt des Antragsgegenstands „Bundes- oder Landesrecht“ korreliert das Präpositionalobjekt in dem Kasusadverbiale, das ebenfalls durch die Konjunktion „oder“ weiter zwischen dem Grundgesetz und dem sonstigen Bundesrecht als dem zulässigen Prüfungsmaßstab trennt. Für das Normenbestätigungsverfahren enthält § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG eine entsprechende syntaktische Struktur¹²⁵

Der Konjunktion „oder“ haften im deutschen Sprachgebrauch verschiedene, insbesondere auch funktionell gegensätzliche Bedeutungsmöglichkeiten an, mit der in der Regel Alternativen formuliert werden.¹²⁶ Dieser unterschiedliche Gebrauch lässt sich anhand der klassischen Aussagenlogik durch sog. logische Junktoren formalisieren:¹²⁷ Einerseits als sog. nicht-ausschließende Disjunktion und andererseits als sog. ausschließende Disjunktion.¹²⁸ Danach drückt das inklusive Oder aus, dass von zwei

¹²³ Vgl. *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 68 f., der in der Kommentierung zu § 76 BVerfGG allerdings auf die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG gebräuchliche Formulierung („förmliche und sachliche Vereinbarkeit“) Bezug nimmt. Weiterführend zum Prüfungsumfang im Rahmen des abstrakten Normenkontrollverfahrens siehe 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 2., b) Antragsgegenstand und Prüfungsmaßstab.

¹²⁴ Vgl. nur *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 69.

¹²⁵ Vgl. *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 63.

¹²⁶ So die Einschätzung der *Dudenredaktion* (Hrsg.), Duden, S. 1305 f.; dahingehend auch die Sprachwissenschaft, statt vieler nur *Eisenberg*, Grundriss der deutschen Grammatik, S. 198.

¹²⁷ Allgemein zum Aussagenkalkül der Typentheorie *Russell*, *American Journal of Mathematics* Vol. 30 (1908), 222 ff.

¹²⁸ Die nicht-ausschließende Disjunktion wird weitläufig auch als „Adjunktion“ bzw. „inklusives Oder“ und die ausschließende Disjunktion als „Kontravalenz“ bzw. „exklusives Oder“ bezeichnet, siehe nur *Zoglauer*, Einführung in die formale Logik für Philosophen, S. 38.

oder mehreren Möglichkeiten mindestens eine als Tatsache zutrifft, während bei dem exklusiven Oder von zwei oder mehreren Möglichkeiten jeweils nur eine als Tatsache zutrifft.¹²⁹ Der Unterschied besteht also in der „verschärften Information“ des exklusiven Oders.¹³⁰

Diese engere Umgrenzung trifft auf den Antragsgegenstand des Bundes- bzw. Landesrechts zu, der durch ein ausschließliches Oder koordiniert wird. Diese Zuordnung folgt nicht primär aus textlinguistischen Überlegungen, sondern vielmehr daraus, dass sich der Normenkontrollantrag nach dem geltenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff aus dem verfahrenseinleitenden Antrag und dem zugrundeliegenden Lebenssachverhalt zusammensetzt¹³¹. Bei der zur Überprüfung gestellten Norm kann es sich somit entweder nur um Bundes- oder Landesrecht handeln. Im Zweifelsfall muss das Bundesverfassungsgericht einen Normenkontrollantrag auslegen, um den zutreffenden Antragsgegenstand zu bestimmen bzw. bei einer Antragshäufung eine Abtrennung der Verfahren vornehmen. Einer zweifelsfreien Einordnung bedarf es im Übrigen freilich nicht, da für die wortlautorientierte Auslegung hinsichtlich des Kontrollrahmens gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG letztlich die genaue Charakterisierung der Disjunktion des Präpositionalobjekts relativ zum Akkusativobjekt entscheidend ist.

Die Lesart eines ausschließlichen Oders schafft einen deutlich eingeschränkten Anwendungsbereich: Dem jeweiligen Antragsgegenstand in Form von Bundes- bzw. Landesrecht wäre zur Kontrolle entweder das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht exklusiv zugeordnet. Dadurch würde für das vorgelegte Bundes- bzw. Landesrecht ein fester, ausschließlicher Prüfungsmaßstab gelten. Dabei legt die parallele Struktur der Satzteile des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG nahe, einem bundesrechtlichen

¹²⁹ Lorenz, in: Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, S. 491.

¹³⁰ Essler/Martínez Cruzado/Labude, Grundzüge der Logik, S. 57.

¹³¹ Allgemein zum Streitgegenstand im Verfassungsprozessrecht Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 304 ff.; Hensch, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 42.

Antragsgegenstand das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab sowie parallel dem Landesrecht das sonstige Bundesrecht zuzuweisen.¹³² Allerdings erscheint eine Beschränkung auf sonstiges Bundesrecht für die Kontrolle von Landesrecht insbesondere im Hinblick auf Art. 31 GG nicht zweckmäßig. Die Durchsetzung des Geltungsvorrangs jedweden Bundesrechts vor jedweden Landesrecht durch die Aufrechterhaltung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung ist ein verfassungsrechtliches Anliegen.¹³³ Erreichen lässt es sich durch eine gemischt adjunktiv-antivalente Interpretation. Der in Frage stehenden Konjunktion des Präpositionalobjekts würde dann je nach dem vorgelegten Antragsgegenstand eine exklusive oder eine inklusive Funktion zukommen. Als ausschließliches Oder würde dem Antragsgegenstand Bundesrecht wiederum lediglich das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab zuteil und zugleich als einschließliches Oder dem Antragsgegenstand Landesrecht sowohl das Grundgesetz als auch sonstiges Bundesrecht. Bei einem rein adjunktiven Verknüpfungsverständnis des Präpositionalobjekts wäre sogar der jeweilige Antragsgegenstand auf Bundes- bzw. Landesebene wahlweise an dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht zu messen. Neben der Kontrolle von Landesrecht an Grundgesetz bzw. sonstigem Bundesrecht würde dies für die Überprüfung von Bundesrecht den identischen Prüfungsmaßstab bedeuten.

Zugunsten einer wortlautorientierten Präzisierung der denkbaren Lesarten des Prüfungsmaßstabs von Bundesrecht ist ausgehend vom Gebrauch des Adjektivs „sonstig“ sowohl das Verhältnis des Akkusativobjekts zum Präpositionalobjekt als auch das Verhältnis des Dativobjekts innerhalb des Präpositionalobjekts selbst in den Blick zu nehmen. Unter Verwendung des attributiven Adjektivs in seinem üblichen Sprachgebrauch „sonst noch vorhanden, in Betracht zu ziehen; anderweitig“¹³⁴ wird der Prüfungsmaßstab Bundesrecht von der Gesamtheit bundesrechtlicher

¹³² Vgl. *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rn. 109.

¹³³ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 63.

¹³⁴ *Dudenredaktion* (Hrsg.), Duden, S. 1663.

Normen abgegrenzt und in seinem Umfang eingegrenzt. Allein vom Wortlaut kann diese Abgrenzung einerseits rein formal festhalten, dass vorgelegtes Bundesrecht nicht an sich selbst, sondern eben an anderweitigen bundesrechtlichen Vorschriften zu messen ist. Andererseits ist durchaus auch eine konstitutive Ausgestaltung naheliegend, um kontrastierend zum Grundgesetz, das formal die höchste Stufe des Bundesrechts einnimmt,¹³⁵ die verbleibende Bundesrechtsordnung zum Prüfungsmaßstab landesrechtlicher Vorschriften zu erheben. Jedenfalls schließen beide Lesarten nicht aus, die Konformität von Bundesrecht mit „dem sonstigen Bundesrecht“ zum Gegenstand des abstrakten Normenkontrollverfahrens zu erheben.

Letztlich erlaubt die Ambiguität¹³⁶ des Adverbialsatzes durch den Gebrauch der Konjunktion „oder“ drei unterschiedliche syntaktische Analysen für den gültigen Prüfungsmaßstab innerhalb der § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG. Diese miteinander konkurrierenden Interpretationen liegen allesamt noch im Bereich des möglichen Wortsinns der Verfahrensvorschrift: Sowohl Bundes- als auch Landesrecht könnte sowohl am Grundgesetz als auch an dem sonstigen Bundesrecht zu kontrollieren sein.¹³⁷ Die Interpretation als einschließliches Oder sieht für Bundesrecht mit dem Grundgesetz und sonstigem Bundesrecht den umfangreichsten

¹³⁵ Vgl. nur *Weber-Fas*, Das Grundgesetz, S. 70 f.; *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, Rn. 264.

¹³⁶ Die „syntaktische“ oder „strukturelle Ambiguität“ (auch Ambivalenz, Amphibolie, Mehrdeutigkeit, Vieldeutigkeit) bezeichnet in der Sprachwissenschaft eine Abfolge syntaktischer Einheiten, die mehrere unterschiedliche Interpretationen erlauben, siehe *Fries/Machicao y Priemer*, in: Glück/Rödel (Hrsg.), Metzler Lexikon Sprache, S. 36.

¹³⁷ Insoweit noch zustimmend *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (234); *Tillmanns*, DÖV 2001, 728; *Kramer*, JuS 2001, 962 (964); *Sachs*, JuS 2000, 398; *Schäfer*, JZ 1951, 199 (201); *Söhn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (317); *Pestalozzi*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11. Für eine Erweiterung vornehmlich aufgrund des Wortlauts von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 424; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 681; *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60; *Rinken*, in: AK-GG, Art. 93 Rn. 27; *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264; *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 855.

Prüfungsmaßstab vor und zieht damit zugleich die Wortlautgrenze zulässiger Auslegung.

2. Interpretation nach dem Gesetzestextzusammenhang

Der weite Bedeutungsspielraum des auf Wortsinnebene gewonnenen Auslegungsergebnisses bedarf der weiteren Präzisierung. Auch aus systematischer Perspektive muss sich die zumindest nach dem Wortlautverständnis getroffene Analyse der Prüfungskonstellationen des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG widerspruchsfrei in die bestehende Rechtsordnung einordnen lassen.¹³⁸

a) Die Struktur der Norm

Innerhalb von § 76 BVerfGG bieten der formale Aufbau und die inhaltliche Gestaltung der auszulegenden Verfahrensvorschrift erste systematische Anknüpfungspunkte. Die § 76 Abs. 1 und 2 BVerfGG regeln in einem strukturell identischen „Konditionalprogramm“¹³⁹ drei Verfahrensarten, wobei § 76 Abs. 1 BVerfGG enumerativ das Normbeanstandungs-¹⁴⁰ und das Normbestätigungsverfahren aufzählt sowie § 76 Abs. 2 BVerfGG das Kompetenzkontrollverfahren regelt. Dabei verweisen beide Absätze innerhalb der syntaktisch vorangestellten Rechtsfolge zur prozessualen Zulässigkeit des jeweiligen Antrags für die nähere Spezifizierung auf die jeweils maßgebliche grundgesetzliche Verfahrensnorm. § 76 Abs. 1 BVerfGG gestaltet die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Verfahrensantrags „gemäß Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes“ hinsichtlich Antragsgegenstand, Antragsgrund und Prüfungsmaßstab aus,

¹³⁸ Zugunsten einer übersichtlichen Strukturierung der systematischen Auslegung von § 76 Abs. 1 Nr.1 BVerfGG orientiert sich die anschließende Darstellung an der von *Saueressig*, Jura 2005, 525 (527 ff.) vorgenommenen abstrakten Untergliederung der systematischen Auslegung.

¹³⁹ Zurückzuführen ist die Begrifflichkeit auf *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 23 unter Hinweis auf *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 88, 227 ff. zur Umschreibung einer Verbindung von Tatbestand und normativer Rechtsfolge innerhalb einer Rechtsnorm.

¹⁴⁰ Begriff nach *Rein*, Das Normbestätigungsverfahren.

§ 76 Abs. 2 BVerfGG normiert die Voraussetzungen eines Antrags „gemäß Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2a des Grundgesetzes“. Die Antragsberechtigten werden sowohl in § 76 Abs. 1 als auch 2 BVerfGG verbaliter ihrer grundgesetzlichen Zuständigkeitszuweisung aufgelistet.¹⁴¹

Die ausdrückliche Verweisung sowie die wortwörtliche Bezugnahme auf die verfassungsrechtliche Enumeration intendieren, dass die einfachgesetzliche Verfahrensvorschrift die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 2a GG vorgesehenen Normenkontrollen näher regelt.¹⁴² Andererseits illustrieren die verfahrensrechtlichen Ausführungsvorschriften § 76 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BVerfGG eine inhaltliche Präzisierung hin zu einer deutlichen Zuständigkeitenerweiterung der verfassungsrechtlichen Ausgangsbestimmungen. Denn das Normbestätigungsverfahren fordert neben der Divergenz in der Normenhierarchie zusätzlich, dass ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes die vorgelegte Norm unangewendet lässt.¹⁴³ Wiederholt § 76 Abs. 2 Halbsatz 1 BVerfGG größtenteils nur die Voraussetzungen des Kompetenzkontrollverfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG, erweitert § 76 Abs. 2 Halbsatz 2 BVerfGG den Antragsgrund, sodass ein Antrag sich auch auf einen Verstoß gegen Art. 75 Abs. 2 GG a. F. stützen lässt.¹⁴⁴

¹⁴¹ Bezüglich der in § 76 Abs. 1 BVerfGG aufgeführten Antragsberechtigten vgl. *Rožek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 8; *Grafshof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 10.

¹⁴² Bezüglich der unmittelbaren Verweisung auf Art. 93 Abs. Nr. 2 GG in § 76 Abs. 1 BVerfGG siehe *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11; *Tillmanns*, DÖV 2001, 728.

¹⁴³ *Müchel*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichem Recht, § 15 Rn. 35; *Rožek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 50.

¹⁴⁴ *Müchel*, Jura 2005, 463 (467); *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 735; *Grafshof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 56 mit weiteren Nachweisen zur Verfassungsmäßigkeit der einfachgesetzlichen Erweiterung des Kompetenzkontrollverfahrens. Zur Frage, ob der Zuständigkeitserweiterung nach der Föderalismusreform aus dem Jahre 2006 noch ein

Gestützt wurde diese eingeschränkte Rügemöglichkeit auf Art. 93 Abs. 2 GG a. F. (Art. 93 Abs. 3 GG n. F.).¹⁴⁵ Gleichlaufend zu dieser Regelungssystematik lässt sich auch § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG in der Interpretation von einfachen Bundesrecht als Prüfungsmaßstab für Bundesrecht als eine inhaltliche Erweiterung der Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG verstehen.¹⁴⁶

b) Die Stellung der Norm

Innerhalb des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes leitet die Vorschrift des § 76 BVerfGG den mit „Verfahren in den Fällen des § 13 Nr. 6 und 6a“ überschriebenen Zehnten Abschnitt ein.¹⁴⁷

§ 13 BVerfGG listet die Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts auf. Die Vorschrift beschränkt sich weitgehend auf eine deklaratorische Sammel- und Verteilungsfunktion der in Art. 93 Abs. 1 GG katalogisierten Zuständigkeiten sowie auf Grundlage von Art. 93 Abs. 3 GG ergangener Zuweisungen.¹⁴⁸ Die Enumeration ist aufgrund der Auffangvorschrift § 13 Nr. 15 BVerfGG gesetzestechnisch abschließend,¹⁴⁹ sieht sich jedoch über diese dynamische Verweisung wiederum einer gewissen Öffnung ausgesetzt. Entgegen der durch Rückgriff auf

Bedeutungsspielraum zukommt, siehe nur *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 75 mit weiteren Nachweisen.

¹⁴⁵ Regierungsbegründung, BT-Drs. 13/7673, S. 12. Dieser Sichtweise zustimmend *Winkler*, NVwZ. 1999, 1291 (1294); *Robbers*, in: Festschrift für Helmut Steinberger, S. 543 (545); ablehnend *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 130; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, S. 453; *Pestalozza*, JZ 1998, 1039 (1046).

¹⁴⁶ Hierzu sogleich vertiefend 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 2., d) Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen Art. 93 Abs. 3 und Art. 94 Abs. 2 GG.

¹⁴⁷ In der Fassung der Bekanntgabe vom 16. April 1951, BGBl. I, S. 243 lautete die amtliche Überschrift des § 76 BVerfGG „Verfahren in den Fällen des § 13 Nr. 6“ und wurde durch das Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes vom 16. Juli 1998, BGBl. I, S. 1823 konsolidiert.

¹⁴⁸ *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 422.

¹⁴⁹ *Burkiczak*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 13 Rn. 4; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 13 Rn. 2.

die grundgesetzliche Kompetenzzuweisung erreichten Orientierungswirkung des § 13 BVerfGG folgen die einzelnen Regelungsabschnitte des III. Teiles des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes dann aber einer eigenen Systematisierung unter Nennung der jeweiligen Platznummer aus § 13 BVerfGG und nicht ihrer verfassungsrechtlichen Artikelnummer.¹⁵⁰

§ 13 Nr. 6 BVerfGG, auf den die amtliche Überschrift verweist, greift weitgehend wortlautidentisch die zugrundeliegende Zuweisungsvorschrift des Grundgesetzes auf und nimmt in runden Parenthesen auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG Bezug.¹⁵¹ Parallel hierzu rekapituliert § 13 Nr. 6a BVerfGG unter nahezu wortlautgleicher Formulierung Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG.¹⁵² Ausgehend von der amtlichen Überschrift liegt es nahe, dass der Zehnte Abschnitt des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes die einfachgesetzliche Umsetzung der beiden in Art. 93 Abs. 1 GG bzw. § 13 BVerfGG enumerierten Verfahren verfolgt.¹⁵³ Jedoch kommt amtlichen Überschriften gesetzlicher Vorschriften

¹⁵⁰ *Lenz/Hansel*, BVerfGG-Handkommentar, § 13 Rn. 3. Zumindest innerhalb des einzelnen Regelungsabschnitts nehmen das Verfahren über die Verwirkung von Grundrechten (§ 13 Nr. 1 BVerfGG), das Parteiverbotsverfahren (§ 13 Nr. 2 BVerfGG), die Wahlprüfungsbeschwerde (§ 13 Nr. 3 BVerfGG), die abstrakte Normenkontrolle (§ 13 Nr. 6 BVerfGG), das Kompetenzkontrollverfahren (§ 13 Nr. 6a BVerfGG), das Kompetenzfreigabeverfahren (§ 13 Nr. 6b BVerfGG), die subsidiären föderativen Verfassungsstreitigkeiten (§ 13 Nr. 8 BVerfGG), die Richteranklage (§ 13 Nr. 9 BVerfGG), die konkrete Normenkontrolle (§ 13 Nr. 1a BVerfGG), das Vorlageverfahren zu Regeln des Völkerrechts (§ 13 Nr. 12 BVerfGG) und das Vorlageverfahren durch Landesverfassungsgerichte (§ 13 Nr. 13 BVerfGG) in einer bestimmten Form Bezug auf die verfassungsrechtliche Artikelnummer.

¹⁵¹ Vgl. *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11, der allerdings unzutreffend auf eine wörtliche Wiederholung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG erkennt. Denn entgegen der Verfassungsnorm verknüpft § 13 Nr. 6 BVerfGG die Vereinbarkeitsfrage auf förmlicher und sachlicher Ebene bei reiner Wortlautbetrachtung alternativ („oder“) und nicht kumulativ („und“).

¹⁵² In § 13 Nr. 6a BVerfGG findet sich die redaktionelle Ergänzung „des Grundgesetzes“, der es bei Art. 93 Nr. 2a GG wegen der gesetzlichen Verweisungstechnik innerhalb des Grundgesetzes nicht bedarf.

¹⁵³ Vgl. *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11; zustimmend *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467).

regelmäßig lediglich eine Hinweisfunktion zu.¹⁵⁴ Dementsprechend erweist sich auch die Überschrift des Zehnten Abschnitts als unvollständig: Der Regelungsabschnitt gestaltet entgegen dem Titel nicht nur die in §§ 13 Nr. 6 und 6a BVerfGG vorgesehenen Verfahren aus, sondern schafft in § 76 Abs. 2 Halbsatz 2 BVerfGG ausweislich der Regierungsbegründung eine auf Art. 93 Abs. 2 GG a. F. (Art. 93 Abs. 3 GG n. F.) gestützte, zusätzliche Rügemöglichkeit.¹⁵⁵ Der amtlichen Verweisungssystematik folgend regelt der Zehnte Abschnitt somit eigentlich nicht nur Verfahren in den Fällen der § 13 Nr. 6 und 6a BVerfGG, sondern müsste in konsequenter Umsetzung auch § 13 Nr. 15 BVerfGG berücksichtigen.¹⁵⁶ Die amtliche Überschrift des Zehnten Abschnitts macht in der Absolutheit ihrer aktuellen Formulierung jedenfalls nicht deutlich, dass eine über Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG bzw. § 13 Nr. 6a BVerfGG hinausgehende Zuständigkeit vorliegt. Im Umkehrschluss lässt sich allein aus der Verweisung in der Überschrift des Zehnten Abschnitts nicht zweifelsfrei entnehmen, ob sich § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG bereits in der näheren Ausgestaltung des § 13 Nr. 6 BVerfGG erschöpft oder die amtliche Überschrift zu kurz greift und § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG tatsächlich eine erweiterte Kompetenzzuweisung vorsieht.

c) Das Verhältnis zu anderen Normen bzw. Normkomplexen

Doch auch aus dem Verhältnis der § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG zu anderen Vorschriften bzw. Regelungsbereichen lassen sich systematische Argumente für eine bestimmte Deutungsmöglichkeit gewinnen. Denn im Interesse der Einheit der Rechtsordnung und

¹⁵⁴ Vgl. BGHSt 29, 220, 224 unter Hervorhebung der Rolle des Gesetzgebers bei der Beratung amtlicher Überschriften.

¹⁵⁵ Siehe Regierungsbegründung BT-Drs. 13/7673 S. 12; weiterführend hierzu bereits 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 2., a) Die Struktur der Norm mit weiteren Nachweisen.

¹⁵⁶ Zumindest unter der in der Regierungsbegründung BT-Drs. 13/7673 S. 12 zugrunde gelegten Prämisse, § 76 Abs. 2 Halbsatz 2 BVerfGG ließe sich auf Art. 93 Abs. 2 GG a. F. (Art. 93 Abs. 3 GG n. F.) stützen. Zum Verhältnis Art. 93 Abs. 3 GG und § 13 Nr. 15 BVerfGG vgl. *Burkiczak*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG-Kommentar, § 13 Rn. 35.

zur Legitimierung eines widerspruchsfreien Auslegungsergebnisses dürfte grundsätzlich die Auslegungsvariante vorzugswürdig sein, die auch mit Rechtsinstituten ähnlichen Regelungsgehalts im Einklang steht.¹⁵⁷

Innerhalb des Zehnten Abschnitts regelt § 78 Satz 1 BVerfGG als Tenorierungsvorschrift die Entscheidungsbefugnis bzw. den Entscheidungsausspruch des Bundesverfassungsgerichts zunächst für die dem Regelungskomplex zugrundeliegenden Verfahren.¹⁵⁸ Die Vorschrift ordnet die Nichtigkeitsfolge des Antragsgegenstands bei Unvereinbarkeit von „Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht“ an.¹⁵⁹ Als Regelung über den Entscheidungsinhalt korrespondiert § 78 Satz 1 BVerfGG mit der Vorschrift § 76 BVerfGG über die Entscheidungszuständigkeiten.

Die sprachliche Ausgestaltung der Vorschrift ist in ihrer Struktur dann auch an § 76 Abs. 1 BVerfGG angelehnt: Entsprechend der Differenzierung nach dem einschlägigen Antragsgegenstand in § 76 Abs. 1 BVerfGG greift § 78 Satz 1 BVerfGG diese Unterscheidung auf und nennt für das antragsgegenständliche Bundes- bzw. Landesrecht den jeweiligen Vereinbarkeitsmaßstab, dessen negative Kongruenz dann als Rechtsfolge die Erklärung der Nichtigkeit des Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht nach sich zieht. Zugunsten einer erweiterten Prüfungskompetenz nach Maßgabe des Wortlauts von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG zur Kontrolle von materiellem Bundesrecht an der formellen Bundesrechtsordnung entbehrt § 78 Satz 1 BVerfGG aber der Grundlage

¹⁵⁷ *Saueressig*, Jura 2005, 525 (527).

¹⁵⁸ Vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 1, demzufolge auch *Gerhard Ulsamer* in der Erstkommentierung 1976 § 78 Satz 1 BVerfGG „zutreffend als Tenorierungsvorschrift“ qualifizierte. Über § 82 Abs. 1 BVerfGG bzw. §§ 88, 82 Abs. 1 BVerfGG findet § 78 BVerfGG auch auf das konkrete Normenkontrollverfahren bzw. das Normenqualifikationsverfahren nach Art. 126 GG, §§ 13 Nr. 14, 86 ff. BVerfGG Anwendung.

¹⁵⁹ *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 2; *Lenz/Hansel*, BVerfGG-Handkommentar, § 78 Rn. 3; zur Modifikation des Entscheidungsausspruches durch das flexible Instrumentarium des Bundesverfassungsgerichts, siehe 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 2., c), bb) Die Entscheidungsvarianten.

für einen entsprechenden Entscheidungsausspruch.¹⁶⁰ Vielmehr orientiert sich die Formulierung des § 78 Satz 1 BVerfGG inhaltlich deutlich an Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bzw. § 13 Nr. 6 BVerfGG und fordert deckungsgleich der dortigen Entscheidungszuständigkeiten eine Unvereinbarkeit von „Bundesrecht mit dem Grundgesetz“ bzw. „Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht“.¹⁶¹

§ 78 Satz 2 BVerfGG dehnt die Nichtigkeitsfolge über den Verfahrensgegenstand aus, sofern weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes aus denselben Gründen mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar sind.¹⁶² Unter Bezugnahme auf Satz 1 scheint § 78 Satz 2 BVerfGG die Ungenauigkeiten aus § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG zu wiederholen. Generalisierend wird für den Nichtigkeitsausspruch auf die Unvereinbarkeit weiterer Bestimmungen „des gleichen Gesetzes aus denselben Gründen mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht“ abgestellt. Erfasst sind grundsätzlich Rechtsvorschriften, die auf denselben Lebensachverhalt identische Rechtsfolgen wie die verfahrensgeständliche Norm entfaltet.¹⁶³

Anders als bei § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ergibt jedoch der Kontext zu § 78 Satz 1 BVerfGG, dass es sich bei dem Entscheidungsgegenstand in § 78 Satz 2 BVerfGG ausgehend vom gerügten Verfahrensgegenstand um Landes- bzw. Bundesrecht handelt. Die weiteren Normen müssen aus denselben materiell-rechtlichen Mängeln wie bereits der unmittelbare Antragsgegenstand mit dem

¹⁶⁰ *Söhn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (317).

¹⁶¹ Vgl. *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11; *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 63; *Tillmanns*, DÖV 2001, 728; BVerfGE 127, 293 (318).

¹⁶² Ausführlich zu § 78 Satz 2 BVerfGG als Tenorierungsvorschrift sowie zur Ausdehnung und Erweiterung des Prüfungs- und Entscheidungsgegenstands *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 2.

¹⁶³ *Graßhof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 29. Zum weiten Begriffsverständnis „des gleichen Gesetzes“ des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 94, 241 (265 f.); kritisch gegenüber dieser gesetzesübergreifenden Erweiterung der Verwerfungsbefugnis *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 2.

Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar sein. Das sind rechtliche Erwägungen, die ohne wesentliche Änderungen oder Argumentationsmehraufwand übertragbar sind.¹⁶⁴ Der Übertragung muss also dieselbe Maßstabnorm des Grundgesetzes bzw. des sonstigen Bundesrechts weiterhin zugrunde liegen. Mit den Worten der Aussagenlogik wäre das „oder“ zur Trennung der beiden Prüfungsmaßstäben in § 78 Satz 2 BVerfGG als ausschließliches Oder zu interpretieren.¹⁶⁵ Die systematische Gesamtschau von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG und § 78 BVerfGG legt damit eine einschränkende Lesart des Prüfungsmaßstabs in § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG nahe.¹⁶⁶

Auch lohnt ein Vergleich mit der § 78 Satz 1 BVerfGG entsprechenden Regelung des § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG für die Rechtssatzverfassungsbeschwerde, die einen weiteren Fall der verfassungsgerichtlichen Gültigkeitsüberprüfung von Gesetzen durch das Bundesverfassungsgericht regelt.¹⁶⁷ Zwar ist angesichts der hohen Zulässigkeitschürden, speziell mit Blick auf die Beschwerdebefugnis, der praktische Anwendungsbereich dieser Vorschrift vergleichsweise gering. Zudem ergeht ein stattgebender Entscheidungsausspruch aufgrund der primären Funktion der Verfassungsbeschwerde, subjektiven Rechtsschutz bei Grundrechtsverstößen zu gewährleisten,¹⁶⁸ ohnehin regelmäßig nur bei Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Gesetzes. Doch verdeutlicht die Gegenüberstellung, dass es sich bei der Regelung des Entscheidungsinhalts zur abstrakten Normenkontrolle um eine abschließende Bestimmung handelt. Denn wird nach § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG „der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben“, ist im Entscheidungsausspruch „das

¹⁶⁴ *Graßhof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 28; *Lenz/Hansel*, BVerfGG-Handkommentar, § 78 Rn. 23.

¹⁶⁵ Vgl. hierzu bereits 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 1. Wortsinninterpretation.

¹⁶⁶ Dieser Ansicht ist jedenfalls *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, § 78 Rn. 1.

¹⁶⁷ Vgl. *Hömig*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 95 Rn. 37.

¹⁶⁸ Vgl. hierzu *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, § 90 Rn. 7; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 432.

Gesetz für nichtig zu erklären“.¹⁶⁹ Statt sich bei § 78 Satz 1 BVerfGG ebenfalls auf eine generalisierende Fassung in Form der Stattgabe der Normenkontrolle zu beschränken, bezweckt die Normierung der Voraussetzungen für einen stattgebenden Entscheidungsausspruch bei Unvereinbarkeit von „Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht“ eine Verklammerung der im Zehnten Abschnitt geregelten Normenkontrollverfahren durch den verfahrenseinleitenden § 76 BVerfGG und den verfahrensabschließenden § 78 BVerfGG. Diese Klammerwirkung indiziert, dass sich Entscheidungszuständigkeiten und Entscheidungsinhalt nicht zuletzt zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen inhaltlich entsprechen. Zudem legen die Verweisungen in § 82 Abs. 1 BVerfGG bzw. §§ 88, 82 Abs. 1 BVerfGG auf § 78 BVerfGG nahe, dass die Regelung bewusst ein ausdifferenziertes Tenorierungsregime verfolgt, um sachgerecht die zugrundeliegenden Verfahren abzudecken.

d) Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen Art. 93 Abs. 3 und Art. 94 Abs. 2 GG

Dem Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG lässt sich nicht entnehmen, ob es sich bei der Festlegung des Prüfungsmaßstabs um eine abschließende verfassungsrechtliche Regelung handelt oder lediglich ein unverfügbarer Mindeststandard gesichert wird.¹⁷⁰ Das Enumerationsmodell des Verfassungsprozessrechts normiert keinen abschließenden Katalog, der Kompetenzen und Verfahrensausgestaltung unter einen Verfassungsvorbehalt stellt.¹⁷¹ Die einfachgesetzliche Einbeziehung der Überprüfung bloß materieller Bundesgesetze am Maßstab formeller Bundesgesetze könnte nach Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG einfachgesetzlich ausgestaltetes Verfahrensrecht bzw. eine nach Art. 93 Abs. 3 GG dem

¹⁶⁹ *Lenz/Hansel*, BVerfGG-Handkommentar, § 95 Rn. 43; *Stark*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG-Kommentar, § 95 Rn. 116.

¹⁷⁰ *Michael*, ZJS 2014, 254 (259).

¹⁷¹ Vgl. *Detterbeck*, in: *Sachs*, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 112; *Michael*, ZJS 2014, 254 (259).

Bundesverfassungsgericht durch Bundesgesetz zugewiesene Zuständigkeit darstellen.¹⁷² Mit diesen Vorschriften erfährt die verfassungskonforme Auslegung eine spezielle Akzentuierung.

aa) Art. 94 Abs. 2 GG

Art. 94 Abs. 2 GG beinhaltet den Verfassungs- und Regelungsauftrag, das Organisations- und Verfahrensrecht für das Bundesverfassungsgericht durch Bundesgesetz auszugestalten.¹⁷³ Während „Verfassung“ in Art. 94 Abs. 2 GG vornehmlich status-, organisations- und personalrechtliche Angelegenheiten des Bundesverfassungsgerichts betrifft, beinhaltet das „Verfahren“ das für die Spruchstellen verbindliche Prozessrecht.¹⁷⁴ Letzteres umfasst vorrangig die Zulässigkeitsvoraussetzungen und Ausgestaltung der Verfahrensarten.¹⁷⁵ Geregelt ist es im Wesentlichen im Bundesverfassungsgerichtsgesetz.¹⁷⁶

§ 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG könnte diesen bestehenden Spielraum durch eine Extension des Prüfungsmaßstabs der abstrakten Normenkontrolle ausfüllen.¹⁷⁷ Denn auf den ersten Blick könnte eine solche Ausdehnung der Natur des Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG als einem bloßen Regelungsvorbehalt, der jedenfalls keine

¹⁷² *Rein*, Das Normbestätigungsverfahren, S. 99; *Michael*, ZJS 2014, 254 (259).

¹⁷³ *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 3; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 8; im Übrigen vgl. hierzu bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, III. Die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Ausgestaltung des abstrakten Normenkontrollverfahrens.

¹⁷⁴ *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 11; *Walter*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 1.

¹⁷⁵ *Rein*, Das Normbestätigungsverfahren, S. 99 in Abgrenzung zu Art. 93 Abs. 3 GG; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 8; *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 17.

¹⁷⁶ *Sachs*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 6; *Wieland*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 24.

¹⁷⁷ So wohl erstmals in Betracht gezogen von *Rein*, Das Normbestätigungsverfahren, S. 99 f.; *Michael*, ZJS 2014, 254 (259) empfindet diese Erwägung einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung „überzeugend“.

Einengung der verfassungsrechtlichen Vorschriften zulässt,¹⁷⁸ entsprechen. Wie intensiv die verfahrensrechtlichen Regelungen auszufallen haben, ergibt sich allein aus dem Wortlaut von Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG nicht. Jedoch bezweckt die Vorschrift im Interesse der Rechtssicherheit und Verfahrensstabilisierung lediglich eine einfachgesetzliche Ergänzung des bewusst lückenhaft gehaltenen Verfassungsprozessrechts.¹⁷⁹ Das erfordert vor allem auch die Beachtung der grundgesetzlichen Vorprägung der jeweiligen Verfahrensarten durch die einschlägigen grundgesetzlichen Regelungen.¹⁸⁰ Jedenfalls ermächtigt Art. 94 Abs. 2 GG nicht zu solchen Verfahrensregelungen, welche die von der Verfassung erkennbar gesteckten Grenzen überschreiten. Die Antragsvoraussetzungen des abstrakten Normenkontrollverfahrens sind in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bereits umfassend normiert.¹⁸¹ Zudem widerspricht die Einführung einer bundesverfassungsgerichtlichen Vereinbarkeitskontrolle am Maßstab von bloß einfachgesetzlichen Vorschriften der sachlichen Funktion des Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG, da keine verfahrensrechtliche Ausgestaltungsfra ge betroffen ist.¹⁸² Eine Modifikation des verfassungsrechtlich festgelegten Prüfungsmaßstabs lässt sich demnach nicht auf den limitierten Regelungsvorbehalt des Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG stützen.¹⁸³

¹⁷⁸ *Winkler*, NVwZ 1999, 1291 (1292) bemüht für die Charakterisierung des Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG als Regelungsvorbehalt abgrenzend zu einem Einschränkungsvorbehalt einen Umkehrschluss zu Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG. In die gleiche Richtung *Walter*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 1; *Babel*, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, S. 62.

¹⁷⁹ *Roellecke*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 67 Rn. 11, 14; *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 25; vgl. hierzu ebenfalls 1. Teil, 1. Abschnitt, III. Die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Ausgestaltung des abstrakten Normenkontrollverfahrens.

¹⁸⁰ *Walter*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 36.

¹⁸¹ Vgl. hierzu auch *Pestalozzu*, JZ 1998, 1039 (1042), der in diesem Zusammenhang eine Einengung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG durch § 76 BVerfGG beklagt.

¹⁸² Vgl. *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar (6. Aufl.), Art. 93 Rn. 36.

¹⁸³ Vgl. hierzu auch *Renck*, JZ 1964, 249 (250), der sich überzeugend gegen eine ansonsten im Verhältnis zu Art. 79 Abs. 1 und 2 GG erheblich vereinfachte Form der Verfassungsänderung wendet.

bb) Art. 93 Abs. 3 GG

Die gegenüber der Verfassungsvorschrift erweiterte Fassung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG könnte einen „sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen“ Fall darstellen, der über den durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG verfassungsrechtlich determinierten Prüfungskanon hinausgehend eine zusätzliche Verfahrenskonstellation miteinbezieht.¹⁸⁴ Die ausschließliche Bundesgesetzgebungskompetenz nach Art. 93 Abs. 3 GG gestattet in begrenztem Umfang, dem Bundesverfassungsgericht durch formelles Bundesgesetz Erweiterungen in der Zuständigkeit zuzuweisen.¹⁸⁵

Dass § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG nicht eine völlig neue Verfahrensart schafft, sondern nur innerhalb eines bereits durch das Grundgesetz vorgegebenen Verfahrens für eine bestimmte Ebene der Normenhierarchie einen zusätzlichen Prüfungsmaßstab schafft, mutet zunächst eigenwillig an.¹⁸⁶ Doch auch das Kompetenzkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG erfuhr über die Rügemöglichkeit nach § 76 Abs. 2 Halbsatz 2 BVerfGG eine auf Art. 93 Abs. 2 GG a. F. (Art. 93 Abs. 3 GG n. F.)¹⁸⁷ gestützte Erweiterung der Ausgangsvorschrift, die ebenfalls keinen Niederschlag in der Überschrift des Zehnten Abschnitts fand. Eine solche Modifikation innerhalb der vorgefundenen einfachgesetzlichen Ausgestaltung einer vorhandenen verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit muss aus pragmatischen und

¹⁸⁴ Dahingehend etwa *Michael*, ZJS 2014, 254 (259 Fn. 39), der § 76 Abs. 1 BVerfGG als eine „echte Erweiterung“ qualifiziert. Ähnlich laut *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264 auch *Holtkotten*, in: Bonner-Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Erstbearbeitung), Anm. II, B., 2., c), α), $\alpha\alpha$), der ebenfalls von einer Kompetenzerweiterung nach § 93 Abs. 2 GG a. F. ausgeht.

¹⁸⁵ Vgl. *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 17 unter Abgrenzung zu Art. 94 Abs. 2 GG; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 2; *Detterbeck*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 112.

¹⁸⁶ Insofern kritisch *Rein*, Das Normbestätigungsverfahren, S. 99, der stattdessen für die Inanspruchnahme der Ermächtigungsgrundlage Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG plädiert.

¹⁸⁷ So zumindest die Regierungsbegründung, BT-Drs. 13/7673, S. 12; vertiefend bereits 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 2., a) Die Struktur der Norm.

gesetzgebungsökonomischen Erwägungen generell zulässig sein. Denn eine Aufspaltung in ein bereits geregeltes Verfahren und eine Einführung eines neuen Kompetenztitels zur Ergänzung des Prüfungsmaßstabs unter ansonsten gleichbleibenden Vorzeichen wäre rein formalistisch, wenn der Bundesgesetzgeber aufgrund von Art. 93 Abs. 3 GG über die Kompetenz für eine solche Zuständigkeitsbegründung verfügt.¹⁸⁸

Zweifel an der Einführung einer Vereinbarkeitskontrolle am Maßstab bundesgesetzlicher Vorschriften begründet vielmehr der zurückhaltende Gebrauch des Bundesgesetzgebers von seiner verfassungsrechtlich legitimierten Kompetenz aus Art. 93 Abs. 3 GG.¹⁸⁹ Auch lässt die Gesetzesgenese einen entsprechenden Gestaltungswillen des Gesetzgebers für eine derartige Ausgestaltung nicht erkennen.¹⁹⁰ Eine im Hinblick auf Art. 93 Abs. 3 GG objektive Auslegung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG bestärkt diesen Befund.¹⁹¹ Die verfassungsrangige Entscheidung des Grundgesetzes für eine Enumerativverfassung setzt nämlich auch der Ermächtigung des Art. 93 Abs. 3 GG Grenzen. Zwar bedingt der Verfassungskatalog keine „strikte Leit- und Definitionsfunktion“ für die Überantwortung weiterer Zuständigkeiten, sondern der verbleibende Spielraum kann auch atypisch der bestehenden Kompetenzen

¹⁸⁸ Vgl. auch *Walter*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 465.

¹⁸⁹ Hierzu *Vofskuble*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 217; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 13 Rn. 18 mit weiteren Nachweisen einschließlich einer Auflistung von Verfahren, die auf der Ermächtigungsnorm des Art. 93 Abs. 3 GG beruhen. *Geiger*, BVerfGG, § 1 Anm. 11 appelliert ausdrücklich an den Bundesgesetzgeber, von seiner Ermächtigungskompetenz nur zurückhaltend Gebrauch zu machen. Diesen Gebrauch stufen *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 427 als „bislang durchaus verantwortungsvoll“ ein.

¹⁹⁰ Vgl. hingegen die Regierungsbegründung BT-Drs. 13/7673, S. 12, die sich für die Anfügung des § 76 Abs. 2 BVerfGG ausdrücklich auf Art. 93 Abs. 2 GG a. F. (Art. 93 Abs. 3 GG n. F.) stützte.

¹⁹¹ Anders *Michael*, ZJS 2014, 254 (259), der allerdings zugibt, dass bei der Konzeption des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG auch „plausibel von einem Redaktionsversehen“ ausgegangen werden könne.

ausgefüllt werden.¹⁹² Die zulässige Reichweite für die einfache gesetzliche Zuweisung von Zuständigkeiten an das Bundesverfassungsgericht erschließt sich hierbei nicht unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 93 Abs. 3 GG, sodass es zusätzlicher funktionaler und systematischer Erwägungen bedarf.¹⁹³ So sind die wesentlichen Verfahrensarten bereits im Grundgesetz geregelt und bewirken als Grundstock verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes eine gewisse quantitative Begrenzung, um die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts nicht zu strapazieren.¹⁹⁴ Eine Bestimmung der zumutbaren Auslastung dürfte sich freilich schwierig gestalten. Weiter zeichnet den auf Art. 93 Abs. 3 GG zurückzuführenden Bestand an Verfahrensarten eine besondere Verfassungsnähe aus, um die Einhaltung des Grundgesetzes im materiellen Sinn zu gewährleisten.¹⁹⁵ Deswegen ist das Bundesverfassungsgericht als verbindliche Instanz in Verfassungsfragen primär auf die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten konzentriert.¹⁹⁶

Die Zuweisung verfassungsgerichtlicher Entscheidungskompetenzen nach Art. 93 Abs. 3 GG steht allerdings in einem Spannungsverhältnis mit den Entscheidungsbefugnissen der Fachgerichtsbarkeit,¹⁹⁷ die über Art. 95 Abs. 1, 96 Abs. 1 und Abs. 2 und 19 Abs. 4 GG einen verfassungsrangigen Funktionenschutz genießen.¹⁹⁸ Ungeachtet der generellen Abgrenzungsproblematik

¹⁹² *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 17 Rn. 11.

¹⁹³ Die Grenzen der Ermächtigung offengelassen in BVerfGE 31, 371 (377).

¹⁹⁴ *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 216; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 2.

¹⁹⁵ *Kutscher*, in: Festschrift für Gebhard Müller, S. 161 (162); *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 13 Nr. 15 Rn. 18; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 426.

¹⁹⁶ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 13 Nr. 15 Rn. 5.

¹⁹⁷ Also ordentliche Gerichtsbarkeit, Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit.

¹⁹⁸ *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 216; *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 17 Rn. 12; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung vor § 13 Rn. 42.

zum Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit ist die Verfassungsgerichtsbarkeit jedenfalls nicht grundsätzlich der Fachgerichtsbarkeit übergeordnet. Wegen der Verfassungsentscheidung für eine fachlich gegliederte Gerichtsbarkeit dürfen über Art. 93 Abs. 3 GG die fachgerichtlichen Kernkompetenzen jedenfalls nicht beschnitten werden.¹⁹⁹ Umgekehrt bedeutet das aber nicht, dass dem Bundesverfassungsgericht über Art. 93 Abs. GG nur Zuständigkeiten anzutragen sind, die sich dem spezifischen Kernbereich materieller Verfassungsgerichtsbarkeit zuordnen lassen.²⁰⁰

Die Zuweisung einer Vereinbarkeitsprüfung am Maßstab von lediglich einfachgesetzlichen Vorschriften dürfte die von Art. 93 Abs. 3 GG gesteckten Grenzen jedoch durchbrechen. Sollte Art. 93 Abs. 3 GG auch die Zuweisung nichtverfassungsrechtlicher Streitigkeiten umfassen, bedarf die Entscheidung zumindest einer dezidierten gesetzlichen Legitimation.²⁰¹ Unter Ausblendung der Normenhierarchie als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips konterkariert eine Vereinbarkeitsprüfung am Maßstab von einfachen Bundesgesetzen die verfassungsrechtliche Entscheidung für das Enumerationsprinzip. Die vorhandenen Katalogzuständigkeiten des Art. 93 Abs. 1 GG sehen keine prinzipiale Kontrolle rechtswidriger Bundesnormen vor, sondern stellen auf die Verfassungswidrigkeit eines Rechtssatzes ab. Für die Vereinbarkeitsprüfung am Maßstab von einfachgesetzlichen Vorschriften des Bundes existiert keine Art. 31 GG vergleichbare spezialverfassungsgesetzliche Kollisionsnorm,²⁰² die eine Spruchstätigkeit des Bundesverfassungsgerichts vergleichbar der Überprüfung von Landesrecht an Bundesrecht rechtfertigt. Konsequenterweise

¹⁹⁹ *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 427; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung vor § 13 Rn. 42; *Pestalozzi*, Verfassungsprozessrecht, § 17 Rn. 12.

²⁰⁰ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 13 Nr. 15 Rn. 6; *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 4.

²⁰¹ So zutreffend *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 13 Nr. 15 Rn. 6.

²⁰² Vgl. *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 116; *Mückl*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 1.

wird die Anwendung und Auslegung einfachen Gesetzesrechts daher auch vorrangig von der Fachgerichtsbarkeit wahrgenommen.²⁰³ Zwar mag sich im Einzelfall der Nachweis eines kompetenz- und damit verfassungswidrigen Gebrauchs von Art. 93 Abs. 3 GG schwierig gestalten.²⁰⁴ In Anbetracht der erhobenen Bedenken ist § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG aber nicht als eine Zuständigkeitsbegründung im Sinne des Art. 93 Abs. 3 GG zu verstehen und der Vorschrift kommt allenfalls klarstellende Funktion in Bezug auf die übrigen Varianten der Normenkontrolle innerhalb von § 76 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BVerfGG zu.²⁰⁵

3. Historische Interpretation

Die verfassungsunmittelbare Zuweisung der abstrakten Normenkontrolle durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG an das Bundesverfassungsgericht ist in Konzeption und Wortlaut an Art. 13 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung angelehnt.²⁰⁶ Entsprechend wirken beide Verfassungsvorschriften auf die Verfahrensvorschrift § 76 BVerfGG, deren historische Auslegung sich daher grundsätzlich auch an der verfassungsrangigen Zuweisungsnorm bzw. Vorläufernorm orientiert.²⁰⁷ Hinsichtlich des verfassungshistorischen Vorläufers der grundgesetzlichen Normenkontrolle nach Art. 13 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung ist aber zu bemerken, dass es sich um eine engere Form der Normenkontrolle handelte, die auf eine Kontrolle von Landesrecht beschränkt war.²⁰⁸ Insofern kann diese Vorschrift bei der Bestimmung des

²⁰³ In diese Richtung *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), 177 (197); vgl. auch die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 101, 239 (257).

²⁰⁴ So *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 427; ähnlich auch *Vofßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 216.

²⁰⁵ In diese Richtung auch *Söbnn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (317).

²⁰⁶ *Renck*, JZ 1964, S. 249; *von Mutius*, Jura 1987, 534 (535); *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 1.

²⁰⁷ *Renck*, JZ 1964, 249 mit weiteren Nachweisen.

²⁰⁸ Vgl. *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 190; *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 1; *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 2.

Prüfungsmaßstabs von materiellem Bundesrecht ausgeblendet werden. Die Entwicklungslinien im Herrenchiemseer Verfassungskonvent und im Parlamentarischen Rat werden bei der Untersuchung zur Erweiterung des Prüfungsmaßstabs innerhalb von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG über das Rechtsstaatsprinzip erneut heranzuziehen sein.²⁰⁹

a) Der Herrenchiemseer Verfassungsentwurf

Der Vorschlag im Herrenchiemseer Verfassungsentwurf beinhaltete in Art. 98 Nr. 5 in Verbindung mit Art. 110 Herrenchiemseer Entwurf eine abstrakte Normenkontrolle, die lediglich die Überprüfung der formellen Dimension der Rechtsetzung bereithielt. Das in Art. 98 Nr. 4 in Verbindung mit Art. 137 Herrenchiemseer Entwurf vorgesehene Normenkontrollverfahren wurde mit einer formellen und materiellen Prüfung weitreichender ausgestaltet, sollte allerdings nur auf Antrag eines Gerichts eingeleitet werden und dient somit als Vorläufer des konkreten Normenkontrollverfahrens.²¹⁰ Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts nach der Enumeration des Art. 98 Nr. 4 Herrenchiemseer Entwurf „über die Unvereinbarkeit von Bundesgesetzen oder Landesgesetzen mit diesem Grundgesetz oder die Unvereinbarkeit von Landesgesetzen mit Bundesgesetzen“ zu entscheiden lässt aber bereits die Nähe zur Formulierung des späteren Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG erkennen.

b) Die Beratungen des Parlamentarischen Rats

Auch wenn der Herrenchiemseer Verfassungsentwurf eine im Umfang dem Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG vergleichbare Normenkontrolle nicht vorsah, wurde er Ausgangspunkt der Erörterungen im Rechtspflegeausschuss. Ab der Fünften Sitzung vom 10. November 1948 befasste sich der Ausschuss inhaltlich mit den

²⁰⁹ Siehe 2. Teil, 4. Abschnitt, II., 1. Die verfassungstextliche Ausgestaltung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG als Grenze der Auslegung und Ausgangspunkt der Rechtsfortbildung.

²¹⁰ *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 284.

Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts.²¹¹ Zunächst wurde aufgrund des Diskussionsbedarfs die weitere Ausgestaltung der formellen Normenkontrolle nach Art. 98 Nr. 5 Herrenchiemseer Entwurf zurückgestellt.²¹² Insbesondere bedurfte in der Sechsten Sitzung vom 16. November 1948 das Verhältnis von Art. 98 Nr. 4 in Verbindung mit Art. 137 Herrenchiemseer Entwurf und Art. 98 Nr. 5 in Verbindung mit Art. 110 Herrenchiemseer Entwurf der Klärung, bei denen der „materielle Tatbestand [...] derselbe [ist], nur die Parteien [...] verschieden“ sind. In diesem Kontext ist hervorzuheben, dass nach Ansicht des Rechtspflegeausschusses die in Art. 44 Nr. 1 Herrenchiemseer Entwurf normierte Unvereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz die Fragen der Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes oder, auf Einwurf von *Strauß*, einer Verordnung beinhaltet.²¹³ Eine weiterführende Einschätzung zum Verhältnis Rechtsverordnung und formelles Bundesgesetz wurde allerdings nicht getroffen. Auf maßgeblichen Vorschlag von *Strauß* wurde dann Art. 98 Nr. 5 Herrenchiemseer Entwurf vom Ausschuss gestrichen, „da die Tatbestände, die Art. 105 bis 108 [Herrenchiemseer Entwurf] enthalten, durch die vorstehenden Ziffern des Art. 98 [Herrenchiemseer Entwurf] konsumiert sind.“²¹⁴

In der Beratungspause zwischen der Sechsten und Siebten Sitzung verständigten sich die beiden Mitglieder des Allgemeinen Redaktionsausschusses *Zinn* und *Debler* sowie *Strauß*, der den Abgeordneten *von Brentano* bei Beratungen über die Rechtspflege zu vertreten pflegte, am 4. Dezember 1948 auf einen konsolidierten

²¹¹ Vgl. Wortlautprotokoll der 5. Sitzung des Rechtspflegeausschusses vom 10.11.1948, abgedruckt bei *Böttner/Wettengel*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 13, Teilbd. II, S. 1308 ff.

²¹² Vgl. Wortlautprotokoll der 5. Sitzung des Rechtspflegeausschusses vom 10.11.1948, abgedruckt bei *Böttner/Wettengel*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 13, Teilbd. II, S. 1315.

²¹³ Wortlautprotokoll der 6. Sitzung des Rechtspflegeausschusses vom 16.11.1948, abgedruckt bei *Böttner/Wettengel*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 13, Teilbd. II, S. 1336.

²¹⁴ Kurzprotokoll der 6. Sitzung des Rechtspflegeausschusses vom 16.11.1948, abgedruckt bei *Schuckart*, in: Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 23, Teilbd. I, S. 455.

Textentwurf des XII. Kapitels „Gerichtbarkeit und Rechtspflege“.²¹⁵ Art. 128 b Abs. 1 Nr. 3 GG-Entw. fasste die konkrete und die abstrakte Normenkontrolle in einer Vorschrift des Zuständigkeitenkatalogs zusammen. Hiernach sollte das Bundesverfassungsgericht

„über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag eines Gerichtes (Artikel 137 Absatz 1) oder auf Antrag der Bundesregierung oder einer Landesregierung (Artikel 44 und 148 a)“²¹⁶

entscheiden. Da der vornehmlich für redaktionelle Arbeiten zuständige Allgemeine Redaktionsausschuss seine Verhandlungen außerhalb der protokollierten Beratungen führte und lediglich die Ergebnisse der Besprechungen schriftlich fixierte,²¹⁷ lässt sich im Einzelnen nicht rekonstruieren, aus welchen Beweggründen eine umfassende abstrakte Normenkontrolle von Bundesrecht bzw. Landesrecht Eingang in die Enumeration bundesverfassungsgerichtlicher Zuständigkeiten gefunden hat. Dieser Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses erfuhr die Zustimmung des Rechtspflegeausschusses in der Siebten Sitzung vom 6. Dezember 1948. Zugunsten des Minderheitenschutzes erfolgte noch eine Verständigung auf eine Ergänzung der Antragsbefugnis für ein Drittel der Mitglieder des Bundestags.²¹⁸

²¹⁵ Vgl. hierzu *Zinn*, Wortprotokoll der 7. Sitzung des Rechtspflegeausschusses vom 6.12.1948, abgedruckt bei *Büttner/Wettengel*, in: *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 13, Teilbd. II, S. 1347 ff.

²¹⁶ Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom 5.12.1948, abgedruckt bei *Wilms*, *Dokumente zur neuesten deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. III/2, S. 163.

²¹⁷ Vgl. *Schuckart*, in: *Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung*, Bd. 23, Teilbd. I, S. XXIII f.

²¹⁸ Vgl. Wortprotokoll der 7. Sitzung des Rechtspflegeausschusses vom 6.12.1948, abgedruckt bei *Büttner/Wettengel*, in: *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 13, Teilbd. II, S. 1347 ff.

Damit sollte die Entwicklung der abstrakten Normenkontrolle in ihren wesentlichen Grundzügen abgeschlossen sein. Die Vorschrift wurde lediglich auf Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses²¹⁹ vom Hauptausschuss in der Dritten Lesung des Grundgesetzes um den Antragsgrund, das Bestehen von Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln, ergänzt und das gerichtliche Antragsrecht im Zuge der isolierten Regelung der konkreten Normenkontrolle gestrichen.²²⁰ Inhaltlich unverändert wurde die Vorschrift in der Dritten Lesung zum Entwurf eines Grundgesetzes in der Zehnten Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rates am 8. Mai 1949 angenommen²²¹ und trat als Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG am 24. Mai 1949 in Kraft.

c) Die Ausarbeitung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes

Erste Vorüberlegungen über das von Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG geforderte Gesetz zum Bundesverfassungsgericht wurden bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des Grundgesetzes angestellt und stammten vorwiegend aus dem Bereich der Exekutive.²²² Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz zählt zu den langwierigsten und umkämpftesten Gesetzesvorhaben der ersten Legislaturperiode. Sein endgültiger Wortlaut war ein Kompromiss aus dem Gesetzesentwurf der SPD-Bundestagsfraktion und des Regierungsentwurfes.²²³

²¹⁹ Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses zur Fassung der 2. Lesung des Hauptausschusses vom 25.1.1949, abgedruckt bei *Wilms*, Dokumente zur neuesten deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. III/2, S. 388.

²²⁰ Vgl. Wortlautprotokoll der 50. Sitzung des Hauptausschusses vom 10.2.1949, abgedruckt bei *Feldkamp*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 14, Teilbd. I, S. 1609.

²²¹ Vgl. Wortlautprotokoll der 10. Sitzung des Plenums vom 8.5.1949, abgedruckt bei *Werner*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 9, S. 593, 617.

²²² Einen Überblick über den vom Juristischen Ausschuss der Ministerpräsidenten ausgearbeiteten Entwurf und den Entwurf des Rechtsamts für die Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes bietet *Schiffers*, VfZ 1984, 66 (75 f.).

²²³ Vgl. bereits *Roemer*, JZ 1951, 193; *Fromme*, JöR N. F. Bd. 32 (1983), 63 (66) konstatiert, dass der Entwurf *Geigers* „bei einem Gegenentwurf der SPD, vertreten von Adolf Arndt, im wesentlichen Gesetz geworden“ sei.

Der am 14. Dezember 1949 vorgelegte Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion²²⁴ gliedert sich in zwei Teile: Anknüpfend an Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG regelt der erste Teil die Verfassung des Bundesverfassungsgerichts, während der zweite Teil die Verfahrensordnung beinhaltet. Die Verfahrensordnung ist in allgemeine und besondere Vorschriften getrennt. Der Abschnitt mit den besonderen Vorschriften untergliedert sich nach den im Grundgesetz vorgesehenen Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts und regelt in den §§ 40 bis 43 kombiniert die Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 und Abs. 3 GG.²²⁵ Abgesehen einer Pflicht zur Mitteilung der Verfahrensanhängigkeit an den Bundestag, den Bundesrat und der Bundesregierung bei angegriffenem Bundesrecht bzw. zusätzlich der Landesregierungen und der Landtage bei angegriffenen Landesrecht und einem korrespondierenden Recht zur Stellungnahme enthalten die §§ 40 bis 43 für den Verfahrensgang keine über Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG hinausgehenden Vorgaben. Insbesondere wurden keine Vorgaben für den Prüfungsmaßstab getroffen.

Der Regierungsentwurf vom 28. März 1950 ist dem endgültigen Bundesverfassungsgerichtsgesetz deutlich stärker angenähert. Er beruht weitestgehend auf dem von *Geiger* ausgearbeiteten Referentenentwurf für das Bundesjustizministerium vom 6. Dezember 1949. Bereits im Oktober 1949 hatten die Vorarbeiten im Bundesjustizministerium begonnen und konnten an weitere Ministerien zirkuliert werden.²²⁶ Der Referentenentwurf unterteilt sich in fünf Teile:²²⁷ Der erste und zweite Teil regeln die Verfassung und die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, der dritte Teil normiert allgemeine Vorschriften, während dem vierten Teil die besonderen Verfahrensvorschriften vorbehalten sind und der

²²⁴ Siehe BT-Drs. 1/328, S. 1 ff. Zu den Überlegungen *Arndts* zur Grundlegung einer Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. *Gosewinkel*, Adolf Arndt, S. 181 ff.

²²⁵ §§ 40 bis 43 des Entwurfs eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht. Antrag der Bundestagsfraktion der SPD, BT-Drs. 1/328, S. 8 f.

²²⁶ Detaillierter zum Entwicklungsgang des Referentenentwurfs und zu den einzelnen Beiträgen der maßgeblichen Protagonisten *Schiffers*, VfZ 1984, 66 (84 ff.).

²²⁷ Weiterführend im Übrigen *Geiger*, DÖV 1950, 193 ff. zu seiner eigenen Auffassung vom Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit.

fünfte Teil das Inkrafttreten des Gesetzes bestimmt. Der vierte Teil untergliedert sich in weitere Abschnitte nach der Enumeration der Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts eingangs des zweiten Teils des Referentenentwurfs. Entsprechend der Zuweisung nach § 11 Nr. 6 des Referentenwurfs differenziert der 10. Abschnitt die abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG näher aus. Einleitend zu diesem Abschnitt gestaltet § 70 enumerativ das Normverwerfungs- und das Normbestätigungsverfahren aus:

„Der Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages gemäß Art. 93 Abs. Nr. 2 Grundgesetz ist nur zulässig

1. wenn der Antragsteller eine Rechtsnorm wegen ihrer förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht für nichtig hält oder
2. wenn ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes eine Rechtsnorm aus dem selben Grund nicht angewendet hat.“²²⁸

Abgesehen von orthografischen Korrekturen greift der Regierungsentwurf diese Formulierung unverändert in § 70 auf.²²⁹ Beide Entwürfe ziehen den als Konditionalsatz gefassten Tatbestand vollständig in die Nr. 1 bzw. Nr. 2 der Vorschrift und differenzieren beim vorgelegten Antragsgegenstand noch nicht zwischen Bundes- oder Landesrecht, sondern erstrecken sich in der jeweiligen Enumeration abstrakt auf eine „Rechtsnorm“. Bei der Regelung über den Entscheidungsinhalt der abstrakten Normenkontrolle unterscheidet die Referenten- bzw. die

²²⁸ § 70 des Entwurfs eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht. Erster Referentenentwurf, abgedruckt bei *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 17.

²²⁹ § 70 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, BT-Drs. 1/788, S. 18.

Regierungsfassung in § 72 bzw. § 72 Satz 1 jedoch zwischen Bundes- und Landesnorm als Antragsgegenstand, allerdings bezieht § 72 des Referentenentwurfs den Nichtigkeitsausspruch auf die Unvereinbarkeit einer „Rechtsnorm des Landes mit dem Bundesrecht“. Die Alternative der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz erfährt keine ausdrückliche Erwähnung, während die enumerative Zuweisung in § 11 Nr. 6 des Referentenwurfs über „die formelle oder sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht“ zu unterscheiden wusste. Umgekehrt greift § 72 Satz 1 des Regierungsentwurfs diese Präzisierung auf, indem das Grundgesetz neben dem „sonstigen Bundesrecht“ als eine weitere Referenz für die Nichtigklärung von Landesrecht benannt wird und mit dieser Formulierung weitestgehend § 78 Satz 1 BVerfGG entspricht.²³⁰ Zwar finden sich in den Protokollen der zwischenzeitlichen Kabinettsitzungen keine Erläuterungen für die im Regierungsentwurf vorgenommene Umformulierung.²³¹ Die Korrektur gegenüber der sprachlichen Fassung des Referentenentwurfs legt aber nahe, dass es sich zumindest in

²³⁰ Nach § 78 Satz 1 BVerfGG a. F. stellt das Bundesverfassungsgericht „in seiner Entscheidung die Nichtigkeit fest.“ Mit dem Vierten Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 21. Dezember 1970 (BGBl. I, S. 1765) wurde § 78 Satz 1 BVerfGG neugefasst. Ist das Bundesverfassungsgericht nunmehr von der Unvereinbarkeit überzeugt, „erklärt es das Gesetz für nichtig.“ Durch diese Anpassung wurde ein Gleichlauf mit § 78 Satz 2 BVerfGG erreicht.

²³¹ Nach dem Protokoll der 44. Kabinettsitzung am 10.2.1950 wurde der Entwurf paragraphenweise erläutert, ohne jedoch näher auf die Vorschriften zur abstrakten Normenkontrolle einzugehen. Im Anschluss erging ein Kabinettsbeschluss für eine Referentenbesprechung unter Beteiligung derjenigen Ressorts, die Bedenken gegen den Entwurf geäußert hatten, vgl. 44. Kabinettsitzung am 10.2.1950, Tagesordnungspunkt 1, in: Kabinettsprotokolle der Bundesregierung, abrufbar unter https://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1950k/kap1_2/kap2_12/para3_1.html (letzter Zugriff: 02.10.2022). Jedoch sollte auch in der 46. Kabinettsitzung am 17.2.1950 keine Auseinandersetzung mit den Bestimmungen zur abstrakten Normenkontrolle erfolgen, vgl. 46. Kabinettsitzung am 17.2.1950, Tagesordnungspunkt 1, in: Kabinettsprotokolle der Bundesregierung, abrufbar unter https://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1950k/kap1_2/kap2_14/para3_1.html (letzter Zugriff: 02.10.2022).

der Aussparung der Unvereinbarkeitsvariante von Landesrecht als Gegenstand der Kontrolle am Maßstab des Grundgesetzes bereits um eine redaktionelle Ungenauigkeit und Unschärfe im Gesetzestext handelt.

Mit dem Vorschlag des Unterausschusses²³² erfuhr unter anderem § 70 des Regierungsentwurfs eine weitere Änderung, die abgesehen von der Nummerierung mit § 76 BVerfGG²³³ identisch sein sollte. Der auf Bestreben *Kurt Georg Kiesingers* eingesetzte interfraktionelle Unterausschuss räumte von Juli bis Oktober 1950 weitgehend die zwischen Regierungsparteien und Opposition bestehenden Differenzen im Gesetzgebungsverfahren aus.²³⁴ Abweichend vom Regierungsentwurf erfordert auch das Normbestätigungsverfahren beim Antragsberechtigten ein subjektives Element hinsichtlich der rechtlichen Existenz einer Norm. Für den Antragsgegenstand wurde der Begriff „Rechtsnorm“ mit „Bundes- oder Landesrecht“ präzisiert und sowohl Subjekt als auch Objekt des ursprünglich in der jeweiligen Enumeration verteilten Konditionalgefüges zusammengefasst und einleitend dem Enumerationskatalog vorangestellt. Die damit verbundene Neuformulierung der Nr. 2 sieht schließlich von der inhaltlichen Bezugnahme auf Nr. 1 ab und erlaubt nunmehr eine unabhängige Lesart von Normenkontroll- und Normenbestätigungsverfahren.

Die sprachliche Neugestaltung verfolgt einen strukturierteren und syntaktischen Gleichlauf der beiden Verfahrensvarianten. Dieses Bemühen um Präzision und sprachliche Kürze²³⁵ konterkariert allerdings die Ersetzung des Begriffs „Rechtsnorm“ durch „Bundes- oder Landesrecht“. Während der unspezifische Begriff „Rechtsnorm“ den Antragsgegenstand auf Bundes- und Landesebene zusammenfasst und dementsprechend bei der Bestimmung

²³² Vgl. die Gegenüberstellung der Vorschläge des Unterausschusses mit den Beschlüssen der 2. Lesung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht des Deutschen Bundestages vom 7. Dezember 1950, abgedruckt bei *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 317 ff.

²³³ In der Fassung der Bekanntgabe vom 16. April 1951, BGBl. I, S. 243.

²³⁴ *Schiffers*, VfZ 1984, 66 (76). Vgl. auch *Arndts* Würdigung der Verdienste *Kiesingers* zur Einsetzung des Unterausschusses, BT-Prot. 1/116 S. 4413 (B).

²³⁵ Vgl. *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467).

des Prüfungsmaßstabs nicht unter diesem Aspekt differenzieren muss, hält das neueingefügte Begriffspaar „Bundes- oder Landesrecht“ seine sachliche Differenzierung nicht aufrecht und belässt es im weiteren Textverlauf bei der Struktur der Ausgangsfassung. Dass die Neufassung des Unterausschusses eine Erweiterung der Prüfungs Kompetenzen gegenüber dem Regierungsentwurf verfolgte, lässt sich aber den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen.²³⁶ Die Verhandlungen des Unterausschusses wurden nämlich nicht protokolliert, sodass sich die Verhandlungsergebnisse nicht im Einzelnen rekonstruieren lassen.²³⁷ Bei fehlenden Anzeichen für eine Änderung des gesetzgeberischen Willens ist grundsätzlich anzunehmen, dass das ursprüngliche Konzept weiterverfolgt wurde. Belastbare legislative Motive und Zwecke für eine einfachgesetzliche Erweiterung des Prüfungsmaßstabs lassen sich den Beratungen also nicht entnehmen.

Dem Eindruck einer redaktionellen Ungenauigkeit entspricht auch die Einschätzung *Geigers*, nicht nur Autor des Referentenentwurfs sondern auch entscheidender Protagonist in den Ausschussberatungen, der in seiner Kommentierung zu § 76 BVerfGG als Prüfungsmaßstab für Bundesrecht ausdrücklich nur das Grundgesetz erwähnt, freilich ohne den Kontrollmaßstab materiellen Bundesrechts explizit zu betonen.²³⁸

4. Teleologische Interpretation

Die Regelung des abstrakten Normenkontrollverfahrens in seinen Grundstrukturen durch formelles Verfassungsrecht gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sowie durch die konkretisierenden einfachgesetzlichen Verfahrensvorschriften wirkt sich insbesondere

²³⁶ *Söbn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (317) bestätigt den Befund, dass in den Ausschussberatungen der Wortlaut des späteren § 76 BVerfGG nicht diskutiert wurde.

²³⁷ So *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 267 Fn. 30, 317 Fn. 1.

²³⁸ *Geiger*, BVerfGG, § 76 Anm. 6. Erhellend in diesem Zusammenhang auch die eigene Bewertung seiner Rolle als Regierungsreferent und seine Ausführungen über die (dennoch bestehenden) Schwierigkeiten der Feststellung des „Willens des Gesetzgebers“, vgl. *Geiger*, BVerfGG, S. V.

auf die teleologische Auslegung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG aus. Denn aufgrund der Verfassungsakzessorietät schlägt das *telos* der grundgesetzlichen Ausgangsvorschrift entsprechend des Vorrangs der Verfassung zunächst einmal unmittelbar auf die korrespondierenden verfassungsprozessrechtlichen Regelungen durch.²³⁹ Unter Betonung dieser Komplementärfunktion und vor dem Hintergrund, dass eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabs von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG über das Rechtsstaatsprinzip im weiteren Verlauf der Untersuchung noch zu diskutieren ist,²⁴⁰ reduziert sich die teleologische Interpretation von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG darauf, ob die Regelung gegenüber dem grundgesetzlichen Substrat überhaupt eine Ausdehnung bezweckt. Denn unter der Prämisse, dass der Verfassungsvorschrift bereits eine erweiterte Prüfungsreichweite zugrunde liegen sollte, wäre umgekehrt eine einfachgesetzliche Einschränkung durch § 76 Abs. 1 BVerfGG wohl verfassungswidrig.²⁴¹

Der Verfassungsauftrag nach Art. 94 Abs. 2 GG beinhaltet die gesetzliche Grundlage des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes zur Errichtung, Stellung und Organisation des Bundesverfassungsgerichts sowie Ausgestaltung der einzelnen Verfahrensarten.²⁴² Vor diesem Hintergrund enthält § 13 BVerfGG dann auch zunächst eine feststellende Aufzählung der dem Bundesverfassungsgericht durch das Grundgesetz eingeräumten Zuständigkeiten, deren nähere Ausgestaltung im III. Teil des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes erfolgt.²⁴³ Die Schaffung neuer

²³⁹ Vgl. hierzu auch *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung vor § 13 Rn. 214.

²⁴⁰ Hierzu 2. Teil, 4. Abschnitt, II. Die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs über das Rechtsstaatsprinzip.

²⁴¹ Vor diesem Hintergrund vgl. auch 1. Teil, 1. Abschnitt, III., 3. Die anhaltende Diskussion zur Verfassungskonformität des § 76 BVerfGG zur Gefahr einer verfassungswidrigen Einengung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG durch § 76 Abs. 1 BVerfGG aufgrund der engeren Bestimmungen zur Antragsbefugnis.

²⁴² *Walter*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 1; *Schiffers*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. VII.

²⁴³ *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, § 13 Rn. 2; *Lenz/Hansel*, BVerfGG-Handkommentar, § 13 Rn. 1.

Zuständigkeiten gemäß Art. 93 Abs. 3 GG, § 13 Nr. 15 BVerfGG durch Bundesgesetz kann zweifellos auch unmittelbar durch das Bundesverfassungsgerichtsgesetz erfolgen,²⁴⁴ doch liegt hierin nicht der vordergründige Regelungszweck bei der Umsetzung des Verfassungsauftrags gemäß Art. 94 Abs. 2 GG. Die verfassungsrechtliche geforderte Ausdifferenzierung von Verfassung und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts muss die normativen Vorentscheidungen des Grundgesetzes beachten und darf diese nicht einschränken.²⁴⁵ Einfachgesetzlich sollten die auf Verfassungsebene offengelassenen Lücken näher ausgefüllt werden.²⁴⁶

Diese generelle Prämisse ist für § 76 Abs. 1 BVerfGG im Besonderen zugrunde zu legen, der gemeinsam mit den speziellen Verfahrensvorschriften der §§ 76 ff. BVerfGG auf die nähere und konkretisierende Ausgestaltung des abstrakten Normenkontrollverfahrens abzielt. Denn für ein im Vergleich zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG weitergreifendes Kontrollprogramm finden sich weder systematische noch historische Anhaltspunkte.²⁴⁷ Negativ formuliert ist Sinn und Zweck des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG nicht die Modifikation des in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG geregelten Verfahrens, sondern gerade die verfahrensrechtliche Ausfüllung der grundgesetzlichen Vorgabe.²⁴⁸

²⁴⁴ Vgl. bereits 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 2., d) Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen Art. 93 Abs. 3 und Art. 94 Abs. 2 GG.

²⁴⁵ *Vofskahle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 17.

²⁴⁶ *Walter*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 94 Rn. 1.

²⁴⁷ Vgl. hinsichtlich der Gesetzesgenese die entsprechende Einschätzung bei *Söhm*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (317).

²⁴⁸ Zutreffend dürfte es sich nach *Mückel*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 33 „bei § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG um den sprachlich und syntaktisch verunglückten Versuch handeln, in einem Satz den (nicht deckungsgleichen) Prüfungsmaßstab für Bundes- und Landesrecht zu benennen. Allgemein kritisch zur gesetzgeberischen Gestaltung des § 76 BVerfGG *Pestalozzi*, JZ 1998, 1039 (1042 ff.).

5. Gewichtung der Auslegungselemente

Die isoliert gewonnenen Erkenntnisse der einzelnen Auslegungsargumente sind miteinander ins Verhältnis zu setzen, um nach entsprechender Gewichtung ein abschließendes Auslegungsergebnis zu erzielen. Dabei zeigt einzig die wortlautorientierte Interpretation einen noch offenen Ergebnisausgang. Doch kennzeichnet eine Erstreckung des Prüfungsmaßstabs von Bundesrecht auf das gesamte einfache Bundesrecht zugleich auch die äußerste zulässige Grenze des Wortlauts.²⁴⁹ Die übrigen Auslegungsargumente, freilich nicht ohne wechselseitiger Einflussnahme aller relevanten Argumente, weisen darauf hin, dass § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG gegenüber Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG keine einfachgesetzliche Ausweitung des Prüfungsmaßstabs von Rechtsverordnungen des Bundes auf die Gesamtheit der formellen Bundesgesetze bezweckt.

Anknüpfungspunkt der konkretisierenden Auslegung ist zwar der Wortsinn des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG, da jedoch die nach dem Wortlaut weiteste Grenze keine Bestätigung durch die teleologische Interpretation erfährt und vor allem das systematische und das historische Element in eine andere Richtung weisen, vermag das Wortlautargument diese weite Deutung letztlich nicht zu begründen. Denn wie auch der Einblick in die Entstehungsgeschichte veranschaulicht, weist die abschließende Fassung als Kompromiss unterschiedlicher Gesetzesentwürfe und Produkt eines langwierigen Gesetzgebungsverfahrens redaktionelle Ungenauigkeiten auf. Insgesamt verdichtet sich der Eindruck, dass das Bundesverfassungsgerichtsgesetz hier und da ungenau ausgearbeitet wurde und der Umgang mit dem Gesetzeswortlaut erfordert entsprechende Umsicht.²⁵⁰

²⁴⁹ Siehe 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 1. Wortsinninterpretation unter Herausarbeitung der nach dem Wortlaut denkbaren Fallkonstellationen.

²⁵⁰ Vgl. Pietzcker, AöR 101 (1976), 374 (384).

Das Bemühen um sprachliche Kürze wirkt sich dabei besonders bei der Formulierung des Antragsgrundes nachteilig aus.²⁵¹ Systematische Erwägungen stärken das Bild, nach dem § 76 Abs. 1 BVerfGG eine unter dem Aspekt der Antragsgründe der Normenverwerfung bzw. Normenbestätigung differenzierte Regelung beinhaltet, die beim Prüfungsmaßstab nicht über die Vorgabe des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG hinausgehen wollte.²⁵² Es ist eher nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber dem kontrollierenden Bundesverfassungsgericht über die Vorgaben des Verfassungsgebers hinaus reichende Kompetenzen einräumen wollte, ohne hierzu verfassungsrechtlich angehalten zu sein noch dies gesondert begründet zu haben. § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ist unter diesem Blickwinkel „missverständlich“ gefasst.²⁵³ Ob Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG über das Rechtsstaatsprinzip formelle Bundesgesetze als Prüfungsmaßstab inkorporiert und die einfachgesetzliche Konkretisierungsvorschrift vor diesem Hintergrund wohlwollend als „verdeutlichend“ aufgefasst werden kann, wird sich im weiteren Verlauf der Untersuchung noch zeigen müssen.

3. Abschnitt: Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis

Die Analyse ausgewählter Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts dokumentiert die Wandlung der Rechtsprechungspraxis für die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen. Aufgrund der institutionellen Bedeutung des

²⁵¹ Pointiert *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11: § 76 Abs. 1 BVerfGG „hat sich in der anschließenden Formulierung schlicht vertan“; zustimmend auch *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 63.

²⁵² *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 720; *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 sowie BVerfGE 127, 293 318); für die gegenteilige Einschätzung von *Rinken*, in: AK-GG, Art. 93 Rn. 27, bei § 78 Satz 1 BVerfGG handele es sich um einen Redaktionsfehler, so dass „Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und § 78 BVerfGG in ausdehnend-korrigierender Interpretation zu lesen“ seien, finden sich keinerlei Anhaltspunkte.

²⁵³ *Söhn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (317).

Bundesverfassungsgerichts und der in § 31 BVerfGG normierten Gesetzeskraft und Bindungswirkung kommt diesen Entscheidungen eine besondere Rolle zu.²⁵⁴ Entsprechend sind auch die höchstrichterlichen Erwägungen bei der Rekonstruktion der Prüfung einer Rechtsverordnung des Bundes zu berücksichtigen.²⁵⁵

Trotz mehr als sechzig Jahren der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bildeten Rechtsverordnungen entgegen ihrer praktischen Bedeutung nur vereinzelt den Antragsgegenstand abstrakter Normenkontrollen.²⁵⁶ Zurückzuführen ist diese Entwicklung insbesondere auf den Charakter des Verfahrens als Kontrollinstrument der parlamentarischen Opposition und Element des Minderheitenschutzes,²⁵⁷ das eine verfassungsgerichtliche Kontrolle des formellen Gesetzgebers gewährleistet. Entsprechend wurden daher auch die angegriffenen Rechtsverordnungen des Bundes in den ausgewählten Entscheidungen überwiegend auf Antrag von Landesregierungen zur Überprüfung gestellt.²⁵⁸

Präjudizien zu Rechtsverordnungen finden sich vornehmlich in der frühen sowie der jüngeren verfassungsgerichtlichen

²⁵⁴ Vgl. *Vogel*, Juristische Methodik, S. 113; BVerfGE 40, 88 (94); 115, 97 (108). Prägnant *Sachs*, in: *Sachs*, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 107: „Die Missachtung von Entscheidungen [des Bundesverfassungsgerichts] entgegen der nach § 31 BVerfGG angenommenen Bindungswirkung wird als Verstoß gegen Art. 20 [Abs. 3 GG] eingestuft“.

²⁵⁵ Hierzu insbesondere noch 3. Teil, 1. Abschnitt, I., 2. Zur Reichweite der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Inanspruchnahme der Ermächtigung durch den Ordnungsgeber.

²⁵⁶ In diese Richtung argumentiert auch *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (233); zur überragenden praktischen Bedeutung der Rechtsverordnung in der Rechtspraxis siehe bereits 1. Teil, 3. Abschnitt, I. Die Wesensmerkmale der Rechtsverordnung.

²⁵⁷ Vgl. hierzu *Cancik*, NVwZ 2014, 18 (22); *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 646.

²⁵⁸ Nur in dem zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfahren BVerfGE 136, 69 stellte mit 214 Mitgliedern des Bundestages ein Teil eines Bundesorgans einen Normenkontrollantrag zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle einer Rechtsverordnung.

Rechtsprechungspraxis.²⁵⁹ Bereits in den ersten Entscheidungen entwickelte das Bundesverfassungsgericht das Modell einer Vorfragenkonstruktion,²⁶⁰ die strukturell zu einer Zweiteilung der Begründetheitsprüfung führt.²⁶¹ Die Legehennenentscheidung lässt sich nicht zuletzt angesichts ihrer intensiven rechtswissenschaftlichen Rezeption²⁶² als Zäsur der bis dahin bestehenden Rechtsprechungslinie begreifen und verdient schon deshalb eine vertiefte rechtliche Würdigung.²⁶³ Die jüngeren Entscheidungen bezwecken weniger eine Konkretisierung der Vorfragenkonstruktion, sondern treffen etwa Aussagen zum entscheidenden Verfahrensgegenstand bei der Normenkontrolle einer Rechtsverordnung des Bundes²⁶⁴ und erlauben Rückschlüsse, unter welcher Prämisse Art. 80 Abs. 1 GG überhaupt Prüfungsmaßstab einer Rechtsverordnung des Bundes sein kann.²⁶⁵

I. Die frühe verfassungsgerichtliche Kontrolle von Rechtsverordnungen

Die Frühphase der Verfassungsrechtsprechung stand im Zeichen der Bestimmung des Status des Bundesverfassungsgerichts im

²⁵⁹ Soweit ersichtlich befasste sich das Bundesverfassungsgericht im Rahmen von zwölf Normenkontrollverfahren intensiver mit Rechtsverordnungen: BVerfGE 1, 117; 2, 307; 8, 51; 8, 71; 12, 341; 83, 89; 101, 1; 106, 1; 106, 244; 127, 293; 136, 69; 150, 1. Die Verfahren des 1., 8., 12. 101., 106., 127., 136. und 150. Bandes betrafen Rechtsverordnungen des Reiches bzw. des Bundes, die Entscheidungen des 2., 83. und 106. Bandes hingegen Rechtsverordnungen eines Landes.

²⁶⁰ Hierzu 2. Teil, 3. Abschnitt, I. Die frühe verfassungsgerichtliche Kontrolle von Rechtsverordnungen.

²⁶¹ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (235). Entsprechend auch *Kramer*, JuS 2001, 962 (964 f.); *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 (730); *Grafshof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 50.

²⁶² Vgl. nur die Urteilsbesprechungen bei *Sachs*, JuS 2000, 398 f.; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 ff.; *Kramer*, JuS 2001, 962 ff.

²⁶³ Hierzu 2. Teil, 3. Abschnitt, II. BVerfGE 101, 1 ff. – Hennenhaltungsverordnung.

²⁶⁴ Das Bundesverfassungsgericht umgrenzt in BVerfGE 127, 293 (318) deutlich den zulässigen Antragsgrund für die Überprüfung einer Rechtsverordnung des Bundes im Wege eines abstrakten Normenkontrollverfahrens.

²⁶⁵ Hierzu 2. Teil, 3. Abschnitt, III. Die jüngere verfassungsgerichtliche Kontrolle von Rechtsverordnungen.

deutschen Verfassungs- und Rechtssystem.²⁶⁶ Die materiellrechtliche Entwicklung des noch jungen Verfassungsrechts wurde durch zentrale grundrechts- und verfassungsdogmatische Weichenstellungen maßgeblich geprägt.²⁶⁷ In dieser Tradition steht auch die frühe verfassungsgerichtliche Überprüfung von Rechtsverordnungen, in deren Verlauf grundsätzliche Ausführungen und verfahrensrechtliche Konkretisierungen etwa zu Antragsgegenstand und Antragsbefugnis ergingen.²⁶⁸

Die ursprünglich für die Überprüfung einer Rechtsverordnung eines Landes entwickelte Vorfragenkonstruktion²⁶⁹ konturiert durch eine scharfe Trennung in Vor- und Hauptfrage bereits früh den spezifischen Prüfungsablauf zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Rechtsverordnungen. Seitdem ist diese Zweiteilung charakteristisch für die Kontrolle von Verordnungen durch das Bundesverfassungsgericht und verleiht der inhaltlichen Überprüfung im Rahmen der Begründetheit eine methodische Stringenz.

1. BVerfGE 1, 117 ff. – *Finanzausgleichsgesetz*

1952 musste der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts auf Antrag der Landesregierung von Baden-Württemberg und des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg in einem Normenkontrollverfahren erstmals über die Wirksamkeit einer Rechtsverordnung des Bundes befinden.

a) Der Hintergrund der Entscheidung: Regelungen zum horizontalen Finanzausgleich

Anlass des Verfahrens bildeten das Finanzausgleichsgesetz (FAG)²⁷⁰ und die nach § 22 FAG mit Zustimmung des Bundesrats

²⁶⁶ Weiterführend hierzu *Menzel*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, S. 1 (16).

²⁶⁷ Instrukтив der Überblick bei *Hesse*, JöR N. F. Bd. 46 (1998), 1 (10 ff.).

²⁶⁸ Exemplarisch sei nur auf BVerfGE 1, 117 ff. verwiesen.

²⁶⁹ Siehe 2. Teil, 3. Abschnitt, I., 2. BVerfGE 2, 307 ff. – Gerichtsbezirke.

²⁷⁰ Gesetz über den Finanzausgleich unter den Ländern im Rechnungsjahr 1950 vom 16. März 1951 (BGBl. I S. 198).

ergangene Durchführungsverordnung (DVO)²⁷¹ zum Zwecke des horizontalen Finanzausgleichs. Das auf Art. 106 Abs. 4 GG a. F. gestützte Finanzausgleichsgesetz verfolgt die sachgemäße Verteilung öffentlicher Einnahmen unter den Ländern. Die konkretisierende Durchführungsverordnung regelt insbesondere Zahlungsmodalitäten, Verteilung und Verrechnung der erzielten Beiträge.²⁷² Nach Auffassung der Antragsteller waren sowohl das Finanzausgleichsgesetz als auch die Durchführungsverordnung mit dem Grundgesetz unvereinbar und daher nichtig.²⁷³

b) Das Urteil des Ersten Senats vom 20. Februar 1952

Das Bundesverfassungsgericht wies den Normenkontrollantrag als unbegründet zurück und erklärte das Finanzausgleichsgesetz und die zugehörige Durchführungsverordnung für mit dem Grundgesetz vereinbar.²⁷⁴ Da die Antragsgegenstände „in so engem konstruktiven Zusammenhang“²⁷⁵ standen, verzichtete das Gericht innerhalb der Begründetheit auf eine getrennte Prüfung des formellen Bundesgesetzes und der Rechtsverordnung des Bundes.

Ohne das Finanzausgleichsgesetz einer weiteren Kontrolle in formeller Hinsicht zu unterziehen, bejahte der Senat die Vereinbarkeit mit Art. 106 Abs. 4 GG a. F. unter Berücksichtigung von Entstehungsgeschichte und Verfassungsprinzipien und verwarf die übrigen Argumente der Antragsteller. Im Kontext zu Art. 106 Abs. 4 GG a. F. wurde auch die Treuhänderrolle des Bundes bei der Verwaltung bundesfremder Mittel gebilligt, die

²⁷¹ Erste Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über den Finanzausgleich unter den Ländern im Rechnungsjahr 1950 vom 26. Juni 1951 (BGBl. I S. 408).

²⁷² Anschaulich BVerfGE 1, 117 (122 f.).

²⁷³ Die Landesregierung Baden-Württembergs rügte unter anderem Verstöße gegen das in Art. 20 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG verbürgte Bundestaatsprinzip, die Wahrung von Gesetzgebungskompetenzen und den Gleichheitsgrundsatz, BVerfGE 1, 117 (124 f.).

²⁷⁴ BVerfGE 1, 117 (118).

²⁷⁵ BVerfGE 1, 117 (143).

allerdings eine Pflicht zur unverzüglichen Weiterleitung der Mittel beinhalte.²⁷⁶

Auf dieser Grundlage erwiesen sich dann die Regelungen in § 7 DVO nicht als grundgesetzwidrig. Dabei konnte „dahingestellt bleiben, ob das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Art. 80 und 20 Abs. 3 GG allgemein zu prüfen hat, ob eine Verordnung sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung hält. Im vorliegenden Falle deckt die Ermächtigung des § 22 FAG die Regelung, die § 7 der Ersten Durchführungsverordnung für den Zahlungsverkehr unter den ausgleichspflichtigen und ausgleichsberechtigten Ländern über die Bundeshauptkasse getroffen hat.“²⁷⁷

c) Die Prüfungspflicht auf Vereinbarkeit bloß materieller Gesetze mit höherrangigem Recht

Neben klarstellenden Ausführungen zu Rechtsverordnungen als tauglichen Antragsgegenständen²⁷⁸ und bedeutsamen Anmerkungen zum Finanzausgleich²⁷⁹ ging das Bundesverfassungsgericht erstmals detaillierter auf den Inhalt seiner Prüfungspflicht bei der Vorlage von Rechtsverordnungen des Bundes ein. Da sich die Durchführungsverordnung innerhalb des durch das Finanzausgleichsgesetz gesteckten Rahmens bewegte, konnte der Senat noch offenlassen, ob im Rahmen eines angestrebten Normenkontrollverfahrens die Gültigkeit einer Rechtsverordnung allgemein an dem einfachgesetzlichen Gesetzesvorbehalt gemäß Art. 80 Abs. 1 GG bzw. Art. 20 Abs. 3 GG zu messen ist.²⁸⁰

Anhand dieser Feststellung lassen sich für die weitere Untersuchung zunächst folgende Erkenntnisse festhalten: Die verfassungsgerichtliche Kontrolle einer Rechtsverordnung des Bundes

²⁷⁶ Ausführlich BVerfGE 1, 117 (138 f.).

²⁷⁷ BVerfGE 1, 117 (139). Bereits in diesem Zusammenhang hätte das Bundesverfassungsgericht eine mittelbare Verletzung der Verfassung in Erwägung ziehen können, so *Petalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11.

²⁷⁸ Siehe bereits BVerfGE 1, 117 – Leitsatz 4.

²⁷⁹ Vgl. die Einschätzung bei *Inbester*, NVwZ 1993, 137 (143 f.); *Scheffczyk*, JuS 2013, 124 (126).

²⁸⁰ *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 (730); *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (235).

im Wege der abstrakten Normenkontrolle beinhaltet unter Umständen auch eine Prüfung der Verordnung auf ihre Vereinbarkeit mit der einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Ob sich diese Prüfungspflicht aus Art. 80 Abs. 1 GG bzw. Art. 20 Abs. 3 GG ergibt, bleibt aber noch ebenso ungeklärt wie die möglichen Rechtsfolgen eines negativen Ausgangs der Prüfung.²⁸¹ Auch bleibt offen, ob dieser Prüfungsschritt lediglich eine verfahrensbedingte Reaktion auf die besondere Natur des Vorlagengegenstandes als Erzeugnis delegierter Rechtsetzung beinhaltet oder eine konstituierende Bedingung für die Gültigkeit einer Rechtsverordnung bildet. Inwiefern der Verstoß gegen vorrangiges Unterverfassungsrecht als mittelbare Verfassungswidrigkeit für die Begründetheit der Normenkontrolle ausreicht, konnte offenbleiben, da das Bundesverfassungsgericht von einer Deckung der Ermächtigung mit der Verordnung ausging und noch weitere, unmittelbare Verfassungsverstöße zu prüfen waren.²⁸²

Letztlich hat die Entscheidung zwar nur geringe Aussagekraft für den Prüfungsmaßstab für bloß materielle Bundesgesetze. Sie offenbart jedoch die Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bestimmung des Prüfungsmaßstabs von Rechtsverordnungen und deutet die behutsam tastende Vorgehensweise bei dieser Entwicklung an. Das Urteil bildet damit eine bedeutende Referenz für die Konkretisierung und Ausfüllung der eigentlichen Vorfragenkonstruktion durch die Rechtsprechung.²⁸³

2. BVerfGE 2, 307 ff. – Gerichtsbezirke

Der nächste Beschluss hebt sich von den übrigen Entscheidungen insofern ab, als dass der Antragsgegenstand nicht eine Verordnung des Bundes, sondern eine Verordnung eines Landes, und

²⁸¹ Hierzu noch ausführlich 3. Teil, 1. Abschnitt, I., 2. Zur Reichweite der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Inanspruchnahme der Ermächtigung durch den Ordnungsgeber.

²⁸² Vgl. hierzu schon Geiger, BVerfGG, § 76 Anm. 6.

²⁸³ Allerdings verweist BVerfGE 101, 1 (30) ausdrücklich auf BVerfGE 1, 117 (126) nur für die Klarstellung, dass auch Rechtsverordnungen tauglicher Antragsgegenstand des abstrakten Normenkontrollverfahrens sein können.

zwar des Niedersächsischen Landesministeriums ist. Dessen ungeachtet sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts für die dogmatischen Ausführungen in der Legehennen-Entscheidung wegweisend.²⁸⁴

a) Der Hintergrund der Entscheidung: Festlegung von Gerichtsbezirken

Die Niedersächsische Landesregierung beantragte die Feststellung, dass die auf Grund des § 1 Abs. 2 der Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung²⁸⁵ ergangene Verordnung über die Änderung der Landgerichtsbezirke Bückeburg und Hannover²⁸⁶ mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Ausgang des Verfahrens war eine Große Anfrage der Landtagsfraktion der FDP hinsichtlich der Rechtfertigung einer Änderung der Landgerichtsbezirke Bückeburg und Hannover durch Verwaltungsanordnung.²⁸⁷ Inhaltlichen Schwerpunkt des Verfahrens bildete die Frage, ob die Änderung von Gerichtsbezirken eine bloße Organisationsangelegenheit darstelle²⁸⁸ oder dem Vorbehalt des Gesetzes unterliege.²⁸⁹

b) Der Beschluss des Ersten Senats vom 10. Juni 1953

Das Bundesverfassungsgericht wies den Normenbestätigungsantrag als unbegründet zurück, da sich die Verordnung aus formellen

²⁸⁴ BVerfGE 101, 1 (31); im Übrigen greifen auch BVerfGE 8, 51 (61); 8, 71 (75) auf BVerfGE 2, 307 (321) zurück, vgl. *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236); *Leibholz/Rupperecht*, BVerfGG-Rechtsprechungskommentar, § 76 Rn. 7.

²⁸⁵ Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung vom 20. März 1935 (RGBl. I S. 403).

²⁸⁶ Verordnung des Niedersächsischen Landesministeriums über die Änderung der Landgerichtsbezirke Bückeburg und Hannover vom 8. Juli 1952 (GVBl. S. 67).

²⁸⁷ BVerfGE 2, 307 (308) unter Verweis auf LT-Drs. 2/711.

²⁸⁸ So zumindest die von der Niedersächsischen Landesregierung vertretene Ansicht, BVerfGE 2, 307 (309).

²⁸⁹ Diesen Standpunkt vertritt im Ergebnis das Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 2, 307 – Leitsatz 4.

Gründen nicht mit dem Grundgesetz vereinbaren ließ und stellte deren Nichtigkeit nach § 78 S. 1 BVerfGG fest.²⁹⁰

Nach Ausführungen zur Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung zur Änderung eines Gerichtsbezirks aufgrund des Gesetzesvorbehalts rückte die Verordnung des Landes in den eigentlichen Fokus der Prüfung. Hierbei sah sich das Gericht zunächst zu der Prüfung angehalten, ob der Inhalt der Verordnung von der geltend gemachten Ermächtigungsgrundlage gedeckt wird.²⁹¹ Die zur Bestätigung gestellte Rechtsverordnung des Landes erfüllte zwar den Wortlaut des ermächtigenden § 1 Abs. 2 der Verordnung vom 20. März 1935, jedoch war diese Ermächtigung ihrerseits wegen Art. 129 Abs. 3 GG bereits erloschen. Damit erging die Verordnung des Landesministeriums ohne die erforderliche Ermächtigungsgrundlage und war daher mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.²⁹²

c) Die Entwicklung der Vorfragenkonstruktion in unmittelbarer Abgrenzung zur Richtervorlage

In einem *obiter dictum* begründete das Bundesverfassungsgericht erstmals seine Prüfungszuständigkeit und -pflicht für die Frage, ob die für eine Rechtsverordnung in Anspruch genommene Ermächtigung besteht. Diese Feststellung traf der Senat in ausdrücklicher Abgrenzung zu einem wenige Monate zuvor ergangenen Beschluss in einem konkreten Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG.²⁹³ Dort erkannte das Gericht auf Unzulässigkeit der Richtervorlage, da eine mangels Ermächtigung bereits unwirksame Landesnorm Bundesrecht schon nicht verletzen kann.²⁹⁴ Bedingt durch die anlassbezogene Natur der

²⁹⁰ BVerfGE 2, 307 (313, 336).

²⁹¹ BVerfGE 2, 307 (320 f.).

²⁹² BVerfGE 2, 307 (336). Zum umstrittenen Stichtag des Erlöschens der Ermächtigungsnorm vgl. allgemein *Sachs*, in: *Sachs*, GG-Kommentar, Art. 129 Rn. 12 f.

²⁹³ BVerfGE 1, 202 des Ersten Senats vom 20. März 1952 betraf die Frage, ob eine Verordnung eines Landes mit einer in Bundesrecht umgewandelten Verordnung des Reiches vereinbar sei.

²⁹⁴ BVerfGE 1, 202 (205 f.).

Richtervorlage als Ausgangspunkt eines konkreten Rechtsstreits lässt sich diese Folgerung jedoch nicht auf das abstrakte Normenkontrollverfahren übertragen. Denn der Prozessbeschluss zu der angestrebten konkreten Normenkontrolle wurzelte letztlich in dem eingeschränkten Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts, nach dem nur formelle Gesetze vorlagefähig sind.²⁹⁵ Über die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsverordnung in positiver als auch negativer Hinsicht und deren Anwendung im konkreten Fall haben die Fachgerichte selbst zu entscheiden.²⁹⁶ Diesen ist grundsätzlich die Prüfung und Entscheidung vorbehalten, ob eine Rechtsverordnung von der geltend gemachten Ermächtigungsgrundlage gedeckt wird. Da eine allgemeinverbindliche Verwerfungsbefugnis letztlich aber allein dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist, verwies der Erste Senat die Exekutivbehörden zur Erwirkung einer allgemeinverbindlichen Entscheidung über die Gültigkeit einer Rechtsverordnung auf das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle.²⁹⁷

Zu einer derartigen fachgerichtlichen Vorklärung kommt es bei der von einem konkreten Ausgangsfall losgelösten abstrakten Normenkontrolle jedoch naturgemäß nicht. Vielmehr muss „das Bundesverfassungsgericht diese Frage als Vorfrage selbst entscheiden, da im Rahmen dieses Verfahrens ein anderes für diese Entscheidung zuständiges Organ nicht vorhanden ist.“²⁹⁸ Bedingt durch institutionelle und prozessuale Unzulänglichkeiten sah sich das Gericht gezwungen, eine der ursprünglichsten Kompetenzen der Fachgerichtsbarkeit²⁹⁹ gleichsam in eigener Zuständigkeit wahrzunehmen und der eigentlichen verfassungsrechtlichen

²⁹⁵ BVerfGE 1, 202 (206); im Übrigen ständige Rechtsprechung, vgl. nur 1. Teil, 3. Abschnitt, V. Der gerichtliche Rechtsschutz gegen fehlerhafte Rechtsverordnungen mit weiteren Nachweisen.

²⁹⁶ BVerfGE 1, 202 (206); vgl. hierzu bereits 1. Teil, 2. Abschnitt, III., 3. Die gerichtliche Verwerfungskompetenz.

²⁹⁷ Dieses Vorgehen empfiehlt sich insbesondere zur Vermeidung von „Rechtsunsicherheit oder Rechtszersplitterung“, so BVerfGE 1, 202 (206).

²⁹⁸ BVerfGE 2, 307 (321).

²⁹⁹ Vgl. hierzu auch schon 1. Teil, 2. Abschnitt, III., 2. Die originären Zuständigkeiten der Fachgerichtsbarkeit.

Überprüfung der vorgelegten Rechtsverordnung vorzulagern. Die Vorfrage konzentrierte sich allein auf das Verhältnis von untergesetzlicher und ermächtigender Norm. Trotz der Beanspruchung einer umfangreichen subsidiären Prüfungszuständigkeit erschöpfte sich die Vorfrage dann aber bereits in der Feststellung, dass die materielle Norm abstrakt zumindest vom Wortlaut der Ermächtigung gedeckt wird.³⁰⁰ Für den weiteren Prüfungsablauf überspitzt formuliert *kann* die wegen (noch) bestehender Ermächtigung *wirksame* Landesnorm eine Bundesnorm (oder das Grundgesetz) *noch verletzen*.³⁰¹

Erst nach der „vorinstanzlichen“ Kontrolle richtete sich der Fokus auf die eigentliche verfassungsgerichtliche Prüfung der vorgelegten Landesvorschrift. Diese Hauptprüfung nutzte das Bundesverfassungsgericht vornehmlich zur Klärung der im Schrifttum bestehenden Kontroversen zum Erlöschen vorkonstitutioneller Ermächtigungen nach Art. 129 Abs. 3 GG.³⁰² Aus der in Art. 129 Abs. 3 GG angeordneten Rechtsfolge des Erlöschens der Ermächtigung schlussfolgerte der Senat die förmliche Unvereinbarkeit des § 1 der vorgelegten Verordnung mit dem Grundgesetz.³⁰³ Den Erlass einer Rechtsverordnung ohne gesetzliche Grundlage wertete das Bundesverfassungsgericht somit als Verstoß gegen das Grundgesetz.³⁰⁴ Ob sich die Erforderlichkeit einer Ermächtigung auch für Rechtsverordnungen eines Landes letztlich unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des Art. 80 Abs. 1 GG oder allgemein aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten lässt, wurde nicht eingehender thematisiert. Dabei

³⁰⁰ BVerfGE 2, 307 (321).

³⁰¹ Formulierung in Anlehnung an BVerfGE 1, 202 (206): „[E]ine schon wegen fehlender Ermächtigung *unwirksame* Landesnorm *kann* eine Bundesnorm *nicht verletzen*“ (Hervorhebung im Original).

³⁰² Besonders die Auslegung der Bestimmung zur „Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsvorschriften an Stelle von Gesetzen“ war umstritten. BVerfGE 2, 307 (330 ff.) zufolge sind darunter in Anlehnung an *Erwin Jacobi*, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 236 (248 f.) „gesetzesvertretende Rechtsverordnungen“ zu verstehen.

³⁰³ BVerfGE 2, 307 (336).

³⁰⁴ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236).

verdeutlicht der vorgenommene Prüfungsablauf, dass es sich bei der Vorfragenprüfung nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts um ein zwingendes Verfahrenserfordernis bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen handelt. Denn ansonsten hätte sich das Bundesverfassungsgericht unter Verzicht auf die dogmatische Begründung der Vorfragenkonstruktion bereits auf das umfassendste Argument der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Verordnung ausgehend von Art. 129 Abs. 3 GG beschränken können.³⁰⁵

Die vom Verfassungsgericht gewählte Prüfungsabfolge begegnet allerdings rechtslogischen Bedenken, denn besteht durch die Rechtsfolge des Art. 129 Abs. 3 GG streng besehen bereits kein Grund mehr für die zu erörternde Hauptfrage.³⁰⁶ Nur so lässt es sich auch erklären, dass sich das Bundesverfassungsgericht innerhalb des vorgeschalteten Prüfungsschrittes ausdrücklich auf eine Kontrolle allein am Wortlaut der zugrundeliegenden Ermächtigung zurückzieht.³⁰⁷ Damit entgeht das Bundesverfassungsgericht innerhalb der Vorfrage einer Qualifikation der angegriffenen Norm als unwirksam und erhält sich für die Hauptfrage einen gültigen Prüfungsgegenstand, um mit den entsprechenden rechtlichen Überlegungen über die Vereinbarkeit untergesetzlichen Rechts mit dem Grundgesetz zu entscheiden.³⁰⁸ Das Bundesverfassungsgericht übt die subsidiäre Wahrnehmung fachgerichtlicher Kompetenzen letztlich nur eingeschränkt aus, obwohl es in der für die Begründung der Vorfrage herangezogenen konkreten Normenkontrollentscheidung der Fachgerichtsbarkeit

³⁰⁵ Ähnlich auch *Kramer*, JuS 2001, 962 (963) hinsichtlich der gewählten Prüfungsabfolge in BVerfGE 101, 1.

³⁰⁶ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236) misst der Vorfragenprüfung aufgrund des verfassungsrechtlich angeordneten Erlöschens der Ermächtigung „allenfalls rechtslogische Bedeutung für den Prüfungsablauf“ zu.

³⁰⁷ „§ 1 der Verordnung vom 8. Juli 1952 wird von dem Wortlaut der als Ermächtigung genannten Vorschrift gedeckt“, BVerfGE 2, 307 (321).

³⁰⁸ Die mögliche Inexistenz des vorgelegten Prüfungsgegenstands begründet einen wesentlichen Kritikpunkt der Vorfragenkonstruktion, vgl. hierzu noch ausführlich 2. Teil, 3. Abschnitt, II., 5., a) Die Untauglichkeit des Prüfungsgegenstands bei negativem Ausgang der Vorfrage mit weiteren Nachweisen.

ausdrücklich die Befugnis zuerkannte, die Rechtswirksamkeit einer Rechtsverordnung hinsichtlich Art. 129 Abs. 3 GG zu prüfen.³⁰⁹ Für die Überprüfung und gegebenenfalls Aufhebung von bloß materiellen Gesetzen³¹⁰ und von vorkonstitutionellem Recht ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts allein die Fachgerichtsbarkeit zuständig.³¹¹ Diese generelle Kompetenz ergibt sich aus dem Grundsatz des richterlichen Prüfungsrechts, nach dem jedes Gericht grundsätzlich die Gültigkeit des von ihm als Maßstab herangezogenen Rechts prüfen kann und als Folge der Bindung an höherrangiges Recht im Sinne eines richterlichen Prüfungsauftrags auch prüfen muss.³¹² Doch soweit das Bundesverfassungsgericht diese fachgerichtliche Befugnis lediglich mit einer Wortlautkontrolle bewenden lässt, verkürzt es das richterliche Prüfungsrecht und die richterliche Prüfungspflicht und widerspricht damit der Bindung des Richters an Recht und Gesetz. In der Erhaltung des Antragsgegenstands für die eigentliche Normenkontrolle offenbart dieser Prüfungsschritt rechtslogische Schwächen und ein wesentlicher Kritikpunkt an der Vorfragenkonstruktion ist bereits in dieser Entscheidung angelegt.

3. BVerfGE 8, 51 ff. – Parteienfinanzierung

Zunächst weitete aber der Zweite Senat die ursprünglich an einer Rechtsverordnung eines Landes entwickelte Vorfragenprüfung in seinem zur Parteienfinanzierung ergangenen Urteil auf Verordnungen des Bundes aus.³¹³

³⁰⁹ BVerfGE 1, 202 (205 f.).

³¹⁰ Also Rechtsverordnungen und Satzungen, vgl. BVerfGE 1, 184 (189 f.); BVerfGE 17, 208 (210).

³¹¹ Vgl. BVerfGE 63, 181 (188); 66, 248 (254).

³¹² Vgl. *Graßhof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 51; BVerfGE 66, 313 (319); 88, 118 (125).

³¹³ BVerfGE 8, 51 (61) unter Verweis auf BVerfGE 2, 307 (321).

a) Der Hintergrund der Entscheidung: Staatliche Finanzierung von Parteien

Weitgehende Beachtung erfuhr das Urteil vor allem durch grundlegende Aussagen zur staatlichen Teilfinanzierung politischer Parteien und durch die Entwicklung zweier fundamentaler Bewertungsprinzipien: die Chancengleichheit der Parteien und gleiche Teilhaberechte der Bürger am Prozess der politischen Willensbildung.³¹⁴ Die Hessische Landesregierung hielt Teile des Einkommensteuergesetzes (EStG 1955)³¹⁵ und des Körperschaftsteuergesetzes (KStG 1955)³¹⁶ sowie Teile der jeweils hierauf beruhenden Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV 1955)³¹⁷ und Körperschaftsteuer-Durchführungsverordnung (KStDV 1955)³¹⁸ für unvereinbar mit dem Grundgesetz und beantragte die Feststellung von deren Nichtigkeit. Auch die Zweite Verordnung über den Abzug von Spenden zur Förderung staatspolitischer Zwecke³¹⁹ war Bestandteil des Normenkontrollantrags.³²⁰

b) Das Urteil des Zweiten Senats vom 24. Juni 1958

Dass neben formellen Gesetzen auch Rechtsverordnungen den Antragsgegenstand bilden können, bedurfte keiner besonderen Erwähnung mehr seitens des Bundesverfassungsgerichts. Unter Verweis auf die zuvor vorgestellte Entscheidung dehnte das Gericht mit Hilfe der identischen Argumentation seine Kompetenz zur Vorfragenprüfung von Rechtsverordnungen eines Landes auf

³¹⁴ Gerlach, Bundesrepublik Deutschland, S. 345 f.

³¹⁵ Einkommensteuergesetz in der Fassung vom 21. Dezember 1954 (BGBl. I S. 441).

³¹⁶ Körperschaftsteuergesetz in der Fassung vom 21. Dezember 1954 (BGBl. I S. 467).

³¹⁷ Einkommensteuer-Durchführungsverordnung vom 21. Dezember 1955 (BGBl. I S. 756).

³¹⁸ Körperschaftsteuer-Durchführungsverordnung vom 23. Dezember 1955 (BGBl. I S. 853).

³¹⁹ Zweite Verordnung über den Abzug von Spenden zur Förderung staatspolitischer Zwecke vom 23. Oktober 1956 (BGBl. I S. 836).

³²⁰ BVerfGE 8, 51 (56).

solche des Bundes aus.³²¹ Der anschließenden Vorfragenprüfung hielten die angegriffenen Rechtsverordnungen noch stand.³²²

In der verfassungsrechtlichen Hauptfragenprüfung wurden dann die gesamten streitigen Normen gemeinsam zunächst unter dem Blickwinkel der staatlichen Parteienfinanzierung in formeller und materieller Hinsicht am Grundgesetz geprüft und für verfassungskonform erklärt.³²³ Ebenfalls gemeinsam wurden schließlich Einkommenssteuergesetz, Körperschaftssteuergesetz und die dazugehörigen Durchführungsverordnungen sowohl auf das Grundrecht der politischen Parteien auf Chancengleichheit und auf das Grundrecht des Bürgers auf Gleichheit untersucht und für beide Grundrechte ein Verfassungsverstoß bejaht.³²⁴ Dagegen begegnete die Zweite Verordnung über den Abzug von Spenden zur Förderung staatspolitischer Zwecke keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.³²⁵ Entsprechend erklärte das Bundesverfassungsgericht dann unter gewissen Einschränkungen die übrigen angegriffenen Vorschriften teilweise bzw. vollständig für nichtig.³²⁶

c) Das Erfordernis einer Vorfragenprüfung aus prozessualen und verfahrensrechtlichen Gründen

Beschränkte sich das Bundesverfassungsgericht bei Vornahme seiner ersten Vorfragenprüfung noch für die Vereinbarkeitskontrolle auf den Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften, fiel nun die Vorfragenprüfung bei den drei angegriffenen Rechtsverordnungen des Bundes inhaltlich deutlich umfangreicher aus. So wurden etwa für die Auslegung der § 10 b EstG 1955 und

³²¹ BVerfGE 8, 51 (61); hinsichtlich der zugrundeliegenden Ausführungen zur Entwicklung der Vorfragenkonzeption soeben 2. Teil, 3. Abschnitt, I., 2. BVerfGE 2, 307 ff. – Gerichtsbezirke.

³²² BVerfGE 8, 51 (61 f.).

³²³ BVerfGE 8, 51 (62 f.).

³²⁴ BVerfGE 8, 51 (63 ff.) im Hinblick auf das Grundrecht der politischen Parteien auf Chancengleichheit sowie BVerfGE 8, 51 (68 f.) hinsichtlich des Grundrechts der Bürger auf Gleichheit.

³²⁵ BVerfGE 8, 51 (70).

³²⁶ Zu Umfang und Zeitpunkt der Rechtsfolgen der Nichtigerklärung vgl. BVerfGE 8, 51 (70 f.).

§ 11 Nr. 5 KStG 1955 Ausschussberichte und Sitzungsprotokolle herangezogen.³²⁷ Während sich zuvor die Verordnung eines Landes aber nach Abschluss der Hauptfragenprüfung aufgrund des rückwirkenden Erlöschens der Ermächtigung nicht mit dem Grundgesetz vereinbaren ließ,³²⁸ waren die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen der nun vorgelegten Rechtsverordnungen des Bundes insgesamt nicht zu beanstanden. Entsprechend mussten die Streitgegenständlichen Rechtsverordnungen des Bundes in der anschließenden verfassungsgerichtlichen Hauptprüfung umfassend an verschiedenen Vorgaben des Grundgesetzes direkt gemessen werden. Damit kommt der Vorfragenprüfung in der vorliegenden Entscheidung mehr als nur eine „rechtslogische Bedeutung für den Prüfungsablauf“ zu, da nach Feststellung der Vereinbarkeit der angegriffenen Rechtsverordnungen mit den entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen erst die Prüfung entlang der Verfassung erfolgen konnte.³²⁹

Im Ergebnis dogmatisch konsequent ergibt sich für das Bundesverfassungsgericht die Erforderlichkeit einer vorgeschalteten Vereinbarkeitsprüfung einer Rechtsverordnung unabhängig einer bundesstaatlichen Verbandsstruktur. Zwar sieht sich das Gericht nicht gehalten, diese Ausweitung der Prüfung gesondert zu begründen. Jedoch dürften die Gründe zur Vornahme der Vorfragenprüfung primär in der Natur der Verordnung als Form delegierter Rechtsetzung und der prozessualen Ausgestaltung der abstrakten Normenkontrolle liegen. Da eine richterliche Befassung mit der vorgelegten Norm im abstrakten Normenkontrollverfahren erst durch das Bundesverfassungsgericht erreicht wird, trifft es auch für untergesetzliches Recht auf Bundesebene diese

³²⁷ BVerfGE 8, 51 (61 f.).

³²⁸ Siehe hierzu 2. Teil, 3. Abschnitt, I., 2., c) Die Entwicklung der Vorfragenkonstruktion in unmittelbarer Abgrenzung zur Richtervorlage.

³²⁹ Diese Einschätzung findet sich bei *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236), der in der Urteilsbesprechung der Legehennenentscheidung zur dogmatischen Herleitung der Vorfragenkonstruktion allein BVerfGE 2, 307 berücksichtigt, in der die Rechtsverordnung letztlich nicht die erforderliche gesetzliche Grundlage vorweisen konnte und vom Bundesverfassungsgericht folglich als Verstoß gegen das Grundgesetz gewertet wurde.

fachgerichtliche Vorklärung selbst. Denn anders als in den Verfahren der Verfassungsbeschwerde und der Richtervorlage findet sich auch hier kein in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig aufbereiteter Sachverhalt durch die Ausgangsgerichte.³³⁰ Der vorfrageweise vorzunehmende Prüfungsschritt bei der Kontrolle von Rechtsverordnungen wurzelt einzig in der derivativen Rechtserzeugung materiellen Rechts, das auf Landes- und Bundesebene nicht zuletzt aufgrund der Normativbestimmung des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG unter identischen Vorzeichen entsteht. Innerhalb der Vorfragenprüfung materiellen Landesrechts ist im Vergleich zu materiellen Bundesrecht lediglich die Reichweite tauglicher Delegationsnormen erhöht, da die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage auch Landesrecht umfassen kann.³³¹

4. Das Fazit zur frühen verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle von Verordnungen

Bereits frühzeitig beanspruchte das Bundesverfassungsgericht die Kompetenz, Rechtsverordnungen im Vorfeld der eigentlichen verfassungsgerichtlichen Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit dem ermächtigenden Gesetz zu untersuchen.³³² Dabei verdeutlicht vor allem die erstmalige Begründung und der Argumentationsaufbau eine Entwicklung, die in Abgrenzung zum Institut der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG und der unter anderem hieraus

³³⁰ In BVerfGE 8, 71 (75) nahm das Bundesverfassungsgericht mit Verweis auf BVerfGE 2, 307 (321) ebenfalls eine Vorfragenprüfung einer Verordnung vor. Unter Zustimmung des Ausspruchs des Bundesverwaltungsgerichts bejahte das Bundesverfassungsgericht das rechtswirksame Zustandekommen der Verordnung. Der Umstand, dass der Senat trotz ergebnisgleicher Befassung des Bundesverwaltungsgerichts in einem unabhängigen Verfahren seine Vorfragenkompetenz wahrnahm, verdeutlicht, dass es sich bei der Vorfragenkonstruktion um eine prozessuale Besonderheit der abstrakten Normenkontrolle handelt, die institutionell nur durch das Bundesverfassungsgericht wahrgenommen werden kann.

³³¹ Von Landesorganen erlassene Rechtsverordnungen sind auch dann als Landesrecht einzustufen, wenn die gesetzliche Ermächtigung gemäß Art. 80 Abs. 1 GG auf einem Bundesgesetz beruht, siehe BVerfGE 18, 407 (414).

³³² BVerfGE 2, 307 (320 f.).

abgeleiteten Verwerfungskompetenz für materielles Recht durch die Ausgangsgerichte erfolgte.³³³

Zu Beginn seiner Rechtsprechung zur abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen hatte das Bundesverfassungsgericht noch nicht die Notwendigkeit dieser Verknüpfung gesehen und es bei einer unabhängigen Überprüfung und Beurteilung untergesetzlichen Rechts am Grundgesetz belassen.³³⁴ Die Vereinbarkeit von untergesetzlichen Bundesrecht mit höherrangigem Bundesrecht war für die verfassungsrechtliche Kontrolle des Prüfungsgegenstandes an den Vorgaben des Grundgesetzes rechtslogisch nicht zwingend.³³⁵ Diese Prüfungsabfolge begründete sich wohl vornehmlich in der dominierenden Kontrolle des parlamentsgesetzlichen Antragsgegenstands, während der Überprüfung der materiellrechtlichen Durchführungsverordnungen eine untergeordnete Rolle zukam. Erst mit dem Antrag zur isolierten Normenkontrolle einer Rechtsverordnung wurde die Vorfragenkonstruktion Bestandteil der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und im Anschluss auch bei paralleler Befassung mit formellen Gesetzen als Antragsgegenstand aufrechterhalten.

Das Bundesverfassungsgericht erstrebte durch die Einbeziehung der Vorfragenprüfung für bloß materielle Normen in das abstrakte Normenkontrollverfahren einen gewissen prozessualen und institutionellen Gleichlauf mit der fachgerichtlichen Prüfung. Die Vorfragenprüfung durch das Bundesverfassungsgericht lässt sich aufgrund der prozessual unvermeidbaren Aussparung der Fachgerichtsbarkeit als hilfswise Wahrnehmung des richterlichen Prüfungsrechts begreifen, deren negativer Ausgang mit der fachgerichtlichen Nichtanwendungskompetenz für bloß materielle

³³³ Siehe erneut BVerfGE 2, 307 (321) unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BVerfGE 1, 202 (206).

³³⁴ Vgl. BVerfGE 1, 117 (139 f.); ähnlich im Grundsatz auch *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 (731).

³³⁵ Dieser Auffassung grundsätzlich auch *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67; *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 (731).

Normen bewahrt ist.³³⁶ Doch unterliegt die Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts materiellrechtlichen Einschränkungen, da sich die Vereinbarkeitskontrolle auf die Wirksamkeit der untergesetzlichen Norm im Verhältnis zur gesetzlichen Ermächtigung beschränkt und nicht die Gesamtheit der formellen Rechtmäßigkeitskriterien umfasst.³³⁷

Um in der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts zu bleiben, handelt es sich bei der Vorfragenprüfung zur Bestimmung der Gültigkeit der Rechtsverordnung auf Grund einer wirksamen Ermächtigung um die notwendige Erfüllung originär fachgerichtlicher Kompetenzen, die im Rahmen der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zu einer Aussetzung des anhängigen Verfahrens führt und die Vorlage der entscheidungserheblichen Norm erfordert.³³⁸ Die anschließende eigentliche Hauptfrage ist dann die mit Art. 100 Abs. 1 GG vergleichbare Wahrnehmung exklusiver verfassungsgerichtlicher Kompetenzen, die Kernaufgabe des abstrakten Normenkontrollverfahrens. Aufgrund der abstrakten Natur des Normenkontrollverfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ohne fachgerichtlicher Vorbefassung vereinigen sich bei der Überprüfung von Rechtsverordnungen originäre Kompetenzen der Fachgerichtsbarkeit mit verfassungsgerichtlichen Kompetenzen beim Bundesverfassungsgericht.

Die in BVerfGE 2, 307 angestellten Überlegungen bilden auch für die neueren Entscheidungen immer noch den wichtigsten Bezugspunkt für die schlagwortartige Rechtfertigung einer im Vorfeld vorzunehmenden Kontrolle, da sie nämlich größtenteils auf diesen Beschluss verweisen.³³⁹ Gemeinsam ist den bereits untersuchten Vorfragenprüfungen, dass die angegriffenen

³³⁶ Hierzu bereits ausführlich 1. Teil, 2. Abschnitt, III., 3., b) Die fachgerichtliche Nichtanwendungskompetenz für untergesetzliche Normen.

³³⁷ Diesen Kritikpunkt greift auch *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 61, 59 auf.

³³⁸ Vgl. BVerfGE 1, 202 (205 f.), in deren Verlauf das Bundesverfassungsgericht zunächst die Wirksamkeit der (unzulässig) vorgelegten Rechtsverordnung unterstellte, um im Anschluss zusätzlich Ausführungen zu dem tauglichen Vorlagegegenstand der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG zu treffen.

³³⁹ Vgl. BVerfGE 8, 51 (61); 101, 1 (31); 127, 293 (320).

Rechtsverordnungen zunächst durch die ermächtigenden Normen vom Wortlaut bzw. inhaltlich gedeckt sind und damit nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts noch Prüfungsgegenstand einer weiteren Kontrolle sein können. Für Rückschlüsse auf den weiteren Verfahrensablauf für die anschließende Hauptfrage bei negativem Ausgang der Vorfrage ist somit noch auf zusätzliche Entscheidungen zu rekurrieren.³⁴⁰ Vor allem wird sich noch zeigen, ob die Kontrolle einer untergesetzlichen Verordnung anhand formeller Kriterien sich in einer rein institutionellen Entscheidung zur Wahrnehmung fachgerichtlicher Kompetenzen erschöpft oder letztlich nur die Vorwegnahme eines zentralen Prüfungsauftrages der abstrakten Normenkontrolle darstellt.³⁴¹ Ein Erkenntnisgewinn hinsichtlich der Frage, ob Rechtsverordnungen grundsätzlich auch umfassend an formellen Bundesgesetzen zu messen sind, lässt sich aus der Urteilsdurchsicht der frühen Verfassungsrechtsprechung nicht entnehmen. Die Vorfragenkonstruktion dient bisher nämlich lediglich der Bestimmung, ob ein gültiger Antragsgegenstand für die anschließende Begründetheitsprüfung vorliegt, ohne den tauglichen Prüfungsmaßstab von Rechtsverordnungen des Bundes abschließend zu benennen.

II. BVerfGE 101, 1 ff. – Hennenhaltungsverordnung

Das Urteil vom 6. Juli 1999 zur Hennenhaltungsverordnung bildet eine inhaltliche Zäsur in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen. Denn erstmals seit Konzeption der Vorfragenkonstruktion findet eine angegriffene Rechtsverordnung in der parlamentsgesetzlichen Ermächtigung keine Grundlage.³⁴² Schon vor Erlass des Urteils hatten Teile der Literatur Bedenken gegen die Vereinbarkeit der Verordnung mit höherrangigem Recht

³⁴⁰ Siehe hierzu sogleich 2. Teil, 3. Abschnitt, II., 3., a), cc) Negativer Ausgang der Vorfragenprüfung.

³⁴¹ Zu den ersten Andeutungen des Bundesverfassungsgerichts zu der besonderen Bedeutung der Vorfragenkonstruktion siehe 2. Teil, 3. Abschnitt, III., 1., c) Die Verfassungserheblichkeit der Vorfragenkonstruktion.

³⁴² Vgl. BVerfGE 101, 1 (30).

geäußert.³⁴³ Weitreichende Beachtung erfuhr die Entscheidung aber nicht nur durch die Rezeption der Vorfragendogmatik, sondern vor allem aus tierschutzrelevanten Aspekten.³⁴⁴ Auch führte die im Rahmen der Vorfragenprüfung vorgenommene materielle Rechtmäßigkeitsprüfung am Maßstab des Tierschutzgesetzes zu einer neuen Auslegung einzelner Vorschriften.³⁴⁵

1. Der Hintergrund der Entscheidung: Haltung von Legehennen

Die moderne Intensivtierhaltung ist seit ihrer Entstehung in den 1960er Jahren in Politik und Gesellschaft umstritten und Gegenstand intensiver Diskussionen.³⁴⁶ Insbesondere die Käfigbatteriehaltung wird aus tierschutzrechtlichen Gesichtspunkten kritisch gesehen und wurde wiederholt Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.³⁴⁷ Dennoch wurde diese „industrielle Ausrichtung“³⁴⁸ der Haltung von Legehennen durch die Verordnung des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten zum Schutz von Legehennen bei Käfighaltung (HHVO)³⁴⁹ legalisiert. Als Ermächtigungsgrundlage stützte sie sich ihrem Vorspruch

³⁴³ *Maisack*, NVwZ 1997, S. 761 ff.; *Schäfrich*, in: Anwaltshandbuch Agrarrecht, Rn. 226.

³⁴⁴ *Kerscher*, Bonn muß neue Verordnung ausbrüten, Süddeutsche Zeitung vom 7. Juni 1999, S. 2; *Gelinsky*, Vorschriften zur Käfighaltung nichtig, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 7. Juni 1999, S. 1; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (233); *Kramer*, JuS 2001, 962; eingehend auf die tierschutzrechtlichen Fragestellungen von *Loeper*, DÖV 2001, 370 ff.

³⁴⁵ *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG-Kommentar, § 2 TierSchG Rn. 12; *Schäfrich*, in: Anwaltshandbuch Agrarrecht, Rn. 228; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz-Kommentar, Vor §§ 12–15 TierSchNutztV Rn. 2.

³⁴⁶ *Ogorek*, NVwZ 2016, 1433 ff. bietet einen Überblick über Entwicklung und juristische Aufarbeitung der Nutztierhaltung bis in die neuere Zeit.

³⁴⁷ *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz-Kommentar, Vor §§ 12–15 TierSchNutztV Rn. 1; *Kramer*, JuS 2001, 962 mit Beispielen aus der Rechtsprechung. Aus neuerer Zeit zur Rechtswidrigkeit der massenhaften Tötung von Eintagsküken nur Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 20. Mai 2016 – 20 A 530/15, BeckRS 2016, 46154; Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 20. Mai 2016 – 20 A 488/15, BeckRS 2016, 46153.

³⁴⁸ BVerfGE 101, 1 (3).

³⁴⁹ Verordnung zum Schutz von Legehennen bei Käfighaltung (Hennenhaltungsverordnung) vom 10. Dezember 1987 (BGBl I S. 2622)

zufolge auf § 2 a Abs. 1 in Verbindung mit § 16 b Abs. 1 Satz 2 TierSchG. Nachdem unter anderem die Vertretung des Landes Nordrhein-Westfalen im Bundesrat ihre Zustimmung versagte,³⁵⁰ beantragte die Landesregierung Nordrhein-Westfalen bereits im Jahre 1990 im Wege der abstrakten Normenkontrolle, die Hennenhaltungsverordnung wegen Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht für nichtig zu erklären.³⁵¹

2. Systematisierung der maßgeblichen Rechtsquellen

Die für die gerichtliche Kontrolle tierrechtlich relevanten Rechtsquellen sind in zwei verschiedenen Rechtskreisen angesiedelt.³⁵² Dem auf internationaler Ebene unter dem Dach des Europarates zustande gekommenen Europäischen Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen trat die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG durch Zustimmungsgesetz (ETÜ) bei.³⁵³ Es regelt Haltung, Pflege und Unterbringung von Tieren in modernen Intensivhaltungssystemen und stellt hierzu Grundsätze des Tierschutzes auf (Art. 3 bis Art. 7 ETÜ), die von den Vertragsparteien zu befolgen sind (Art. 2 ETÜ). Darüber hinaus richtete der Europarat auf Grundlage des Art. 8 ETÜ einen Ständigen Ausschuss ein, dem nach Art. 9 ETÜ die Ausarbeitung und Annahme von Empfehlungen zur Konkretisierung der erwähnten allgemeinen Grundsätze obliegt, zu deren Umsetzung die

³⁵⁰ BVerfGE 101, 1 (12) unter Verweis auf BR-Drs. 219/87 (Beschluss) zu den Änderungswünschen des Bundesrates; zum Abstimmungsverhalten im Bundesrat, vgl. BR-Sitzungsbericht vom 27.11.1987, S. 429 (C).

³⁵¹ Von Loeper, DÖV 2001, 370; kritisch im Hinblick auf die lange Verfahrensdauer Müller-Terpitz, DVBl. 2000, 232 f.

³⁵² Vgl. zur Rechtsentwicklung auch Lorz/Metzger, Tierschutzgesetz-Kommentar, Vorbemerkung TierschNutzV Rn. 3 f.; Schäfrich, in: Anwaltshandbuch Agrarrecht, Rn. 170 ff.

³⁵³ Gesetz zu dem Europäischen Übereinkommen vom 10. März 1976 zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen vom 25. Januar 1978 (BGBl. II S. 113).

Vertragsparteien verpflichtet sind.³⁵⁴ Zur Erfüllung dieser Umsetzungspflicht ermächtigt Art. 2 des deutschen Zustimmungsgesetzes den Bundeslandwirtschaftsminister, Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen.³⁵⁵ Im Jahre 1986 nahm der Ständige Ausschuss eine (im Jahre 1995 revidierte) Empfehlung für die Haltung von Legehennen an, um den Vertragsstaaten zur innerstaatlichen Umsetzung Vorschläge für artgerechte Bewegungsfreiheit und gemeinsame Fressmöglichkeit zu unterbreiten.³⁵⁶

Sachlich berührte sich die Empfehlung mit den Anforderungen der auf unionsrechtlicher Ebene ergangenen Richtlinie 88/166/EWG zur Festsetzung von Mindestanforderungen zum Schutz von Legehennen in Käfigbatteriehaltung.³⁵⁷ Die maßgeblichen tierschutzrechtlichen Vorgaben betreffen unter anderem die zulässige Käfigbodenfläche und erforderliche Futtertroglänge. Auf nationaler Ebene befolgte der deutsche Verordnungsgeber unter Zustimmung des Bundesrates seine vertragliche Umsetzungspflicht insoweit richtliniengetreu durch Erlass der Hennenhaltungsverordnung.³⁵⁸

³⁵⁴ *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG-Kommentar, Einf. Rn. 30 f.; ausführlich hierzu auch BVerfGE 101, 1 (6 ff.).

³⁵⁵ Die gesetzliche Ermächtigung im Wortlaut: „Der Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten wird ermächtigt, Empfehlungen des Ständigen Ausschusses nach Artikel 9 Abs. 1 des Übereinkommens über die Anwendung der in Kapitel I des Übereinkommens niedergelegten Grundsätze durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates innerstaatlich durchzusetzen.“

³⁵⁶ Empfehlung in Bezug auf Haushühner der Art *Gallus Gallus*, angenommen vom Ständigen Ausschuss am 28. November 1995 auf seiner 30. Sitzung, in deutscher Sprache amtlich bekannt gemacht am 7. Februar 2000, Bundesanzeiger Nr. 89a vom 11. Mai 2000.

³⁵⁷ Richtlinie 88/166/EWG des Rates vom 7. März 1988 betreffend das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C 131/86 (Nichtigkeitsklärung der Richtlinie 86/113/EWG des Rates vom 25. März 1986 zur Festsetzung von Mindestanforderungen zum Schutz von Legehennen in Käfigbatteriehaltung) (ABIEG Nr. L 74, S. 83). Zur Auslegung der Richtlinie entschied der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtssache C 128/94 nach Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts, dass auch strengere nationale Vorgaben zur Käfigbatteriehaltung zulässig seien.

³⁵⁸ *Kramer*, JuS 2001, 962 (963).

Im deutschen Recht finden sich die für die Hennenhaltung maßgeblichen Regelungsgegenstände vornehmlich im Tierschutzgesetz³⁵⁹. Es enthält Bestimmungen allgemeiner Art in § 1 TierSchG, der den Schutz des Tieres zum Gesetzeszweck erhebt und allgemein das Zufügen von Schmerzen, Leiden oder Schäden ohne vernünftigen Grund sanktioniert.³⁶⁰ Dazu fordert § 2 TierSchG für die Tierhaltung eine artgerechte Ernährung und Pflege sowie verhaltensgerechte Unterbringung.³⁶¹ Zur weiteren Konkretisierung dieser Vorgaben und soweit zum Schutz des Tieres erforderlich, ermächtigt § 2a TierSchG das Landwirtschaftsministerium zum Erlass von Rechtsverordnungen, die der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.³⁶²

3. Das Urteil des Zweiten Senats vom 6. Juli 1999

Die Zulässigkeit des Normenkontrollantrags nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff BVerfGG gestaltete sich unproblematisch. Sowohl die Antragsberechtigung der Landesregierung nach § 76 BVerfGG sowie deren Antragsbefugnis nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG waren zu bejahen.³⁶³ Zusätzlich erging der klarstellende Hinweis, dass abweichend der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG auch Rechtsverordnungen statthafter Antragsgegenstand des Verfahrens sein können.³⁶⁴

Deutlich facettenreicher gerät die Frage der Begründetheit des Normenkontrollantrags: In der bereits gewohnten Zweiteilung der Prüfung untersuchte das Gericht zunächst spezifische Mängel einzelner Bestimmungen der Hennenhaltungsverordnung hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsnorm, um

³⁵⁹ Das zum Zeitpunkt der Urteilsfindung maßgebliche Tierschutzgesetz in der Neufassung vom 18. August 1986 (BGBl I S. 1319).

³⁶⁰ *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz-Kommentar, § 1 TierSchG Rn. 1 ff.; 13 ff.

³⁶¹ Weiterführend *Schäfrich*, in: *Anwaltshandbuch Agrarrecht*, Rn. 198 ff.

³⁶² *Kramer*, JuS 2001, 962 (963); *Schäfrich*, in: *Anwaltshandbuch Agrarrecht*, Rn. 207; *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG-Kommentar, § 2a TierSchG Rn. 2.

³⁶³ Vgl. nur *Kramer*, JuS 2001, 962 (963) unter Betonung der gegenüber § 76 BVerfGG weiteren Fassung der Antragsbefugnis in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.

³⁶⁴ BVerfGE 101, 1 (30) unter Bestätigung der seit BVerfGE 1, 117 (126) bestehenden ständigen Rechtsprechung.

dann zusätzlich wegen der Verletzung des verfassungsrechtlichen Zitiergebots auf einen formellen Mangel abzustellen, der auf die gesamte Verordnung durchschlägt.³⁶⁵

a) Spezifischer Verstoß der speziellen Haltungsverfahren gegen § 2a Abs. 1 TierSchG

Bedenken richteten sich auf einfachgesetzlicher Ebene zunächst gegen § 2 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 und Nr. 7 Satz 1, 1. Halbsatz HHVO hinsichtlich einer Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage des § 2a Abs. 1 TierSchG.

aa) Die Rezeption der Vorfragenkonstruktion

Einleitend befasste sich das Bundesverfassungsgericht mit dem vorgelagerten Problem zum Bestehen einer generellen Prüfungspflicht dahingehend, ob der Inhalt einer Rechtsverordnung des Bundes überhaupt in der einfachgesetzlichen Ermächtigung eine Grundlage findet. Nach Auffassung des Senats berührt die Frage der Übereinstimmung der Verordnung mit ihrer Ermächtigung als bloße Vorfrage nicht unmittelbar das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab.³⁶⁶ Denn nicht zuletzt stellt Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nur Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage und nicht an die aufgrund der Ermächtigung ergangene Verordnung.³⁶⁷ Das Erfordernis dieser Vorfrage ergab sich damit nicht unmittelbar aus dem Grundgesetz.³⁶⁸ Dennoch musste „die Frage nach der Vereinbarkeit der Rechtsverordnung mit dem (einfachen) Bundesrecht in einem Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG vom Bundesverfassungsgericht vorab beantwortet werden“.³⁶⁹

³⁶⁵ *Sachs*, JuS 2000, 398 f.; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (235); *Kramer*, JuS 2001, 962 (964 f.).

³⁶⁶ *Sachs*, JuS 2000, 398; in aller Deutlichkeit BVerfGE 101, 1 (30): „Hierfür ist allerdings das Grundgesetz nicht unmittelbar Prüfungsmaßstab.“

³⁶⁷ BVerfGE 101, 1 (30); diese Einschätzung spiegelt die bisherigen Vorfragenprüfungen in abstrakten Normenkontrollverfahren wider, die sich allein auf das Verhältnis der vorgelegten Rechtsverordnungen mit der jeweiligen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beschränken.

³⁶⁸ Diese Erkenntnis betont etwa auch *Kramer*, JuS 2001, 962 (964).

³⁶⁹ BVerfGE 101, 1 (30 f.).

Denn nach diesem Ansatz war zu prüfen, ob für die eigentliche Normenkontrolle auf Übereinstimmung der Verordnung mit dem Grundgesetz im Vorfeld überhaupt ein gültiger Antragsgegenstand zur Überprüfung gestellt wird. Denn während der Fachgerichtsbarkeit in einem konkreten Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG mangels Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts für untergesetzliche Normen eine entsprechende Kontrollfunktion zukommt, findet sich für das abstrakte Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG kein vergleichbares Organ.³⁷⁰

bb) Die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs der Vorfrage

Die eigentliche Klärung der Vorfrage erforderte zunächst die Bestimmung des hierzu maßgeblichen Prüfungsmaßstabs. Die Hennenhaltungsverordnung bezweckt der zitierten Ermächtigungsgrundlage § 2a Abs. 1 TierSchG zufolge die nähere Bestimmung und Ausgestaltung von Anforderungen an die Tierhaltung nach § 2 TierSchG für den Anwendungsbereich des Haltens von Legehennen in Käfigen (vgl. § 1 Abs. 1 HHVO).³⁷¹ Anhand des gesetzlich vorgezeichneten Rahmens muss der Verordnungsgeber einen Interessenausgleich zur Förderung eines ethisch begründeten Tierschutzes,³⁷² ohne übermäßige Einschränkung der Rechte der Tierhalter, verfolgen.³⁷³ Demgemäß räumte das Gericht zunächst Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 2a TierSchG aus. Schließlich kann ein Parlamentsgesetz nur

³⁷⁰ BVerfGE 101, 1 (31); *Kramer*, JuS 2001, 962 (964), der in Fn. 16 zur Illustration der fachgerichtlichen Verwerfungsbefugnis untergesetzlicher Normen auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Mannheim, NVwZ-RR 1991, 187 (190), verweist. Der Verwaltungsgerichtshof konnte diese „Vorfrage“ allerdings noch offenlassen, da es für den klagenden Landwirt im konkreten Fall auf die Feststellung ankam, ob noch geringere Käfigmaße von § 2a Abs. 1 TierSchG umfasst wären und dies vom erkennenden Gericht im Ergebnis abgelehnt wurde.

³⁷¹ BVerfGE 101, 1 (31).

³⁷² Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff des „ethisch begründeten Tierschutzes“ findet sich bei *Roellecke*, NJW 1999, 3245 (3246), der eine positivrechtliche Trennung von Recht und Moral fordert.

³⁷³ *Kramer*, JuS 2001, 962 (964); BVerfGE 101, 1 (31).

dann eine Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsverordnung bilden, sofern es seinerseits nicht wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz nichtig ist.³⁷⁴

Nach Bejahung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG wurde auf die Einhaltung der nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG aufgestellten Bestimmtheitsanforderungen eingegangen und Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung waren in § 2a TierSchG hinreichend bestimmt.³⁷⁵ Der Bestimmtheitsgrundsatz stellt verfassungsrechtliche Anforderungen an das ermächtigende Parlamentsgesetz, nicht an die hierauf beruhende Rechtsverordnung.³⁷⁶ Auf eine über die Grenzen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hinausgehende Verpflichtung zur Normierung der Intensivhaltung von Legehennen durch den parlamentarischen Gesetzgeber nach Maßgabe der sogenannten Wesentlichkeitstheorie³⁷⁷ erkannte der Senat entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht.³⁷⁸

³⁷⁴ Vgl. bereits BVerfGE 11, 105 (122) sowie statt anderer *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 55 mit weiteren Nachweisen. Dieser umfassenden Konformitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts auch zustimmend *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467).

³⁷⁵ *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467 f.).

³⁷⁶ So auch die ganz herrschende Meinung, vgl. statt vieler nur *Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 35, 46. Diesen Umstand erkennt jedoch *Kramer*, JuS 2001, 962 (964 f.), der die Frage der Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlage mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich in der Hauptfrage verorten möchte. In seiner Urteilsbesprechung lässt er die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Trennung der Anforderungen an ermächtigendes Gesetz und Rechtsverordnung vermissen und verquickt diese in seinem eigenen Prüfungsvorschlag miteinander.

³⁷⁷ Hinsichtlich der Reichweite des Parlamentsvorbehalts verweist die Entscheidung auf BVerfGE 49, 89 (126); 61, 260 (275); 80, 124 (132); 83, 130 (142, 151 f.); vgl. ferner etwa *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 330 ff.; *Sachs*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 117; *Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 156 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 ff.

³⁷⁸ BVerfGE 101, 1 (33 ff.).

cc) Negativer Ausgang der Vorfragenprüfung

Für die Frage, ob die vorgelegten Bestimmungen der Hennenhaltungsverordnung innerhalb des ihnen gesteckten Rahmens bleiben, bemühte der Senat für die Güter- und Interessenabwägung eine Gesamtschau aus den allgemeinen Vorschriften § 2 Nr. 1 und 2 TierSchG und dem Gesetzeszweck des mitherangezogenen § 1 Satz 1 TierSchG.³⁷⁹

Nach grundsätzlichen Ausführungen zu Inhalt und Ziel der tierschutzrechtlichen Regelungen³⁸⁰ gelangte das Bundesverfassungsgericht letztlich zu dem Zwischenergebnis, dass die Vorgaben in § 2 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 und Nr. 7 Satz 1, 1. Halbsatz HHVO zu Mindestbodenfläche und -napflänge nicht der Ermächtigungsgrundlage entsprechen und damit unwirksam sind.³⁸¹ Damit konnten letztlich auch die Fragen offenbleiben, ob die Tierhaltung nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 Nr. 2 HHVO den Tieren Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden im Sinne des § 2 Nr. 2 TierSchG zufügt und ob durch die Regelungen in § 2 Abs. 1 und 2 HHVO weitere artgemäße Bedürfnisse der Legehennen unangemessen zurückgedrängt werden.³⁸² Aufgrund des untrennbaren Gesamtzusammenhangs schlug das rechtliche Schicksal der angegriffenen Teilregelungen § 2 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 und Nr. 7 Satz 1, 1. Halbsatz HHVO auf den gesamten § 2 Abs. 1

³⁷⁹ Der Methodik des Bundesverfassungsgerichts zustimmend *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1468); *Kramer*, JuS 2001, 962 (964).

³⁸⁰ Diese ordnet *Sachs*, JuS 2000, 398 (399) als wenig zielführend ein. Vertiefend zu diesen allgemeinen Erwägungen die Urteilsbesprechung bei *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1468 f.).

³⁸¹ BVerfGE 101, 1 (37 f.); grundsätzlich zustimmend *von Loeper*, DÖV 2001, 370 (371); kritisch zumindest im Hinblick auf die Methodik zur Bestimmung der verhaltensgerechten Unterbringung *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1469); *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (240 f.) sowie *Roellecke*, NJW 1999, 3245 (3246) im Hinblick auf die vom Bundesverfassungsgericht gewählte Wortwahl des ethisch begründeten Tierschutzes.

³⁸² *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG-Kommentar, Vor §§ 12–15 TierSchNutztV Rn. 7; *Sachs*, JuS 2000, 398.

und 2 HHVO durch, die damit insgesamt ihren vollziehbaren Regelungsgehalt verlieren.³⁸³

b) Verstoß der gesamten Hennenhaltungsverordnung gegen das Grundgesetz

Im zweiten Teil der Begründetheit nahm sich der Senat der Prüfung an, ob die Hennenhaltungsverordnung, soweit sie nach dem negativen Ausgang der Vorfragenprüfung „noch Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung“ sein konnte,³⁸⁴ nicht auch gegen das Grundgesetz verstößt. Denn die Hennenhaltungsverordnung begegnete verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Wahrung des Zitiergebots nach Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, das von dem prominenteren Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG zu trennen ist.³⁸⁵ Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG ist in einer bundesrechtlichen Rechtsverordnung deren Rechtsgrundlage anzugeben.³⁸⁶ Die Hennenhaltungsverordnung nennt in ihrem Vorspruch als Ermächtigungsgrundlage lediglich § 2a Abs. 1 in Verbindung mit § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG. Ausweislich der Begründung des Verordnungsentwurfs stützte sich die Hennenhaltungsverordnung aber auch auf Art. 2 ETÜ in Verbindung mit der aufgrund Art. 9 Abs. 3 ETÜ innerstaatlich durchzusetzenden Empfehlung des Ständigen Ausschusses für das Halten von Legehennen der Art *Gallus Gallus*.³⁸⁷ Unter Bezugnahme auf den Zweck des Zitiergebotes, das im gewaltenteilenden System des Grundgesetzes eine verständliche und kontrollierbare Delegation

³⁸³ BVerfGE 101, 1 (37); *Kramer*, JuS 2001, 962 (965) spricht in diesem Zusammenhang auch von der Nichtigkeit der Teilregelungen aufgrund des Gesamtzusammenhangs.

³⁸⁴ So das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 101, 1 (41) mit Hinblick auf den nach seiner Auffassung zwingenden Charakter der Vorfragenkonstruktion zur Bestimmung des tauglichen Antragsgegenstands für die eigentliche verfassungsrechtliche Prüfung.

³⁸⁵ *Sachs*, JuS 2000, 398 (399).

³⁸⁶ Vgl. hierzu bereits 1. Teil, 3. Abschnitt, III., 2. Die Anforderungen an die ausfüllende Rechtsverordnung des Bundes mit weiterführenden Nachweisen zum Zitiergebot.

³⁸⁷ BVerfGE 101, 1 (43).

der Rechtssetzungskompetenz auf die Exekutive in ihren gesetzlichen Grundlagen verfolgt, sah das Bundesverfassungsgericht in der unvollständigen Angabe mehrerer einschlägiger Ermächtigungsgrundlagen eine Verletzung von Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG.³⁸⁸ Da das Zitiergebot als zwingende Verfahrensvorschrift formelle Wirksamkeitsvoraussetzung jeder Rechtsverordnung ist, erklärte das Gericht die unvollständig zitierende Hennenhaltungsverordnung aufgrund dieses formellen Mangels nach § 78 Satz 1 BVerfGG für nichtig.³⁸⁹

Weitere verfassungsrechtliche Fragestellungen, insbesondere ob die zuständige Tierschutzkommission im Verfahren zum Erlass der Hennenhaltungsverordnung ausreichend angehört wurde (§ 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG) und die Rechtsfolgen einer möglicherweise fehlerhaften Anhörung für den Bestand der Rechtsverordnung konnten ebenso offengelassen werden wie die Frage, ob dem Tierschutz Verfassungsrang zukommt.³⁹⁰ Abschließend traf das Bundesverfassungsgericht noch gesonderte

³⁸⁸ BVerfGE 101, 1 (41 f.); vgl. hierzu die vertiefenden und die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ablehnenden Stellungnahmen von *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1469 f.) und *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (237). Ablehnend auch *Schwarz*, DÖV 2002, 852 (855 f.), der dem Ordnungsgeber bei verschiedenen Ermächtigungsgrundlagen ein Wahlrecht zugesteht; im Ergebnis dem Bundesverfassungsgericht wohl zustimmend *Kramer*, JuS 2001, 962 (965); *Sachs*, JuS 2000, 398 (399).

³⁸⁹ BVerfGE 101, 1 (41; 43 f) unter Berufung auf *Wilke*, in: von Mangoldt/Klein, GG-Kommentar (2. Auflage), Art. 80 Anm. XI. 2 d; *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar (Lfg. Nov. 1998), Art. 80 Rn. 328 („formelle Wirksamkeitsvoraussetzung“); *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar (2. Auflage), Art. 80 Rn. 43; *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3 (2. Aufl.), § 64 Rn. 65. Ebenso die Rechtsfolge einer Nichtigkeit bei Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG bejahend *Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 46; *Mann*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 31; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 33; kritisch hinsichtlich der Nichtigkeitsfolge und für ein differenziertes Fehlerfolgensystem *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 305 ff.

³⁹⁰ BVerfGE 101, 1 (44). Mit einer unterlassenen Anhörung der Tierschutzkommission musste sich das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 127, 293 erneut befassen, siehe hierzu noch 2. Teil, 3. Abschnitt, III., 2. BVerfGE 127, 293 ff. – Legehennenhaltung.

Ausführungen zu den Rechtsfolgen der nichtigen Hennenhaltungsverordnung, für die es auf § 79 Abs. 2 BVerfGG rekurrierte.³⁹¹

4. Fachgerichtliche Prüfung im Fokus verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle

Die Entscheidung verleiht dem Tierschutz insbesondere durch die Ausführungen zu § 2 Nr. 1 und Nr. 2 TierSchG eine deutliche Aufwertung.³⁹² Die aufgestellten Grundsätze sind von allgemeiner Bedeutung für die Auslegung des Tierschutzgesetzes und betreffen daher über die Legehennenhaltung hinaus die gesamte Intensivnutztierhaltung.³⁹³

Ungeachtet dieser Bedeutung für den Tierschutz handelt es sich bei der Prüfung, ob die Hennenhaltungsverordnung durch das Tierschutzgesetz gedeckt wird, bei isolierter Betrachtung nicht um eine verfassungsrechtliche, sondern um eine einfachrechtliche

³⁹¹ Eine ausführliche und vor allem kritische Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum Bestandsschutz bietet *Kramer*, JuS 2001, 962 (965 f.); *von Loeper*, DÖV 2001, 370 (371 ff.) zur Bestandskraft bereits erteilter Genehmigungsbescheide von Legebatterieranlagen.

³⁹² *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1470); *von Loeper*, DÖV 2001, 370.

³⁹³ *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG-Kommentar, § 2 TierSchG Rn. 12. Die Richtlinie 1999/74/EG des Rates vom 19. Juli 1999 trägt den artgemäßen Bedürfnissen der Legehennen weitergehend Rechnung und bestimmt die Abschaffung der konventionellen Käfighaltung in der Europäischen Union. Die Richtlinie sieht vor, dass neue Käfige nur noch als sog. „ausgestaltete Käfige“ in Betrieb genommen werden dürfen: Je Legehennen muss eine Bodenfläche von 750 cm² mit einer nutzbaren Fläche von 600 cm² zur Verfügung stehen und eine Ausstattung mit Scharrbereich, Sitzstangen und Nestern gewährleistet sein. Am 6. November 2015 beschloss der Bundesrat die Regelung zur Kleingruppenhaltung aufzuheben sowie eine befristete Nutzung bestehender ausgestalteter Käfige und Kleingruppenhaltungen zu regeln (BR-Drs. 112/15 [Beschluss]). Die sechste Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung vom 14. April 2016 (BGBl. I S. 758) sieht dementsprechend eine Auslauffrist für bestehende Betriebe bis Ende 2025 vor, nur für besondere Härtefälle soll eine Verlängerung der Frist um maximal drei Jahren bis 2028 zulässig sein.

Fragestellung.³⁹⁴ Geleitet vom Gebot des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts³⁹⁵ beschränkte sich das Verfassungsgericht zunächst darauf, Begrenzungs- und Zumessungsentscheidungen des Gesetzes zu akzeptieren und sich mit Anwendung und Auslegung des Tierschutzgesetzes zu begnügen.³⁹⁶

Auf die mittlerweile im Schrifttum weit diskutierte und sich zumindest aus dem Wortlaut des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ergebende Möglichkeit,³⁹⁷ Bundesrecht auf seine Vereinbarkeit mit sonstigem Bundesrecht zu prüfen, ging das Bundesverfassungsgericht bei der Herleitung und Aufbereitung seiner Vorfragendogmatik nicht näher ein.³⁹⁸ Entsprechend blieb auch unbeantwortet, ob sich die Übereinstimmung einer Rechtsverordnung mit der höherrangigen gesetzlichen Norm im Hinblick auf die

³⁹⁴ Dieser Befund veranlasst auch *Roellecke*, NJW 1999, 3245 zu der Feststellung, das Bundesverfassungsgericht habe lediglich wie ein Fachgericht Vorschriften ausgelegt, die der Gesetzgeber jederzeit ändern könne. Die fehlende Differenzierung zwischen einfach- und verfassungsrechtlicher Ebene würde Teile der Literatur in der Urteilscommentierung zu der Annahme verleiten, das Bundesverfassungsgericht habe den Tierschutz in Verfassungsrang erhoben oder habe zu der damals umstrittenen Ansicht Stellung genommen, der Umweltschutz umfasse auch den Tierschutz.

³⁹⁵ Der Anwendungsvorrang des einfachen Gesetzesrechts ist Folge der verfassungskräftigen Ausgestaltungsbefugnis des formellen Gesetzgebers und sichert die Autorität des parlamentsbeschlossenen Gesetzes im Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit. Ausführlich zum Anwendungsvorrang des einfachen Rechts *Bethge*, in: Gedächtnisschrift für Peter Tettinger, S. 369 ff.

³⁹⁶ Vgl. hierzu allgemein *Hermes*, VVDStRl 61 (2002), 119 (141).

³⁹⁷ Zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung am 6. Juli 1999 hatten sich bereits unter anderem *Schäfer*, JZ 1951, 199 (201); *von Mutius*, Jura 1987, 534 (540 f.); *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 681; *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 424; *Rinken*, in: AK-GG, Art. 93 Rn. 27; *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264; *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60 mit dieser Möglichkeit auseinandergesetzt.

³⁹⁸ Die unterbliebene Auseinandersetzung mit den in der Literatur vertretenen alternativen Prüfungsansätzen betont *Saahs*, JuS 2000, 398 in seiner Urteilscommentierung.

rechtsstaatliche Normenhierarchie und das Rechtsstaatsprinzip³⁹⁹ nicht als eine „genuine Frage der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz“⁴⁰⁰ und damit ihrer materiellen Grundgesetzkonformität einordnen lässt.

Zumindest dürfte die Entscheidung zugunsten des vorgenommenen Prüfungsablaufs auch auf prozessökonomischen Gesichtspunkten beruhen. Denn für das Normenkontrollverfahren gelten vergleichsweise geringe Sachentscheidungsvoraussetzungen, insbesondere ist weder eine subjektive Antragsbefugnis erforderlich noch gilt es eine Antragsfrist zu wahren.⁴⁰¹ Bei Aufhebung der Hennenhaltungsverordnung allein aufgrund eines Verstoßes gegen das formale Zitiergebot und einer zu erwartenden Beseitigung des Fehlers durch den Verordnungsgeber müsste sich das Bundesverfassungsgericht einer erneuten Befassung auf Antrag der Landesregierung Nordrhein-Westfalen oder eines weiteren Antragsberechtigten gewärtig sein.⁴⁰² Auch ist davon auszugehen, dass durch die Entscheidung dem Verordnungsgeber aus verfassungsrechtlicher Perspektive Vorgaben für die zukünftige Rechtsetzung zugunsten eines ethisch begründeten Tierschutzes mitgegeben werden sollten.⁴⁰³

³⁹⁹ Diesen Standpunkt vertrat bereits explizit *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264 und ihm wohl folgend *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 424 und ursprünglich auch noch *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60.

⁴⁰⁰ Diese prägnante Formulierung bei *Sachs*, JuS 2000, 398.

⁴⁰¹ Vertiefend zu den Sachentscheidungsvoraussetzungen bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 2. Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der abstrakten Normenkontrolle.

⁴⁰² *Roellecke*, NJW 1999, 3245. BVerfGE 127, 293 (319 ff.) zeigt, dass die Befürchtung einer erneuten Befassung berechtigt war: In dieser Entscheidung musste sich das Bundesverfassungsgericht mit dem Verfahrensfehler einer unterlassenen Anhörung auseinandersetzen, dessen Bewertung in BVerfGE 101, 1 (44) noch offengelassen werden konnte, vgl. 2. Teil, 3. Abschnitt, III., 2. BVerfGE 127, 293 ff. – Legehennenhaltung.

⁴⁰³ Diese Vermutung äußert etwa *Kramer*, JuS 2001, 962 (964), der den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für den Verordnungsgeber sogar Bindungswirkung beimisst. *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236) und wohl auch *Tillmanns*,

Das darf aber nicht zu der Annahme verleiten, dass sich das Verfassungsgericht einzig aus diesem Grund entgegen sonstiger richterlicher Gepflogenheit nicht zunächst dem umfassendsten Argument zuwendete und daher einen möglichen Verfassungsverstoß gegen das Zitiergebot erst im Anschluss untersuchte.⁴⁰⁴ Denn den Grund für diese materiellrechtliche Vorfragenprüfung erblickte das Bundesverfassungsgericht erneut allein in der institutionellen Besonderheit des abstrakten Normenkontrollverfahrens. Aufgrund fehlender fachgerichtlicher Vorklärung sieht es sich gehalten, stellvertretend über die Tauglichkeit des Antragsgegenstands als gültigen Prüfungsgegenstand für die verfassungsrechtliche Hauptprüfung zu befinden.⁴⁰⁵ Vor diesem Hintergrund prüfte das Bundesverfassungsgericht zunächst die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ausführlich an den Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG. Diese erhöhte Prüfungsdichte unterscheidet sich deutlich von der Intensität der in BVerfGE 2, 307 vorgenommenen und lediglich am Wortlaut orientierten Vorfragenprüfung und entspricht einer vollumfänglichen Wahrnehmung fachgerichtlicher Zuständigkeiten.⁴⁰⁶

Allerdings berechtigt die besondere verfassungsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts in Vornahme dieser gerichtlichen Kontrolle nicht zu einer gegenüber den Fachgerichten privilegierten Verwerfungsbefugnis. So wird wegen der Unvereinbarkeit der § 2 Abs. 1 und 2 HHVO mit § 2a Abs. 1 TierSchG zwar

NVwZ 2002, 1466 (1467) gehen hingegen davon aus, dass das Ergebnis der Vorfragenprüfung nicht an der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG teilnimmt.

⁴⁰⁴ In diese Richtung jedoch *Kramer*, JuS 2001, 962 (963 f.).

⁴⁰⁵ BVerfGE 101, 1 (31) unter Verweis auf BVerfGE 2, 307 (320 f.): „Nur so läßt sich feststellen, daß für die Prüfung, ob die Verordnung mit dem Grundgesetz übereinstimmt, ein gültiger Gegenstand gegeben ist.“

⁴⁰⁶ Hierzu bereits 2. Teil, 3. Abschnitt, I., 2., c) Die Entwicklung der Vorfragenkonstruktion in unmittelbarer Abgrenzung zur Richtervorlage. Zu einem die Vorfrage betreffenden, inhaltlich vergleichbaren Gegenstand auf fachgerichtlicher Ebene, vgl. die Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO vor dem Verwaltungsgericht Oldenburg, Urteil vom 22. März 2006 – 11 A 3583/05.

auf Nichtigkeit der materiellen Vorschriften erkannt,⁴⁰⁷ ausschlaggebend für die Nichtigkeitsklärung der Hennenhaltungsverordnung gemäß § 78 Satz 1 BVerfGG ist jedoch erst der Verstoß gegen das Zitiergebot aus Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG.⁴⁰⁸ Entsprechend ist auch die allgemeinverbindliche Anordnung der Nichtigkeitsfolge in der Entscheidungsformel auf die allein das Bundesverfassungsgericht berechtigende Tenorierungsvorschrift § 78 Satz 1 BVerfGG gestützt, die eine Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Vorschrift voraussetzt. Die auf dem negativen Ausgang der Vorfragenprüfung beruhende Feststellung der Nichtigkeit der § 2 Abs. 1 und Abs. 2 HHVO ist zwar entscheidungserheblich, aber eben nur Vorfrage und entsprechend der beschränkten fachgerichtlichen Verwerfungskompetenz ohne allgemeinverbindliche Wirkung. Denn das lediglich aushilfsweise beanspruchte Vorfragenrecht kann in seiner Rechtsfolgenwirkung nicht weiterreichen als die originäre Verwerfungsbefugnis der Fachgerichte.⁴⁰⁹ Getreu der beanspruchten Nichtanwendungsbefugnis werden die fraglichen Vorschriften daher auch vorübergehend lediglich außer Anwendung gelassen und die Hennenhaltungsverordnung nur insoweit an den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG geprüft, wie sie nach der einfachrechtlichen Vorfragenprüfung noch Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung sein kann.⁴¹⁰ Naturgemäß genießen die Feststellungen innerhalb der Vorfragenprüfung aber nicht zuletzt aufgrund der Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit als autoritative Interpretin der Verfassung eine im

⁴⁰⁷ BVerfGE 101, 1 (30).

⁴⁰⁸ BVerfGE 101, 1 (41): „Die Hennenhaltungsverordnung ist [...] wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG insgesamt verfassungswidrig und *deshalb* gemäß § 78 Satz 1 BVerfGG für nichtig zu erklären“ (Hervorhebung nur hier).

⁴⁰⁹ Zu dieser eingeschränkten Verwerfungsbefugnis *Schenke*, NVwZ 2016, 720 (722 f.) sowie erneut *Schenke*, JuS 2017, 1141 (1142).

⁴¹⁰ Anschaulich erneut BVerfGE 101, 1 (41): „Die Hennenhaltungsverordnung ist – soweit *sie nach den Feststellungen* [zur Vorfragenprüfung] *noch Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung sein kann* – wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG insgesamt verfassungswidrig und deshalb gemäß § 78 Satz 1 BVerfGG für nichtig zu erklären“ (Hervorhebung nur hier).

Vergleich zur Fachgerichtsbarkeit gesteigerte Bindungswirkung.⁴¹¹ Letztlich löst die Vorfragenprüfung Rechtsfolgen für die Hauptprüfung der Rechtsverordnung am Maßstab des Grundgesetzes aus. Die nur äußerlich klare Trennung in Vor- und Hauptfrage knüpft die eigentliche verfassungsgerichtliche Normenkontrolle der Rechtsverordnung am Prüfungsmaßstab der Verfassung an den Ausgang der vorgelagerten Gültigkeitsprüfung des Prüfungsgegenstandes.

Mit der Legehennenentscheidung erreicht das Bundesverfassungsgericht eine deutliche Konkretisierung und Weiterentwicklung seiner frühen Rechtsprechungspraxis zur abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen: Die Wahrnehmung originär fach- bzw. verfassungsgerichtlicher Zuständigkeiten führt zu einer Aufspaltung der Begründetheitsprüfung in eine Vor- und Hauptfrage mit der gesetzlichen Ermächtigung und dem Grundgesetz als unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben. Nicht zuletzt aufgrund der komplexen tierschutzrechtlichen Vorgaben liegt der Fokus bei der Kontrolle der strittigen Hennenhaltungsverordnung allerdings auf der einfachgesetzlichen Prüfung.⁴¹²

5. Die Kritik an der Vorfragenkonstruktion durch die Legehennenentscheidung

Obwohl das Bundesverfassungsgericht bereits frühzeitig die Vorfragenkonstruktion für die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle von Rechtsverordnungen in seiner Rechtsprechung etablierte, erfuhr dieses Vorgehen erstmals nach der Legehennenentscheidung weitreichende Beachtung und vor allem eine kritische Rezeption. Zusätzlich sorgten die lange Verfahrensdauer,⁴¹³ die Bezugnahme auf einen „ethisch begründeten Tierschutz“⁴¹⁴ die Bestimmung des Platzbedarfes der Legehennen „anhand

⁴¹¹ In diese Richtung *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467).

⁴¹² In BVerfGE 1, 117 (139) erfolgte lediglich eine cursorische, in BVerfGE 2, 307 (321) eine auf den Wortlaut beschränkte Prüfung.

⁴¹³ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232; *von Loeper*, DÖV 2001, 370.

⁴¹⁴ Instruktiv *Roellecke*, NJW 1999, 3245 (3246).

numerischer Größen⁴⁴⁵ sowie die vom Verfassungsgericht konkretisierten verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Zitiergebot gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG⁴⁴⁶ für Kritik. Bedeutsam und für die vorliegende Bearbeitung zu vertiefen sind allerdings die Einwände, dass nach der Systematik des Bundesverfassungsgerichts angesichts der präjudiziellen Struktur bei negativem Ausgang der Vorfrage kein tauglicher Prüfungsgegenstand zur Verfügung steht und zudem die Vorfrage möglicherweise nicht an der Bindungswirkung im Sinne des § 31 Abs. 1 BVerfGG teilnimmt.

a) Die Untauglichkeit des Prüfungsgegenstands bei negativem Ausgang der Vorfrage

Im Rahmen der Legehennenentscheidung hielt eine vorgelegte Rechtsverordnung erstmals der Vorfrage nicht stand.⁴⁴⁷ Der zum Teil negative Ausgang der vorfrageweise erfolgenden Vereinbarkeitsprüfung der Hennenhaltungsverordnung schränkte den Prüfungsgegenstand, der letztlich gegen das verfassungsrechtliche Zitiergebot nach Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG verstoßen sollte, deutlich ein.⁴⁴⁸ Bei konsequenter Umsetzung seiner Vorfragenkonzeption müsste das Bundesverfassungsgericht einen Normenkontrollantrag jedoch dann als unbegründet zurückweisen, wenn die Vorfragenprüfung ergibt, dass die vorgelegte Verordnung nicht von einer Ermächtigungsnorm gedeckt wird bzw. sich nicht in dem ihr gesteckten Rahmen hält.⁴⁴⁹ Geradezu begünstigt durch exekutive

⁴⁴⁵ Tillmanns, NVwZ 2002, 1466 (1469); Müller-Terpitz, DVBl. 2000, 232 (240 f.).

⁴⁴⁶ Vgl. Schwarz, DÖV 2002, 852 ff. (insbesondere 854 ff.) zur Aufwertung des Zitiergebots durch die Legehennenentscheidung.

⁴⁴⁷ In konsequenter Erfüllung der fachgerichtlichen Zuständigkeiten hätte dieser Ausgang der Vorfrage bereits für die vorgelegte Verordnung des Landes in BVerfGE 2, 307 erfolgen müssen, vgl. 2. Teil, 3. Abschnitt, I, 2., c) Die Entwicklung der Vorfragenkonstruktion in unmittelbarer Abgrenzung zur Richtervorlage.

⁴⁴⁸ Ausführlich 2. Teil, 3. Abschnitt, II., 4. Fachgerichtliche Prüfung im Fokus verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle.

⁴⁴⁹ Roček, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67; ähnlich Löwer, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 66. Müller-Terpitz, DVBl. 2000, 232 (236) unterscheidet je nach Grad der Evidenz der im Rahmen der Vorfrage festgestellten Unvereinbarkeit zwischen einer

Verstöße in der Ordnungsgebung könnte das Bundesverfassungsgericht in Ermangelung eines für gültig befundenen Prüfungsgegenstandes nicht über die Vereinbarkeit der angegriffenen Rechtsverordnung mit der Verfassung befinden. Einfachrechtlich unwirksamen Verordnungen des Bundes bliebe allein aufgrund dieser Fehlerhaftigkeit auf einfachgesetzlicher Ebene eine abstrakte Normenkontrolle am Maßstab des Grundgesetzes verwehrt.⁴²⁰ Nur wenn die Rechtsverordnung vom Inhalt der Ermächtigung gedeckt wird oder lediglich von einer Teilnichtigkeit auszugehen ist, besteht noch Raum für die eigentliche Hauptfragenprüfung.⁴²¹

Bereits frühzeitig deutete das Bundesverfassungsgericht an, dass der Gang über die Vorfragenkonstruktion bei einem untergesetzlichen Antragsgegenstand rechtslogisch zwingend ist: Auch bei paralleler Befassung mit einem Antragsgegenstand bestehend aus Gesetzen im formellen und bloß materiellen Sinn rückte es nicht von einer vorherigen Vereinbarkeitskontrolle der Rechtsverordnung mit höherrangigem Recht ab.⁴²² Eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der Rechtsverordnung gleichsam „im Schatten“ des formellen Gesetzes als Antragsgegenstand trotz fehlender Vereinbarkeit mit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ist somit fernliegend. Vielmehr ist die Vorfragenkonzeption ausnahmslos durchzuhalten. Denn eine im Sinne der Rechtssicherheit und -klarheit konsistente und verlässliche Rechtsprechungspraxis erfordert eine allgemeingültige Systematik, die nicht bei einem vergleichbaren Sachverhalt ergebnisorientiert in Prüfungsintensität

Verwerfung des Normenkontrollantrags als bereits „unzulässig“ bzw. einer Zurückweisung als „unbegründet“.

⁴²⁰ Dieses Resultat hält *Rožek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67 zurecht für „geradezu perplex“. Auch *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236) missfällt diese „fragwürdige Konsequenz“, dass je einfachrechtlich „fehlerhafter die Verordnung, desto geringer die Erfolgsaussichten der abstrakten Normenkontrolle“; in die gleiche Richtung auch *Detterbeck*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 57.

⁴²¹ Selbiges gilt nach der Systematik der Vorfragenkonstruktion auch für die Überprüfung einer Rechtsverordnung eines Landes.

⁴²² BVerfGE 8, 51 (61 f.).

und -dichte variiert. Dem widerspricht auch die Möglichkeit, von einer diffizilen Vereinbarkeitsprüfung im Einzelfall abzusehen und sich auf die allein verfahrensgegenständliche Kontrolle der Verfassungskonformität der vorgelegten Rechtsverordnung zu beschränken.⁴²³

Die Vereinbarkeitsprüfung im Zweifelsfall auf eine bloße wortlautorientierte Anwendung zu beschränken,⁴²⁴ kann mit der subsidiären Wahrnehmung des beanspruchten fachrichterlichen Prüfungsrechts nicht vereinbart werden. Eine auf den Wortlaut reduzierte Prüfung entwertet das umfassende richterliche Prüfungsrecht und bildet die (fach-)richterliche Prüfung nicht hinreichend nach. Soweit das Bundesverfassungsgericht mangels entsprechender Vorbefassung aus institutionellen Gründen fachgerichtliche Kompetenzen für sich einfordert, sind diese auch vollständig auszuüben.

Hierbei ist es mitnichten „[u]nschädlich [...], „dass das Gericht nicht mehr zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit kommt, wenn eine untergesetzliche Bundesvorschrift sich in der Vorprüfung als bundesgesetzwidrig erweist.“⁴²⁵ Zwar ist der Antrag auf Normenkontrolle oftmals der Versuch, eine verlorene parlamentarische Debatte mit der Unterstützung des Bundesverfassungsgerichts öffentlichkeitswirksam zu korrigieren.⁴²⁶ Unabhängig der Funktion als Kontrollinstrument der Opposition verfolgt die abstrakte Normenkontrolle jedoch nicht schlicht die Entscheidung eines Verfassungsrechtsstreits, sondern auch die „Klärung der verfassungsrechtlichen Lage⁴²⁷“ mit dem Ziel, die Integrität der

⁴²³ Hierfür plädiert jedoch *Graßhof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 50.

⁴²⁴ So noch in BVerfGE 2, 307 (321).

⁴²⁵ Auf diesen Standpunkt stützt sich allerdings *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467) in deutlicher Abgrenzung zu *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236).

⁴²⁶ *Roßek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 7.

⁴²⁷ BVerfGE 1, 396 (413); 79, 311 (326 f.).

Verfassung und den Rechtsfrieden zu sichern.⁴²⁸ Die Ausweisung der Rechtswidrigkeit einer Norm ist also von der Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit im Normenkontrollverfahren strikt zu trennen. Ein reduziertes Prüfungsprogramm widerspricht nicht nur dem Antragsbegehren des Antragsberechtigten, sondern auch dem Zweck der abstrakten Normenkontrolle einer objektiven Rechtskontrolle, der allgemeingültigen Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Norm.⁴²⁹

b) Die Beschränkung auf den Delegationszusammenhang

Das Bundesverfassungsgericht beansprucht aufgrund der skizzierten prozessualen Besonderheiten der abstrakten Normenkontrolle von bloß materiellen Bundesgesetzen eine Vorbefassung, um über die Gültigkeit des Verfahrensgegenstandes für die eigentliche verfassungsrechtliche Hauptprüfung zu befinden. Aus den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts lässt sich aber nicht erschließen, aufgrund welcher Überlegungen es seine Vorfragenkompetenz lediglich auf das Verhältnis der Rechtsverordnung des Bundes und das ermächtigende Parlamentsgesetz beschränkt. Denn sobald eine Rechtsverordnung gegen höherrangiges Recht verstößt, ist sie grundsätzlich bereits nichtig.⁴³⁰ Für Rechtsverordnungen des Bundes kommt damit die Gesamtheit der formellen Bundesgesetze als Maßstab in Betracht und bildet bei einem Verstoß den Auslöser der fachgerichtlichen Nichtanwendungsbefugnis.

Verstößt also eine im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle vorgelegte Rechtsverordnung des Bundes gegen sonstige

⁴²⁸ Vgl. *Stüve*, ZParl 1997, 545 (547); *Walter*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 231; weiterführend bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, I., 3. Verfahrenszweck und objektiver Verfahrenscharakter der abstrakten Normenkontrolle.

⁴²⁹ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236); insoweit widersprüchlich *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467), der einerseits formelles Bundesrecht als Prüfungsmaßstab für untergesetzliches Bundesrecht ablehnt, andererseits jedoch die Ausweisung der Bundesrechtswidrigkeit einer Rechtsverordnung des Bundes innerhalb der Vorfragenprüfung genügen lässt und keine Erforderlichkeit der weiteren Normenkontrolle sieht.

⁴³⁰ Statt vieler nur *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 137.

einfache Bundesgesetze, dürfte sie eigentlich nach der bundesverfassungsgerichtlichen Logik und unbeschadet weiterer Verstöße gegen das Grundgesetz nicht zum Gegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens gemacht werden. Denn bereits der einfachgesetzliche Verstoß begründet die Nichtigkeit der Rechtsverordnung und damit die Untauglichkeit als Antragsgegenstand im abstrakten Normenkontrollverfahren. Eine konsequente Umsetzung der Nichtigkeitsfolge bei einem Verstoß gegen höherrangiges Recht und die Wahrnehmung der fachgerichtlichen Prüfungskompetenz erfordert, die Vorfragenprüfung einer Rechtsverordnung des Bundes an der gesamten formellen Bundesrechtsordnung vorzunehmen. Eine Beschränkung der Vorfrage auf das Verhältnis von untergesetzlichen Bundesrecht und Ermächtigungsgrundlage lässt sich eigentlich nur anhand von Art. 80 GG rechtfertigen.⁴³¹ Dieser Auffassung möchte sich das Bundesverfassungsgericht jedoch (noch) nicht anschließen.⁴³²

c) Die Fehlende Bindungswirkung für das Ergebnis der Vorfrage
Die subsidiäre Wahrnehmung der fachgerichtlichen Prüfungskompetenz wirkt sich auf die Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung aus. Das Ergebnis der Vorfragenprüfung nimmt nämlich nicht an der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG teil.⁴³³ Gegenstand der Bindungswirkung sind nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes neben dem Entscheidungsausspruch auch die tragenden Gründe.⁴³⁴ Entsprechend der grundgesetzlich vorgesehenen Aufgabenverteilung und

⁴³¹ *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60.

⁴³² BVerfGE 101, 1 (30); vgl. auch *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60.

⁴³³ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236); diese Limitierung muss auch *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467) anerkennen.

⁴³⁴ BVerfGE 1, 14 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (87); 40, 88 (93 f.); 112, 268 (277); vgl. hierzu auch *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 30 sowie vertiefend bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 2., c), cc) Die Sicherung des Entscheidungsausspruchs. Eine umfassende Darstellung der Kritik an einer Bindungswirkung der tragenden Gründe findet sich bei *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 487 ff.

der Funktion des Bundesverfassungsgerichts als maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung erfasst die Bindungswirkung grundsätzlich nur die gerichtliche Auslegung von Verfassungsrecht, nicht aber auch einfachrechtlicher Normen.⁴³⁵ Deren Auslegung und Anwendung ist den hierzu berufenen sachnäheren Fachgerichten vorbehalten.⁴³⁶ Zwar sind für diesen Grundsatz Ausnahmen anerkannt: Zunächst bezieht sich die Bindungswirkung auch auf die negative Kennzeichnung bestimmter Auslegungsvarianten des einfachen Rechts als verfassungswidrig.⁴³⁷ Auch kann sich für den jeweiligen Prüfungsmaßstab jenseits des Verfassungsrechts unter Umständen eine gewisse Bindungswirkung ergeben. Dies soll etwa für die Überprüfung von Landesrecht am Maßstab von einfachem Bundesrecht in den Verfahren der konkreten und abstrakten Normenkontrolle gelten.⁴³⁸ Zur Begründung wird die dem Bundesverfassungsgericht zugewiesene Funktion als „Wahrer der Einheit der Rechtsordnung im Bundesstaat“ angeführt.⁴³⁹ Seit der Aufnahme seiner Rechtsprechungstätigkeit unterstreicht das Bundesverfassungsgericht dann auch die Reichweite der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG und betont insbesondere im Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit die besondere Autorität seiner Entscheidungen.⁴⁴⁰

⁴³⁵ BVerfGE 19, 377 (392); 40, 88 (93 f.); 42, 258 (260); 72, 119 (121); 122, 268 (277); *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 88; *Ziekow*, Die Verwaltung 1994, 461 (486); *Hensch*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 57.

⁴³⁶ Der letzte Aspekt erfährt insbesondere durch die obersten Fachgerichte als den letztverbindlichen Interpreten des einfachen Rechts eine Betonung, vgl. nur BVerwGE 1, 213 (214 f.); 29, 1 (6); 90, 220 (226 f.); BFHE 92, 188 (194); BSGE 118, 91 (96).

⁴³⁷ BVerfGE 19, 377 (392); 40, 88 (94); 72, 119 (121); 42, 258 (260); *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 88; *Hensch*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 57.

⁴³⁸ *Hensch*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 57; *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 355 f., auch zu den Verfahren der Normenqualifizierung nach Art. 126 GG und der Normenverifizierung nach Art. 100 Abs. 2 GG.

⁴³⁹ *Hensch*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 57

⁴⁴⁰ *Von Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1 (19) mit weiteren Nachweisen.

Eine vergleichbare Funktion füllt das Bundesverfassungsgericht bei der Vorfragenprüfung allerdings gerade nicht aus. Die Klärung der Vereinbarkeit der Rechtsverordnung mit der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage nimmt das Verfassungsgericht in Ermangelung eines zuständigen Fachgerichts „gleichsam aus fachgerichtlicher Perspektive am Maßstab des einfachen Bundesrechts“ vor.⁴⁴¹ Nur aushilfsweise erfolgt nach bundesverfassungsgerichtlichem Verständnis die „Auslegung und Anwendung einfacher Gesetze“.⁴⁴² Da diese Feststellungen grundsätzlich⁴⁴³ nicht „Auslegung oder Anwendung des Grundgesetzes“ betreffen, partizipieren sie nicht an der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG bzw. rechtfertigen keine analoge Anwendung.

Nach der Begründung des Gerichts ergibt sich die Teilungsgültigkeit der Hennenhaltungsverordnung aus einem Verstoß gegen die parlamentsgesetzliche Ermächtigung des § 2a TierSchG, sodass ein Ordnungsgeber lediglich unter Umsetzung der in der verfassungsrechtlichen Hauptprüfung aufgestellten Vorgaben die Verordnung erneut mit identischen bundesgesetzwidrigen Inhalt erlassen könnte, ohne die Bindungswirkung der Entscheidung zu missachten.⁴⁴⁴ Auch wenn ein entsprechendes Vorgehen des Ordnungsgebers kühn erscheint, gewährleisten der verfassungsrechtliche Grundsatz der Gesetzesbindung und der Grundsatz normkonformen Verhaltens der Exekutive eine entsprechende Zurückhaltung der Verwaltung nicht umfassend.⁴⁴⁵ Eine solche Disziplinierung bezweckt nämlich gerade die Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG. Insgesamt stärkt dieser Befund jedenfalls nicht das zentrale Anliegen des Normenkontrollverfahrens, normative Rechtssicherheit zu schaffen und dem rechtlichen

⁴⁴¹ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236).

⁴⁴² Vgl. BVerfGE 40, 88 (94).

⁴⁴³ Anderes dürfte jedoch für die Aussagen zur Gültigkeit der parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gelten, deren Prüfung für den Entscheidungsanspruch erheblich ist und aufgrund Art. 80 Abs. 1 GG an verfassungsrechtlicher Dimension gewinnt.

⁴⁴⁴ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (236).

⁴⁴⁵ Auf diesen Standpunkt stützt sich jedoch *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467).

Klarstellungsinteresse der Öffentlichkeit umfassend gerecht zu werden.⁴⁴⁶

d) Die eingeschränkte Übertragbarkeit der Vorfragenkonstruktion auf das Normenbestätigungsverfahren In BVerfGE 2, 307 ff. lässt das Bundesverfassungsgericht erkennen, dass es auch für das Normenbestätigungsverfahren im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG in Verbindung mit § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG eine Vorfragenkonstruktion für zweckmäßig hält.⁴⁴⁷ Eine einheitliche und in sich geschlossene Prüfungsabfolge für das Normenkontrollverfahren ist zunächst zu begrüßen. Die Bestimmung der Tauglichkeit des Antragsgegenstands als Prüfungsgegenstand vor der eigentlichen Gültigkeitsprüfung verdeutlicht jedoch nochmals die Schwächen der Vorfragenkonstruktion. Denn hält eine Rechtsverordnung im Normenbestätigungsverfahren der Vorfrage nicht oder nur eingeschränkt stand, kann sie nicht bzw. nur „soweit sie nach den Feststellungen [der Vorfragenkonstruktion] noch Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung sein kann“ auf eine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüft werden.⁴⁴⁸ Der Antrag für die Normenkontrolle gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG wird in einer Situation gestellt, in der sich die Gültigkeitsfrage bereits in der Rechtspraxis ausgewirkt hat und der zur Rechtsanwendung Ermächtigte die Norm wegen angenommener Unvereinbarkeit mit höherrangigen Recht in ihrer Geltung in Frage stellt.⁴⁴⁹ Nicht selten verstößt eine verfassungswidrige Norm zusätzlich gegen einfachgesetzliche Vorschriften. Ergibt die Vorfragenprüfung, dass eine ermächtigte Stelle eine Rechtsverordnung, die nicht durch gesetzliche Ermächtigung gedeckt ist, zurecht außer Anwendung gelassen hat, ist die

⁴⁴⁶ Vgl. hierzu bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, I., 3. Verfahrenszweck und objektiver Verfahrenscharakter der abstrakten Normenkontrolle.

⁴⁴⁷ Vgl. BVerfGE 2, 307 (320 f.).

⁴⁴⁸ So die entsprechende Formulierung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 101, 1 (41).

⁴⁴⁹ *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 719; vgl. auch *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 13.

allgemeinverbindliche Feststellung der Ungültigkeit der angelegenen Norm versperrt. Ganz im Einklang mit dem Grundsatz normkonformen Verhaltens zeigt nicht zuletzt BVerfGE 2, 307, dass der Rechtsanwender in seiner Annahme, die ihn zur Nichtanwendung der entsprechenden Norm motivierte, oftmals richtig liegt.⁴⁵⁰ Beschränkt sich die Vorfrage nicht lediglich auf eine wortlautorientierte Prüfung, wird der Anwendungsbereich des Normenbestätigungsverfahrens im Sinne von § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG bei einem Festhalten an dem Erfordernis der Prüfung der Vorfrage noch stärker eingeschränkt als im Verfahren nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG.

III. Die jüngere verfassungsgerichtliche Kontrolle von Rechtsverordnungen

Trotz einer weiterführenden Konkretisierung der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen erfuhr die jüngere Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts keine der Legehennenentscheidung vergleichbare Rezeption. Umfasst sind vier Entscheidungen, deren Antragsgegenstand ausnahmslos Rechtsverordnungen des Bundes sind. Dabei bemühte sich das Verfassungsgericht um eine differenziertere Legitimation für die Vereinbarkeitskontrolle untergesetzlichen Rechts mit der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage.

1. BVerfGE 106, 1 ff. – Oberfinanzdirektionen

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts erging im 106. Band zu organisationsrechtlichen Fragestellungen der Finanzverwaltung, beinhaltete aber auch bedeutsame verfassungsrechtliche Aspekte im Hinblick auf Erlass und Kontrolle von Rechtsverordnungen. Insbesondere wurde durch die Entscheidung der Prüfungsumfang bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes weiter präzisiert.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ Hier wendete die 13. Kammer des Landgerichts Hannover eine Verordnung eines Landes nicht an, siehe BVerfGE 2, 307 (308).

⁴⁵¹ *Sachs*, JuS 2003, 917.

a) Der Hintergrund der Entscheidung: Übertragung von Aufgaben von Finanzdirektionen

Die Hessische Landesregierung beehrte durch abstrakten Normenkontrollantrag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG die Feststellung, dass die Verordnung des Bundesministeriums der Finanzen zur Übertragung von Aufgaben von Oberfinanzdirektionen⁴⁵² verfassungswidrig und nichtig sei. Die Verordnung stützt sich auf § 8 Abs. 3 Satz 1 Finanzverwaltungsgesetz (FVG)⁴⁵³ und bewirkt eine Neuregelung bestimmter Verwaltungsaufgaben der Oberfinanzdirektionen in der Weise, dass einigen von ihnen sämtliche Bundesaufgaben entzogen wurden.⁴⁵⁴

b) Der Beschluss des Zweiten Senats vom 27. Juni 2002

Eingangs der Begründetheit umschrieb das Bundesverfassungsgericht den Prüfungsmaßstab von Bundesrecht als dessen „förmliche und sachliche Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz“.⁴⁵⁵ Da es sich bei dem Antragsgegenstand um eine Rechtsverordnung handelte, sah sich der Senat allerdings auch zu der Prüfung angehalten, ob die Ermächtigungsgrundlage gültig war und die angegriffene Verordnung hierin eine Grundlage fand sowie von ihr gedeckt wurde.⁴⁵⁶ Entsprechend der genannten Prüfungsabfolge stellte das Gericht dann zunächst die formelle und materielle Vereinbarkeit der angegriffenen Verordnung mit den einfachgesetzlichen Vorgaben § 8 Abs. 3 FVG fest.⁴⁵⁷

Im zweiten Teil der Begründetheitsprüfung bejahte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen

⁴⁵² Verordnung zur Übertragung von Aufgaben der Oberfinanzdirektionen Berlin, Bremen, Chemnitz, Düsseldorf, Erfurt, Frankfurt am Main, Hannover, Kiel, Magdeburg, München, Münster, Rostock, Saarbrücken und Stuttgart vom 4. März 1998 (BGBl I S. 407).

⁴⁵³ Finanzverwaltungsgesetz vom 30. August 1971 (BGBl I S. 1426 in der Fassung des Jahressteuergesetzes 1997 vom 20. Dezember 1996, BGBl I S. 2049, 2076).

⁴⁵⁴ *Sachs*, JuS 2003, 917.

⁴⁵⁵ BVerfGE 106, 1 (12).

⁴⁵⁶ BVerfGE 106, 1 (12) unter Verweis auf BVerfGE 101, 1 (30).

⁴⁵⁷ BVerfGE 106, 1 (12 ff.).

Ermächtigungsgrundlage insbesondere unter Berücksichtigung der Gesetzgebungskompetenz und den Bestimmtheitsanforderungen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Die angegriffene Rechtsverordnung ihrerseits ließ keinen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt erkennen und auch eine Verletzung der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten konnte das Gericht nicht feststellen.⁴⁵⁸

c) Die Verfassungserheblichkeit der Vorfragenkonstruktion

Wie schon in den zuvor ergangenen Entscheidungen präzisierte das Bundesverfassungsgericht einleitend der Begründetheitsprüfung den Prüfungsumfang für die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen. Während aber in der Legehennenentscheidung die Prüfung der gesetzlichen Ermächtigung noch inzident innerhalb der Vorfragenprüfung erfolgte, stellte das Gericht nun ausdrücklich fest, dass sich die Prüfung bei der verfassungsrechtlichen Kontrolle von Rechtsverordnungen auch auf die Untersuchung der Gültigkeit der einfachgesetzlichen Ermächtigung erstreckt.⁴⁵⁹

In dem in diesem Zusammenhang ausdrücklich in Bezug genommenen Präjudiz vertrat das Bundesverfassungsgericht noch den gegenteiligen Ansatz, dass insbesondere Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nur Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage und nicht die Verordnung selbst stelle: Das Grundgesetz ist nicht unmittelbar Prüfungsmaßstab und die Frage der Vereinbarkeit der Verordnung mit einfachen Bundesrecht nur notwendige Vorfrage zur Klärung, ob für die eigentliche Verfassungsmäßigkeitsprüfung der Verordnung ein gültiger Verfahrensgegenstand zur Verfügung stehe.⁴⁶⁰ Der Beschluss hingegen unterstreicht die verfassungserhebliche Dimension nicht nur der Gültigkeitsprüfung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage,

⁴⁵⁸ BVerfGE 106, 1 (18 ff.); vertiefend zu den einzelnen Prüfungsschritten die Urteilsbesprechung bei *Sachs*, JuS 2003, 917 f.

⁴⁵⁹ BVerfGE 106, 1 (12).

⁴⁶⁰ BVerfGE 101, 1 (30 f.); *Sachs*, JuS 2003, 917. Ausführlich hierzu bereits 2. Teil, 3. Abschnitt, II., 3., a), aa) Die Rezeption der Vorfragenkonstruktion.

sondern auch der Überprüfung der Vereinbarkeit der Rechtsverordnung mit der in Anspruch genommenen Ermächtigung.⁴⁶¹ Zudem verzichtet das Gericht auf die in diesem Zusammenhang ansonsten gebräuchliche Formulierung der „Vorfrage“, die bei der Prüfung einfachen Gesetzesrechts und der subsidiären Wahrnehmung primär fachgerichtlicher Zuständigkeiten bisher verwendet wurde. Entsprechend erfolgt die Prüfung, ob die angegriffene Rechtsverordnung von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist, auch nicht mehr „vorab“ der eigentlichen „verfassungsrechtlichen Prüfung“,⁴⁶² sondern als eigenständiger und gleichstufiger Prüfungspunkt der Begründetheitsprüfung (unter „II.“) vor der Kontrolle der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und der Rechtsverordnung selbst am Grundgesetz (unter „III.“).⁴⁶³ Insgesamt erweckt das Bundesverfassungsgericht mit seinem Beschluss den Eindruck, dass die Unvereinbarkeit einer Rechtsverordnung mit ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zugleich auch einen Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 GG beinhaltet.⁴⁶⁴

2. BVerfGE 127, 293 ff. – Legehennenhaltung

Bereits 1999 erklärte das Bundesverfassungsgericht die Hennenhaltungsverordnung wegen Verstößen gegen das Tierschutzgesetz und das in Art. 80 Abs. 1 GG verbürgte Zitiergebot für nichtig.⁴⁶⁵ Hierbei konnte der entscheidende Senat noch einige Fragen ausdrücklich offenlassen,⁴⁶⁶ die dann allerdings unter anderem im Rahmen der neu geschaffenen Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung einer Entscheidung bedurften.

⁴⁶¹ BVerfGE 106, 1 (12): „Art. 80 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 GG geht von der – auch – verfassungsrechtlichen Erheblichkeit dieser Fragen aus.“ Diesem neu formulierten Ansatz zustimmend auch *Sachs*, JuS 2003, 917 mit weiteren Nachweisen aus der Literatur, die diese Auffassung bereits vertritt.

⁴⁶² So aber noch in BVerfGE 101, 1 (31, 41).

⁴⁶³ Vgl. BVerfGE 106, 1 (12 ff. bzw. 18 ff.).

⁴⁶⁴ Dieser Einschätzung schließt sich etwa auch *Hillgruber*, JA 2011, 318 (320) an.

⁴⁶⁵ BVerfGE 101, 1; vgl. im Einzelnen bereits die Entscheidungsbesprechung bei 2. Teil, 3. Abschnitt, II. BVerfGE 101, 1 ff. – Hennenhaltungsverordnung.

⁴⁶⁶ Vgl. BVerfGE 101, 1 (44).

a) Der Hintergrund der Entscheidung: Neuregelung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung

Um die infolge der Nichtigerklärung der Hennenhaltungsverordnung entstandene Regelungslücke zu schließen und zur Umsetzung der Richtlinie 1999/74/EG zur Festlegung von Mindestanforderungen zum Schutz von Legehennen⁴⁶⁷ erfuhr die Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung (TierSchNutztV)⁴⁶⁸ eine Novellierung. Diese Neuregelung erging durch die Erste Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung (1. TierSchNutztVÄndV).⁴⁶⁹ Im Jahre 2005 wurde die Bundesrepublik Deutschland vom Europäischen Gerichtshof wegen Nichtumsetzung einer Richtlinie zur Schweinehaltung verurteilt⁴⁷⁰ und führte zum Erlass der Zweiten Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung (2. TierSchNutztVÄndV).⁴⁷¹ Den Anpassungsprozess prägten Anläufe des Bundesrates, im Zusammenhang mit den notwendigen Neuregelungen zur Schweinehaltung auch Bestimmungen zur Hennenhaltung zu entschärfen. Entsprechend machte der Bundesrat seine Zustimmung in mehreren Maßgabebeschlüssen vom Zustandekommen dieser Änderungen abhängig.⁴⁷² Die nach § 16b TierSchG vorgesehene Tierschutzkommission verwahrte

⁴⁶⁷ Richtlinie 1999/74/EG des Rates vom 19. Juli 1999 zur Festlegung von Mindestanforderungen zum Schutz von Legehennen (ABl. EG Nr. L 203 S. 53, geändert durch die Verordnung [EG] Nr. 806/2003 des Rates vom 14. April 2003 [ABl. EU Nr. L 122 S. 1]).

⁴⁶⁸ Verordnung zum Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere und anderer zur Erzeugung tierischer Produkte gehaltener Tiere bei ihrer Haltung vom 25. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2758).

⁴⁶⁹ Erste Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung vom 28. Februar 2002 (BGBl. I S. 1026).

⁴⁷⁰ EuGH, Urteil vom 8. September 2005, C-278/04, ECLI:EU:C:2005:525 – Bundesrepublik Deutschland.

⁴⁷¹ Zweite Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung vom 1. August 2006 (BGBl. I S. 1804).

⁴⁷² Beschluss vom 28. November 2003, BR-Drs. 574/03 (Beschluss); Beschluss vom 17. Dezember 2004, BR-Drs. 482/04 (Beschluss); Beschluss vom 7. April 2006, BR-Drs. 119/06 (Beschluss).

sich wiederholt gegen eine derartige Koppelung der anstehenden Neuregelungen.⁴⁷³

Die Landesregierung Rheinland-Pfalz richtete sich in ihrem Normenkontrollantrag gegen § 13b sowie § 33 Abs. 3 und Abs. 4 der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung,⁴⁷⁴ die Bestimmungen zur Kleingruppenhaltung von Legehennen und Übergangsvorschriften enthielten. Nach Auffassung der Antragstellerin verstießen die Bestimmungen gegen das in § 16b Abs. 1 TierSchG vorgesehene Anhörungserfordernis und gegen das einfachgesetzliche Gebot artgerechter Tierhaltung (§ 2 Nr. 1 TierSchG) sowie gegen Art. 20a GG.⁴⁷⁵

b) Der Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Oktober 2010

Da die Antragstellerin unter anderem auch ausdrücklich die Unvereinbarkeit der angegriffenen Ordnungsbestimmungen mit § 2 und § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG rügt, äußert sich das Bundesverfassungsgericht ausführlich in der Zulässigkeitsprüfung, inwiefern Ordnungsbestimmungen auch auf eine Vereinbarkeit mit formellen Bundesgesetzen zu prüfen sind.⁴⁷⁶ Es konstatiert ausgehend vom Verfassungstext der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, dass für Normen des Bundesrechts allein die Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, nicht die behauptete bloße Unvereinbarkeit mit einfachem Bundesrecht, einen zulässigen selbstständigen Antragsgrund bilde. Eine andere Bewertung rechtfertige auch nicht die hinsichtlich der Antragsgründe zusammenfassend formulierende Regelung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG. Hierdurch sei es dem Gericht jedoch nicht verwehrt, eine Rechtsverordnung des Bundes mit zulässigem, und zwar ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung

⁴⁷³ *Hillgruber*, JA 2011, 318 (319); BVerfGE 127, 293 (300).

⁴⁷⁴ Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung in der zum Zeitpunkt der Antragstellung zuletzt durch die Dritte Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung vom 30. November 2006 (BGBl. I S. 2759) geänderten Fassung.

⁴⁷⁵ *Hillgruber*, JA 2011, 318 (319); BVerfGE 127, 293 (304 ff.).

⁴⁷⁶ *Sachs*, JuS 2011, 572 (573).

betreffenden Antragsgrund, zusätzlich als Vorfrage oder im Hinblick auf eine spezifische verfassungsrechtliche Bedeutung bestimmter Vorgaben des einfachen Rechts auch auf eine Vereinbarkeit der Verordnung mit einfachgesetzlichen Bundesrecht zu prüfen.⁴⁷⁷

In der Begründetheit prüft der Senat die angegriffenen Vorschriften der Rechtsverordnung zunächst im Hinblick auf eine erfolgte Anhörung der Tierschutzkommission nach § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG und damit, ob sie sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage halten.⁴⁷⁸ Der nach Art. 80 Abs. 1 GG erforderlichen gesetzlichen Ermächtigung unterfallen neben den materiellrechtlichen auch die verfahrensrechtlichen Vorgaben, an die das ermächtigende Gesetz den Verordnungsgeber bindet, soweit ihre Befolgung für die Gültigkeit der zur Überprüfung gestellten Bestimmungen konstitutiv sind.⁴⁷⁹ Diese Einhaltung verfolgte der Gesetzgeber gerade durch das in § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG normierte Anhörungserfordernis als Voraussetzung für den Erlass von Rechtsverordnungen. Aufgrund „greifbarer Tatsachen“ kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass die Tierschutzkommission im Verordnungsverfahren zu den angegriffenen Vorschriften nicht in der von § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG geforderten Weise beteiligt wurde.⁴⁸⁰

Anknüpfend an seine frühere Rechtsprechung zur Einhaltung von Verfahrensvorschriften, die einen materiellen Grundrechtsschutz verfolgen,⁴⁸¹ sieht das Bundesverfassungsgericht in der Verletzung des einfachgesetzlichen Anhörungserfordernisses aus § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG zugleich einen Verfassungsverstoß gegen Art. 20a GG. Denn die Verfahrensregelung sichere den Erlass materiell tierschutzgerechter Normen ab und diene

⁴⁷⁷ BVerfGE 127, 293 (318 f.); vgl. auch *Hillgruber*, JA 2011, 318 (319 f.) unter knapper Rekapitulation der übrigen vertretenen Ansichten.

⁴⁷⁸ BVerfGE 127, 293 (319 ff.); *Sachs*, JuS 2011, 572 (573)

⁴⁷⁹ BVerfGE 127, 293 (320).

⁴⁸⁰ BVerfGE 127, 293 (321 ff.); *Hillgruber*, JA 2011, 318 (320); *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG-Kommentar, § 5 TierSchNutztV Rn. 4.

⁴⁸¹ Vgl. BVerfGE 53, 30 (66); 56, 216 (242).

letztlich der Gewährleistung des Staatsziels Tierschutz.⁴⁸² Gleichwohl verzichtet der Beschluss auf die nach § 78 Satz 1 BVerfGG vorgesehene Nichtigerklärung der Verordnung und stellt lediglich die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz mit der Maßgabe einer befristeten Anwendbarkeit fest.⁴⁸³

c) Die Prüfung am Maßstab formeller Bundesgesetze bei mittelbarer verfassungsrechtlicher Relevanz

Das Bundesverfassungsgericht überträgt seine bisherige Rechtsprechung zur verfahrensrechtlichen Absicherung und Durchsetzung von Grundrechten auf die Staatszielbestimmung des Tierschutzes nach Art. 20a GG. Die Entscheidung spricht einfachgesetzlichen Bestimmungen zur Umsetzung eines Verfassungsauftrags mittelbare Bedeutung für die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsverordnungen zu, die vom Ordnungsgeber zu befolgen sind.⁴⁸⁴

Parallel konkretisiert das Verfassungsgericht die Reichweite der Möglichkeit, parlamentsgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Rechtsverordnungen als Prüfungsmaßstab im abstrakten Normenkontrollverfahren zu berücksichtigen. Erfolgt die Ausführungen in den zuvor ergangenen Normenkontrollentscheidungen noch eingangs der Begründetheit zur Rechtfertigung der Vorfragenkonstruktion,⁴⁸⁵ ging das Gericht in diesem Beschluss bereits innerhalb der Zulässigkeit detaillierter auf die Problemstellung ein. Denn erstmals stützte sich ein Normenkontrollantrag primär auf eine Verletzung einfachen Bundesrechts,

⁴⁸² BVerfGE 127, 293 (328 ff.); *Hillgruber*, JA 2011, 318 (320). Vertiefend zur Bedeutung der Aufnahme des Staatsziels „Tierschutz“ in das Grundgesetz *Braun*, DÖV 2003, 488 ff.; *Caspar/Geissen*, NVwZ 2002, 913 ff.

⁴⁸³ BVerfGE 127, 293 (333); *Sachs*, JuS 2011, 572 (574). Zu den Tenorierungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts vgl. bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 2., c), bb) Die Entscheidungsvarianten.

⁴⁸⁴ *Hillgruber*, JA 2011, 318 (320) zufolge erfolgt die Ausdehnung der bisherigen Rechtsprechungspraxis zur Durchsetzung eines materiellen Grundrechtsschutzes auf den Tierschutz nach Art. 20a GG „in konsequenter Weise“.

⁴⁸⁵ Siehe hierzu die vorgestellten BVerfGE 1, 117; 2, 307; 8, 51; 101, 1; 106, 1 und die sogleich noch zu besprechende BVerfGE 136, 69.

auch wenn dieses „seine Wurzeln im Verfassungsrecht habe“.⁴⁸⁶ Der Vortrag der Landesregierung Rheinland-Pfalz veranlasste das Gericht bei der Bestimmung des tauglichen Antragsgrundes der isolierten Prüfung von Bundesnormen an einfachem Bundesrecht eine deutliche Absage zu erteilen. Explizit verspernte es sich einer anderweitigen Deutung der einfachgesetzlichen Verfahrensvorschrift § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG, deren uneindeutige bzw. weite Fassung durchaus den Rückschluss auf einen erweiterten Prüfungsmaßstab zulässt.⁴⁸⁷ Für diese enge Lesart genügte dem Bundesverfassungsgericht bereits der Wortlaut der Tenorierungsvorschrift § 78 Satz 1 BVerfGG, der die Nichtigerklärung von Gesetzen nur für die Unvereinbarkeit von „Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht“ vorsieht.⁴⁸⁸

Unbenommen bleibt die Möglichkeit, eine Rechtsverordnung des Bundes bei zulässigem, das Grundgesetz betreffenden, Antragsgrund im Rahmen der Begründetheit neben der bereits etablierten Vorfragenkonstruktion zusätzlich auch „im Hinblick auf eine spezifische verfassungsrechtliche Bedeutung bestimmter Vorgaben des einfachen Rechts“ an einfachgesetzlichen Vorschriften zu messen.⁴⁸⁹ Dieses *obiter dictum* bedeutet ein Novum in der bisherigen verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle von Rechtsverordnungen und leitet die anschließende Begründetheitsprüfung ein: Unter Verweis auf die einschlägigen Präjudizien reklamiert das Verfassungsgericht für sich die Kompetenz, Rechtsverordnungen am Maßstab der einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen zu prüfen, wobei im Rahmen der eigentlichen Prüfung erneut auf den Gebrauch der Formulierung „Vorfrage“

⁴⁸⁶ So die Antragstellerin in der Antragsbegründung, BVerfGE 127, 293 (304).

⁴⁸⁷ Siehe ausführlich hierzu 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 1. Wortsinninterpretation mit Nachweisen zu den entsprechenden Literaturansichten.

⁴⁸⁸ Vertiefend zu dem neuralgischen Verhältnis von § 78 Satz 1 BVerfGG und § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG siehe bereits 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 2., c) Das Verhältnis zu anderen Normen bzw. Normkomplexen.

⁴⁸⁹ BVerfGE 127, 293 (319).

verzichtet wird.⁴⁹⁰ Im Anschluss wird dann mit § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG ein formelles Bundesgesetz als Prüfungsmaßstab herangezogen, das zugleich einen verfahrensrechtlichen Bestandteil der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bildet, und auf einen Verstoß der angegriffenen Verordnungsvorschriften gegen dieses einfache Recht erkannt. Ob die aus der Unvereinbarkeit mit § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG resultierende Rechtswidrigkeit der materiellen Vorschriften entsprechend ihrer „verfassungsrechtlichen Erheblichkeit“⁴⁹¹ einen Verfassungsverstoß gegen Art. 80 Abs. 1 GG begründet, behandelt das Bundesverfassungsgericht nicht.

Doch misst das Gericht den einschlägigen tierschutzrechtlichen Vorschriften über das in Art. 20a GG statuierte Staatsziel Tierschutz eine mittelbare verfassungsrechtliche Relevanz bei.⁴⁹² Die Missachtung des einfachgesetzlichen Anhörungserfordernisses soll damit automatisch auch die Verletzung des Art. 20a GG bedingen.⁴⁹³ Aufgrund der parallelen Verortung der spezifisch verfassungsrechtlichen Bedeutung und der verfahrensrechtlichen Vorgaben für den Erlass der Verordnung in § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG bietet die Entscheidung allerdings keinen gesicherten Erkenntnisgewinn, ob die zusätzliche Ausdehnung grundsätzlich auch formelle Bundesgesetze außerhalb einfachgesetzlicher Ermächtigungen umfasst. Die abstrakten Ausführungen der erstmaligen Begründung dieser Ausdehnung legen eine solche Ausweitung zunächst nahe,⁴⁹⁴ jedoch stützt die konkrete Urteilsbegründung die Verletzung des Art. 20a GG gerade

⁴⁹⁰ Ungeachtet dessen verweist BVerfGE 127, 293 (320) für die Heranziehung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage als Prüfungsmaßstab der angegriffenen Rechtsverordnung auf die zuvor ergangenen BVerfGE 2, 307 (320 f.); 8, 51 (60 f.); 101, 1 (30 f.); 106, 1 (12), die abgesehen von BVerfGE 106, 1 maßgeblich zu der Entwicklung der Vorfragenkonstruktion beitragen.

⁴⁹¹ So die Einschätzung in BVerfGE 106, 1 (12).

⁴⁹² *Sachs*, JuS 2011, 572 (574) zieht in diesem Zusammenhang eine Parallele zu Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, der für freiheitsbeschränkende Gesetze eine entsprechende mittelbare verfassungsrechtliche Relevanz ausdrücklich anordnet.

⁴⁹³ So zumindest die Schlussfolgerung in BVerfGE 127, 293 (328 ff.).

⁴⁹⁴ Vgl. BVerfGE 127, 293 (318 f.).

auf die verfassungsrechtliche Bedeutung gesetzlicher Verfahrens- und Kompetenzvorschriften.⁴⁹⁵

Zur Qualifizierung der Verfahrensfehler als „wesentlichen Mangel“⁴⁹⁶ für die Rechtsgültigkeit der Norm berücksichtigt das Bundesverfassungsgericht, dass parallel ein Verfassungsverstoß gegen Art. 20 a GG vorliegt, ohne jedoch einen möglichen Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 GG zu thematisieren.⁴⁹⁷

3. BVerfGE 136, 69 ff. – Gigaliner

Diese Normenkontrollentscheidung zu einer Rechtsverordnung des Bundes im 136. Band befasst sich mit der Erprobung von Gigaliner für den Logistikstandort Deutschland. Durch eine Änderungsverordnung wurde nach Auslaufen eines Feldversuchs die Überführung der Gigaliner in den streckenbezogenen Regelbetrieb zum 1. Januar 2017 erlaubt.⁴⁹⁸ Die für den Feldversuch erteilte Ausnahmegenehmigung weckte insbesondere aufgrund einer unterbliebenen Beteiligung des Bundesrates verfassungsrechtliche Bedenken.⁴⁹⁹ Mit dem ergangenen Beschluss schlägt das Bundesverfassungsgericht auch einen Bogen zu der bereits in BVerfGE 106, 1 ff. angedeuteten Rechtsprechungsänderung für die Prüfung von Rechtsverordnungen.

⁴⁹⁵ Siehe BVerfGE 127, 293 (329) unter Bezugnahme auf BVerfGE 53, 30 (66); 56, 216 (242) „zur vergleichbaren verfassungsrechtlichen Bedeutung einer Missachtung von Verfahrens- und Kompetenznormen, die in Erfüllung des Verfassungsauftrags zum Schutz von Grundrechten erlassen wurden“.

⁴⁹⁶ Ausführlich zur Rechtsfolgenerheblichkeit 1. Teil, 3. Abschnitt, IV. Die Folgen von Fehlern einer Rechtsverordnung.

⁴⁹⁷ BVerfGE 127, 293 (331 ff.); *Sachs*, JuS 2011, 572 (574).

⁴⁹⁸ Siebte Verordnung zur Änderung der Verordnung über Ausnahmen von straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften für Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge vom 19. Dezember 2016 (eBAnz AT 27.12.2016 V2, veröffentlicht am 27. Dezember 2016).

⁴⁹⁹ Im Einzelnen zu den Rügen der Antragsteller siehe BVerfGE 136, 69 (76, 83).

a) Der Hintergrund der Entscheidung: Teilnahme von Fahrzeugen mit Überlänge am Straßenverkehr

Ende 2011 erließ das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung die bis 2016 befristete Verordnung über Ausnahmen von straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften für Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge (LKWÜberlStVAusV).⁵⁰⁰ Sie sieht vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge abweichend von den sonst geltenden straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften am Straßenverkehr teilnehmen dürfen. Der Vorspruch der Verordnung nennt als Ermächtigungsgrundlage auf § 6 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 Straßenverkehrsgesetz (StVG).⁵⁰¹ 214 Mitglieder des Bundestages⁵⁰² sowie die Landesregierungen Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein⁵⁰³ griffen jeweils in einem Normenkontrollantrag die Rechtsverordnung des Bundes an, da sie nicht mit dem Grundgesetz vereinbar sei.

b) Der Beschluss des Zweiten Senats vom 1. April 2014

Die beiden Normenkontrollverfahren wurden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden. Die Anträge waren zulässig, abgesehen der Rüge eines Verstoßes gegen Art. 23 Abs. 1 GG. Diese Bestimmung kann zwar im abstrakten Normenkontrollverfahren grundsätzlich auch Prüfungsmaßstab sein, ein erweiterter, auch

⁵⁰⁰ Verordnung über Ausnahmen von straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften für Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge vom 19. Dezember 2011 (eBAnz AT144 2011 V2, veröffentlicht am 21. Dezember 2011).

⁵⁰¹ Straßenverkehrsgesetz (StVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. März 2003 (BGBl. I S. 310, 919), von denen § 6 Absatz 1 im Eingangssatz durch Artikel 2 Nummer 4 des Gesetzes vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1958) geändert und § 6 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe x durch Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe a Doppelbuchstabe cc des Gesetzes vom 3. Mai 2005 (BGBl. I S. 1221) eingefügt worden sind.

⁵⁰² Verfahren 2 BvF 1/12 auf Antrag der Bundestagsfraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen.

⁵⁰³ Verfahren 2 BvF 3/12 auf Antrag der Landesregierungen Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein.

Unionsrecht umfassender Prüfungsmaßstab lässt sich aber nicht mit der aus Art. 23 Abs. 1 GG abzuleitenden Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes begründen.⁵⁰⁴ Denn Prüfungsmaßstab von Bundesrecht im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ist allein das Grundgesetz. Zudem bedingt ein Verstoß gegen Unionsrecht nicht zwingend die Ungültigkeit einer innerstaatlichen Regelung. Die Frage der Vereinbarkeit einer innerstaatlichen einfachgesetzlichen Norm mit höherrangigem Unionsrecht entzieht sich daher der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts.⁵⁰⁵ Auch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der abstrakten Normenkontrolle, in deren Verlauf die Entscheidungsfindung des Verfassungsgerichts ohne Befassung der Fachgerichtsbarkeit und damit ohne eine entsprechende fachgerichtliche Vorlagepflicht erfolgt, rechtfertigt keine Modifikation.⁵⁰⁶

In der Begründetheit prüft der Senat zum einen, ob die Verordnungsbestimmungen von den Ermächtigungsgrundlagen gedeckt sind und zum anderen, ob sie das Grundgesetz verletzen. Bezüglich des ersten Prüfungspunktes erfolgen zunächst Ausführungen, dass Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG unmittelbar Anforderungen nur an das ermächtigende Gesetz stellen.⁵⁰⁷ Der dahinterstehende Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verlangt aber auch, dass sich eine Verordnung im Rahmen ihrer einfachgesetzlichen Vorgaben bewegen muss.⁵⁰⁸ Ansonsten wären auch die in

⁵⁰⁴ Zustimmend *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 62; *Detterbeck*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 57. Im Speziellen stützten sich die Antragsteller im Verfahren 2 BvF 3/12 auf einen Verstoß gegen Richtlinie 96/53/EG des Rates vom 25. Juli 1996 zur Festlegung der höchstzulässigen Abmessungen für bestimmte Straßenfahrzeuge im innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verkehr in der Gemeinschaft sowie zur Festlegung der höchstzulässigen Gewichte im grenzüberschreitenden Verkehr (ABIEG Nr. L 235, S. 59) und damit zugleich gegen Art. 23 Abs. 1 GG und dem darin festgehaltenen Prinzip der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.

⁵⁰⁵ Ausführlich hierzu BVerfGE 136, 69 (91).

⁵⁰⁶ BVerfGE 136, 69 (91 f.).

⁵⁰⁷ BVerfGE 136, 69 (92) unter Bezugnahme auf BVerfGE 101, 1 (30).

⁵⁰⁸ Zutreffend verortet das Bundesverfassungsgericht das Art. 80 Abs. 1 GG zugrundeliegende allgemeine Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes im Rechtsstaats-

Art. 80 Abs. 1 GG an die Ermächtigungsgrundlage normierten Anforderungen obsolet. Ob eine Verordnung von der geltend gemachten Ermächtigung gedeckt ist, hat über ihre Bedeutung als Vorfrage der verfassungsrechtlichen Prüfung hinaus verfassungsrechtliche Relevanz.⁵⁰⁹ Die anschließende Prüfung ergibt, dass die Vorschriften des § 6 Abs. 1 StVG die angegriffenen Regelungen der Verordnung decken.⁵¹⁰

Da die anschließende Prüfung der Rechtsverordnung des Bundes am Grundgesetz weder einen Verstoß gegen das Zustimmungserfordernis nach Art. 80 Abs. 2 GG noch gegen das in Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG festgelegte Zitiergebot sowie den Parlamentsvorbehalt und das Rechtsstaatsprinzip erkennen lässt, sind die Normenkontrollanträge unbegründet.⁵¹¹

c) Das Abrücken von der Vorfragenkonstruktion

Wie schon der zuvor besprochene Beschluss enthält bereits die Zulässigkeit Aussagen zum Prüfungsmaßstab der abstrakten Normenkontrolle. Die Ausführungen konzentrieren sich allerdings auf unionsrechtliche Vorgaben als möglichen Maßstab einer im Normenkontrollverfahren angegriffenen Rechtsverordnung des Bundes.⁵¹² In konsequenter Übertragung seiner Rechtsprechungslinie versperrt sich das Bundesverfassungsgericht der Kontrolle an

und Demokratieprinzip, BVerfGE 136, 69 (92); aus der Literatur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 273.

⁵⁰⁹ BVerfGE 136, 69 (92) unter Verweis auf BVerfGE 106, 1 (12) sowie aus der Literatur *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67; *Koriotb/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 131; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 721.

⁵¹⁰ Zu den Einzelheiten siehe BVerfGE 136, 69 (93 ff.).

⁵¹¹ Im Einzelnen vgl. BVerfGE 136, 69 (102 ff.).

⁵¹² Bei einem Normkonflikt ist anerkannt, dass sich das europäische Recht unabhängig von seiner normenhierarchischen Provenienz gegenüber entgegenstehendem nationalen Recht grundsätzlich durchsetzt, vgl. nur *Schöbener*, JA 2011, 885 (886).

unionsrechtlichen Vorschriften selbst über den „Umweg“⁵¹³ des Art. 23 Abs. 1 GG, der auf die Verwirklichung der Europäischen Union abzielt. Auch diese Einschätzung wird vornehmlich mit einem Umkehrschluss zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und § 78 Satz 1 BVerfGG begründet, die allein das Grundgesetz zum Maßstab der Prüfung von Bundesrecht, konkret einer Rechtsverordnung des Bundes, erheben. Aber anders als noch in der Zulässigkeitsprüfung des BVerfGE 127, 293 hebt das Bundesverfassungsgericht keine Fallgruppe heraus, die eine andere Bewertung des Prüfungsmaßstabs für die Begründetheit erfordern könnte.⁵¹⁴

Die Aufspaltung der Begründetheitsprüfung der angegriffenen Vorschriften folgt dem grundsätzlich bekannten Muster der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes. Bei der zunächst erfolgenden Kontrolle, ob die angegriffene Rechtsverordnung von der in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlage gedeckt wird, distanziert sich das Bundesverfassungsgericht erneut vorsichtig von seiner Vorfragenkonstruktion. Anknüpfend an BVerfGE 106, 1 (12) wird diesem Zwischenschritt über seine Bedeutung als Vorfrage der eigentlichen verfassungsrechtlichen Prüfung hinaus nämlich eine „verfassungsrechtliche Relevanz“ beigemessen.⁵¹⁵ Die Erforderlichkeit dieses Prüfungsschrittes wird erneut nicht mehr allein mit der subsidiären Wahrnehmung fachgerichtlicher Zuständigkeiten für die Vorfrage, ob „ein [Prüfungs-]Gegenstand gegeben ist“, begründet.⁵¹⁶

Eine Klarstellung, ob Art. 80 Abs. 1 GG auch unmittelbarer Prüfungsmaßstab für die Gültigkeit einer Rechtsverordnung des Bundes sein kann und damit der Verstoß gegen die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage einem Verfassungsverstoß gleichzusetzen ist, wird allerdings vermieden. Dass Art. 80 Abs. 1 Satz 1

⁵¹³ Formulierung in Anlehnung an *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60, der Bundesrecht über das Rechtsstaatsprinzip als Prüfungsmaßstab von untergesetzlichem Bundesrecht integrieren will.

⁵¹⁴ Vgl. hierzu 2. Teil, 3. Abschnitt, III., 2., c) Die Prüfung am Maßstab formeller Bundesgesetze bei mittelbarer verfassungsrechtlicher Relevanz mit weiteren Nachweisen.

⁵¹⁵ BVerfGE 136, 69 (92).

⁵¹⁶ So BVerfGE 101, 1 (31).

und 2 GG „unmittelbar Anforderungen nur an das ermächtigende Gesetz“ stellt,⁵¹⁷ lässt eher auf eine ablehnende Einschätzung schließen.

4. BVerfGE 150, 1 ff. – Zensus 2011

Die bislang letzte einschlägige Normenkontrollentscheidung zu einer Rechtsverordnung des Bundes befasst sich mit Vorschriften zur Vorbereitung und Durchführung der zum Stand vom 9. Mai 2011 erhobenen Bevölkerungs-, Gebäude- und Wohnungszählung und Feststellung der amtlichen Einwohnerzahlen. Dieser Zensus verfolgte einen Methodenwechsel von einer traditionellen Volkszählung hin zu einer auf Registerdaten gestützten Erhebung. Gegen diesen Methodenwechsel bestanden verfassungsrechtliche Bedenken.⁵¹⁸ Zur Frage einer Erforderlichkeit der Vorfragenkonstruktion für die Kontrolle von materiellem Bundesrecht knüpft das Bundesverfassungsgericht an BVerfGE 136, 69 ff. an.

a) Der Hintergrund der Entscheidung: Registerbasierter Zensus zur Ermittlung der Bevölkerungsdaten

Seit der Volkszählung 1987, die als Vollerhebung durch Befragung der Bevölkerung erfolgte, wurde die Einwohnerzahl für die Bundesrepublik Deutschland durch ihre Fortschreibung ermittelt. Aufgrund der Belastungen durch eine Vollerhebung forderte das Bundesverfassungsgericht mit dem Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983⁵¹⁹ den Gesetzgeber auf, künftige Volkszählungen nach dem jeweiligen Stand der Methodendiskussion durchzuführen. Mit dem Zensusvorbereitungsgesetz 2011⁵²⁰ und dem

⁵¹⁷ BVerfGE 136, 69 (92).

⁵¹⁸ BVerfGE 150, 1 (10); zu den Rügen der Antragsteller im Einzelnen siehe BVerfGE 150, 1 (57 ff.).

⁵¹⁹ BVerfGE 65, 1 ff.

⁵²⁰ Gesetz zur Vorbereitung eines registergestützten Zensus einschließlich einer Gebäude- und Wohnungszählung 2011 (Zensusvorbereitungsgesetz 2011 – ZensusVorbG 2011) vom 8. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2808), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 8. Juli 2009 (BGBl. I S. 1781) geändert worden ist.

Zensusgesetz 2011⁵²¹ ordnete der Gesetzgeber einen registerbasierten Zensus an: Durch Auswertung der Melderegister und weiterer Verwaltungsdaten, postalischer Befragung der Gebäude- und Wohnungseigentümer sowie einer ergänzenden Stichprobe bei etwa zehn Prozent der Bevölkerung sollten realitätsgerechte Bevölkerungsdaten ermittelt werden. Die konkrete Ausgestaltung des Stichprobendesigns wurde mittels der Stichprobenverordnung Zensusgesetz 2011⁵²² festgelegt.⁵²³ Mit ihren Anträgen bezweifelten die Senate von Berlin⁵²⁴ und der Freien und Hansestadt Hamburg⁵²⁵ die Verfassungsmäßigkeit der bei dem Zensus 2011 angewandten Methodik in Frage, da die ermittelten Einwohnerzahlen deutlich von den Ergebnissen der Bevölkerungsfortschreibung abwichen.

b) Das Urteil des Zweiten Senats vom 19. September 2018

Die zu einer Entscheidung verbundenen Normenkontrollanträge sind zulässig.⁵²⁶ Die Prüfung der Begründetheit nimmt der Senat in vier Schritten vor: Einleitend wird die formelle Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen gesetzlichen Vorschriften festgestellt.⁵²⁷ Im zweiten Prüfungspunkt entwickelt das Bundesverfassungsgericht zunächst abstrakt die Maßstäbe für die materielle verfassungsrechtliche Beurteilung der angegriffenen Regelungen. Insbesondere trifft das Gericht Aussagen zu den sich aus Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG ergebenden Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie und den in Art. 80 GG enthaltenen weiteren

⁵²¹ Gesetz über den registergestützten Zensus im Jahre 2011 (Zensusgesetz 2011 – ZensG 2011) vom 8. Juli 2009 (BGBl. I S.1781).

⁵²² Verordnung über Verfahren und Umfang der Haushaltebefragung auf Stichprobenbasis zum Zensusgesetz 2011 (Stichprobenverordnung Zensusgesetz 2011 – StichprobenV) vom 25. Juni 2010 (BGBl. I S. 830).

⁵²³ *Leischner/Wiegelt*, NVwZ 2018, 1703 (1731 f.).

⁵²⁴ Verfahren 2 BvF 1/15.

⁵²⁵ Verfahren 2 BvF 2/15.

⁵²⁶ BVerfGE 150, 1 (76 f.) unter Auslegung der Anträge, dass neben § 7 Abs. 1 und 2 ZensG 2011 auch § 7 Abs. 3 ZensG 2011 zur verfassungsrechtlichen Prüfung gestellt werden soll.

⁵²⁷ Vgl. BVerfGE 150, 1 (78 ff.).

Anforderungen an den parlamentarischen Gesetzgeber für eine abgeleitete Rechtsetzung.⁵²⁸ Unter diese Vorgaben werden im dritten Prüfungspunkt zunächst die in Rede stehenden Regelungen des Zensusgesetzes 2011 und des Zensusvorbereitungsgesetzes 2011 subsumiert und deren Verfassungsmäßigkeit festgestellt.⁵²⁹ Im letzten Prüfungsschritt werden § 2 Abs. 2 und 3 und § 3 Abs. 2 StichprobenV an den für sie geltenden verfassungsrechtlichen Anforderungen gemessen. Da diese materiellen Regelungen sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage halten, keine unzulässige Subdelegation an die Verwaltung oder Private beinhalten und auch nicht gegen das aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gebot der Klarheit und Widerspruchsfreiheit gesetzlicher Regelungen verstoßen, sind die Normenkontrollanträge letztlich unbegründet.⁵³⁰

c) Die Aufgabe der Vorfragenkonstruktion

Die Prüfung der Rechtsverordnung des Bundes nimmt im Vergleich zu derjenigen der Regelungen in den formellen Gesetzen eine untergeordnete Rolle im Prüfungsumfang ein. Das hindert das Bundesverfassungsgericht aber nicht, radikal mit seiner herkömmlichen Prüfungsabfolge zur Normenkontrolle von Rechtsverordnungen zu brechen. Ohne näher auf die Vorfragenkonstruktion einzugehen, werden die bloß materiellen Vorschriften nämlich unmittelbar an „den für sie geltenden verfassungsrechtlichen Anforderungen“ gemessen.⁵³¹ Bei der sich unmittelbar anschließenden Prüfung kommt das Verfassungsgericht dann zu dem Ergebnis, dass sich die angegriffenen Vorschriften der

⁵²⁸ Vgl. BVerfGE 150, 1 (80 ff.). Eine vertiefte Auseinandersetzung zum Verhältnis der Wesentlichkeitstheorie mit den Bestimmtheitsanforderungen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG erfolgt noch unter 3. Teil, 1. Abschnitt, I., 2., b), bb) Das Verhältnis der Anforderungen von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zum Parlamentsvorbehalt bzw. zu der Wesentlichkeitstheorie.

⁵²⁹ Vgl. BVerfGE 150, 1 (110 ff.).

⁵³⁰ Vgl. BVerfGE 150, 1 (161 ff.).

⁵³¹ BVerfGE 150, 1 (160).

Stichprobenverordnung im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage halten.⁵³²

Diese Vorgehensweise legt den Schluss nahe, dass die positive Antwort auf die Vorfrage nicht mehr zwingende Voraussetzung für den Einstieg in die eigentliche verfassungsrechtliche Überprüfung einer Rechtsverordnung darstellt. Ohne gesondert die Gültigkeit des Antragsgegenstands festzustellen, wird das identische Prüfungsprogramm der Vorfragenkonstruktion in die verfassungsrechtliche Kontrolle der Verordnung verschoben. Freilich bekennt sich das Bundesverfassungsgericht nicht dazu, nunmehr seine praktizierte Vorfragenkonstruktion endgültig aufzugeben. Jedenfalls erkennt das Gericht aber nicht auf ihre Notwendigkeit, sofern sich die Rechtsverordnung innerhalb des Rahmens ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage hält.

Zumindest bestätigt das Urteil, dass die Einhaltung der durch die parlamentarische Delegationsentscheidung aufgestellten Vorgaben bei ihrer Inanspruchnahme im Wege der exekutiven Verordnungsgebung eine Gültigkeitsvoraussetzung nach dem Grundgesetz ist. Dem Verhältnis zwischen den unterverfassungsrechtlichen Bestimmungen kommt also eine „verfassungsrechtliche Relevanz“ zu,⁵³³ welches in der abstrakten Normenkontrolle einer Rechtsverordnung vom Bundesverfassungsgericht zu prüfen ist.

5. Das Fazit zur jüngeren Rechtsprechungspraxis der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle von Verordnungen

Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Rechtsverordnungen des Bundes distanziert sich von der bisherigen Vorfragenkonzeption, ohne diese jedoch ausdrücklich aufzugeben.⁵³⁴ Begründete sich die ursprüngliche

⁵³² BVerfGE 150, 1 (160 ff).

⁵³³ So die Formulierung in BVerfGE 136, 69 (92).

⁵³⁴ Insoweit zustimmend *Grafhof*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 50; *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60. Vgl. dazu auch BVerfGE 127, 293 (318 f.); 136, 69 (92), in denen das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung der Vorfrage ausdrücklich neben den Aspekt der Vereinbarkeit einer Rechtsverordnung mit ihrer Ermächtigungsgrundlage stellt.

Vorfragenkonstruktion zur Kontrolle einfachgesetzlicher Vorschriften noch in der subsidiären Wahrnehmung fachgerichtlicher Zuständigkeiten, wird dieser Prüfung nun ausgehend von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG eine verfassungsrechtliche Erheblichkeit zugesprochen.⁵³⁵ Die im Anschluss der Legehennenentscheidung ergangenen Judikate sind in ihren Ausführungen auch als klarstellende Reaktion auf die kritische Rezeption der Vorfragenkonstruktion und der spätestens damit verbundenen Entwicklung alternativer Lösungskonzepte zu verstehen. In diesem Sinne nahm das Bundesverfassungsgericht daher auch Abstand von einer möglichen Kontrolle von bloß materiellen Bundesgesetzen an formellen Bundesgesetzen entsprechend dem Wortlaut von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG.⁵³⁶

Das schrittweise Abrücken von der Vorfragenkonstruktion spiegelt sich in einer geänderten Gewichtung der Prüfungsabfolge wider: Zwar erfolgt die Vereinbarkeitskontrolle noch immer eingangs der Begründetheit vor einer Kontrolle des Antragsgegenstands an weiteren Vorgaben des Grundgesetzes.⁵³⁷ Doch verzichtet das Bundesverfassungsgericht mittlerweile auf die bekannte konditionale Stufung der Prüfungsschritte, die eine Überprüfung des Antragsgegenstands am Maßstab des Grundgesetzes noch vom Ausgang des ersten Prüfungspunktes kennzeichnete. Vielmehr weisen die jüngsten Entscheidungen einen Gleichlauf ihrer Prüfungsschritte auf, die auch eine unabhängige inhaltliche Befassung des Bundesverfassungsgerichts erlauben. Unter Beibehaltung der aus der Legehennenentscheidung gewohnten Struktur hätte das Bundesverfassungsgericht ansonsten in BVerfGE 127, 293 ff. die angegriffene Hennenhaltungsverordnung auch nicht mehr ohne weiteres an Art. 20a GG messen können.

⁵³⁵ So ausdrücklich BVerfGE 106, 1 (12); in die gleiche Richtung BVerfGE 136, 69 (92).

⁵³⁶ BVerfGE 129, 293 (318); gegen die Einbeziehung von Unionsrecht vgl. BVerfGE 136, 69 (91). Diese Absage gegen eine entsprechende Lesart des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG deckt sich mit der in 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 5. Gewichtung der Auslegungselemente vorgenommenen Einschätzung.

⁵³⁷ BVerfGE 106, 1 (12 ff.); 127, 293 (321 ff.); 136, 69 (92 ff.); 150, 1 (160 ff.).

Aber auch inhaltlich unterscheidet sich die einfachrechtliche Kontrolle des materiellen Antragsgegenstands mit der Ermächtigungsgrundlage von der in der Legehennenentscheidung vorgegebenen Entwicklung. Setzte dort die Überprüfung der Rechtsverordnung eine Verfassungsmäßigkeitskontrolle des formellen Bundesgesetzes unter anderem an den speziellen Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG voraus,⁵³⁸ nehmen die anschließenden Judikate diesen Prüfungsschritt entweder erst bei der isolierten Kontrolle der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage am Grundgesetz auf⁵³⁹ oder verzichten hierauf gänzlich.⁵⁴⁰ Mit dieser Aufspaltung setzt sich die jüngere Rechtsprechung partiell in Widerspruch zu der in der Legehennenentscheidung vorgenommenen Lösung, die bereits in Ausübung der Vorfragenkompetenz prozessual stringent auch die Verfassungskonformität der parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage vollumfänglich erfasste.⁵⁴¹ Zwar wiegt der Vorwurf einer inkonsequenten Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts angesichts der nunmehr ebenbürtigen Prüfungsschritte weniger schwer. Auch rechtfertigt die gemeinsame Überprüfung von Rechtsverordnung und gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage am Maßstab des Grundgesetzes möglicherweise das Nachschieben der Verfassungskonformitätskontrolle. Von der vormals klaren Zweiteilung der Begründetheitsprüfung rückt das Bundesverfassungsgericht aber zunehmend ab. Vielmehr lassen die letzten Normenkontrollentscheidungen darauf schließen, dass die Gültigkeit der angegriffenen Rechtsverordnung im Hinblick auf die gesetzliche Delegationsentscheidung nicht mehr

⁵³⁸ Hierzu bereits 2. Teil, 3. Abschnitt, II., 3., a), bb) Die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs der Vorfrage; dieser Prüfungsabfolge auch zustimmend *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467).

⁵³⁹ BVerfGE 106, 1 (18 ff.); 150, 1 (99 ff., 111 ff.).

⁵⁴⁰ Bei BVerfGE 127, 293; 136, 69 lässt sich der vollständige Verzicht einer Überprüfung der Ermächtigungsgrundlage unter anderem dadurch rechtfertigen, dass selbst die Antragsteller nicht deren Verfassungswidrigkeit rügten und auch entsprechende Anhaltspunkte nicht vorlagen.

⁵⁴¹ Vgl. bereits die entsprechende Kritik an der eingeschränkten Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts bei BVerfGE 2, 307 unter 2. Teil, 3. Abschnitt, I., 2., c) Die Entwicklung der Vorfragenkonstruktion in unmittelbarer Abgrenzung zur Richtervorlage.

Voraussetzung für den Einstieg in die eigentliche abstrakte Normenkontrolle ist.

IV. Eine abschließende Systematisierung der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur

Mit der Vorfragenkonstruktion integrierte das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes eine Prüfungscompetenz, die es auch in anderen Verfahren beansprucht.⁵⁴² Die Analyse der Rechtsprechung verdeutlicht eine wechselvolle und anhaltende Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Judikatur, die zugunsten eines abschließenden Gesamtbildes für die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes der Systematisierung bedarf.

Auf der Ebene der Zulässigkeit ist trotz des weitergreifenden Wortlauts von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ausschließlich die Kontrolle untergesetzlicher Bundesgesetze am Maßstab des Grundgesetzes statthafter Antragsgrund.⁵⁴³ Dies hindert das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht, im Rahmen der Begründetheit bloß materielle Bundesgesetze, deren Verfassungswidrigkeit gerügt wird, zusätzlich auf eine Vereinbarkeit mit formellen Bundesgesetzen zu überprüfen.⁵⁴⁴ Doch kommt diesem Prüfungsschritt wohl aufgrund der scharfen Kritik im Schrifttum an der Legenhennenentscheidung nicht mehr der ursprünglich mit der

⁵⁴² Hierzu *Gärdtitz*, DÖV 2001, 539 (541 f.) mit einer Auflistung weiterer Verfahren; *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1471) unter Erwähnung des Normenqualifizierungsverfahrens nach Art. 126 GG für die vorfrageweise erfolgende Prüfung, ob eine Norm, deren Qualität als Bundesrecht fraglich ist, noch gültig sei, BVerfGE 28, 119 (139).

⁵⁴³ BVerfGE 127, 293 (318); vgl. auch BVerfGE 136, 69 (91).

⁵⁴⁴ Die Unterscheidung zwischen dem unzulässigen Antragsgrund einer Vereinbarkeitsfrage von bloß materiellen Bundesgesetzen mit sonstigem Bundesrecht und der entsprechenden, möglichen Vereinbarkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Begründetheit arbeitet *Graßhof*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 50 deutlich heraus; vgl. im Übrigen auch die eigene Differenzierung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 127, 293 (318 f.).

Vorfragenkonzeption implizierte zwingende Verfahrenscharakter zu. Über die rein subsidiäre Wahrnehmung des fachrichterlichen Prüfungsrechts hinaus wird der Fragestellung nun eine unter anderem eine in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 GG deutlich werdende verfassungsrechtliche Relevanz zugesprochen. Dass sich eine Rechtsverordnung in den Grenzen der parlamentarischen Delegationsentscheidung halten muss, ergibt sich für das Bundesverfassungsgericht aus dem „im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip angelegten Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes“.⁵⁴⁵

Nach einem Wandel in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird unter Verzicht auf die Vorfrage die Einhaltung der Vorgaben der parlamentarischen Ermächtigung in die eigentliche verfassungsrechtliche Prüfung verschoben. Auf diesem Weg entgeht das Bundesverfassungsgericht den wesentlichen Kritikpunkten an der Vorfragenkonstruktion. Dem einfachgesetzlichen Normenverhältnis kommt eine verfassungsrechtliche Dimension zu, die bei der abstrakten Normenkontrolle einer Rechtsverordnung des Bundes für ihre Gültigkeit zu prüfen ist und das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab beinhaltet.⁵⁴⁶

4. Abschnitt: Die Einbeziehung formellen Bundesrechts als Prüfungsmaßstab über das Rechtsstaatsprinzip

Die Vorfragenkonzeption des Bundesverfassungsgerichts integriert neben dem Grundgesetz zumindest einen Teil der formellen Bundesgesetze als Prüfungsmaßstab für die Kontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes.⁵⁴⁷ Über den „Umweg“ des in Art. 20 Abs. 3 GG verbürgten allgemeinen Rechtsstaatsprinzips

⁵⁴⁵ BVerfGE 136, 69 (90).

⁵⁴⁶ Das Bundesverfassungsgericht spricht insofern auch von „verfassungsrechtlichen Anforderungen“, siehe BVerfGE 150, 1 (160).

⁵⁴⁷ Siehe 2. Teil, 3. Abschnitt: Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis.

gibt es noch weiterreichende Bestrebungen, um die Gesamtheit der formellen Bundesgesetze als Prüfungsmaßstab für Rechtsverordnungen des Bundes zu etablieren.⁵⁴⁸ Ausgehend von der Fassung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und anknüpfend an das Grundgesetz als Entscheidungsmaßstab für die abstrakte Normenkontrolle eines zulässigen Antragsgegenstands jeder Rangstufe bilden dann das Grundgesetz und sonstiges Bundesrecht den Prüfungsmaßstab.

Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips sind unter anderem der Stufenbau der Rechtsordnung und der damit verbundene Grundsatz des Vorrangs höherrangigen Rechts. Verstößt nämlich exekutive Normsetzung gegen höherrangiges Gesetzesrecht, liegt zugleich ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes und damit gegen die Verfassung vor. Die bundesverfassungsgerichtliche Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG einer Rechtsverordnung des Bundes könnte daher im Ergebnis am Maßstab des gesamten höherrangigen Bundesrechts zu erfolgen haben.⁵⁴⁹ § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG wäre dann im Ergebnis für die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes durchaus „verdeutlichend“ gefasst.⁵⁵⁰ Letztlich wird damit aber eine jede Kontrolle einer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht unter Aufgabe der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG vorgesehenen Differenzierung von Bundesrecht und Grundgesetz als Prüfungsmaßstab zu einer Frage materieller Verfassungskonformität. Im Rechtsstaat wäre somit jede Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht und Gesetzesrecht hinfällig.⁵⁵¹

⁵⁴⁸ So ursprünglich noch *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60; ähnlich auch *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264, „da jedes Nichtbeachten höherrangigen Rechts die Normenhierarchie als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips verletzt“.

⁵⁴⁹ *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 423 f.

⁵⁵⁰ *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60; *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264.

⁵⁵¹ *Michael*, ZJS 2014, 254 (259).

Vor der Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine solche Aufgabe der Differenzierung gewollt bzw. der Rechtsfortbildung zugänglich ist, gilt es zunächst das Rechtsstaatsprinzip in seinen für die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs relevanten Ausprägungen in den Blick zu nehmen. Hierauf aufbauend ist dann die Umsetzbarkeit einer Ausdehnung der Reichweite der abstrakten Normenkontrolle zu untersuchen bzw. das Bedürfnis für eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabs im Wege der Rechtsfortbildung zu diskutieren.

I. Der Vorrang des Gesetzes als Teil des Rechtsstaatsprinzips

Konkretisiert Art. 80 Abs. 1 GG für die Verordnungsgebung eine spezifische Ausformung des Rechtsstaatsprinzips,⁵⁵² bildet Art. 20 Abs. 3 GG die „Kernvorschrift“ zur Verankerung des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips über die Bindung der Staatsgewalten.⁵⁵³ Es ist nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert, sondern ergibt sich aus einer Gesamtschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG über die Bindung der einzelnen Gewalten und der Art. 1 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes.⁵⁵⁴ Die Rechtsstaatlichkeit bildet neben Demokratie- und Bundesstaatsprinzip einen das „Grundgesetz beherrschenden“ Grundsatz⁵⁵⁵ zur grundlegenden Rechtsbindung bei der Ausübung staatlicher Gewalt.⁵⁵⁶ Das Primat des Rechts zur Begrenzung staatlicher Macht

⁵⁵² Vgl. 1. Teil, 3. Abschnitt, III., 1. Die Anforderungen an das ermächtigende Gesetz; im Übrigen auch *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 6 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁵³ Statt vieler *Vofskuhle/Kaufbold*, JuS 2010, 116 (117), die als normative Wurzel zusätzlich auch noch Art. 20 Abs. 2 GG nennen.

⁵⁵⁴ BVerfGE 141, 1 (33); ständige Rechtsprechung.

⁵⁵⁵ So das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 23, 353 (373); ähnlich auch *Weber-Fas*, Das Grundgesetz, S. 78, der das Rechtsstaatsprinzip zu den „fundamentalen Verfassungsgrundsätzen“ zählt.

⁵⁵⁶ *Heyde*, in: Festschrift für Konrad Redeker, S. 187 (188); *Weck*, RuP 2017, 186 (187). Vertiefend *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 781 mit weiteren Nachweisen.

prägt den Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes, der durch verschiedene Elemente seine weitere Präzisierung erfährt.⁵⁵⁷

Dieses in Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG positiviert Primat des Rechts bewirkt die Rechtsgebundenheit der verfassten Gewalt zur Verwirklichung und Verknüpfung von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit als fundamentale Bestandteile der Rechtsidee.⁵⁵⁸ Während der aus ihrer Höchststrangigkeit abgeleitete Vorrang der Verfassung alle Staatsgewalt bindet, trifft die in Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 2 GG ausgesprochene Bindung an „Gesetz und Recht“ die vollziehende und rechtsprechende Gewalt.⁵⁵⁹ Die in Art. 20 Abs. 3 GG vorgesehene Rechtsbindung der Exekutive postuliert damit auch den Vorrang des Gesetzes als den zentralen Grundsatz des Rechtsstaatsgedankens.⁵⁶⁰ Nicht im Gegensatz, sondern komplementierend zur Verfassungsbindung des Gesetzgebers adressiert der Vorrang des Gesetzes die Bindung von Exekutive und Judikative an das Recht im Rang unterhalb des Grundgesetzes und ist Element des Stufenbaus der Rechtsordnung, wie es auf der höheren Stufe der Vorrang der Verfassung

⁵⁵⁷ Eine systematische Darstellung der wesentlichen Elemente des Rechtsstaatsprinzips bieten u. a. *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 26 Rn. 69 ff.; *Benda*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 17 Rn. 14 ff.; *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 787 ff. Nach *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (179) umfasst das Rechtsstaatsprinzip neben der Gesetzes- und Verfassungsbindung als Unterprinzipien noch die Gewaltenteilung, den Rechtsschutz bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt, die Gewährleistung persönlicher Grundrechte und die Rechtssicherheit.

⁵⁵⁸ *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, S. 185; *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 796; deutlich auch *Schnapp*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar (6. Aufl.), Art. 20 Rn. 61: „Die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht stellt den zentralen Grundsatz des Rechtsstaatsgedankens dar.“

⁵⁵⁹ *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 491; *Görtsch*, JuS 1997, 988 (989); *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 26 Rn. 58. Art. 20 Abs. 3 GG trifft auch eine implizite Anordnung über das Verhältnis von Legislative, Exekutive und Judikative zueinander.

⁵⁶⁰ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 72; differenzierend wiederum *Sachs*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 112.

ist.⁵⁶¹ Eng mit dem Vorrangprinzip ist der hiervon zu unterscheidende Vorbehalt des Gesetzes verbunden. Er besagt, dass unmittelbar regelndes belastendes Staatshandeln ohne formell-gesetzliche Grundlage im Grundsatz ausgeschlossen ist.⁵⁶²

Nach dem Vorrang des Gesetzes steht „die verfassungsmäßige gesetzliche Willensäußerung über der gesamten übrigen Staatstätigkeit“. Das „Gesetz ist unverbrüchlich“ und „kann rechtlich auf keinem anderen Weg aufgehoben, abgeändert oder unwirksam gemacht werden und hebt andererseits alle bereits vorhandenen staatlichen Willensäußerungen mit anderem Inhalte auf, welche ihm entgegenstehen“.⁵⁶³ Damit genießen formelle Gesetze gegenüber den übrigen staatlichen Rechtsnormen uneingeschränkt und unbedingt Vorrang, insbesondere gegenüber den von der Exekutive erlassenen, allgemeinen Rechtssätzen und Einzelanordnungen.⁵⁶⁴ Denn aufgrund seiner Bestellung und seines Verfahrens ist das Parlament nach dem Grundgesetz das einzige Verfassungsorgan, das staatlichen Maßnahmen unmittelbar demokratische Legitimation verleiht. Das Vorrangprinzip wird durch den Ausgleich

⁵⁶¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92; *Sommerrmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 271.

⁵⁶² Vgl. BVerfGE 8, 155 (166 f.); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 107; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 75; *Görisch*, JuS 1997, 988 (989); *Vofskuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117). Der Vorbehalt des Gesetzes ist nicht ausdrücklich im Grundgesetz verankert, wird aber in Art. 20 Abs. 3 GG vorausgesetzt, siehe nur *Benda*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1, § 17 Rn. 36. Für den maßgeblichen Untersuchungsgegenstand ist eine vertiefende Darstellung des Vorbehalts des Gesetzes nicht erforderlich, siehe weiterführend nur *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rdnr. 11 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁵⁶³ So *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 72, daran anknüpfend *Sachs*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 112.

⁵⁶⁴ *Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 153; *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 495. Ergänzend hierzu *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 72, dass u. a. auch die Ergebnisse von Gesetzgebungsverfahren einen solchen Vorrang beanspruchen, an denen das Parlament nur eingeschränkt beteiligt ist, etwa im Falle des Gesetzgebungsnotstands nach Art. 81 GG oder in der Notstandsgesetzgebung nach Art. 115e GG erlassene Gesetze. Dies gilt jedoch nicht für bloß materielle Gesetze.

der Kräfteverhältnisse und Interessen im Parlament bedingt und ist somit primär Ausdruck der demokratischen Staatsform.⁵⁶⁵

Das Vorrangprinzip fordert einerseits die Gesetzmäßigkeit der Exekutive im Sinne einer Orientierung des Verhaltens der Exekutive am Gesetz. Andererseits wirkt der Vorrang des Gesetzes im Sinne einer Kollisionsregel, nach der alle untergesetzlichen Rechtsnormen und Rechtsakte dem parlamentarischen Gesetz nicht widersprechen dürfen.⁵⁶⁶

1. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Die Bedeutung der Bindungswirkung für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁵⁶⁷ wird vielfach mit der Konzeption *Otto Mayers* illustriert. Dieses Konzept lässt sich vereinfachend auf „die *bindende Kraft des Gesetzes*“ mit der „Fähigkeit, *Rechtssätze* aufzustellen“ reduzieren, die zur „wichtigsten Kraft des Gesetzes“ zu zählen ist.⁵⁶⁸

Reichweite und Ausmaß der aus dem Vorrang folgenden Bindung richten sich nach dem formellen und materiellen Geltungsumfang der jeweiligen gesetzlichen Normen. Dementsprechend muss das Handeln der Exekutive (und auch der Judikative) den Geltungsbefehl der Rechtsnormen befolgen oder sonst in seiner Wirksamkeit respektieren.⁵⁶⁹ Diese Verpflichtungswirkung des Gesetzes enthält also für die vollziehende Gewalt primär ein Anwendungsgebot und auch ein Abweichungsverbot.⁵⁷⁰ Ersteres beinhaltet das zwingende Gebot zur Anwendung der bestehenden Gesetze im Sinne einer Ausführungspflicht unabhängig der

⁵⁶⁵ *Gusy*, JuS 1983, 189 (190).

⁵⁶⁶ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 73.

⁵⁶⁷ Begriffskritisch *Gusy*, JA 2002, 610.

⁵⁶⁸ *Sachs*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 110 unter Bezugnahme auf *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 76 f. (Hervorhebungen im Original). Begriffskritisch zur näheren Unterscheidung zwischen „positiver“ und „negativer“ Gesetzmäßigkeit *Gusy*, JuS 1983, 189 (191).

⁵⁶⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92; *Sachs*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 110.

⁵⁷⁰ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 4; *Gusy*, JuS 1983, 189 (191); *Detterbeck*, Jura 2002, 235; *Erichsen*, Jura 1995, 550.

gewählten Rechtsform und beabsichtigten Wirkung. Das umfasst sowohl den Erlass von Einzelanordnungen und faktischen Maßnahmen als auch den Erlass allgemeiner Rechtssätze.⁵⁷¹ Diese Anwendungspflicht bleibt grundsätzlich auch bei einem von der Exekutive für nichtig befundenen Gesetz bestehen.⁵⁷² Notwendige Ergänzung des Anwendungsgebots zur Konkretisierung des Vorrangsprinzips ist das Abweichungsverbot: Es entfaltet dahingehend eine Schrankenfunktion, dass das Anwendungsgebot inhaltlich kongruent mit den gesetzlichen Anforderungen auszufüllen ist und die gesetzlichen Anordnungen zu befolgen sind.⁵⁷³ Eine Form fehlerhafter Rechtsanwendung ist hierbei auch die unzutreffende Interpretation auslegungsbedürftiger Gesetze.⁵⁷⁴ Auswirkungen zeigt der Vorrang des Gesetzes bei einem „Widerspruch zwischen dem Gesetz und der Willensäußerung niedrigeren Ranges“.⁵⁷⁵ Bei einem solchen inhaltlichen Widerspruch verstößt der Bindungsadressat gegen die ihm auferlegte Rechtsbindung und die staatliche Maßnahme ist rechtswidrig.⁵⁷⁶

2. Der Vorrang des Gesetzes als Kollisionsregel

Der Vorrang des Gesetzes differenziert nicht nur den aus Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 2 GG abgeleiteten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Sinne einer Orientierungsfunktion näher aus, sondern beinhaltet unmittelbar auch eine

⁵⁷¹ Schnapp, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar (6. Aufl.), Art. 20 Rn. 66; Ossenbühl, in: Festschrift für Hans Huber, S. 283 (292) unter Verweis auf BVerfGE 13, 248 (254); 16, 332 (338).

⁵⁷² So Ossenbühl, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 5.

⁵⁷³ Sachs, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 110.

⁵⁷⁴ Ossenbühl, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 7.

⁵⁷⁵ BVerfGE 40, 237 (247).

⁵⁷⁶ Gusy, JuS 1983, 189 (191). Weiterführend und differenzierend zu den Verstoßfolgen Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 141 ff. Zur Rechtsfolge der Nichtigkeit im Übrigen bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 1., a), cc) Das Nichtigkeitsdogma als Ausfluss der Normenhierarchie.

rechtssystematische Rangordnungsregel.⁵⁷⁷ Aus der in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rangordnung der Rechtsnormen leitet sich der Vorrang der ranghöheren Norm vor der rangniederen Norm ab.⁵⁷⁸ Das Gesetz entwickelt eine Derogationswirkung gegenüber jedem ihm widersprechenden staatlichen Rechtsakt niedrigeren Ranges.⁵⁷⁹ Der ausnahmslos geltende Vorrang formeller Gesetze vor untergesetzlichem Recht und umgekehrt dessen Bindung an das formelle Gesetz wird durch die Bindung jedes Gesetzes an die Verfassung und die von ihr aufgestellte Normenhierarchie erreicht. Unabhängig der Ausgestaltung der Rechtsfolgen eines Verstoßes eines rangniedrigeren gegen einen ranghöheren Rechtssatz beinhaltet dieser Widerspruch grundsätzlich eine Durchbrechung der im Grundgesetz veranlagten Normenhierarchie und verletzt eine in Art. 20 Abs. 3 GG verbürgte Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.⁵⁸⁰ Komplementär ordnet Art. 31 GG als bundesstaatliches Element der Normenhierarchie nicht nur den Gesetzesvorrang, sondern den Rechtsvorrang von Bundesrecht gegenüber Landesrecht an.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92; *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 3; *Erichsen*, Jura 1995, 550; weitergehend *Sachs*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 112, der von einer Kollisionsnorm ausgeht.

⁵⁷⁸ Ausführlich zu dem Rangverhältnis im engeren Sinne und der rechtsdogmatischen Begründung der Normenhierarchie 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 1., a), bb) Die Grundzüge eines Stufenbaus der Rechtsordnung. Anschaulich zu dem Beziehungsgefüge von Gesetzesvorrang und Normenhierarchie *Robbers*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Abs. 1 Rn. 2105: „Der Vorrang des Gesetzes ist somit der Figur des Stufenbaus der Rechtsordnung verpflichtet.“

⁵⁷⁹ *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 271; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92.

⁵⁸⁰ Vgl. *Michael*, ZJS 2014, 254 (259).

⁵⁸¹ *Sachs*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 102; *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 3.

3. Die Inkorporationswirkung des Rechtsstaatsprinzips bei der Verordnungsgebung

Eine verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Anforderungen des in Art. 20 Abs. 3 GG normierten Rechtsstaatsprinzips hin entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In bedeutenden Leitentscheidungen setzte sich das Bundesverfassungsgericht mit verschiedenen Gewährleistungen des Rechtsstaatsprinzips auseinander.⁵⁸² Auch die abstrakte Normenkontrolle war bereits vereinzelt nicht zuletzt auf die Vereinbarkeit des Antragsgegenstands mit dem Rechtsstaatsprinzip ausgerichtet.⁵⁸³ Anknüpfend an das Vorrangprinzip soll die Vereinbarkeit der beanstandeten Rechtsverordnung des Bundes mit formellen Bundesgesetzen über das in Art. 20 Abs. 3 GG normierte Rechtsstaatsprinzip zu prüfen sein. Über das Rechtsstaatsprinzip korrespondiert jede einfachrechtliche Rechtsverletzung mit einer inhaltsgleichen Grundgesetzwidrigkeit.

a) Das Rechtsstaatsprinzip als „Vehikel“ zur Vermittlung eines Verfassungsverstößes

Eine fehlerhafte Rechtsanwendung ist bereits schon deshalb verfassungswidrig, weil sie gegen die Gesetzesbindung in Art. 20 Abs. 3 GG verstößt. Jedem Rechtsverstoß auf unterverfassungsrechtlicher Ebene korrespondiert eine inhaltsgleiche

⁵⁸² Vgl. etwa BVerfGE 95, 1 (15) zu Inhalt und Funktion der Gewaltenteilung; BVerfGE 67, 100 (139) zum Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung; BVerfGE 49, 89 (128 ff.) zum Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie; BVerfGE 110, 33 (52 ff.) zum Bestimmtheitsgebot; BVerfGE 107, 395 (401 ff.) zur Rechtsschutzgarantie; BVerfGE 92, 277 (327) zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; BVerfGE 30, 367 (385 ff.) zum Rückwirkungsverbot bzw. BVerfGE 72, 200 (242 f.) zur tatbestandlichen Rückanknüpfung.

⁵⁸³ Vgl. zuletzt BVerfGE 150, 1 ff. am Maßstab des Bundesstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 1 GG und der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgebot in der Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie; hierzu 2. Teil, 3. Abschnitt, III., 4., b) Das Urteil des Zweiten Senats vom 19. September 2018.

Verfassungswidrigkeit.⁵⁸⁴ Das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip dient als Vehikel, um eine einfachrechtliche Rechtsverletzung als einen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG zu sanktionieren und damit auf die verfassungsrechtliche Ebene zu heben.⁵⁸⁵

Diese Transformation einer Verletzung einfachen Rechts in einen Verstoß gegen das Grundgesetz wird bei der Verordnungsgebung durch die Verwaltung auf zwei Ebenen realisiert. Denn die Verordnungsgebung als eine durch die Exekutive wahrgenommene Form delegierter Rechtssetzung knüpft aufgrund ihrer „Doppelnatur“⁵⁸⁶ ebenfalls unter zwei Aspekten an das rechtsstaatliche Prinzip an: Bereits der verfahrensrechtliche Vorgang im Bereich der Normsetzung als punktuell übertragene Form legislativer Tätigkeit bindet die vollziehende Gewalt nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.⁵⁸⁷ Das Verordnungsgebungsverfahren muss rechtsstaatlichen Ansprüchen genügen, um die Rechtsförmigkeit exekutiven Handelns zugunsten von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu gewährleisten.⁵⁸⁸ Bei der Wahrnehmung der Befugnis zur Verordnungsgebung treten aufgrund der derivativen Struktur der Verordnungsgebung neben Rechtssetzungs- auch Rechtsanwendungskomponenten.⁵⁸⁹ In Ausübung der anvertrauten Rechtssetzungskompetenz unter zeitgleicher Anwendung der parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage unterliegt der Verordnungsgeber daher zunächst einer Bindung

⁵⁸⁴ *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 8 (11) mit der Anmerkung, dass zusätzlich auch Verstöße gegen grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und gegen das Willkürverbot aus Art 3 Abs. 1 GG denkbar sind.

⁵⁸⁵ Vgl. *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (234); *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 423 f.

⁵⁸⁶ Die „Doppelnatur“ der Rechtsverordnung liegt darin begründet, dass sie sowohl eine von einem Exekutivorgan erlassene Rechtsnorm als auch eine Verwaltungsmaßnahme darstellt, siehe *Krüger*, VR 2015, 342.

⁵⁸⁷ *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 310.

⁵⁸⁸ Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI Rn. 62; *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, S. 65.

⁵⁸⁹ *Von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, S. 54 f.; *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 80 Rn. 331 sieht allerdings den Schwerpunkt in der Rechtsetzung.

nach Maßgabe der gesetzgeberischen Leitentscheidung, an deren Vorgaben er sich zwingend orientieren muss.⁵⁹⁰ Abgesehen von dieser verfassungsrechtlichen Gesetzesakzessorietät entfaltet nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die Gesamtheit der sonstigen höherrangigen Rechtsätze zusätzlich für die normsetzende Exekutive eine allgemeine Gesetzesbindung.⁵⁹¹ Art. 20 Abs. 3 GG bindet die vollziehende Gewalt bei Erlass von Rechtsverordnungen nach Art. 80 Abs. 1 GG und bei Erlass von Satzungen in dem Sinne, dass exekutive Rechtssätze nicht gegen höherrangige Bestimmungen verstoßen dürfen.⁵⁹² Missachtet der vollziehende Ordnungsgeber die auferlegte Bindung, verstößt die exekutive Normsetzung gegen das rechtsstaatliche Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und damit letztlich auch gegen das Grundgesetz.⁵⁹³

Die Rechtsverordnung wiederum als Produkt der normsetzenden Tätigkeit des Ordnungsgebers fügt sich entsprechend ihres derivativen Charakters als untergesetzliche Rechtsquelle in die Normenhierarchie der Rechtsordnung ein. Mit der Gesetzesbindung der Verwaltung korrespondiert der Vorrang des Gesetzes, dessen Bindungswirkung sowohl für exekutive Einzelakte wie auch exekutive Normsetzung gilt.⁵⁹⁴ Verstößt eine mit dem Anspruch auf Gültigkeit erlassene Rechtsverordnung des Bundes

⁵⁹⁰ *Von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Ordnungsgebers, S. 57 unter Verweis auf BVerwGE 68, 69 (72); 65, 323 (325).

⁵⁹¹ Vgl. *Badura*, Staatsrecht, F Rn. 16; *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 67; weiterführend noch 3. Teil, 1. Abschnitt, I., 2. Zur Reichweite der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Inanspruchnahme der Ermächtigung durch den Ordnungsgeber.

⁵⁹² Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI Rn. 62; *Robbers*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Abs. 1 Rn. 2113; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 54.

⁵⁹³ *Michael*, ZJS 2014, 254 (259); *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (234); *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 423 f.; *Rein*, Das Normbestätigungsverfahren, S. 100 f.

⁵⁹⁴ *Robbers*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Abs. 3 Rn. 3288; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 72; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92, 96, 100.

gegen höherrangiges Recht wird zugleich „die Normenhierarchie als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips verletzt“.⁵⁹⁵

b) Der normative Gehalt des Rechtsstaatsprinzips

Das Bundesverfassungsgericht konstatiert in ständiger Rechtsprechung, dass das Rechtsstaatsprinzip „keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote und Verbote“ enthält, vielmehr bedarf es der „Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten; dabei müssen allerdings fundamentale Elemente des Rechtsstaates und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben“.⁵⁹⁶ Damit kommt dem Rechtsstaatsgrundsatz eine geringe normative Dichte zu. Als Anknüpfungspunkt zur normativen Verankerung verfassungsrechtlicher Institute, die im Grundgesetz keine ausdrückliche Erwähnung erfuhren, ist ein eigenständiger dogmatischer Gehalt des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips zweifelhaft.⁵⁹⁷ Einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes kommt als anwendungsnäheren, ausdrücklichen Verfassungsaussagen dahingehend ein rechtsstaatlicher Gehalt zu, dass sie Konkretisierungen der Rechtsstaatsidee darstellen.⁵⁹⁸ Dennoch kommt dem Rechtsstaatsprinzip trotz seiner knappen und offenen Formulierung als Sammelbezeichnung mehr als nur ein bündelnder bzw. schlicht affirmativer Gehalt zu. Zwar genießen einzelne, sachnähere Bestimmungen des Grundgesetzes rechtsstaatlichen Charakter, daraus folgt jedoch umgekehrt nicht, dass das allgemeine Rechtsstaatsprinzip bzw. seine Unterprinzipien sich in einer rein programmatischen Funktion erschöpfen. Die Idee des Rechtsstaatsprinzips prägte als ideengeschichtliche Grundlage das Vorverständnis des Grundgesetzgebers, ohne eine besondere Konkretisierung im Verfassungstext zu erfahren.⁵⁹⁹ Zwangsläufig gibt es damit

⁵⁹⁵ *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264.

⁵⁹⁶ BVerfGE 65, 283 (290); ständige Rechtsprechung mit nahezu wortgleicher Formulierung seit BVerfGE 7, 89 (92).

⁵⁹⁷ So aber wohl von *Arnauld*, JZ 2000, 276; *Rane*, AöR 131 (2006), 79 (108).

⁵⁹⁸ Hierzu *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 78 f. unter Auflistung „rechtsstaatlicher“ Einzelnormen.

⁵⁹⁹ BVerfGE 141, 1 (33); vertiefend *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 80 ff.

Verfassungsräume, deren normative Leitlinien sich erst aus einer Zusammenschau der Bestimmungen der Bindungen der einzelnen Gewalten sowie der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes mit den dahinterstehenden rechtsstaatlichen Prinzipien ergeben. Soweit sich der allgemeine Rechtsstaatsgrundsatz mit dem Gesetzesvorrang zu einer systematischen Rangordnungsregel entwickelt, dürfte dem Rechtsstaatsprinzip eine eigene normative Bedeutung zukommen.⁶⁰⁰ Das bedeutet jedoch noch nicht, dass dieser normative Gehalt des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausprägung des Vorrangs des Gesetzes bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes durch das Bundesverfassungsgericht auch justiziabel sein muss.

II. Die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs über das Rechtsstaatsprinzip

Eine Rechtsverordnung als Ausfluss und Produkt normsetzender Tätigkeit der Exekutive lässt sich an unterschiedlichen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG messen. Sofern die verschiedenen Elemente des Rechtsstaatsgrundsatzes als Prüfungsmaßstab der abstrakten Normenkontrolle in Betracht kommen, dann bildet gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG die behauptete Unvereinbarkeit einer Rechtsverordnung des Bundes mit dem Grundgesetz den „zulässigen selbstständigen Antragsgrund“⁶⁰¹ des Verfahrens. Innerhalb der Begründetheit treten dann neben den verfassungsrechtlichen Entscheidungsmaßstab des Grundgesetzes zusätzlich formelle Bundesgesetze als einfachgesetzlicher Prüfungsmaßstab.⁶⁰² In der verfassungsrechtlichen Begründetheitsprüfung der Rechtsverordnung an den Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips als Prüfungsmaßstab ist dann inzident die Rechtmäßigkeit des exekutiven Normsetzungsverfahrens und die Rechtmäßigkeit der erlassenen Verordnung am Maßstab

⁶⁰⁰ Vgl. *Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, 2569 (2570).

⁶⁰¹ Siehe BVerfGE 127, 293 (318).

⁶⁰² Vgl. *Rein*, Das Normbestätigungsverfahren, S. 100; *Hillgruber*, JA 2011, 318 (320); *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 424; *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 f.

der höherrangigen formellen Bundesgesetze zu prüfen. Diese Inzidentkontrolle⁶⁰³ nimmt den Schwerpunkt der verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Rechtsverordnung ein und ist inhaltlich auf einen einfachgesetzlichen Prüfungsmaßstab beschränkt, um die Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips in seinen einschlägigen Ausprägungen zu gewährleisten. Das rechtsstaatliche Prinzip dient als Scharnier um die Gesamtheit der formellen Bundesgesetze als zusätzlichen Prüfungsmaßstab zu integrieren. Entscheidungsmaßstab bleibt weiterhin das Grundgesetz und die vorgelegte Rechtsverordnung des Bundes wäre daher gegebenenfalls wegen der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz gemäß § 78 Satz 1 BVerfGG für nichtig zu erklären.

Dass das Bundesverfassungsgericht im abstrakten Normenkontrollverfahren den Antragsgegenstand an unterschiedlichen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips misst, entspricht ständiger Rechtsprechung⁶⁰⁴ und auch, dass ein Gesetzesverstoß auf einfachrechtlicher Ebene einen Verfassungsverstoß bedeutet, stellt kein Novum in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur dar.⁶⁰⁵ Als auf eine Auslegung angelegtes Prinzip eignet sich der Rechtsstaatsgrundsatz grundsätzlich auch zu einer Erweiterung des Prüfungsmaßstabs. Doch angesichts der damit letztlich verbundenen Aufgabe der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG vorgenommenen Differenzierung von sonstigem Bundesrecht und Grundgesetz als je nach dem Rang des vorgelegten Antragsgegenstands unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe ist dieses skizzierte Verständnis

⁶⁰³ *Rein*, Das Normbestätigungsverfahren, S. 101 bezeichnet diesen Prüfungsschritt als „Vorfrage“, wobei sich diese von der „Vorfrage“ nach der Vorfragenkonzeption des Bundesverfassungsgerichts darin unterscheidet, dass die einfachgesetzliche Prüfung nicht der Bestimmung eines tauglichen Prüfungsgegenstands dient. Die Prüfung des einfachen Gesetzesverstoßes ist demzufolge bloße, aber entscheidende „Vorfrage“ des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs.

⁶⁰⁴ Siehe zuletzt BVerfGE 150, 1 (162 f.) zu dem, aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten, Gebot der Klarheit und Widerspruchsfreiheit gesetzlicher Regelungen.

⁶⁰⁵ Siehe etwa BVerfGE 127, 293 (328 ff.); vertiefend bereits 2. Teil, 3. Abschnitt, III., 2., c) Die Prüfung am Maßstab formeller Bundesgesetze bei mittelbarer verfassungsrechtlicher Relevanz.

einer schrankenlosen Scharnierfunktion kritisch zu untersuchen.⁶⁰⁶

1. Die verfassungstextliche Ausgestaltung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG als Grenze der Auslegung und Ausgangspunkt der Rechtsfortbildung

Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bildet den normativen Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Untersuchung des Prüfungsmaßstabs bloß materieller Bundesgesetze. Diese Regelung räumt dem Bundesverfassungsgericht die Zuständigkeit ein, „über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte“ zu entscheiden. Nach seinem Wortlaut nimmt Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG im Vergleich zu § 76 Abs. 1 BVerfGG ausdrücklich eine Trennung des Prüfungsmaßstabs für Landesrecht und Bundesrecht vor: Zur Überprüfung unterbreitetes Bundesrecht ist auf die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu beurteilen, während für Landesrecht zusätzlich auch noch Bundesrecht herangezogen werden kann. Der Wortlaut legt damit bei unbefangener Betrachtung die Exklusivität von „Bundesrecht“ als Prüfungsmaßstab landesrechtlicher Vorschriften nahe.⁶⁰⁷ Diese Lesart gibt aber nicht die Wortlautgrenze der Auslegung wieder: Über das Rechtsstaatsprinzip soll die Vereinbarkeit von untergesetzlichem Bundesrecht mit einfachen Gesetzen zur Verfassungsfrage erklärt werden und damit für Bundesrecht weiterhin das Grundgesetz formal als einziger Prüfungsmaßstab verbleiben.

Bereits der historische Verfassungsgeber beabsichtigte ausdrücklich, bloß materielle Bundesgesetze am Grundgesetz zur

⁶⁰⁶ Nach *Michael*, ZJS 2014, 254 (259 Fn. 42) wäre dann auch „jegliche Differenzierung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG überflüssig und irritierend und insofern § 76 BVerfGG ebenfalls überflüssig,“ nach der Lesart von *Stern*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982) Rn. 264 aber durchaus „verdeutlichend“.

⁶⁰⁷ Vgl. statt vieler *Kees*, in: *BVerfGG Mitarbeiterkommentar*, § 76 Rn. 59.

Überprüfung zu stellen.⁶⁰⁸ Allerdings finden sich in allen Gesetzesmaterialien keine Überlegungen zur Reichweite der Kontrolle eines untergesetzlichen Antragsgegenstands. Daher sind systematische und vor allem teleologische Auslegungskriterien zu bemühen,⁶⁰⁹ um die Möglichkeit eines erweiterten Prüfungsmaßstabs über das Rechtsstaatsprinzip zu untersuchen.

2. Das Rechtsstaatsprinzip als „Zauberkeiste“

Aufgrund der geringen normativen Dichte des Rechtsstaatsprinzips scheint zunächst die Einziehung einer zusätzlichen Prüfungsebene sehr weitreichend.

a) Die „Floskelhaftigkeit“ des Umgangs mit dem Rechtsstaatsbegriff

Das Grundgesetz selbst pflegt einen zurückhaltenden Gebrauch des Begriffs „Rechtsstaat“. Seine Skepsis lässt sich unter anderem darauf zurückführen, dass das Rechtsstaatsprinzip schwerlich einer begrifflich-definitiven Präzisierung seiner normativen Phänomene auf eine allgemeingültige Formel zugänglich ist.⁶¹⁰ Als positiv gewendet „außergewöhnlich vielseitiges, ganz unterschiedliche verfassungsrechtliche Aspekte zusammenfassendes Rechtsprinzip“⁶¹¹ sieht es sich aufgrund seiner schweren Greifbarkeit dem Vorwurf der Unbestimmtheit und „Floskelhaftigkeit“ seiner

⁶⁰⁸ Wortlautprotokoll der 6. Sitzung des Rechtspflegeausschusses vom 16.11.1948, abgedruckt bei *Büttner/Wettengel*, in: *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 13, Teilbd. II, S. 1336.

⁶⁰⁹ Die anschließenden Ausführungen vervollständigen insofern auch die Auslegung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG, vgl. bereits 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 4. Teleologische Interpretation.

⁶¹⁰ So jedenfalls die Annahme von *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (179): Der Begriff „Rechtsstaat“ wird im Grundgesetz nur in Art. 23 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG verwendet, während der an den Begriff „Demokratie“ angelehnte Ausdruck „freiheitlich demokratische Grundordnung“ bereits siebenmal zu finden ist.

⁶¹¹ *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG-Kommentar, Art. 20 VII Rn. 3 (September 1980).

Verwendung ausgesetzt.⁶¹² Der Rechtsstaatsbegriff habe mit „anderen grundlegenden staats- und verfassungstheoretischen Begriffen gemeinsam“, dass er „zu jenen vom Wortsinn her vagen und nicht ausdeutbaren Schleusenbegriffen [gehört], die sich ‚objektiv‘ aus sich heraus, niemals abschließend definieren lassen“.⁶¹³ Aufgrund seiner sammelnden Beschreibung im Wortlaut und mangelnden normativen Dichte bietet das Rechtsstaatsprinzip als „Zauberbox“ einen vermeintlich verlässlichen und belastbaren Anknüpfungspunkt zur normtheoretischen Verankerung verfassungsrechtlicher Institute.⁶¹⁴ Ein pauschal postulierter „Hoher Rang“ verleitet vielfach zu „floskelhafter, inhaltsleerer Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip“, ohne einer Rechtsfrage problemorientiert mit einer belastbaren Argumentation sowie dogmatischer Differenzierung zu begegnen.⁶¹⁵

Dieser Befund kennzeichnet auch die Argumentation zugunsten einer erweiterten Lesart des Prüfungsmaßstabs von untergesetzlichem Bundesrecht. Über den „Umweg“ des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausprägung eines Stufenbaus der Rechtsordnung und des Vorrangs des Gesetzes wird eine verfassungsrechtliche Dimension eines einfachgesetzlichen Rechtsverstoßes begründet, der zu einer abstrakten Normenkontrolle am Prüfungsmaßstab des Grundgesetzes berechtigen soll.⁶¹⁶ Mit Blick auf die strukturell parallele, aber intensiv geführte Diskussion zur

⁶¹² *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 43; siehe auch *Nowrot*, Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft, S. 139 ff. mit weiteren zahlreichen Nachweisen aus der staatsrechtlichen Literatur.

⁶¹³ *Böckenförde*, in: Festschrift für Adolf Arndt, S. 53.

⁶¹⁴ So überspitzt *Püttner*, VVDStRL 32 (1974), 200 (203), demzufolge aus der „Zauberbox“ des Rechtsstaatsprinzips „findige Köpfe schon alle möglichen Rechtsprinzipien und Ansprüche hervorgezaubert“ hätten.

⁶¹⁵ *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 231 ff., der in dem „Hohen Rang“ und der „Floskelhaftigkeit“ die zwei prägenden Züge des Umgangs mit dem Rechtsstaatsprinzip ausmacht; kritisch auch *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 23 auf diese „nicht minder fragmentarischen Erklärungsversuche“ bei der Diskussion des Rechtsstaatsprinzips.

⁶¹⁶ Beispielhaft *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60; *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 423 f.

Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen, die lediglich auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts gerichtet ist, handelt es sich um einen Begründungsversuch, der dort gerade nicht akzeptiert wird, sondern vielmehr den Auslöser der Abgrenzungsproblematik bildete.⁶¹⁷ Gestützt wird die Deutung eines durch das Rechtsstaatsprinzip erweiterten Prüfungsmaßstabs für Rechtsverordnungen auf Bundesebene auf die Fassung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG. Da die einfachgesetzliche Verfahrensvorschrift in dieser Hinsicht aber gerade nicht „verdeutlichend“ zu verstehen ist, wird die Zirkelschlüssigkeit der Argumentation umso deutlicher.⁶¹⁸

b) Die Zurückhaltung bei der Ableitung konkreter Bindungen aus dem Rechtsstaatsprinzip

Zwar ist das Rechtsstaatsprinzip als „eines der leitenden Prinzipien“⁶¹⁹ den „elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes“ zuzuordnen.⁶²⁰ Daraus lässt sich aber keine Höherwertigkeit gegenüber den übrigen Verfassungsnormen ableiten.⁶²¹ Vielmehr kennzeichnet den Rückgriff auf den Rechtsstaatsgrundsatz eine ergänzende Funktion: Das Rechtsstaatsprinzip wird zur Unterstützung einer Rechtsbehauptung im Zusammenspiel mit anderen Rechtsnormen herangezogen. Dennoch wird es aber auch als selbständige Grundlage von Rechtsaussagen bemüht.⁶²² Hinter diesen stehen

⁶¹⁷ Siehe hierzu noch vertiefend 2. Teil, 4. Abschnitt, II., 5., c) Die Prüfung „spezifischen Verfassungsrechts“ durch das Bundesverfassungsgericht.

⁶¹⁸ Zur vielmehr „missverständlich“ gefassten Formulierung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG bereits ausführlich 2. Teil, 2. Abschnitt, II. Die Auslegung von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG.

⁶¹⁹ BVerfGE 133, 168 (198).

⁶²⁰ BVerfGE 6, 32 (41).

⁶²¹ Vgl. auch *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 231 ff., der sich nachvollziehbar gegen eine „Hierarchisierung von Verfassungsnormen“ ausspricht.

⁶²² Hierzu ausführlich *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 139 ff. mit einer Systematisierung der Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips durch Judikatur und Literatur.

dann die Grundgedanken der Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit oder der staatlichen Effizienz.⁶²³ Die Weite und Unbestimmtheit des Rechtsstaatsgrundsatzes erfordern bei der Herleitung weiterer Konkretisierungen jedoch Bedacht. Eine am Rechtsstaatsprinzip orientierte Auslegung des Grundgesetzes erfährt ihre zulässige Grenze an den übrigen Vorgaben des Grundgesetzes und darf damit der geschriebenen Verfassung letztlich nicht widersprechen.⁶²⁴ Unter dieser Prämisse erscheint die Integration einer gesamten Rechtsebene als zusätzlicher Prüfungsmaßstab allein aufgrund des Rechtsstaatsprinzips zu weitreichend. Hierzu ist es zu allgemein und konturlos, um ergänzend zur verfassungsgeberischen Grundentscheidung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, der bewusst zwischen den Prüfungsmaßstäben Bundesrecht und Grundgesetz zu differenzieren sucht, einen eben diese Unterscheidung einebnenden Prüfungsmaßstab zu etablieren.

3. Keine Art. 31 GG vergleichbare Regelung

Die uneingeschränkte Erstreckung des Prüfungsmaßstabs auf den Vorrang des Gesetzes erscheint auch mit Blick auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Alt. 2 GG und des dort zum Ausdruck kommenden materiell-verfassungsrechtlichen Verhältnisses zwischen Bundes- und Landesrecht bedenklich.⁶²⁵ Bei dieser Alternative des abstrakten Normenkontrollverfahrens wird zur Durchsetzung der Derogationswirkung des Art. 31 GG Landesrecht unmittelbar an der einfachen Bundesrechtsordnung gemessen und das Bundesverfassungsgericht in Wahrnehmung dieser Kompetenz „nicht nur Garant der Bundesverfassung, sondern auch Garant der den

⁶²³ *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 225 unter Bezugnahme auf die traditionellen Konkretisierungen wie etwa den Gesetzesvorbehalt, die Rückwirkung von Normen und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

⁶²⁴ BVerfGE 141, 1 (34) unter Verweis auf *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 85, 87.

⁶²⁵ *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (237); vgl. auch *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 721 mit der Hervorhebung, dass „im föderalen Bereich die Durchsetzung des Vorrangs des Bundesrechts wegen Art. 31 GG eine Verfassungsfrage“ sei.

Vorrang des Bundesrechts währenden Normenordnung⁶²⁶. Durch die Überprüfung der „Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte“ soll das Primat der überwölbenden Bundesrechtsordnung gewahrt werden.⁶²⁷ Die Reichweite des Prüfungsmaßstabs „Bundesrecht“ bemisst sich nach speziellen Vorrangregelungen entsprechend der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und nach Art. 31 GG. Diese Vorschrift garantiert in einem absoluten Verhältnis den Vorrang von Bundesrecht jeglicher Rangstufe gegenüber jeglichem Landesrecht.⁶²⁸

a) Die Kollisionsnorm Art. 31 GG

Anders als beim Rechtsstaatsprinzip wurde die Erforderlichkeit einer den Vorrang des Bundesrechts anordnenden Norm bereits im Herrenchiemseer Unterausschuss erkannt.⁶²⁹ Prägnant lautet dann auch der kürzeste Artikel des Grundgesetzes, Art. 31 GG:⁶³⁰ „Bundesrecht bricht Landesrecht.“

Grundsätzlich werden Normkollisionen durch den Grundsatz „*lex superior derogat legi inferiori*“ aufgelöst. Die Rangstufe bestimmt also die Vorrangstellung.⁶³¹ Das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes beschreibt eine solche Rangordnungsregel, betrifft aber nicht das föderale Gefüge zwischen Bundes- und Landesgesetzen. Der Gesetzesvorrang findet seinen historischen Ursprung in demokratischen und rechtsstaatlichen Überlegungen, die im Grundgesetz mit der Bindung der vollziehenden Gewalt an das Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ihren Niederschlag fanden.⁶³² Die Beziehung

⁶²⁶ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung Rn. 132.

⁶²⁷ Bethge, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 61 (66).

⁶²⁸ Kees, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 61; Rožek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 63.

⁶²⁹ Protokoll der 1. Sitzung des Unterausschusses vom 13.8.1948, abgedruckt bei Schuckart, in: Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 23, Teilbd. I, S. 336.

⁶³⁰ Heinke, Der Staat 55 (2016), 393 (397).

⁶³¹ Wehr, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, S. 34.

⁶³² Ossenbühl, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 3; umfangreich hierzu bereits 2. Teil, 4. Abschnitt, I. Der Vorrang des Gesetzes als Teil des Rechtsstaatsprinzips.

zwischen Bundes- und Landesrecht lässt sich aber nicht auf ein hierarchisches Verhältnis zwischen dem bundesstaatlichen und dem landesstaatlichen Normgeber zurückführen. Positivrechtlich ordnet dieses Verhältnis daher unter anderem Art. 31 GG, der als Regelung zur Rangordnung einen generellen Vorrang des Bundesrechts vor Landesrecht vorsieht.⁶³³ Als Teilinhalt des Grundsatzes „*lex superior derogat legi inferiori*“⁶³⁴ löst diese Grundsatznorm Konflikte zwischen Bundes- und Landesrecht im Sinne eines Rechtsvorrangs.⁶³⁵

An eben dieses normenhierarchische Konzept knüpft auf prozessualer Ebene Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Alt. 2 GG für den Verstoß von Landesrecht jedweder Rangstufe gegen einfaches Bundesrecht bzw. Bundesverfassungsrecht an. In dieser Funktion dient die abstrakte Normenkontrolle dem Schutz der Bundesrechtsordnung.⁶³⁶ Das Bundesverfassungsgericht ist in Wahrnehmung dieser Kompetenz „Garant der Bundesverfassung und einer den Vorrang der Bundesrechts wahrenenden Normenordnung“.⁶³⁷

b) Die bewusste sachliche Differenzierung des Prüfungsmaßstabs bei Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG

Art. 31 GG dient als Umschaltnorm, um Verstöße gegen einfache Bundesgesetze, formelle oder bloß materielle, in das Verfassungsrecht zu transponieren. Bundesrechtswidriges Landesrecht zählt damit nicht zum Normenbestand der verfassungsmäßigen Ordnung.⁶³⁸ Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Alt. 2 GG wiederholt mit dem Prüfungsmaßstab des einfachen Bundesrechts für einen landesrechtlichen Antragsgegenstand einen Befund, der sich eigentlich wegen

⁶³³ *Wehr*, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, S. 27; *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 31 Rn. 1.

⁶³⁴ So *Renck*, JZ 1970, 770 (771).

⁶³⁵ *Ossenbübl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 3; *Wehr*, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, S. 27.

⁶³⁶ *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 131; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 150.

⁶³⁷ BVerfGE 96, 133 (138).

⁶³⁸ Vgl. *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 424.

Art. 31 GG (und auch Art. 72 Abs. GG in Verbindung mit Art. 74 GG) bereits aus den Prüfungsmaßstäben des Grundgesetzes ergibt. Dennoch sah sich der Grundgesetzgeber bei der Konzeption des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG gehalten, trotz Art. 31 GG einschließlich der übrigen homogenitätssichernden Vorschriften sowie dem Institut der Bundestreue zusätzlich einfaches Bundesrecht als Kontrollmaßstab für Landesrecht aufzulisten.⁶³⁹ In verknappter Form wäre daher auch die Benennung des Grundgesetzes als einziger Prüfungsmaßstab ausreichend gewesen. Mit der Entscheidung zur zusätzlichen Aufnahme von „sonstigem Bundesrechte“ als Kontrollmaßstab von Landesrecht verdeutlicht Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, dass für Landesrecht gerade auch die Vereinbarkeitsfrage mit der einfachen Bundesrechtsordnung in den Blick zu nehmen ist.

Durch die sachliche Differenzierung des Prüfungsmaßstabs zwischen Grundgesetz und sonstigem Bundesrecht stellt der Verfassungsgeber im Ergebnis deklaratorisch fest, dass bei der Prüfung der Vereinbarkeit eines landesrechtlichen Antragsgegenstands jeglicher Art zwei unterschiedliche Stufen der Normenpyramide auf Bundesebene zu berücksichtigen sind. Diese Differenzierung unterstreicht einerseits die Funktion der abstrakten Normenkontrolle als objektives Beanstandungsverfahren zum Schutz des Grundgesetzes sowie der übrigen Rechtsordnung des Bundes.⁶⁴⁰ Andererseits verdeutlicht die Unterscheidung, dass sich der Verfassungsgeber der Abstufung in der Normenhierarchie auf

⁶³⁹ Der ungeschriebene Verfassungsgrundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens erfuhr durch das Bundesverfassungsgericht eine weitere Konkretisierung. Er fordert vorrangig von Bund und Ländern bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen eine Rücksichtnahme auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und die Belange der Länder. Aus der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten lassen sich isoliert keine Pflichten des Bundes oder der Länder ableiten, sodass es zur Anknüpfung einer verfassungsrechtlichen Rechtsposition bedarf, siehe hierzu *Karpen/Becker*, JZ 2001, 966 (973) mit weiteren Nachweisen aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

⁶⁴⁰ *Mückl*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 6; *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 63; *Henn*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, S. 190; vgl. auch BVerfGE 1, 184 (195 f.); 83, 37 (49).

Bundesebene bewusst war. Abweichend zum Antragsgegenstand auf Landesebene erfolgte für den bundesrechtlichen Antragsgegenstand keine Nennung von „sonstigem Bundesrecht“ als Prüfungsmaßstab, dessen Erwähnung aufgrund der verknappenden Formulierung bei § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG bereits für Irritationen sorgte.⁶⁴¹ Sofern untergesetzliches Bundesrecht am Maßstab formeller Bundesgesetze zu prüfen sein sollte, wäre es parallel der gewählten Systematik für die Beanstandung von Landesrecht nur konsequent, den Maßstab des „sonstigen Bundesrechts“ trotz der Konstruktionsversuche über das Rechtsstaatsprinzip sprachlich nochmal eigens hervorzuheben. Vielmehr wäre es überflüssig, für den jeweiligen Antragsgegenstand jeweils nach dem einschlägigen Prüfungsmaßstab zu differenzieren, da mit dem Grundgesetz und sonstigem Bundesrecht ein identischer Prüfungsmaßstab bestünde.⁶⁴² Die ausdrückliche Betonung des Bundesrechts als Maßstab für die Vereinbarkeitsprüfung von Landesrecht legt nahe, das einfache Bundesrecht als exklusiven unmittelbaren Prüfungsmaßstab für einen landesrechtlichen Antragsgegenstand zu begreifen. In Abgrenzung zu Art. 31 GG sowie der ergänzenden homogenitätssichernden Normen und eines differenzierten Prüfungsmaßstabs im Normtext des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG lässt sich allein unter Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip schwerlich rechtfertigen, in einem vergleichbaren Umfang einfaches Bundesrecht als unmittelbaren Prüfungsmaßstab für bloß materielle Bundesgesetze zu etablieren.⁶⁴³

⁶⁴¹ Hierzu bereits umfassend 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 5. Gewichtung der Auslegungselemente.

⁶⁴² Vgl. *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11; *Tillmanns*, NVwZ 2002, 1466 (1467).

⁶⁴³ In diese Richtung auch *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 721, für die „im föderalen Bereich die Durchsetzung des Vorrangs des gesamten Bundesrechts wegen Art. 31 GG eine Verfassungsfrage“ sei, innerhalb der bundesrechtlichen Normstufung sei „jedoch nur die Respektierung der Verfassung selbst Verfassungsfrage“.

4. Die Friktionen mit dem Völkerrecht und dem Recht der Europäischen Union

Eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabs für untergesetzliches Bundesrecht über das Rechtsstaatsprinzip birgt zudem Friktionen mit Völkervertragsrecht, den allgemeinen Regeln des Völkerrechts und dem Recht der Europäischen Union.

a) Normkollisionen unterhalb der Verfassung

Das normenhierarchische Konzept einer gestuften Rechtsordnung identifiziert auch Normkollisionen unterhalb der Verfassung.⁶⁴⁴ Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts werden durch die dynamische Verweisung des Art. 25 GG in nationales Recht inkorporiert und ihnen die Qualität von Bundesrecht mit einem Anwendungsvorrang vor den einfachen Gesetzen zugesprochen.⁶⁴⁵ Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nehmen in der innerstaatlichen Normenhierarchie keinen der Verfassung vergleichbaren Rang ein. Ihnen ist eine Zwischenstufe unterhalb des Grundgesetzes und oberhalb der einfachen Bundesgesetze zugewiesen.⁶⁴⁶ Völkervertragsrecht erfährt gemäß Art. 59 Abs. 2 GG durch das Zustimmungsgesetz einen Rechtsanwendungsbefehl und wird in innerstaatliches Recht auf der Ebene von Bundesgesetzen transformiert.⁶⁴⁷ Für Unionsrecht gilt ein Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedsstaaten. Der Vorrang führt im Kollisionsfall zur Anwendung des Unionsrechts, das sich gegenüber dem nationalen Recht durchsetzt. Das nationale Recht wird aber nicht beseitigt, sondern ruht im Kollisionsfall und überlässt der Unionsnorm den Vortritt.⁶⁴⁸

⁶⁴⁴ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 147; Ossenbühl, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 100 Rn. 93.

⁶⁴⁵ Isensee, AöR 138 (2013), 325 (344 f.)

⁶⁴⁶ So die vom Bundesverfassungsgericht befürwortete, ganz herrschende Auffassung in BVerfGE 6, 309 (363); 111, 307 (318). Ein knappe Übersicht des Streitstands zum Rang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts bietet Isensee, AöR 138 (2013), 325 (345 f.) mit weiteren Nachweisen.

⁶⁴⁷ Nettesheim, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 59 Rn. 184; BVerfGE 1, 396 (410 f.); 6, 290 (294 f.); 111, 307 (318 f.).

⁶⁴⁸ BVerfGE 123, 267 (398); Kirchhof, NVwZ 2014, 1537.

b) Die Bindungswirkung

Das Völkerrecht und das Recht der Europäischen Union nehmen an der Bindung des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG teil. Sie sind in die Verfassungsstruktur eingeordnet und sind dementsprechend im Prozess der Rechtsanwendung von Exekutive und Judikative zu berücksichtigen.⁶⁴⁹ Nationales Recht wird von Unionsrecht überlagert bzw. verdrängt und völkerrechtliche Normen beanspruchen ihre Berücksichtigung im innerstaatlichen Rechtsanwendungsprozess.⁶⁵⁰ Werden formelle Bundesgesetze über das Rechtsstaatsprinzip zum Prüfungsmaßstab für untergesetzliches Bundesrecht umfirmiert, dann müssen in konsequenter Umsetzung des Vorrangsprinzips auch völkerrechtliche Normen als Maßstab für Rechtsverordnungen des Bundes dienen. Dies würde im Ergebnis einen Gleichlauf des Prüfungsmaßstabs mit einem landesrechtlichem Antragsgegenstand bedeuten, der zusätzlich auch noch an untergesetzlichem Bundesrecht zu messen ist. Bei der Überprüfung von Landesrecht verfolgt das Normenkontrollverfahren den umfassenden Schutz der Bundesrechtsordnung; Prüfungsmaßstab für Landesrecht sind als „Bestandteil des Bundesrechtes“ nach Art. 25 Satz 1 GG zusätzlich die allgemeinen Regeln des Völkerrechts und völkerrechtliche Verträge, die nach Art. 59 Abs. 2 GG mit einem bundesgesetzlichen Rechtsanwendungsbefehl ausgestattet sind.⁶⁵¹ Soweit sich keine Begründung abzeichnet, bei der Normenkontrolle von bloß materiellen Bundesgesetzen über das Rechtsstaatsprinzip völkerrechtliche Normen als Maßstab einer Vereinbarkeitsprüfung auszublenden, werden Friktionen mit den unterschiedlichen Schutzzwecken des Normenkontrollverfahrens noch offenkundiger. Schließlich verfolgt das Normenkontrollverfahren in Bezug auf das Landesrecht

⁶⁴⁹ Von Arnald, Völkerrecht, Rn. 529; Payandeh, RW 2013, 397 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁵⁰ Payandeh, RW 2013, 397 f.

⁶⁵¹ Mückel, Jura 2005, 463 (467); Rozeke, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 65; Kment, in: Jarrass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 100; Graßhof, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG-Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 39.

den Schutz der Bundesrechtsordnung und in Bezug auf das Bundesrecht die Integrität der Verfassungsordnung.⁶⁵² Die Aufnahme von Normen des Völkerrechts als mittelbarer Prüfungsmaßstab auch von untergesetzlichem Bundesrecht bedeutet eine weitere Verwässerung der nach dem jeweiligen Antragsgegenstand getrennten Zielrichtungen der Normenkontrolle.

Umgekehrt erfordert der Vorrang des Gesetzes nicht nur eine Berücksichtigung der zusätzlichen Abstufungen der Rechtsordnung des Bundes über das einfache Bundesrecht einschließlich des Völkervertragsrechts sowie den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die nach Art. 25 Satz 2 GG den formellen Gesetzen vorgehen und in der Normenhierarchie höherrangig als einfaches Bundesrecht sind.⁶⁵³ Eben an diesen allgemeinen Regeln des Völkerrechts müssten in konsequenter Umsetzung des Rechtsstaatsprinzips zur Inkorporation eines verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs auch formelle Bundesgesetze gemessen werden. Über den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes erfährt demnach nicht nur untergesetzliches Bundesrecht mittelbar eine Ausweitung des Prüfungsmaßstabs, sondern auch formelle Bundesgesetze.

c) Der Widerspruch zur bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur

Die Einbeziehung von völkerrechtlichen Normen als Prüfungsmaßstab über den Vorrang des Gesetzes setzt sich allerdings in deutlichen Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zwar bestimmen die Verfassungsprinzipien der Europarechts- und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab mit. Aus ihnen leitet sich das Gebot ab, nationales Recht und damit auch die Verfassung gegebenenfalls völker- und unionsrechtskonform auszulegen, sodass das unions- und völkerrechtsfreundlich ausgelegte

⁶⁵² *Heim*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, S. 190; *Müchel*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 31.

⁶⁵³ Vgl. hierzu nur *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 18 mit weiteren Nachweisen.

Grundgesetz den Maßstab der abstrakten Normenkontrolle bildet.⁶⁵⁴ Insoweit prägt die Unions- und Völkerrechtsfreundlichkeit die Verfassung als Maßstab mit.⁶⁵⁵ Allerdings reicht diese Unions- und Völkerrechtsfreundlichkeit nicht so weit, dass sich hieraus ein erweiterter, auch das Europa- oder das Völkerrecht umfassender Prüfungsmaßstab ergibt. Dieses „außerhalb des Grundgesetzes stehende Recht“ scheidet begrifflich und funktional als Prüfungsmaßstab aus.⁶⁵⁶ Damit entfallen nach der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur die Vorschriften des europäischen Primär- und Sekundärrechts als Prüfungsmaßstab für Bundesrecht⁶⁵⁷ ebenso wie das Völkervertragsrecht⁶⁵⁸ und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts.⁶⁵⁹ Versuche der Rechtfertigung, diese Vorgaben des Unions- und Völkerrechts bei der mittelbaren Erweiterung des Prüfungsmaßstabs durch den Vorrang des Gesetzes auszusparen, sind nicht ersichtlich. Vielmehr wird deutlich, dass sich der Vorrang des Gesetzes gerade nicht auf das Verhältnis von untergesetzlichem Recht und formellen Bundesgesetzen beschränken lässt, sondern eine normenhierarchisch vollumfängliche Geltung beansprucht.

5. Die Aufgabe der Trennung von Verfassungsrecht und Gesetzesrecht

Die mittelbare Ausweitung des Vereinbarkeitsmaßstabs ausgehend vom Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes weicht nicht nur die scharfe Unterscheidung zwischen dem Grundgesetz und dem „sonstigem Bundesrecht“ in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG auf, sondern verwischt auch die Trennung zwischen Verfassungsrecht

⁶⁵⁴ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 64; *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 62.

⁶⁵⁵ Vgl. *Kees*, *Der Staat* 54 (2015), 63 (95).

⁶⁵⁶ *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 62; *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 67.

⁶⁵⁷ BVerfGE 114, 196 (220); 136, 69 (91); zu letzterer Entscheidung ausführlich bereits 2. Teil, 3. Abschnitt, III., 3., b) Der Beschluss des Zweiten Senats vom 1. April 2014.

⁶⁵⁸ BVerfGE 92, 365 (392); 114, 196 (220).

⁶⁵⁹ *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 298.

und einfachem Recht.⁶⁶⁰ Die normenhierarchische Unterscheidung zwischen einfachrechtlicher Rechtsordnung und Verfassungsrecht wird eingegebenet.⁶⁶¹

a) Das Grundgesetz als rein formaler Prüfungsmaßstab

Bei der Prüfung der Vereinbarkeit von untergesetzlichem Bundesrecht mit dem aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes ist das Grundgesetz bei einer rein formalen Betrachtung der einschlägige Prüfungsmaßstab. Bloß materielle Bundesgesetze müssen sich an einem verfassungsrechtlichen Prinzip messen lassen, formal besteht also die Trennung der von einfachem Bundesrecht und Grundgesetz als Prüfungsmaßstab fort.

Materiell erfolgt jedoch eine Prüfung anhand der höherrangigen Bundesgesetze.⁶⁶² Die in das Rechtsstaatsgebot hineingelesenen formellen oder materiellen Vorgaben, die sich einfachen Bundesgesetzen entnehmen lassen, werden ausgelegt und entscheiden über die Verfassungswidrigkeit einer untergesetzlichen Bundesnorm.⁶⁶³ Das einfach-gesetzliche Verhältnis wird in das verfassungsrechtliche Korsett des Rechtsstaatsprinzips gezwängt, um über die Vereinbarkeit eines bloß materiellen Bundesgesetzes mit dem Grundgesetz zu entscheiden.

b) Reiner Rechtsanwendungsfehler als zu sanktionierender Verfassungsverstoß

Verfassungsdogmatisch ist jede fehlerhafte Rechtsanwendung durch die öffentliche Gewalt eine potentielle Verletzung des Grundgesetzes. Denn eine fehlerhafte Gesetzesanwendung verstößt stets zumindest gegen die in Art. 20 Abs. 3 GG angelegte Bindung an Gesetz und Recht. Jede einfachrechtliche

⁶⁶⁰ *Michael*, ZJS 2014, 254 (259).

⁶⁶¹ Vgl. auch *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung Rn. 149.

⁶⁶² Vgl. *Hillgruber*, JA 2011, 318 (320); *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (2. Aufl.), § 56 Rn. 60.

⁶⁶³ Vgl. *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, S. 424.

Rechtsverletzung wird so zusätzlich in eine inhaltsgleiche Grundgesetzwidrigkeit transformiert.⁶⁶⁴ Ein reiner Rechtsanwendungsfehler wird damit zu einem sanktionierbaren Verfassungsverstoß überhöht. Dem Rechtsstaatsprinzip kommt eine „Ausstrahlungswirkung“ zu, durch die die Grenzen zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht verwischt werden.⁶⁶⁵ Zudem folgt aus dem hohen formellen Geltungsanspruch der Verfassung und der Normenhierarchie als gestufter Rechtsordnung, dass je engmaschiger das Grundgesetz ausgelegt wird, desto eingegrenzter wird der Konkretisierungsspielraum der an Gesetz und Recht gebundenen Gewalten.⁶⁶⁶ Diese Ausweitung verfassungsrechtlicher Gehalte bewirkt eine zunehmende materielle „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“,⁶⁶⁷ durch die die öffentliche Gewalt betroffen ist.⁶⁶⁸ In diesem Zusammenhang bedeutet die Konstitutionalisierung, dass die Verfassungsgrundsätze, insbesondere die Grundrechte, die gesamte Rechtsordnung durchwirken. Sie beschreibt nicht lediglich den Vorrang der Verfassung als hochrangige und unverbrüchliche Grundordnung mit einer daraus resultierenden Derogationswirkung, sondern die Überformung und Durchdringung des einfachen Gesetzesrechts mit den Verfassungsprinzi-

⁶⁶⁴ *Kentner*, DÖV 2005, 269 (271); *Alexy*, VVDStRl 61 (2002), 8 (11) unter Verweis auf *Koch*, in: Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, S. 135 (136). Aus dieser Folgerung gibt es dogmatisch „schwerlich ein Entrinnen“, so *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1029) mit weiteren Nachweisen.

⁶⁶⁵ Diese Formulierung ist angelehnt an das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Es folgte in BVerfGE 7, 198 (204 ff.) aus den Grundrechten als „objektive Werteordnung“ eine „Ausstrahlungswirkung“ auf alle Rechtsgebiete. Hierdurch wird die gesamte Rechtsordnung mit verfassungsrechtlichen Inhalten durchwirkt.

⁶⁶⁶ *Heinold*, Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy, S. 268; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 42.

⁶⁶⁷ Vgl. *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Zur Mehrdeutigkeit des Begriffs der Konstitutionalisierung *Allenweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, S. 195 ff.

⁶⁶⁸ *Alexy*, VVDStRl 61 (2002), 8 (10); *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1 (8) unter ausdrücklicher Einbeziehung der drei Staatsgewalten.

prien.⁶⁶⁹ Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung droht die normenhierarchischen Rechtsstufen einzuebnen. Rechtswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit fallen eben nicht notwendigerweise zusammen.⁶⁷⁰

c) Die Prüfung „spezifischen Verfassungsrechts“ durch das Bundesverfassungsgericht

Diese Expansion materieller Verfassungsgehalte resultiert oftmals in einer schwer auflösbaren Gemengelage von Grundgesetz und rangniedrigerem Gesetzesrecht.⁶⁷¹ Vermittelt jeder Gesetzesverstoß zugleich aber auch einen inhaltsgleichen Verfassungsverstoß, so lassen sich Gesetzmäßigkeitskontrolle und Verfassungsmäßigkeitskontrolle nicht mehr unterscheiden. Decken sich aber in der Folge die Kontrollumfänge von Fachgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit, dann bereitet die Grenzziehung zwischen beiden Schwierigkeiten.⁶⁷²

Prägend für die Abgrenzungsproblematik über die Reichweite der Kontrollbefugnis des Bundesverfassungsgerichts und die Bestimmung der Grenzlinie zwischen Verfassungsrecht und einfachgesetzlichem Recht ist das auf einen Konflikt von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsschutz gerichtete Lüth-Urteil vom 15. Januar 1958.⁶⁷³ In der Folge sollte sich dann die Intensität der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen zur Überprüfung auf

⁶⁶⁹ *Von Bogdandy*, JZ 2001, 157 (169); *Terbechte*, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, S. 7; unter besonderer Betonung einer Prägung der Rechtsordnung durch die Grundrechte *Jaruss*, in: Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, S. 75 (86 f.); *Wahl*, JZ 2013, 369 (371).

⁶⁷⁰ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung Rn. 149 u. a. mit Verweis auf BVerfGE 35, 311 (316).

⁶⁷¹ *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1 (8).

⁶⁷² *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309 (1310).

⁶⁷³ *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), 173 (190); *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 8 (9) bezeichnete das Lüth-Urteil als „Urknull“ für eine weitere Expansion und Dynamisierung der Grundrechte.

gerichtliche Gesetzesauslegungs- und Rechtsanwendungsfehler zu einer intensiv diskutierten Problematik entwickeln.⁶⁷⁴

Seit Beginn seiner Rechtsprechung entwickelte das Bundesverfassungsgericht Kriterien zur Kompetenzabgrenzung des Prüfungsprogramms durch verschiedene Formeln. Seine Position formuliert es meist in negativer Weise und differenziert danach, ob Gesetze oder Gerichtsentscheidungen überprüft werden.⁶⁷⁵ In ständig wiederkehrender Formulierung beschränkt das Bundesverfassungsgericht jedenfalls bei Urteilsverfassungsbeschwerden seine Kontrolle auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.⁶⁷⁶ Die selbstgesetzte Formel vom Erfordernis der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts ist Ausdruck der intendierten Kontrollzurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts.⁶⁷⁷ Dem Bundesverfassungsgericht verbleibt zur Konkretisierung im Einzelfall ein Spielraum, wie intensiv in eine verfassungsgerichtliche Nachprüfung einzutreten ist.⁶⁷⁸ Dies schützt jedoch nicht vor verfassungsgerichtspolitischer Kritik an diesem Abgrenzungskriterium.⁶⁷⁹ Gerade der bewusste Rückgriff auf „weiche und biegsame Topoi“ zum Erhalt gewisser Spielräume sieht sich dem Vorwurf der Konturlosigkeit und fehlender Berechenbarkeit ausgesetzt.⁶⁸⁰ Das formelhafte Ziehen einer Grenzlinie zwischen Verfassungsrecht und unterverfassungsrechtlichen Recht liefere keine

⁶⁷⁴ Roth, AöR 121 (1996), 544 (545) mit weiteren Nachweisen.

⁶⁷⁵ Ausführlich hierzu Hoffmann-Riem, AöR 128 (2003), 173 (185 ff.) unter umfassender Beleuchtung der sog. „Heck’schen“ bzw. „Schumann’schen Formel“.

⁶⁷⁶ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 1, 418 (20), siehe nur Kenntner, DÖV 2005, 269 (272) sowie Roth, AöR 121 (1996), 544 (548) mit weiteren Nachweisen aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. In diesem Zusammenhang auch der zutreffende Hinweis bei Detterbeck, AöR 136 (2011), 222 (228), dass „nicht zwischen spezifischem und unspezifischem Verfassungsrecht, sondern zwischen spezifischen und unspezifischen Verstößen gegen Verfassungsrecht“ zu unterscheiden sei.

⁶⁷⁷ Koch, in: Gedächtnisschrift für Bernd Jeand’Heur, S. 135 (138); Hoffmann-Riem, AöR 128 (2003), 173 (185).

⁶⁷⁸ Vgl. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (9); Wahl, JuS 2001, 1041 (1047).

⁶⁷⁹ Hierzu Schulze-Fielitz, AöR 122 (1997), 1 (9 ff.) mit weiteren Nachweisen. Eine umfassende Darstellung alternativer Konzeptionen findet sich bei Koriath/Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 310 ff.

⁶⁸⁰ Kenntner, DÖV 2005, 269 (271).

klaren und belastbaren Entscheidungskriterien.⁶⁸¹ Befürchtet wird ein unkontrollierter Zugriff auf die Kompetenzen der Fachgerichtsbarkeit.⁶⁸²

Letztlich zählt die Abgrenzung der Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht und Unterverfassungsrecht und damit auch von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit zu den Dauerproblemen, dem wohl auf abstrakter Ebene nicht befriedigend beizukommen ist.⁶⁸³ Dies gilt uneingeschränkt auch für die abstrakte Normenkontrolle von untergesetzlichem Bundesrecht.⁶⁸⁴ Eine am Vorrang des Gesetzes orientierte Prüfung verstärkt eine Konstitutionalisierung der Rechtsordnung⁶⁸⁵ und ebnet die unternommenen Abgrenzungsbemühungen ein. Die verfassungsdogmatische Verortung im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG wirkt in methodischer Hinsicht konstruiert, da letztlich die Verletzung einfachen Rechts entscheidungserheblich ist.⁶⁸⁶ Prüfungsmaßstab ist die Ebene des einfachen Rechts, der ein verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab übergestülpt wird. Damit erfährt jeder einfachgesetzliche Verstoß eine Überhöhung in Verfassungsrang und führt damit auch zu einer Aufweichung der Verlässlichkeit des einfachen Gesetzesrechts.⁶⁸⁷

⁶⁸¹ *Robbers*, NJW 1998, 935 (936); *Kunig*, VVDStRl 61 (2002), 34 (48 f.).

⁶⁸² *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1032); *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309 (1313); *Korloth*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 55 (56).

⁶⁸³ *Wahl*, JuS 2001, 1041 (1046 f.); *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung Rn. 149.

⁶⁸⁴ In diese Richtung *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, § 8 Rn. 11.

⁶⁸⁵ Die Gefahr einer „Überkonstitutionalisierung“ sieht etwa *Bückenförde*, Der Staat 29 (1990), 1 (23 ff.); dieser Einschätzung widerspricht *Alexy*, VVDStRl 61 (2002), 8 (12) entschieden.

⁶⁸⁶ Die vergleichbare Konstruktion bei der an Art. 3 Abs. 1 GG orientierten Willkürkontrolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen willkürliche Gerichtsentscheidungen empfindet *Kenntner*, DÖV 2005, 269 (277) als „gekünstelt“, *Korloth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 300 als „vorgeschoben“.

⁶⁸⁷ Vgl. *Kenntner*, DÖV 2005, 269 (277 f.).

III. Zur Erweiterung des Prüfungsmaßstabs von Rechtsverordnungen des Bundes im Wege der Rechtsfortbildung

Die Auslegung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ergab, dass sich die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes auch nicht über das Rechtsstaatsprinzip am Maßstab der Gesamtheit der formellen Bundesgesetze realisieren lässt.⁶⁸⁸ Dennoch muss die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes anhand des Prüfungsmaßstabs formeller Bundesgesetze nicht gesperrt sein. Die Fortsetzung der Rechtsfindung durch Auslegung ist nämlich die gestaltende Rechtsschöpfung durch (richterliche) Rechtsfortbildung.⁶⁸⁹ Mit dem Abschluss der Auslegung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG unter Bestimmung ihrer Grenze ist damit der Anwendungsbereich der Rechtsfortbildung erreicht.⁶⁹⁰ Im Folgenden ist also der Frage nachzugehen, ob zugunsten eines erweiterten Prüfungsmaßstabs bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen eine Rechtsfortbildung vorzunehmen ist.

1. Grundsätzliches zur Rechtsfortbildung

Verkürzend kann die Rechtsfortbildung als die über die Gesetzesauslegung hinausgehende, das Gesetz ergänzende oder ersetzende Rechtsentwicklung beschrieben werden.⁶⁹¹ Die grundsätzliche Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung leitet das Bundesverfassungsgericht vornehmlich aus der Bindung der

⁶⁸⁸ Vgl. 2. Teil, 4. Abschnitt, II. Die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs über das Rechtsstaatsprinzip.

⁶⁸⁹ *Kirchhof*, NJW 1986, 2275. Das Verhältnis von Auslegung und richterlicher Rechtsfortbildung wird grundsätzlich als lineare oder abgestufte Einheit beschrieben, siehe nur *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 mit weiteren Nachweisen; anderer Auffassung *Mayer-Maly*, JZ 1986, 557 (560 f.).

⁶⁹⁰ Vgl. statt vieler *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 224 f.

⁶⁹¹ *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2410); *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 224 f.

Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ nach Art. 20 Abs. 3 GG ab.⁶⁹² Die Gesetzesbindung lässt sich aber nicht mit einer ausnahmslos geltenden Textbindung gleichsetzen, da das Grundgesetz nicht einen engen Gesetzespositivismus voraussetzt. Dieser fordert nämlich eine praktisch nicht zu realisierende Lückenlosigkeit der positiven Rechtsordnung. Um die erstrebte materielle Gerechtigkeit im Einzelfall zu erreichen, bedarf es schöpferischer Rechtsfindung, die jedoch ihrerseits den Bindungen nach Art. 20 Abs. 3 GG unterliegt.⁶⁹³ Zunehmend wird auch auf den Gewaltenteilungsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 2 GG rekurriert.⁶⁹⁴ Gewährleistet wird nicht nur eine Trennung der Funktionen der drei Staatsgewalten, sondern auch eine sachgemäße Aufgabewahrnehmung.⁶⁹⁵ Das beinhaltet auch den Gestaltungsauftrag zu rechtsfindender Lückenfüllung. Sie darf jedoch nicht so weit reichen, dass die eigenen materiellen Gerechtigkeitsüberlegungen diejenigen des Gesetzgebers ersetzen. Bei der Fortentwicklung des Rechts ist gesetzgeberische Grundentscheidung ist zu respektieren und darf sich nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen.⁶⁹⁶ Die Konkretisierung der Kompetenz zur eigenständigen Rechtsschöpfung in einfachgesetzlichen Vorschriften belegten jedenfalls, dass auch der Gesetzgeber das Institut der Rechtsfortbildung nicht nur akzeptiert, sondern voraussetzt.⁶⁹⁷

Innerhalb der Rechtsfortbildung wird in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre noch weiter differenziert. Die sog.

⁶⁹² BVerfGE 34, 269 (286 ff.); 82, 6 (12); zustimmend *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2408) unter zusätzlicher Bezugnahme auf BGHZ 3, 208 (215); ablehnend *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 97 Rn. 65.

⁶⁹³ BVerfGE 34, 269 (287); *Kirchhof*, NJW 1986, 2275 (2276).

⁶⁹⁴ Dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich zustimmend etwa *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504 (505).

⁶⁹⁵ *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 91 f.; *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 f.; vgl. auch BVerfGE 96, 375 (394 f.); 108, 150 (159 f.).

⁶⁹⁶ BVerfGE 96, 375 (393 ff.); 108, 150 (159 f.); 118, 212 (243); 122, 248 (286); 132, 99 (127 f.) *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 104; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 66; *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 303.

⁶⁹⁷ *Wank*, Juristische Methodenlehre, § 15 Rn. 32; *Bruns*, JZ 2014, 162 (163) mit Beispielen einfachgesetzlicher Konkretisierungen.

gesetzesimmanente Rechtsfortbildung versucht „im Rahmen des ursprünglichen Plans“ innerhalb einer Regelung planwidrige Gesetzeslücken durch Fortschreibung der bestehenden Strukturen auszufüllen.⁶⁹⁸ Hierzu rechnen insbesondere die Analogie und die teleologische Reduktion.⁶⁹⁹ Die sog. gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung erfolgt zwar noch „innerhalb des Rahmens und der leitenden Prinzipien der Gesamtrechtsordnung“, jedoch außerhalb des gesetzlich Geregelten, und mitunter sogar gegen den eigentlichen Gesetzeswillen, um neue Rechtsinstitute zu schaffen.⁷⁰⁰ Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung unterliegt aber entsprechend des Gewaltenteilungsgrundsatz und der richterlichen Gesetzesbindung gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen, weil eine vorgezeichnete gesetzliche Wertung vollständig fehlt.⁷⁰¹ Beide Instrumente der Rechtsfortbildung setzen jedoch, in unterschiedlichem Maße, eine Lücke im Gesetz voraus, um überhaupt rechtsschöpfend tätig werden zu können.⁷⁰² Diese fällt als „Rechtslücke“⁷⁰³ bzw. „Gebietslücke“⁷⁰⁴ im Bereich der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung deutlich markanter aus als bei der rechtsimmanenten Rechtsfortbildung.

⁶⁹⁸ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366. Die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung wird auch als „Rechtsfindung *praeter legem*“ (gesetzesergänzende Lückenfüllung) bezeichnet, siehe Krey, JZ 1978, 361.

⁶⁹⁹ Krey, JZ 1978, 361; Wiedemann, NJW 2014, 2407 (2409).

⁷⁰⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366. Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung wird auch als „grenzüberschreitende Rechtsfortbildung“ bzw. „richterliche Rechtsfortbildung *extra legem*“ bezeichnet, siehe Wiedemann, NJW 2014, 2407 (2411 f.) bzw. Konzen, in: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, S. 347 (365).

⁷⁰¹ Bruns, JZ 2014, 162 (163). Kritisch im Hinblick auf diese Differenzierung Pieroth/Aubel, JZ 2003, 504 (505 f.), da sich die jeweilige Stufe der Rechtsfortbildung methodisch nicht scharf trennen lasse und die Bestimmung des Kontrollmaßstabs entsprechend willkürlich gerate.

⁷⁰² Wank, Juristische Methodenlehre, § 15 Rn. 44; Schmidt, Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz, S. 55; Bruns, JZ 2014, 162 (163); Konzen, in: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, S. 347 (365 f.).

⁷⁰³ Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 195.

⁷⁰⁴ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 855.

2. Keine planwidrige Regelungslücke im Prüfungsmaßstab der abstrakten Normenkontrolle

Eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabs bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes durch gesetzesimmanente bzw. gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung setzt also voraus, dass die entsprechende Aussparung von formellen Bundesgesetzen als Prüfungsmaßstab eine Regelungslücke des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG darstellt.⁷⁰⁵ Eine derartige Gesetzeslücke ist eine „planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung“.⁷⁰⁶ Umgekehrt begründet die „bewusste Nicht-Regelung“ gerade keine Regelungslücke.⁷⁰⁷ Ob die identifizierte Unvollständigkeit einer gesetzlichen Regelung planwidrig oder aber plangemäß als „beredtes oder qualifiziertes Schweigen“⁷⁰⁸ des Gesetzgebers zu qualifizieren ist, bemisst sich nach dem Wertungsplan des Gesetzes. Durch Auslegung ist zu bestimmen, „ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, planwidrig unvollständig ist“.⁷⁰⁹ Für die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ist also zu fragen, ob die Erwägungen des Verfassungsgebers, von denen er sich leiten ließ, nicht konsequent und umfassend umgesetzt wurden. Liegt der gesetzliche „Ist-Zustand“ mit einem ausschließlichen Prüfungsmaßstab „Grundgesetz“ hinter einem „Soll-Zustand“ unter zusätzlicher Einbeziehung des „sonstigen Bundesrechts“ zurück, ist die Lücke

⁷⁰⁵ Schmidt, Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz, S. 55 bezeichnet es zutreffend als ein „Gebot richterlicher Methodenehrlichkeit“, ein „Schweigen des Gesetzes als Lücke offen zu legen“.

⁷⁰⁶ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 198. Den Begriff der „Lücke“ ablehnend Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 97 Rn. 69, der das Gesetz stattdessen als „ergänzungs- und korrekturbedürftig“ empfindet.

⁷⁰⁷ Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, Rn. 273.

⁷⁰⁸ Schmidt, Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz, S. 58 unter Verweis auf Rütbers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 838.

⁷⁰⁹ BGHZ 170, 187 (191) zur Unvollständigkeit des Gesetzes als Voraussetzung einer Analogiebildung und Unterfall der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung.

im Gesetz planwidrig und durch Rechtsfortbildung zu füllen.⁷¹⁰ Bei der Ermittlung einer planwidrigen Unvollständigkeit des Prüfungsmaßstabs für Rechtsverordnungen des Bundes ist jedoch gebührend zu berücksichtigen, dass eine abstrakte Normenkontrolle verfassungstheoretisch keineswegs zwingend ist.⁷¹¹

a) Fachgerichtliche Rechtsschutzlücke

Der Rechtsschutz gegen bundesrechtliche Rechtsverordnungen scheint nur lückenhaft ausgestaltet.⁷¹² Ein Art. 19 Abs. 4 GG genügender effektiver Rechtsschutz gegen untergesetzliches Bundesrecht lässt sich zwar durch die inzidente Normenkontrolle im Rahmen verwaltungsgerichtlicher Verfahren realisieren.⁷¹³ Die auf die Überprüfung der Gültigkeit von untergesetzlichen Normen ausgerichtete prinzipiale Normenkontrolle nach § 47 VwGO durch die Obergerichtsverfahren greift allerdings nicht bei Rechtsverordnungen des Bundes, sondern ist, vorausgesetzt der landesrechtlichen Umsetzung, nur für die Gültigkeitskontrolle von bloß materiellen Landesgesetzen statthaft.⁷¹⁴ Der fachgerichtliche Rechtsschutz bietet also grundsätzlich keine Möglichkeit, prinzipialiter über die Wirksamkeit einer Rechtsverordnung des Bundes zu judizieren.

aa) Die Konzentration der Interpretation des einfachen Rechts bei der Fachgerichtsbarkeit

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist die „Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des

⁷¹⁰ Vgl. *Beaucamp/Beaucamp*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Rn. 313.

⁷¹¹ Vgl. *Mückel*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, § 15 Rn. 1; grundlegend bereits Einleitung, II. Das abstrakte Normenkontrollverfahren als „gesetzgeberische Wohltat“.

⁷¹² Vgl. nur *Meßerschmidt*, Jura 2016, 747 (757).

⁷¹³ *Schenke*, NVwZ 2016, 720 (721); zu den denkbaren Konstellationen schon 1. Teil, 3. Abschnitt, V., 2. Der fachgerichtliche Rechtsschutz.

⁷¹⁴ Siehe bereits 1. Teil, 3. Abschnitt, V., 2. Der fachgerichtliche Rechtsschutz. Kritisch, dass § 47 VwGO nicht auf Bundesrecht anwendbar ist *Stern*, in: Festschrift für Hans Schäfer, S. 59 (68 f.).

Tatbestandes, die Auslegung der Gesetze und ihre Anwendung auf den einzelnen Fall“ grundsätzlich allein Sache der Fachgerichtsbarkeit.⁷¹⁵ Diese klare Kompetenzzuweisung beruht auf einer grundgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit.⁷¹⁶ Diese Funktionsteilung weckt Zweifel an einer planwidrigen Rechtsschutzlücke, setzt die Wirksamkeit einer Rechtsverordnung des Bundes mit Blick auf formelle Bundesgesetze doch gerade diese Kontrolle der einfachen Rechtsanwendung voraus. Das einfache Recht unterfällt in der Regel nämlich nicht der Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht. Dessen „authentische bzw. autoritative Interpretation“ obliegt ausschließlich der Fachgerichtsbarkeit, deren Primat zur authentischen Interpretation der einfachen Rechtsordnung insoweit einen eigenständigen Funktionsschutz gegenüber der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit beansprucht.⁷¹⁷ Die mit Art. 95 Abs. 1 GG getroffene verfassungsrechtliche Entscheidung zugunsten einer nach Fachgerichtsbarkeiten gegliederten Gerichtsorganisation schafft eine Richterschaft, die eine fundierte Kenntnis des einschlägigen Fachrechts und des davon beherrschten Lebenssachverhalts erwirbt.⁷¹⁸ Durch die Zuständigkeit für eine Vielzahl von Gerichtsverfahren und die Anwendung des geltenden Rechts auf den Einzelfall zeichnet die Fachgerichtsbarkeit eine besondere Sachnähe und Fachkunde aus, um den jeweiligen Lebenssachverhalt nach den gesetzlichen Wertungen zu konkretisieren und Wechselwirkungen zu berücksichtigen.⁷¹⁹ Über diese fachrichterliche Erfahrung im Umgang mit den Fachgesetzen und

⁷¹⁵ BVerfGE 1, 418 (420); 18, 85 (92); vgl. hierzu bereits auch 2. Teil, 4. Abschnitt, II., 5., c) Die Prüfung „spezifischen Verfassungsrechts“ durch das Bundesverfassungsgericht.

⁷¹⁶ *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 600; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung Rn. 197.

⁷¹⁷ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, Vorbemerkung Rn. 149, 197; *Robbers*, NJW 1998, 935 (938); BVerfGE 40, 88 (94).

⁷¹⁸ Vgl. *Stark*, JZ 1996, 1033 (1034).

⁷¹⁹ *Kenntner*, NJW 2005, 785 (786).

einem entsprechenden Systemverständnis sowie eine konsistente Fachrechtsdogmatik verfügt das Bundesverfassungsgericht naturgemäß nicht. Soweit das Bundesverfassungsgericht sich mit der Kontrolle und Details der einfachen Rechtsanwendung und -auslegung befasst, droht es, die Eigengesetzlichkeiten des einfachen Fachrechts zu verkennen.⁷²⁰ Abweichend von der Fachgerichtsbarkeit steht hier zur Vermeidung von Rechtsfehlern ein Rechtsmittelzug grundsätzlich nicht zur Verfügung. Mangels kontradiktorischer Ausgestaltung der abstrakten Normenkontrolle besteht zusätzlich die Gefahr, dass sich das Bundesverfassungsgericht in seiner rechtlichen Würdigung allzu sehr von der Sichtweise des Antragstellers vereinnahmen lässt.⁷²¹ Eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabs der abstrakten Normenkontrolle auf formelle Bundesgesetze verschärft die zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit schon seit längerem als problematisch empfundene Aufgabenparallelität noch weiter.⁷²² Eine von der Verfassung weder erwünschte noch intendierte Rechtsschutzverdopplung gilt es weitestgehend zu vermeiden. Übergriffe in den Zuständigkeitsbereich der Fachgerichtsbarkeit könnten der Integrität der Fachgerichte schaden und praxisferne Anforderungen einen nachhaltigen Autoritätsverlust der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit bei der fachgerichtlichen Richterschaft und der Öffentlichkeit nach sich ziehen.⁷²³

bb) Die abstrakte Normenkontrolle als Rechtsbewahungsverfahren und das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der Verfassung

Entsprechend dieser Funktionszuweisung konzentriert das Bundesverfassungsgericht seine Prüfungskompetenz bei der

⁷²⁰ Vgl. *Kenntner*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG-Mitarbeiterkommentar, Kapitel A, II., 1. Rn. 37; *Stark*, JZ 1996, 1033 (1038).

⁷²¹ Vgl. *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 57 f. aus dem Blickwinkel der Verfassungsbeschwerde.

⁷²² Vgl. *Hermes*, VVDStRl 61 (2002), 119 (144).

⁷²³ *Stark*, JZ 1996, 1033 (1038); *Kenntner*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG-Mitarbeiterkommentar, Kapitel A, II., 1. Rn. 37.

abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 GG auf eine verfassungsrechtliche Kontrolle. Als „Verfassungsfachgericht mit letztverbindlicher Entscheidungszuständigkeit in Verfassungssachen“⁷²⁴ prüft es die Vereinbarkeit von Bundes- oder Landesrecht mit dem Grundgesetz. Die Interpretation des einfachen Rechts ist nicht nur der Fachgerichtsbarkeit vorbehalten, sondern auch einer Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht weitgehend entzogen. Die besondere Sach- und Fachrechtsnähe der Instanzgerichtsbarkeit respektierend, sieht sich das Bundesverfassungsgericht gehalten, im Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 GG die fachgerichtliche Interpretation einer Vorschrift zugrunde zu legen.⁷²⁵ Als „verbindliche Instanz in Verfassungsfragen“⁷²⁶ muss es jedoch dann korrigierend einschreiten, „wenn die fachgerichtliche Interpretation der Norm die Tragweite verfassungsrechtlicher Grundsätze nicht hinreichend berücksichtigt oder im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung von Verfassungsrechten führt“.⁷²⁷ Aus diesem skizzierten Kooperationsverhältnis mit einer funktionalen Aufgabenteilung folgt ein durch das Bundesverfassungsgericht lückenhaft gewährter Rechtsschutz, der durch die Fachgerichtsbarkeit vervollständigt wird. Plakativ lässt sich die Funktion und auch das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts eben als „Hüter der Verfassung“, nicht aber „Wächter des einfachen Rechts“⁷²⁸ beschreiben. Mit dieser Abgrenzung geht auch notwendig ein reduzierter Rechtsschutzauftrag der abstrakten Normenkontrolle einher. Als Rechtsbewahungsverfahren bezweckt sie nämlich nur den Schutz der Integrität der Verfassung sowie der bundesstaatlichen Kompetenzordnung. Um umfassend zur „Klärung der

⁷²⁴ *Löwer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 34 (Hervorhebung im Original).

⁷²⁵ Vgl. zu dieser Einschätzung des Prüfungsumfangs BVerfGE 101, 239 (257).

⁷²⁶ Siehe diese Selbsteinschätzung in BVerfGE 40, 88 (94).

⁷²⁷ BVerfGE 101, 239 (257) unter Bezugnahme auf die entsprechenden Ausführungen innerhalb einer Verfassungsbeschwerde in BVerfGE 85, 248 (258).

⁷²⁸ So *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 540 beziehungsweise auf *Kenntner*, NJW 2005, 785 (786).

verfassungsrechtlichen Lage dem Rechtsfrieden zu dienen“,⁷²⁹ ist die abstrakte Normenkontrolle als objektives Beanstandungsverfahren ausgestaltet, das keinen Antragsgegner oder die Einhaltung einer Antragsfrist erfordert. Umgekehrt zu den geringen Antragsvoraussetzungen ist der Kreis der zulässigen Antragsteller allerdings auf Verfassungsorgane beschränkt und ihre Berufung knüpft an ihr Wächteramt als Garanten der gesamten verfassungsmäßigen Rechtsordnung an.⁷³⁰ An diesen Details zeigt sich die Sonderstellung des Verfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG in einem auf Individualrechtsschutz zugeschnittenen Gerichtssystem.⁷³¹ Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG fällt eine Systementscheidung für den Individualrechtsschutz zum Schutz und zur Durchsetzung subjektiver Rechte.⁷³² Der abstrakten Normenkontrolle kommt damit aufgrund ihrer objektiv-rechtlichen Funktion zur Entscheidung über die Geltung einer Rechtsvorschrift ein Ausnahmecharakter innerhalb des grundgesetzlich garantierten Rechtsschutzes zu.⁷³³ Die prinzipialen Normverwerfungsverfahren sind abschließend geregelt und außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fälle nicht statthaft.⁷³⁴ Auch wegen dieser besonderen Stellung im System der Rechtsschutzformen ist das abstrakte Normenkontrollverfahren in seiner Gewährleistung nicht lückenhaft ausgestaltet, sondern vielmehr als Übererfüllung der Rechtsschutzmöglichkeiten zu begreifen.

⁷²⁹ BVerfGE 1, 396 (413); 79, 311 (326 f.).

⁷³⁰ Vgl. Löwer, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, § 70 Rn. 62 in Anlehnung an BVerfGE 101, 158 (213).

⁷³¹ Michael, ZJS 2012, 756 (757).

⁷³² Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 8; Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 342; Ernst, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 99; grundlegend zur Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG Remmert, Jura 2014, 906 (907 ff.).

⁷³³ Ausführlich hierzu Pielow, Die Verwaltung 1999, 445 (447); Michael, ZJS 2012, 756 (757).

⁷³⁴ Renck, BayVbl. 1983, 86 (87).

cc) Rechtssicherheit durch fachgerichtliche Nichtanwendungsbefugnis

Als bloß materiellen Gesetzen kommt Rechtsverordnungen ebenso wie formellen Gesetzen normative Verbindlichkeit zu, sie sind aber deswegen nicht gleichermaßen verwerfungsresistent.⁷³⁵ Unterliegen nachkonstitutionelle formelle Gesetze dem Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts, verfügen die Fachgerichte bei Verstößen gegen höherrangiges Recht über eine inzidente Normverwerfungskompetenz.⁷³⁶ Prozessual setzt damit die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit den Vorrang der Verfassung durch, während die Instanzgerichtsbarkeit den Vorrang des Gesetzes sichert.⁷³⁷ Dabei sind die jeweiligen Rechtswirkungen grundlegend verschieden: Im Vergleich zur bloßen Unanwendbarkeit im Einzelfall schafft die Normverwerfung umfangreiche Rechtssicherheit und bündelt den Rechtsschutz.⁷³⁸ Mit ihrer *erga omnes*-Wirkung wird sie auch dem Verwaltungsinteresse umfassender gerecht und bewirkt einen stärkeren Disziplinierungseffekt der Verwaltung für zukünftiges hoheitliches Handeln.⁷³⁹ Verfassungsgeboten ist ein allgemein verbindlicher Ausspruch der Gültigkeit oder Ungültigkeit jedoch nicht, sofern sich bei individuellen Rechtsverletzungen ein effektiver und ausreichender Rechtsschutz durch inzidente Normenkontrolle erreichen lässt.⁷⁴⁰ Eine besondere Stellung kommt der Rechtsverordnung des Bundes zu, die einerseits bei einem im Wege der abstrakten Normenkontrolle identifizierten Verfassungsverstoß allgemein verbindlich für nichtig erklärt werden kann, andererseits aber auch der

⁷³⁵ Hill/Martini, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 34 Rn. 19.

⁷³⁶ Bethge, Jura 1998, 529 (533).

⁷³⁷ Vgl. Hill/Martini, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 34 Rn. 19.

⁷³⁸ Pietzcker, AöR 101 (1976), 374 (385).

⁷³⁹ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Abs. 4 Rn. 74

⁷⁴⁰ Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 19 IV Rn. 109; Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 471; BVerfGK 11, 337 (345 f.). Zu problematischen Konstellationen, die jedoch durch inzidente Normenkontrollen ausreichenden Rechtsschutz erfahren, siehe Schenke, NVwZ 2016, 720 (721 ff.).

fachgerichtlichen Nichtanwendungskompetenz unterliegt.⁷⁴¹ Neben den bereits als ausreichend beurteilten Rechtsschutz im konkreten Einzelfall durch Nichtanwendung der ungültigen Rechtsverordnung tritt zusätzlich die Möglichkeit eines Ungültigkeitssurteils mit *erga omnes*-Wirkung. Die abstrakte Normenkontrolle entfaltet also abweichend der Grundkonzeption einer inzidenten Normverwerfung von bloß materiellen Gesetzen bei verfassungswidrigen Rechtsverordnungen des Bundes noch weiterreichende Rechtswirkungen. Im Ergebnis liegt keine Rechtsschutzlücke vor, sondern das abstrakte Normenkontrollverfahren bewirkt im Bedarfsfall sogar eine Verstärkung des verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzes.

b) Eingeschränkte Gewährleistung der Normenhierarchie

Zudem gerät die prozessuale Durchsetzung des normenhierarchischen Aufbaus der Rechtsordnung bei Ausparung formeller Bundesgesetze als Referenzmaßstab von bloß materiellen Bundesgesetzen nicht lückenlos. Lediglich die Derogationswirkung über den Vorrang des Bundesrechts vor dem Landesrecht sowie über den Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht erfährt bei der abstrakten Normenkontrolle eine verfahrensrechtliche Umsetzung.⁷⁴² Die „negative Zielrichtung“ der abstrakten Normenkontrolle erfasst den Schutz höherrangigen Rechts vor der Verletzung durch das niederrangige Recht nicht vollumfänglich und an der „positiven“ rechtsbefriedenden Funktion durch verbindliche Klärung der rechtlichen Lage nehmen bloß materielle Bundesgesetze für ihre Vereinbarkeit mit formellen Gesetzen des Bundes nicht teil.⁷⁴³

⁷⁴¹ Vertiefend bereits 1. Teil, 3. Abschnitt, V. Der gerichtliche Rechtsschutz gegen fehlerhafte Rechtsverordnungen.

⁷⁴² Vgl. *Müller-Terpitz*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 80 Rn. 31 unter Hervorhebung der Gemeinsamkeit zur konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 11, 80 bis 82 BVerfGG.

⁷⁴³ Zitierte Begrifflichkeiten in Anlehnung an *Söhn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (294); ausführlich zum Ganzen bereits

aa) Beschränkte Gewährleistung der Normenhierarchie durch das Bundesverfassungsgericht funktionsadäquat

Maßgeblicher Verfahrensgegenstand der abstrakten Normenkontrolle ist nicht die Bestimmung der Gültigkeit einer Norm, sondern die Vereinbarkeit von Bundes- oder Landesrecht mit dem Grundgesetz.⁷⁴⁴ Auf föderaler Ebene wird die Durchsetzung der Bundesrechtsordnung wegen Art. 31 GG und der übrigen homogenitätssichernden Vorschriften des Grundgesetzes zur Verfassungsfrage stilisiert. Innerhalb der bundesrechtlichen Normenhierarchie ist allerdings nur die „Respektierung“ des Grundgesetzes selbst eine Verfassungsfrage.⁷⁴⁵ Diese Zuweisung an das Bundesverfassungsgericht folgt einerseits aus seiner Garantenstellung zur Bewahrung des Vorrangs von Bundesrecht gegenüber Landesrecht in der Normenordnung und entspricht andererseits der spezifischen Funktion des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der Bundesverfassung. Verstöße gegen die unterverfassungsrechtliche Bundesrechtsordnung werden von der Fachgerichtsbarkeit über die Inzidentkontrolle aufgefangen.⁷⁴⁶ Die damit verbundene Entlastung des Bundesverfassungsgerichts von der Interpretation des einfachen Rechts und die Beschränkung auf verfassungsrechtliche Fragestellungen ist „funktionsadäquat“.⁷⁴⁷ Die Voraussetzung einer Normenhierarchie durch eine gestufte Rechtsordnung für das abstrakte Normenkontrollverfahren bedeutet nämlich umgekehrt nicht auch deren uneingeschränkte Durchsetzung und Gewährleistung durch das Verfassungsgericht. Die insoweit lückenhafte

1. Teil, 1. Abschnitt, I., 3. Verfahrenszweck und objektiver Verfahrenscharakter der abstrakten Normenkontrolle.

⁷⁴⁴ *Söbn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, S. 292 (295).

⁷⁴⁵ *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 721; *Rozeck*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 63.

⁷⁴⁶ Hierzu soeben 2. Teil, 4. Abschnitt, III., 2., a) Fachgerichtliche Rechtsschutzlücke.

⁷⁴⁷ *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 721; *Rozeck*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 63. Zustimmend auch *Vofßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 126, der ebenfalls auf die „funktionelle Stellung des Bundesverfassungsgerichts als Spezialgericht für Verfassungsfragen“ abstellt.

Abdeckung bei der Durchsetzung der Normenhierarchie durch das Bundesverfassungsgericht im abstrakten Normenkontrollverfahren wird durch die Instanzgerichte und ihrer Nichtanwendungsbefugnis entsprechend dem bestehenden Kooperationsverhältnis von fach- und verfassungsrichterlichen Zuständigkeiten vervollständigt.

bb) Erhalt der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts durch begrenzte Zuständigkeiten

Eine begrenzte Zuweisung von Kompetenzen und damit unweigerlich auch eine lückenhafte Ausgestaltung einzelner Verfahren folgt auch aus der Gefahr einer Überlastung des Bundesverfassungsgerichts und einem damit verbundenen Verlust der Funktionsfähigkeit. Die Kapazität des Bundesverfassungsgerichts wird durch über 5.000 Verfahren bei einem Personal von zwei Senaten mit jeweils acht Richtern sowie 64 Wissenschaftlichen Mitarbeitern stark beansprucht.⁷⁴⁸ Mit der Wahrnehmung von weiteren Zuständigkeiten droht eine Verknappung verfassungsgerichtlicher Ressourcen. Das gilt vor allem bei der Kontrolle von untergesetzlichen Vorschriften, die einerseits die häufigste Rechtsquelle im Staats- und Verwaltungsrecht der Bundesrepublik Deutschland darstellen, andererseits aufgrund der verfahrens- und materiellrechtlichen Vorgaben der Gesamtheit der formellen Bundesgesetze naturgemäß einer erhöhten einfachgesetzlichen Fehleranfälligkeit ausgesetzt sind. Dem Bundesverfassungsgericht wird über das Enumerationsprinzip letztlich auch nur eine begrenzte Anzahl an Verfassungsstreitigkeiten im engeren Sinn zugewiesen, die wegen ihrer politischen Brisanz regelmäßig im Fokus der Öffentlichkeit stehen sowie durch die Komplexität des jeweiligen Rechts- und Lebenssachverhalts besonders arbeitsintensiv sind.⁷⁴⁹ Soweit der Gesetzgeber umgekehrt den Verwaltungsgerichten über die Generalklausel nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO die „öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art“ zuweist, wird einerseits subjektiver Rechtsschutz bei Verstößen

⁷⁴⁸ *Wahl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 461 (478).

⁷⁴⁹ *Wieland*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 51.

innerhalb des einfachgesetzlichen Verhältnisses von bloß materiellen und formellen Bundesgesetzen geboten. Andererseits verdeutlicht die bewusste Zuweisung der Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art über die Generalklausel, dass es sich bei der Aussparung innerhalb von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG gerade nicht um eine planwidrige Regelungslücke handelt, derer sich der Gesetzgeber nicht bewusst war. Der bestehende Kompetenzkatalog spiegelt die Verfassungsentscheidung zugunsten einer durchsetzungsstarken Verfassungsgerichtsbarkeit wider.⁷⁵⁰ Das Verfassungsprozessrecht ist fragmentarisch und die Entscheidung des Verfassungsgebers gegen eine Generalklausel darf nicht dadurch konterkariert werden, dass aufgrund vermeintlicher Regelungslücken durch Rechtsfortbildung neue Zuständigkeiten für das Bundesverfassungsgericht geschaffen werden.⁷⁵¹

IV. Gesamtbetrachtung

Als Kollisionsregel ergänzt der Vorrang des Gesetzes die Rechtsgebundenheit der verfassten Gewalt. Über den Vorrang des Gesetzes lässt sich strenggenommen jede Vereinbarkeit untergesetzlichen Rechts mit höherrangigem Recht zur Verfassungsfrage stilisieren.⁷⁵² Dies führt zu einer Akzessorietät von Gesetzesverletzung und Verfassungsverletzung und zu einer Konvergenz von Verfassungsrecht und einfachem Recht.⁷⁵³ Doch der normative Gehalt des Rechtsstaatsprinzips bezweckt nicht, dass sich über den „Umweg“ des Rechtsstaatsprinzips jede einfachrechtliche Rechtswidrigkeit in einen Verfassungsverstoß transformieren ließe, der über die abstrakte Normenkontrolle korrigiert werden kann. Eine erweiternde Einbeziehung des Rechtsstaatsprinzips führt nämlich nicht nur zu einer Aufgabe der in der abstrakten

⁷⁵⁰ Vgl. *Michael*, ZJS 2014, 254.

⁷⁵¹ Ausführlich zur normativen Kraft des Enumerationsprinzips zugunsten einer Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit *Bethge*, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 61 (62 ff.).

⁷⁵² Vgl. etwa *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028 (1029); *Kennner*, DÖV 2005, 269 (271).

⁷⁵³ Vgl. *Korioth*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 55 (61).

Normenkontrolle angelegten Trennung der Prüfungsmaßstäbe von Verfassungsrecht und einfachen Recht nach dem jeweiligen Antragsgegenstand, sondern auch zu einer zunehmenden Konstitutionalisierung der einfachen Rechtsordnung. Trotz aller Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für eine umfassende Rechtsbindung bei der Ausübung staatlicher Gewalt führt eine solche Auslegung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zu einer Überdehnung dieses Grundsatzes, der letztlich auch die abstrakte Normenkontrolle überdehnt.⁷⁵⁴

Diese Zurückhaltung gegenüber der Funktion des abstrakten Normenkontrollverfahrens ist auch bei der Überlegung zur Erweiterung des anzulegenden Prüfungsmaßstabs im Wege der Rechtsfortbildung beizubehalten. Auch deren Funktion als Rechtsbewahungsverfahren und der Verfassungssicherung steht einer beschränkten Reichweite des Prüfungsmaßstabs nicht entgegen. Die Interpretation des einfachen Rechts ist vorrangig bei der Fachgerichtsbarkeit konzentriert, während das Bundesverfassungsgericht im Besonderen als Garant der Bundesverfassung zum Schutz des Grundgesetzes berufen ist. Mit der Entscheidung für einen arbeitsteilig organisierten Rechtsschutz geht notwendig auch ein eingeschränkter Gewährleistungsumfang der Normenhierarchie durch die abstrakte Normenkontrolle einher, der um die Arbeits- und Funktionsfähigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit willen durch die Fachgerichtsbarkeit vervollständigt wird. Mit dem Verständnis der abstrakten Normenkontrolle als ein im System der Verfassungssicherung nicht zwingend erforderliches Verfahren ergeben sich erhöhte Anforderungen dafür, das Bestehen einer Regelungslücke bei der Aussparung von Unterverfassungsrecht als Prüfungsmaßstab von einfachen Bundesrecht und einer damit nur eingeschränkten Gewährleistung der Normenhierarchie zu begründen. Soweit diese Prüfungsebene nicht durch das abstrakte Normenkontrollverfahren abgedeckt ist, ist diese Lücke jedoch nicht planwidrig, da sie durch die sachnähere Fachgerichtsbarkeit umfassend und funktionsgerecht ausgefüllt wird.

⁷⁵⁴ Vgl. hierzu auch *Henn*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (616).

3. Teil: Lösungsvorschlag für die Prüfung bloß materieller Bundesgesetze im Wege der abstrakten Normenkontrolle

Das abstrakte Normenkontrollverfahren bezweckt den Schutz des Grundgesetzes gegenüber formellen und bloß materiellen Gesetzen sowie den Schutz der Rechtsordnung des Bundes vor einer Beeinträchtigung durch Landesrecht durch eine allgemeinverbindliche Klärung der Gültigkeit des Antragsgegenstands. Wie die bisherige Untersuchung zeigte, spiegelt sich dieser Schutzauftrag im Prüfungsmaßstab gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG wider, der bereits nach seinem Wortlaut für die Überprüfung von Bundesrecht das Grundgesetz und für die Überprüfung von Landesrecht alle abstrakt-generellen Bundesgesetze als Prüfungsmaßstab vorsieht.¹

Angesichts des Umstands, dass Art. 80 Abs. 1 GG Aussagen über den Delegationszusammenhang von Rechtsverordnungen des Bundes und der Ermächtigungsgrundlage trifft, könnte diese Gesetzesabhängigkeit eine Bedingung der Verordnungsgebung unter dem Grundgesetz sein, die auch im abstrakten Normenkontrollverfahren zu überprüfen ist. Art. 80 Abs. 1 GG ist jedenfalls über die formellen Anforderungen hinaus dann zum verfassungsrechtlichen Maßstab der abstrakten Normenkontrolle zu rechnen, sofern die Bestimmung verlangt, dass sich eine Rechtsverordnung im Rahmen ihrer einfachgesetzlichen Ermächtigung bewegt.

¹ *Heim*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 615 (621); BVerfGE 1, 184 (195 f.).

Alternativ könnte aufgrund der strengen Gesetzesakzessorietät der Rechtsverordnung das allgemeine Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes zu bemühen sein, sofern dieser Grundsatz zumindest für die Verordnungsgebung zum Prüfungsrahmen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zählt. Im Folgenden ist daher zunächst zu untersuchen, ob der Vereinbarkeit der Rechtsverordnung des Bundes mit den Vorgaben der in Anspruch genommenen einfachgesetzlichen Ermächtigung ein verfassungsrechtlicher Gehalt zukommt, der im Wege der abstrakten Normenkontrolle zu überprüfen ist.² Anknüpfend an die Diskussion zur Prüfungsmaßstäblichkeit des Delegationszusammenhangs wird mit den gewonnenen Erkenntnissen eine alternative Prüfungsabfolge für die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes vorgestellt und die Besonderheiten gegenüber den bereits untersuchten Lösungsvorschlägen herausgearbeitet.³ Abrundend wird dann der vorgestellte Lösungsansatz auf die Überprüfung von Satzungen des Bundes übertragen, um eine allgemeingültige Prüfungsabfolge für die Kontrolle von bloß materiellen Bundesgesetzen im abstrakten Normenkontrollverfahren aufzuzeigen.⁴

1. Abschnitt: Die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes unter Berücksichtigung der Gesetzesakzessorietät der Verordnungsgebung

Verfahrenstechnisch erfolgt die Delegation der Rechtssetzungsbezugnis auf die Exekutive durch formelles Gesetz mit der Folge, dass die Legislative im ermächtigungsgesetzlich determinierten

² 3. Teil, 1. Abschnitt: Die abstrakte Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes unter Berücksichtigung der Gesetzesakzessorietät der Verordnungsgebung.

³ Siehe 3. Teil, 2. Abschnitt: Die Prüfung einer Rechtsverordnung des Bundes im abstrakten Normenkontrollverfahren unter Berücksichtigung der Gesetzesakzessorietät der Verordnungsgebung.

⁴ Siehe 3. Teil, 2. Abschnitt, V. Die Übertragbarkeit der Lösung auf die abstrakte Normenkontrolle von Satzungen des Bundes.

Umfang der Exekutive die Kompetenz zur Rechtsetzung einräumt.⁵ Das Bundesverfassungsgericht äußerte zwar wiederholt die Auffassung, Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG richte sich ausschließlich an die gesetzliche Ermächtigung, nicht jedoch an die Rechtsverordnung.⁶ Allerdings folge aus „dem dahinterstehenden, im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip angelegten Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes [...] aber auch, dass eine Rechtsverordnung sich in den Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung halten muss“.⁷

Für das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle lässt sich die parlamentsgesetzliche Ermächtigungsgrundlage als Prüfungsmaßstab für die akzessorische Rechtsverordnung des Bundes jedoch erst dann über das Grundgesetz heranziehen, sofern entweder ein in spezifisch Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG oder im allgemeinen Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes verankerter Delegationszusammenhang auch verbindliche Vorgaben für die Wirksamkeit der entsprechenden Rechtsverordnung des Bundes trifft. Wäre mit Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG eine Norm des Verfassungsrechts bzw. über den Vorbehalt des Gesetz ein verfassungsrechtliches Prinzip Prüfungsmaßstab für bloß materielle Bundesgesetze, käme § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG zumindest für einen limitierten Anwendungsbereich mittelbar auch eine „verdeutlichende“ Wirkung zu.⁸ Doch in Anbetracht der diskutierten Lösungsansätze zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle bloß materieller Bundesgesetze bedarf insbesondere der Aussagegehalt des verfassungsrechtlich verbürgten Delegationszusammenhangs der näheren Untersuchung.

⁵ Vgl. nur *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 28 f.

⁶ BVerfGE 101, 1 (30); 136, 69 (92).

⁷ BVerfGE 136, 69 (92).

⁸ Vgl. *Rein*, Das Normbestätigungsverfahren, S. 99; *Koriath/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 131; *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67.

I. Verfassungsrechtlicher Gehalt: Das Erfordernis der Delegation der Rechtsetzungsbefugnis an die Exekutive

Nach dem Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ist die Verordnungsgebung unter dem Grundgesetz ihrem Charakter nach prinzipiell eine vom unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament abgeleitete Form exekutiver Rechtssetzung.⁹ Die Verfassung stellt ausdrücklich klar, dass der Exekutive prinzipiell keine eigenständige, originäre Verordnungsgewalt zusteht,¹⁰ sondern dass sie hierfür stets einer spezifischen formell-gesetzlichen Erlaubnis bedarf.¹¹

1. Das Erfordernis einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung

Das Grundgesetz hat zwar in Art. 20 Abs. 2 GG die Aufgabenzuweisung getroffen, dass die Setzung abstrakt-genereller Normen im Grundsatz ausschließlich der Legislative zugeordnet ist. Das Gesetzgebungsverfahren genießt wegen der besonderen personellen Zusammensetzung des an ihm maßgeblich beteiligten Bundestages als Spiegel der politischen Einstellungen des Volkes, seiner auf Konsens nach dem Mehrheitsprinzip ausgerichteten Entscheidungssuche und wegen der Gewährleistung der Öffentlichkeit im gesetzgeberischen Entscheidungsprozess eine besondere demokratische Legitimation.¹² Dieser Regelungsprimat beinhaltet jedoch kein Rechtsetzungsmonopol der Legislative, sondern eine

⁹ *Wilke*, AöR 98 (1973), 196 (212, 214); *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 20; *Walrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 7; BVerfGE 26, 229 (237); 41, 88 (116); 41, 251 (266); 55, 207 (225 f.).

¹⁰ Eine unmittelbar durch die Verfassung eingeräumte Rechtsetzungskompetenz wird der Exekutive nur ausnahmsweise und als Übergangsregelung für die Fälle der Art. 119 Satz 1, Art. 127 und Art. 132 Abs. 4 GG gewährt, die nur noch von historischem Interesse sind, vgl. *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 10.

¹¹ BVerfGE 24, 184 (197); *Mann*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 6; *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 28; *Wilke*, AöR 98 (1973), 196 (212, 214).

¹² *Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, S. 37 ff.

Prärogative der gesetzgebenden Körperschaften im Prozess einer arbeitsteilig organisierten, dezentrierten Rechtsetzung.¹³

a) Rechtsstaatliche und demokratische Anforderungen

Über Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG wird dem Parlament zugestanden, Normsetzungsbefugnisse an die Exekutive zu delegieren. Mit dieser in der deutschen Verfassungsgeschichte erstmaligen Positivierung einer Begrenzung exekutiver Rechtsetzung werden Anforderungen an den Verordnungserlass statuiert.¹⁴ Denn die Übertragung legislativer Funktionen an die vollziehende Gewalt gestaltet den in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG angelegten Gewaltenteilungsgrundsatz näher aus.¹⁵ Die in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ausgesprochene Befugnis zur Rechtsetzungsdelegation verfolgt die funktionssichernde Entlastung des Parlaments von konkretisierenden Detailarbeiten mit nur geringer politischer Relevanz.¹⁶ Dem Gesetzgeber wird die Möglichkeit gegeben, erforderliche Änderungen des Rechts anzustoßen und sich den spezifischen Sach- und Fachverstand der Exekutive nutzbar zu machen, ohne selbst zu allen Details ein komplexes Gesetzgebungsverfahren durchführen zu müssen.¹⁷ Aber nur durch den Rückgriff auf ein parlamentsbeschlossenes Gesetz lässt sich der Bezug zur demokratisch legitimierten Legislative herstellen und der „Primat des parlamentarischen Gesetzgebers“ wahren.¹⁸

Art. 80 Abs. 1 GG dient damit der Sicherung und Wahrung des Demokratiegebotes, verfolgt aber auch die Sicherung

¹³ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 7; *Martini*, AöR 133 (2008), 155 (160).

¹⁴ *Mößle*, Inhalt, Zweck und Ausmaß, S. 1; *Cremer*, AöR 122 (1997), 248 (249).

¹⁵ *Schmidt*, Die Beteiligung des Bundestags beim Erlaß von Rechtsverordnungen, S. 32.

¹⁶ *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 7; *Martini*, AöR 133 (2008), 155 (157 ff.).

¹⁷ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 7.

¹⁸ *Wilke*, AöR 98 (1973), 196 (213); *Guckelberger/Gluding*, in: Schenke/Seok (Hrsg.), Probleme der Rechtssetzung in Korea und Deutschland, S. 21 (28); BVerwGE 157, 54 (60 f.).

rechtsstaatlicher Grundsätze¹⁹ Die Zuweisung der originären Normsetzungskompetenz an die Legislative ist Ausdruck des demokratischen Gehalts des Parlamentsvorbehalts, der eine formale, verfahrensmäßige Zuordnung staatlicher Steuerungskompetenzen beinhaltet. Die „zuschiebend“ und nicht „abschiebend“ wirkende Übertragung von Rechtsetzungsmacht auf die Exekutive²⁰ in nur dosierter und inhaltlich bestimmter Form versperrt dem parlamentarischen Gesetzgeber eine mögliche Selbstentmachtung durch eine „Flucht aus der Verantwortung“.²¹ Die Bindungen an inhaltliche Regelungspflichten hindern die Legislative, sich ihrer Verantwortung voraussetzungslos zu entziehen.²² Daneben dienen insbesondere die Bestimmtheitsanforderungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß für das ermächtigende Gesetz nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG rechtsstaatlicher Sicherung zum Schutz vor willkürlicher Ausfüllung der an die Exekutive delegierten Rechtsetzungsmacht.²³

b) Verfassungsgeschichtliche Prägungen

Diese strengen Anforderungen sind insbesondere das Resultat der historischen Erfahrungen mit der Ermächtigungsgesetzgebung in der Weimarer Republik und unter der nationalsozialistischen Herrschaft.²⁴ Aus der umfassenden Zuweisung der Gesetzgebungskompetenzen an den Reichstag gemäß Art. 68 Weimarer

¹⁹ Art. 80 GG konkretisiert noch weitere Verfassungsprinzipien, vgl. nur die Übersicht bei *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 14.

²⁰ Diese Begrifflichkeit ist auf *Triepel*, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, S. 36 ff., 53 f. zurückzuführen.

²¹ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 15; vgl. auch *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 14.

²² BVerfGE 1, 14 (59 f.); 23, 62 (73); 34, 52 (60).

²³ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 15; *Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 4.

²⁴ In diese Richtung bereits das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 1, 14 (59 f.): „In bewußter Abkehr von der Praxis der Weimarer Zeit fordert Art. 80 GG als Grundlage für Rechtsverordnungen jeder Art eine gesetzliche Ermächtigung, die nach Inhalt, Zweck und Ausmaß genau umgrenzt ist.“ Zur Rezeption des Art. 80 Abs. 1 GG in der frühen staatsrechtlichen Literatur vgl. *Mößle*, Inhalt, Zweck und Ausmaß, S. 31 ff.

Reichsverfassung folgte, dass bloß materielle Rechtssätze grundsätzlich nur im Wege der formellen Gesetzgebung zu erlassen waren. Eine Delegation auf die Exekutive war nur als vereinzelte Ausnahme zulässig.²⁵ Die Weimarer Reichsverfassung enthielt keine ausdrückliche Ausgestaltung einer allgemeinen Verordnungsgebung, sondern regelte nur für einzelne Sonderbereiche eine Verordnungsgebung.²⁶ Eine Ermächtigung zur Verordnungsgebung wurde jedoch Art. 48 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung entnommen, da die dort genannten „nötigen Maßnahmen“ im Ausnahmezustand auch die Kompetenz des Reichspräsidenten zum Erlass von Rechtsverordnungen beinhalte.²⁷ Diesen Notverordnungen kam eine besondere Qualität zu, da sie nicht nur die in Art. 48 Abs. 2 Satz 2 Weimarer Reichsverfassung genannten Grundrechte außer Kraft setzen konnten, sondern überdies einer gerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich waren.²⁸ Damit wurde zum Ende der Weimarer Republik das parlamentarische Gesetz in der Staatspraxis durch die gubernative Verordnungsgebung nahezu verdrängt.²⁹

Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933³⁰ übertrug dem nationalsozialistischen Regime die Befugnis, auch formelle Gesetze zu verabschieden und verlagerte die Rechtsetzung vom Parlament auf die Reichsregierung. Die Anordnung in Art. 4 des

²⁵ *Saurer*, Die Funktionen der Rechtsverordnung, S. 39.

²⁶ *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 3 unter Verweis auf Art. 88 Abs. 3 Weimarer Reichsverfassung für die Grundsätze und Gebühren für die Benutzung der Verkehrseinrichtungen im Zusammenhang mit dem Post- und Telegraphenwesen und auf Art. 91 Weimarer Reichsverfassung für den Bau, den Betrieb und den Verkehr der Eisenbahnen.

²⁷ RGSt. 55, 115 (116); 57, 384 f.; 58, 269 (270 f.); *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 22 mit weiteren Nachweisen.

²⁸ *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, S. 158; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 22; umfangreich hierzu auch *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 13 mit weiteren Nachweisen.

²⁹ *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 12; *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 3 mit weiteren Nachweisen; zu der damals „ausufernden Verordnungspraxis“ siehe auch *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 21.

³⁰ Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933, RGBI. I, S. 141.

Reichsgesetzes zum Neuaufbau des Reichs vom 30. Januar 1934,³¹ nach der die Reichsregierung „neues Verfassungsrecht setzen“ konnte, beseitigte das bisherige Verfassungssystem dann vollends. Diese Verlagerung der Rechtsetzungsmacht ebnete sowohl die Unterscheidung zwischen Gesetz und Verordnung als auch zwischen einfachem und verfassungsänderndem Gesetz endgültig ein.³²

c) Der Delegationszusammenhang als Bedingung und Charakteristikum der Verordnungsgebung

Aus den rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsgeschichte folgt, dass die parlamentarische Gesetzesabhängigkeit Bedingung und zugleich Charakteristikum der exekutiven Rechtsetzung durch Rechtsverordnung unter dem Grundgesetz darstellt.³³ Dies illustriert der Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG anschaulich, nach dem die dort genannten Exekutivorgane durch formelles Gesetz „ermächtigt“ werden können, Rechtsverordnungen zu erlassen. Die Ermächtigungsadressaten können sich auf die ihnen zugewiesene Rechtsetzungskompetenz nur stützen, wenn und soweit der parlamentarische Gesetzgeber eine den Erfordernissen des Art. 80 GG genügende Delegationsentscheidung getroffen hat.³⁴ Somit ist die Verordnungsgebung unter dem Grundgesetz ihrem Wesen nach streng gesetzesakzessorisch und damit derivative Rechtsetzung. Dem ermächtigenden Parlamentsgesetz kommt mithin konstitutive Wirkung zu und ein originäres und selbständiges Verordnungsrecht der Exekutive unter dem

³¹ Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30. Januar 1934, RGBl. I, S. 75.

³² *Schmidt*, Die Beteiligung des Bundestags beim Erlaß von Rechtsverordnungen, S. 21; *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 13.

³³ Ganz herrschende Auffassung, siehe nur *Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, S. 82 mit weiteren Nachweisen. Anschaulich auch *Martini*, AöR 133 (2008), 155 (161), demzufolge Art. 80 GG den „Verordnungsgeber an die Leine des Gesetzgebers“ nehme.

³⁴ *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 18; *Mann*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 6.

Grundgesetz besteht nur in den wenigen, ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmekonstellationen.³⁵

2. Zur Reichweite der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Inanspruchnahme der Ermächtigung durch den Verordnungsgeber

Mit der Bestimmung der Reichweite der verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Inanspruchnahme der parlamentsgesetzlichen Ermächtigung durch den Delegatar bei der Ausübung der Verordnungsbefugnis ist eine Verlagerung der Perspektive verbunden. Von den insbesondere in Art. 80 Abs. 1 GG an den parlamentarischen Ermächtigungsgeber adressierten Vorgaben zur Schaffung der erforderlichen Ermächtigungsgrundlage sind diejenigen Voraussetzungen zu unterscheiden, deren Erfüllung dem exekutiven Ermächtigungsadressaten bei Inanspruchnahme der Verordnungsermächtigung obliegt.

Aufgrund der doppelten Stoßrichtung derivativer Rechtsetzung muss die Rechtsverordnung einerseits durch die parlamentsgesetzliche Ermächtigung formal auf einen Willensakt des vom Volk als Souverän gewählten Gesetzgebungsorgan zurückzuführen sein. Andererseits bleibt der Ermächtigungsadressat „auch *inhaltlich* an den Willen des parlamentarischen Gesetzgebers rückgebunden“.³⁶ Die Rechtsetzungskomponente wird damit um den Aspekt bloßer Rechtsanwendung durch die Exekutive ergänzt.³⁷

In der Rechtsanwendung durch Normsetzung verfügt der Verordnungsgeber über einen Spielraum, den er einhalten muss. Trotz der Bindung der Exekutive an das Gesetz, insbesondere der Bindung an Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Sinne von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, verbleibt dem Normgeber

³⁵ Insoweit muss auch *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 16 anerkennen, dass angesichts der Fassung des Art. 80 Abs. 1 GG und der Entstehungsgeschichte eine Neuorientierung der Verordnungsgebung bei der gegenwärtigen Verfassungsrechtslage ausgeschlossen ist.

³⁶ *Martini*, AöR 133 (2008), 155 (161) (Hervorhebung im Original).

³⁷ Vgl. *von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, S. 134.

ein Bereich eigenverantwortlicher Beurteilung und Gestaltung.³⁸ Doch muss sich die derivative Rechtsquelle am Willen des Gesetzgebers orientieren und inhaltlich in den gesetzlich gezogenen Grenzen der Ermächtigung bewegen.³⁹ Daneben müssen die vom Verordnungsgeber getroffenen Regelungen mit sonstigen gesetzlichen Bestimmungen und verfassungsrechtlichen Vorgaben übereinstimmen.⁴⁰ Entsprechend enthält Art. 80 Abs. 1 GG neben jenen Anforderungen, die die Vorschrift für den delegierenden Gesetzgeber bereithält, auch Vorgaben, die sich auf die Inanspruchnahme durch den Verordnungsgeber beziehen.⁴¹

Da allerdings „Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG Anforderungen unmittelbar nur an das ermächtigende Gesetz“ stelle⁴² und „das Grundgesetz nicht unmittelbar Prüfungsmaßstab“ sei, rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht seine Kompetenz zur Vornahme der in der Sache identischen Prüfung im Rahmen der Vorfragenkonstruktion daher zunächst allein aus institutionellen Erwägungen.⁴³ Mittlerweile erkennt das Bundesverfassungsgericht aber an, dass Art. 80 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 GG „von der – auch – verfassungsrechtlichen Erheblichkeit“ des

³⁸ *Badura*, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, S. 25 (26 f.). Vgl. auch *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 62, der in diesem Zusammenhang den Gebrauch unterschiedlicher Bezeichnungen wie „Einschätzungs- und Wertungsspielraum“, „Beurteilungs- oder Bewertungsspielraum“ oder auch „Verordnungsermessen“ aufzeigt.

³⁹ *Badura*, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, S. 25 (27).

⁴⁰ *Guckelberger/Gluding*, in: Schenke/Seok (Hrsg.), Probleme der Rechtssetzung in Korea und Deutschland, S. 21 (34); *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 132.

⁴¹ *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 5. In diesem Zusammenhang kritisiert *Walrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 72 die Anforderungen des Art. 80 GG an Voraussetzungen und Erlassverfahren von Rechtsverordnungen als „unvollkommen“, die zu einer „wenig klaren Dogmatik“ geführt hätten.

⁴² BVerfGE 150, 1 (103); 136, 69 (92). In BVerfGE 101, 1 (30) beschränkte das Bundesverfassungsgericht seine Ausführungen noch auf Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, der „Anforderungen nur an das ermächtigende Gesetz, nicht aber an die aufgrund der Ermächtigung erlassene Rechtsverordnung“ stelle.

⁴³ BVerfGE 101, 1 (30 f.).

Delegationszusammenhangs ausgeht.⁴⁴ Diese Anforderung folgt nicht aus dem Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG, sondern „aus dem dahinterstehenden, im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip angelegten Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes“.⁴⁵

Angesichts dieser Konkretisierungsversuche in der bundesverfassungsrechtlichen Judikatur⁴⁶ bedarf es der Klärung, ob die Einhaltung der Grenzen der einfachgesetzlichen Ermächtigung bei der Ordnungsgebung zum verfassungsrechtlichen Maßstab der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG gehört. Falls diese Kontrolle der Vereinbarkeit mit dem Rahmen der parlamentsgesetzlichen Ermächtigung zum Prüfungsmaßstab der abstrakten Normenkontrolle zählt, müsste diese Frage der Vereinbarkeit entweder in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG oder in dem aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip abgeleiteten Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verankert sein und, im Gegensatz zur Kontrolle von bloß materiellen Bundesgesetzen am Maßstab formeller Bundesgesetze über das Rechtsstaatsprinzip, auch im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht überprüfbar sein.

- a) Die Anforderungen an die Inanspruchnahme der Verordnungsermächtigung durch Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG
- Ausdrückliche Anforderungen stellt Art. 80 Abs. 1 GG an die aufgrund einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung erlassene Rechtsverordnung nur über das Zitiergebot gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, dessen hoher verfassungsrechtlicher Rang bei einer Missachtung zur Verfassungswidrigkeit der

⁴⁴ BVerfGE 106, 1 (12). In BVerfGE 136, 69 (92); 150, 1 (103) erkennt das Bundesverfassungsgericht in der Frage, ob eine Rechtsverordnung von der beanspruchten Ermächtigungsgrundlage gedeckt sei, eine „verfassungsrechtliche Relevanz“.

⁴⁵ BVerfGE 136, 69 (92).

⁴⁶ Zumindest die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis von Parlamentsvorbehalt und Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG sieht sich dem Vorwurf „[d]ogmatische[r] Beliebigkeit“ ausgesetzt, siehe *Cremers*, AöR 122 (1997), 248 (260 ff.).

Rechtsverordnung führt.⁴⁷ Dass Art. 80 Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 GG jedoch nur Anforderungen an das ermächtigende Gesetz normiert und keine weitergehenden verbindlichen Vorgaben für die Exekutive statuiert, überzeugt schon aus rechtsstaatlich-demokratischen Gründen nicht.⁴⁸ Vielmehr ist auch die mit der Konzeption des Art. 80 GG vollzogene Neuausrichtung der exekutiven Verordnungsgebung in Abkehr zum Notverordnungsrecht der Weimarer Reichsverfassung zu berücksichtigen.

aa) Normtext und funktionale Einheit von Ermächtigung und Rechtsverordnung

Mit dem prominenten Voranstellen des Kausaladverbials „durch Gesetz“ in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG im VII. Abschnitt des Grundgesetzes über die „Gesetzgebung des Bundes“ spricht die Vorschrift zwar primär die kompetenzdelegierende Legislative an. Dass die Gesetzesabhängigkeit gleichwohl isoliert nur verbindliche Aussagen für den ermächtigenden Gesetzesgeber ohne jegliche Rechtsfolgen für den ermächtigten Verordnungsgeber treffen soll, lässt sich aus dem insoweit wenig aussagekräftigen Normtext des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG nicht schließen.⁴⁹ Ausgehend vom Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ist die Verordnungsgebung unter dem Grundgesetz ihrem Charakter nach eine sich vom unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament ableitende Form exekutiver Rechtssetzung.⁵⁰ Angesichts des Umstands, dass Art. 80 Abs. 1 GG keine ausdrückliche Aussage über den Vorbehalt des Gesetzes trifft und eine inhaltliche Bindung des Verordnungsgebers an das ermächtigende Gesetz bereits aus dem Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips folgt, erscheint eine gesonderte Normierung

⁴⁷ Vgl. nur BVerfGE 101, 1 (30, 41 ff.). Daneben enthalten aber auch Art. 80 Abs. 2 GG sowie Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG unmittelbare Vorgaben für die exekutive Verordnungsgebung.

⁴⁸ Im Ergebnis zustimmend *Rožek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (237); *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60.

⁴⁹ Insoweit aber bereits anderer Auffassung *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 (730).

⁵⁰ Siehe nur *Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, S. 153.

des Gesetzesvorrangs in Art. 80 Abs. 1 GG redundant.⁵¹ Eine von Art. 20 Abs. 3 GG losgelöste, konstitutive Verankerung der Gesetzesabhängigkeit von Rechtsverordnungen ließe sich durchaus deutlicher im Verfassungstext anlegen. Doch vor dem Hintergrund, dass das Grundgesetz mit Art. 119 Satz 1, Art. 127 sowie Art. 132 Abs. 4 GG auch eine verfassungsunmittelbar begründete, autonome Rechtsverordnungsbefugnis der Exekutive kennt, erscheint die gesonderte Verortung eines speziellen Gesetzesvorbehalts⁵² zur derivativen Rechtsetzung durch die Exekutive nicht nur konsequent, sondern geradezu erforderlich.

Die unter Berücksichtigung des Art 80 Abs. 1 GG erlassene Verordnung bezweckt die Durchführung, Konkretisierung bzw. Ergänzung der zu ihrem Erlass ermächtigenden gesetzlichen Bestimmungen. Die aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 GG abzuleitende enge Bindung der Verordnung an das ermächtigende Gesetz zur Umsetzung des vorgegebenen Programms umschreibt eine funktionale Einheit von exekutivem und legislativem Rechtsetzungsprodukt.⁵³ Das verordnungsspezifische Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG dient der parlamentarischen Steuerung der exekutiven Normsetzung sowie der Begrenzung der exekutiven Befugnisse.⁵⁴ Das Zitiergebot wiederum ist einerseits „Qualifikationshilfe“ zugunsten der Charakterisierung einer materiellen Norm als Rechtsverordnung und erfüllt andererseits eine rechtsstaatliche „Kontrollfunktion“, um im Interesse der Rechtsklarheit den Verordnungsgeber über diese Selbstkontrolle an die

⁵¹ So argumentierend *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 (730).

⁵² Zur schwierigen Unterscheidung der Begriffe des Gesetzesvorbehalts und des Parlamentsvorbehalts siehe *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 58 ff.

⁵³ Vgl. *Ossenbübl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 77; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 52.

⁵⁴ *Uble*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 18; *Mäßle*, Inhalt, Zweck und Ausmaß, S. 31 f. Treffend insoweit bereits das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 1, 14 (60): „Die Regierung [...] soll nicht, gestützt auf unbestimmte Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen, an die Stelle des Parlaments treten.“

Ermächtigungsgrundlage rückzubinden.⁵⁵ Diese Normzwecke lassen sich jedoch nur dann vollumfänglich verwirklichen, sofern auch der Ordnungsgeber den durch den ermächtigenden Gesetzgeber abgesteckten Rahmen befolgt.⁵⁶ Insofern muss auch das Bundesverfassungsgericht einräumen, dass ansonsten „die Anforderungen, die Art. 80 Abs. 1 GG an das ermächtigende Gesetz stellt, sinnlos“ wären bzw. „Art. 80 Abs. 1 GG unterlaufen“ würde.⁵⁷ Materiell bzw. formell verknüpfen Bestimmtheits- und Zitiergebot bereits die gesetzliche Ermächtigung und die streng akzessorische Rechtsverordnung eng miteinander. Dass jedoch ein lediglich formeller Verstoß gegen das Zitiergebot weitreichendere Rechtsfolgen unter Art. 80 Abs. 1 GG für die Gültigkeit einer Rechtsverordnung begründen soll als ein Verstoß gegen den materiellen Gehalt der Rechtsgrundlage, widerspricht der doppelten Stoßrichtung des Art. 80 Abs. 1 GG. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG enthält einen gesetzlichen Vorbehalt, sodass Rechtsverordnungen der Exekutive einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung bedürfen.⁵⁸ Als abgeleitete Rechtsquelle steht die Rechtsverordnung im Rang unter dem formellen Parlamentsgesetz und kann dieses grundsätzlich weder ändern, verdrängen, durchbrechen noch außer Kraft setzen.⁵⁹ Damit äußert sich in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG letztlich der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes für die exekutive Verordnungsgebung.⁶⁰

⁵⁵ Siehe *Schwarz*, DÖV 2002, 852, der dem Zitiergebot zugunsten des Rechtsunterworfenen auch noch eine „Rechtsschutzfunktion“ beimisst.

⁵⁶ Diese Bindung des Ordnungsgebers räumt auch *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 (730) ein.

⁵⁷ In BVerfGE 136, 69 (92); 150, 1 (103).

⁵⁸ *Walrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 7; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 1; weitergehend *Mann*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 6 und *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 28, die in der Bestimmung des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG einen „gesetzlichen Totalvorbehalt“ erkennen.

⁵⁹ *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 20; vgl. auch BVerfGE 8, 155 (169).

⁶⁰ Vgl. *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 28.

bb) Die Bestätigung einer umfassenden Bindung der Exekutive durch die Verfassungsgeschichte

Dieses Verständnis einer umfassenden Bindung der Exekutive bei der Inanspruchnahme einer gesetzlichen Ermächtigung bestätigt auch der Blick in die Verfassungsgeschichte. Zwar führte die Ermächtigungsgesetzgebung in der Weimarer Republik einerseits zur Schwächung der parlamentarischen Beteiligung, die mit den Ermächtigungsgesetzen in die Entmachtung des Reichstages resultierte.⁶¹ Andererseits lassen sich aus dem Rechtsquellentotalitarismus der nationalsozialistischen Herrschaft nur begrenzt Rückschlüsse für den Gebrauch exekutiver Rechtsetzungskompetenzen ziehen, die bei verfassungshistorischer Betrachtung nicht als Missbrauch hoheitlicher Befugnisse zu werten sind.⁶² Diese Lehren aus der sog. „Machtergreifung“⁶³ durch die Nationalsozialisten mit der umfassenden Usurpation der gesetzgebenden Gewalt prägten die verfassungsrechtliche Ausgangslage bei der Konstituierung des Grundgesetzes und führten zu einem „tiefsitzenden Mißtrauen gegenüber einem Verordnungsrecht der Exekutive“.⁶⁴ Die verhängnisvollen Ermächtigungen zum Erlass von „Rechtsverordnungen mit gesetzvertretender Kraft“ galten als prägend für einen „Zustand, der prinzipiell unerwünscht ist“ und „dadurch wesentlich eingeschränkt ist, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden müssen.“⁶⁵ Keinesfalls sollte eine „Ersatzgesetzgebung durch Verordnungen“ erfolgen und Rechtsverordnungen unter dem Grundgesetz setzen voraus, dass „ein Bundesgesetz dazu die Ermächtigung erteilt. Das

⁶¹ *Ebel*, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 103.

⁶² *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, S. 163 f.

⁶³ Ausführlich zum Gebrauch des Begriffs der Machtergreifung in der rechtshistorischen Literatur *Dreier*, VVDStRl 60 (2001), 9 (10 Fn. 3).

⁶⁴ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 15.

⁶⁵ *Süsterhenn*, Wortprotokoll der 12. Sitzung des Hauptausschusses vom 1. Dezember 1948, abgedruckt bei *Feldkamp*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 14, Teilbd. I, S. 374.

ist von grundsätzlicher Wichtigkeit⁶⁶ und dieser Rechtsgedanke wurde in der Vorläuferform des Art. 80 Abs. 1 GG gesehen.

Als Reaktion verfolgt die Verfassungsvorschrift die Konkretisierung rechtsstaatlicher Prinzipien sowie die Sicherung und Erhaltung des Demokratiegebots.⁶⁷ Zwar verpflichtet Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG primär den parlamentsgesetzlichen Gesetzgeber, doch richtet sich das Misstrauen, das die Vorschrift des Art. 80 Abs. 1 GG ausdrückt, nicht allein gegen die Legislative.⁶⁸ Denn erst die Entmachtung des Parlaments und die Übernahme der Gesetzgebungsbefugnisse durch die Reichsregierung verschaffte der Exekutive selbst die gesetzgeberische Gewalt.⁶⁹ Eine „jegliches Maß vermissen lassende Verordnungsgebung“⁷⁰ durch das nationalsozialistische Regime ebnete den Weg zu einer autoritären und totalitären Diktatur. Vor diesem Hintergrund dokumentiert Art. 80 Abs. 1 GG entstehungsgeschichtlich die bewusste Abkehr von dem „ungezügelt[e] Verordnungsrecht“ der Reichsregierung.⁷¹ Art. 80 Abs. 1 GG dient der Abwehr von Missbräuchen hoheitlicher Gewalt und differenziert eine sowohl von Legislative als auch Exekutive beanspruchte Kompetenz näher aus.⁷²

⁶⁶ *Laforet*, Wortprotokoll der 12. Sitzung des Hauptausschusses vom 1. Dezember 1948, abgedruckt bei *Feldkamp*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 14, Teilbd. I, S. 374.

⁶⁷ *Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 4; *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 15.

⁶⁸ Die Rolle der Exekutive bei der Inanspruchnahme der Ermächtigungsgesetze blendet jedoch *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 (730) vollständig aus, demzufolge der Verfassungsgeber mit der Konzeption von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG lediglich eine geräuschlose Verlagerung der Rechtsetzungsmacht auf die Exekutive verhindern wollte, indem der Gesetzgeber in seiner Ermächtigungsbefugnis rechtsstaatlich gebunden wird.

⁶⁹ *Ebel*, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 103.

⁷⁰ *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 13.

⁷¹ *Ossenbühl*, ZG 1997, 305 (308); vgl. auch *von Damitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, S. 32 f. unter Anlehnung an BVerfGE 1, 14 (59 f.) und im Übrigen bereits 1. Teil, 3. Abschnitt, III., 1. Die Anforderungen an das ermächtigende Gesetz.

⁷² *Wilke*, AöR 98 (1973), 196 (198), der in der Durchbrechung der Gewaltenteilung und der Schutzfunktion des Art. 80 GG gar die „vornehmste Bedeutung“ sieht.

cc) Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG als bereichsspezifischer Vorbehalt des Gesetzes

Art. 80 Abs. 1 GG durchbricht zugunsten der exekutiven Rechtsetzung durch Verordnung den Grundsatz der Gewaltenteilung, sofern die Legislative durch Parlamentsgesetz Rechtsetzungsbefugnisse an die Exekutive delegiert. Delegation der Rechtsetzungsgewalt und deren Inanspruchnahme durch die Verordnungsgebung beschreiben eine funktionale Einheit gewaltenteilter Rechtsetzung.⁷³ Der Verordnungsgeber setzt bei der Interpretation der Ermächtigungsgrundlage den gesetzgeberischen Willen um. Als Gegenentwurf zur Staatspraxis unter der Weimarer Reichsverfassung bildet die Verordnungsgebung unter dem Grundgesetz die „gesetzesakzessorische Konkretisierung der normativen Grundentscheidungen eines kollektiven parlamentarischen Konsenses“.⁷⁴ Zur Verwirklichung und Durchsetzung dieser Form derivativer Rechtsetzung statuiert Art. 80 Abs. 1 GG auf verfassungsrechtlicher Ebene auch Anforderungen für die Inanspruchnahme der parlamentarischen Delegationsentscheidung. Insbesondere trifft Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG die verfassungsrechtliche Aussage, dass aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen Verordnungen nur im Rahmen ihrer Ermächtigungsgrundlage zu erlassen sind.⁷⁵ Diese Bestimmung lässt sich damit als bereichsspezifische Regelung des Vorbehalts des Gesetzes für die exekutive Verordnungsgebung qualifizieren.

b) Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes

Für das Bundesverfassungsgericht ergibt sich aus dem „im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip angelegten Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes“, dass „eine Rechtsverordnung sich in den

⁷³ Vgl. auch *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 24 Rn. 8.

⁷⁴ *Martini*, AöR 133 (2008), 155 (162).

⁷⁵ Zustimmung auch *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (237); *Rožek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67; *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 721.

Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung halten muss.⁷⁶ Da Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG nach der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur keine unmittelbaren Anforderungen an die autoritative Interpretation des ermächtigenden Gesetzes bei der Verordnungsrechtsetzung aufstellen, ist für die inhaltliche Bindung des Ordnungsgebers an die parlamentarische Ermächtigung der allgemeine Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes heranzuziehen.⁷⁷ Umgekehrt konkretisiert allerdings Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie für die abgeleitete Rechtsetzung durch Verordnungsgebung.⁷⁸ Dass die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG jedoch lediglich die Anforderungen an das ermächtigende Gesetz näher definieren, die konkretisierende Ausfüllung lediglich am allgemeinen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes zu messen ist, wird der besonderen Stellung von Art. 80 GG für die abgeleitete Rechtsetzung nicht gerecht.

aa) Der Vorbehalt des Gesetzes und die Wesentlichkeitstheorie

Das Grundgesetz regelt einen allgemeinen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes nicht ausdrücklich, setzt diesen aber als gesicherten Prinzipienbestand gleichwohl voraus, wie sich nicht zuletzt an Art. 80 Abs. 1 GG zeigt.⁷⁹ Der Vorbehalt des Gesetzes besagt, dass Hoheitsakte der Verwaltung in bestimmten Konstellationen einer parlamentsgesetzlichen Grundlage bedürfen.⁸⁰ Seine verfassungsrechtliche Grundlage erfährt er im Rechtsstaats-

⁷⁶ BVerfGE 136, 69 (92).

⁷⁷ So bereits BVerfGE 101, 1 (30) und seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 136, 69 (92); BVerfGE 150, 1 (103); zustimmend auch *Tillmanns*, DÖV 2001, 728 (730).

⁷⁸ BVerfGE 150, 1 (100).

⁷⁹ *Böckenförde/Gravert*, AöR 95 (1970), 1 (27); vgl. auch *Hermes*, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, S. 126; BVerfGE 40, 237 (248).

⁸⁰ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 75; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 172; *Ohler*, AöR 131 (2006), 336 (341); BVerfGE 40, 237 (249); 98, 218 (251).

und Demokratieprinzip.⁸¹ Während die rechtsstaatliche Begründung auf Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlicher Aktivitäten abstellt und insbesondere den Schutz der Grundrechte bezweckt, unterstreicht seine demokratisch-parlamentarische Komponente, dass das Parlament als einzig unmittelbar demokratisch legitimiertes Staatsorgan die grundlegenden Entscheidungen für das Gemeinwesen treffen muss.⁸² Durch sein die Öffentlichkeit und Transparenz verbürgendes Gesetzgebungsverfahren trifft das Parlament die abstrakt-generellen Entscheidungen über die Aufgaben der Exekutive. Durch das vom Parlament beschlossene Gesetz erfährt die Verwaltung in sachlicher Hinsicht eine Legitimation und verfügt gegenüber dem Bürger über die erforderlichen Eingriffsbefugnisse.⁸³ Mit der zunehmenden Ausdehnung staatlicher Tätigkeit in der neueren deutschen Verfassungsgeschichte von einer Eingriffsverwaltung „in Freiheit und Eigentum“⁸⁴ hin zu einer Weiterung der Eingriffsfigur und Freiheitsausweitung durch eine weitreichende Expansion der Grundrechte erfuhr die demokratiethoretische Komponente eine schrittweise Stärkung.⁸⁵ Angesichts der umfassenden Umwälzungen im Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes entwickelte das Bundesverfassungsgericht „losgelöst vom Merkmal des ‚Eingriffs‘“⁸⁶ die sog. Wesentlichkeitstheorie.⁸⁷ Demnach ist der parlamentarische Gesetzgeber verpflichtet, „in grundlegenden normativen

⁸¹ Siehe nur BVerfGE 136, 69 (92); vertiefend *Ohler*, AöR 131 (2006), 336 (341), der die Entwicklung der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes von seiner rechtsstaatlichen Herkunft hin zu einer zunehmenden Berufung auf das Demokratieprinzip hervorhebt.

⁸² *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 173; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 273; *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 20; BVerfGE 40, 237 (248); 47, 46 (78).

⁸³ *Ohler*, AöR 131 (2006), 336 (341).

⁸⁴ BVerfGE 8, 155 (166 f.).

⁸⁵ Eine übersichtliche Darstellung der Entwicklung des Vorbehalts des Gesetzes bietet *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (686 ff.).

⁸⁶ BVerfGE 49, 89 (126); 76, 1 (75).

⁸⁷ *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (689), der kritisch gar einen „Theorienumsturz“ bzw. „falschen Theorienehrgeiz“ seitens des Bundesverfassungsgerichts andeutet.

Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.“⁸⁸

Anhand des Kriteriums der „Wesentlichkeit“ bemisst sich zunächst, ob überhaupt ein parlamentarisches Gesetz erforderlich ist. Erfordert eine Maßnahme ein Parlamentsgesetz, korreliert dann mit zunehmender Wesentlichkeit der Entscheidung auch die erforderliche Regelungsdichte des Gesetzes. Der parlamentarische Gesetzgeber muss die wesentlichen Entscheidungen im Gesetz selbst beschließen und darf sich seiner Regelungsverantwortung nicht dadurch entziehen, indem er durch pauschale gesetzliche Ermächtigung Wesentliches auf die gesetzesanwendenden Gewalten delegiert.⁸⁹ Damit enthält der Vorbehalt des Gesetzes im Sinne eines Parlamentsvorbehalts⁹⁰ nicht nur eine Zuordnung zum parlamentarischen Gesetzgeber, sondern wird zugleich durch ein Delegationsverbot ergänzt.⁹¹

bb) Das Verhältnis der Anforderungen von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zum Parlamentsvorbehalt bzw. zu der Wesentlichkeitstheorie

Enthält Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG das Gebot einer inhaltlichen Begrenzung exekutiver Rechtsetzung, sodass sich der parlamentarische Gesetzgeber seiner Regelungsverantwortung nicht entziehen kann, deckt sich diese kompetenzwahrende Funktion staatlicher Steuerung mit der Intention der Wesentlichkeitstheorie bzw. des Parlamentsvorbehalts.⁹² Die Zuweisung der originären Normsetzungskompetenz zum Parlament bildet ein Ergebnis der

⁸⁸ BVerfGE 88, 103 (116); siehe auch BVerfGE 49, 89 (126); 76, 1 (75); 101, 1 (34).

⁸⁹ *Kalschauer/Jacobsen*, DÖV 2018, 523 (524); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 106; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 179.

⁹⁰ Zur Vorbehaltsterminologie, insbesondere des Parlamentsvorbehalts, siehe *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S. 29 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁹¹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 106.

⁹² *Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, S. 132.

demokratischen Seite des Parlamentsvorbehalts. Eine gegenüber dem Parlamentsvorbehalt wesensverschiedene Delegationsbeschränkung stellt Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG dahingehend auf, dass das delegationsrechtliche Bestimmtheitsgebot der parlamentarischen Steuerung der exekutiven Verordnungsgebung dient. Bei der Rechtsetzung durch Verordnungsgebung kann sich die Exekutive in ihrer Entlastungsfunktion nur in einem beschränkten, vom Gesetzgeber vorgezeichneten Rahmen bewegen.⁹³ Die gesetzliche Verordnungsermächtigung muss Maßstäbe, Ziele und Umfänge vorprägen, indem sie Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt. Vor diesem Hintergrund ist Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG als Konkretisierung des Demokratie- und Rechtsstaatsgebots und der hieraus resultierenden Grundsätze vom Vorbehalt des Gesetzes sowie des Vorrangs des Gesetzes zu begreifen. In rechtsstaatlicher Hinsicht knüpfen die Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie an das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG an.⁹⁴

In der Konkretisierung der Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG orientiert sich das Bundesverfassungsgericht insoweit auch an den Vorgaben der Wesentlichkeitstheorie. Damit stellt sich jedoch in aller Schärfe die Frage nach einem eigenständigen Regelungsgehalt des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Verhältnis der Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zum Parlamentsvorbehalt ist umstritten. Verknappend lässt sich der Streitstand dahingehend zusammenfassen,⁹⁵ dass in der staatsrechtlichen Literatur Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gegenüber dem Parlamentsvorbehalt teilweise als die speziellere Regelung begriffen wird, ihr jedoch nur vereinzelt ein über den Parlamentsvorbehalt hinausgehender,

⁹³ Vgl. *Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, S. 132 f.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henke, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 59; BVerfGE 34, 52 (60).

⁹⁴ *Mann*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 29; *Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 4 bemerkt, dass „Art. 80 GG gewissermaßen die Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“ vorwegnehme.

⁹⁵ Die folgende Zusammenstellung orientiert sich an *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 62.

eigenständiger Aussagegehalt zugestanden wird.⁹⁶ Teilweise wird vertreten, beide Anforderungsprofile stünden gleichberechtigt nebeneinander mit der Folge, dass ein verordnungsermächtigendes Gesetz sich zunächst am allgemeinen Parlamentsvorbehalt orientieren müsse und dann an den Bestimmungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu messen sei. Den speziell normierten Anforderungen an das delegierende Gesetz wird mitunter ein eigenständiger Bindungsgehalt zugesprochen.⁹⁷

Diese uneinheitliche dogmatische Zuordnung spiegelt sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.⁹⁸ Unabhängig der Qualität der durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG aufgestellten Vorgaben erkennt das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngeren Judikatur an, dass die Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG näher konkretisiert werden.⁹⁹ Insoweit geht das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie und Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gar von einer Deckungsgleichheit aus, da eine wesentliche Entscheidung eine hinreichende Regelungsdichte und in der Regel eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigung voraussetzt. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gilt dabei auch für Entscheidungen, die nicht der Wesentlichkeitstheorie unterfallen.¹⁰⁰

⁹⁶ Für ein Spezialitätsverhältnis ohne eigenständigen Regelungsinhalt des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG etwa *Wilke*, JZ 1982, 755 (759 f.); *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, S. 198 f., für ein Spezialverhältnis mit eigenständigem Regelungsinhalt dagegen *Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, S. 132 ff.; *von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, S. 95; *Saurer*, Die Funktionen der Rechtsverordnung, S. 279 f.

⁹⁷ Vgl. *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S. 142 ff.; *Ziekow*, JZ 1999, 963 (965 f.) mit jeweils weiteren Nachweisen.

⁹⁸ Eine ausführliche Literatur- und Rechtsprechungsanalyse bietet *Cremer*, AöR 122 (1997), 248 ff.

⁹⁹ BVerfGE 150, 1 (99 f.).

¹⁰⁰ BVerfGE 150, 1 (100); vgl. auch *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 18 mit weiteren Nachweisen zur Entwicklung der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts.

- c) Friktionen mit der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG als Ausprägung des Gesetzesvorbehalts

Während das Bundesverfassungsgericht für die Bindung des Verordnungsgebers bei der Inanspruchnahme der gesetzlichen Ermächtigung auf den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes rekurriert, vertritt es mit Blick auf die Delegationsentscheidung die Auffassung, dass die Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zumindest näher konkretisiert werden.¹⁰¹ Tatsächlich stellt das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG über Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung in dem ermächtigenden Gesetz inhaltliche Anforderungen durchaus nur an das parlamentsbeschlossene Gesetz, das zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt und nicht an die Rechtsverordnung, die unter Inanspruchnahme der gesetzlichen Ermächtigungsnorm erlassen wurde.¹⁰² Auch ist Art. 80 Abs. 1 GG zwar nicht Ursprung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes, sondern setzt diesen voraus.¹⁰³ Doch regeln beide Rechtsinstitute das Verhältnis der Aufgaben von Legislative und Exekutive und weisen dem parlamentarischen Gesetzgeber die Hauptverantwortung zu. Der Unterschied besteht darin, dass Art. 80 GG den Spezialfall der im Wege der Verordnungsgebung rechtsetzenden Exekutive erfasst.¹⁰⁴ „Indem Art. 80 GG die Rückbindung exekutiver Rechtsetzung an die Legislative sichert“, stellt sich auch für das Bundesverfassungsgericht diese Vorschrift „als bereichsspezifische Konkretisierung des Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzips dar.“¹⁰⁵

¹⁰¹ BVerfGE 150, 1 (99 f.).

¹⁰² *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 17; *Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 40; *Koment*, in: Jarrass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 13.

¹⁰³ *Hermes*, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, S. 126; vgl. auch BVerfGE 49, 89 (127).

¹⁰⁴ *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, S. 35; *Mann*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 6; *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 28.

¹⁰⁵ BVerfGE 150, 1 (100).

Soweit das Bundesverfassungsgericht allerdings einräumt, dass mit den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie eine spezielle Ausprägung des Vorbehalts des Gesetzes in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG angelegt ist, setzt es sich zu dieser Judikatur in Widerspruch, sofern es aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG keine Vorgaben für die Inanspruchnahme bei der Verordnungsgebung ableitet und sich stattdessen auf den allgemeinen förmlichen Vorbehaltsgrundsatz zurückzieht.¹⁰⁶ Die spezielle Regelungsstruktur für die exekutive Rechtsetzung in Art. 80 Abs. 1 GG wird anerkannt und auch die Anforderungen an die gesetzliche Delegationsentscheidung im Lichte der Wesentlichkeitstheorie werden aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gezogen. Verfassungsdogmatisch erschließt es sich jedoch nicht, dass die Kehrseite des Parlamentsvorbehalts, die Inanspruchnahme der parlamentarischen Delegationsentscheidung durch Verordnungsgebung, sich am allgemeinen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes orientieren soll.¹⁰⁷

Abweichend zu der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist es nur konsequent und sachgerecht, eine Konkretisierung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes mit all seinen Ausprägungen für die exekutive Verordnungsgebung Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG zu entnehmen. Diese Deutung drängt sich insbesondere in Abgrenzung zu der Rechtsetzung durch Satzungen des Bundes auf, für die in Ermangelung einer bereichsspezifischen Konkretisierung auf den allgemeinen förmlichen Gesetzesvorbehalt zurückgegriffen werden muss.¹⁰⁸

¹⁰⁶ BVerfGE 136, 69 (92).

¹⁰⁷ Ähnlich auch *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60, der die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts als „wenig überzeugend“ einordnet.

¹⁰⁸ Hierzu noch 3. Teil, 2. Abschnitt, V. Die Übertragbarkeit der Lösung auf die abstrakte Normenkontrolle von Satzungen des Bundes.

II. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als grundgesetzlicher Prüfungsmaßstab bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes

Mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip darf eine Rechtsverordnung als Rechtsquelle grundsätzlich nicht gegen höherrangiges Recht und damit auch nicht gegen formelle Bundesgesetze verstoßen. Formelle oder materielle Fehler einer Rechtsverordnung führen in der Rechtsfolge grundsätzlich zur Nichtigkeit der Rechtsverordnung.¹⁰⁹ Verstöße gegen formelle Anforderungen sind etwa die Verletzung des Zitiergebots nach Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, die Nichtbeachtung der vorgesehenen Zuständigkeiten sowie die Nichteinhaltung der Vorgaben zu Ausfertigung, Verkündung und Inkrafttreten der Rechtsverordnung nach Art. 82 GG¹¹⁰ und diese formellen Verstöße können im Wege der abstrakten Normenkontrolle geltend gemacht werden.¹¹¹ Materiellrechtlich darf die Rechtsverordnung nicht über die Grenzen der parlamentsbeschlossenen Ermächtigung hinausgehen und muss deren Vorgaben beachten.¹¹² Die Rechtsverordnung muss die durch die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gegebenenfalls besonders angeordneten verfahrensrechtlichen Vorgaben, die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen sowie die vorgesehenen Rechtsfolgen einhalten.¹¹³ Überschreitet bzw. missachtet die Exekutive die

¹⁰⁹ Vgl. zur grundsätzlichen Rechtsfolge der Nichtigkeit bereits 1. Teil, 3. Abschnitt, IV. Die Folgen von Fehlern einer Rechtsverordnung.

¹¹⁰ Siehe nur *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 43; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 33.

¹¹¹ Siehe BVerfGE 101, 1 (41 ff.) und BVerfGE 136, 69 (92 f.), die auch den Verstoß gegen das Zitiergebot gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG zum Verfahrensgegenstand der abstrakten Normenkontrolle einer Rechtsverordnung des Bundes beinhalten.

¹¹² BVerfGE 115, 125 (137 f.); *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 82; *Guckelberger/Gluding*, in: Schenke/Seok (Hrsg.), Probleme der Rechtssetzung in Korea und Deutschland, S. 21 (34); siehe zu dieser Konstellation im abstrakten Normenkontrollverfahren BVerfGE 101, 12 (37 ff.); 136, 69 (92 ff.).

¹¹³ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 123; *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 43. Zur Unvereinbarkeit einer

inhaltlichen Direktiven des ermächtigenden Gesetzes, dann fehlt dem ermächtigten Verordnungsgeber die Kompetenz zum Erlass einer Verordnung in diesem Umfang.¹¹⁴ Die Überschreitung des gesetzlich gesetzten Ermächtigungsrahmens dürfte in der Praxis den häufigsten Grund für die Rechtswidrigkeit einer Rechtsverordnung darstellen.¹¹⁵ Dass die Rechtsverordnung den Rahmen der nach Art. 80 Abs. 1 GG erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage einhält, gehört unabhängig der genauen Verortung des Vorbehalts des Gesetzes zum verfassungsrechtlichen Maßstab.¹¹⁶ Die Beachtung des vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgezeichneten Rahmens ist Bedingung der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen der Legislative auf die Exekutive und gerichtlich voll überprüfbar.¹¹⁷ Mit dem dieser Untersuchung zugrunde gelegten Verständnis, dass Art. 80 Abs. 1 GG einen bereichsspezifischen Vorbehalt des Gesetzes für die exekutive Verordnungsgebung regelt, bildet Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG den verfassungsrechtlichen Maßstab für die Überprüfung der Vereinbarkeit einer Rechtsverordnung des Bundes mit den Vorgaben der parlamentsbeschlossenen Ermächtigungsgrundlage im Wege der abstrakten Normenkontrolle.¹¹⁸

Rechtsverordnung des Bundes mit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage aufgrund eines Verstoßes gegen das in der Ermächtigung vorgesehene Anhö-
rungserfordernis, siehe BVerfGE 127, 293 (319 ff.).

¹¹⁴ Vgl. *Schwarz*, DÖV 2002, 852 (857); *von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, S. 143.

¹¹⁵ So die Einschätzung von *von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, S. 143, die sich auch mit der Analyse der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in dieser Untersuchung deckt.

¹¹⁶ Vgl. *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (237) sowie auch BVerfGE 136, 69 (92).

¹¹⁷ Vgl. nur *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 144.

¹¹⁸ Diese Einschätzung teilen unter anderem *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (237); *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60; *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67.

2. Abschnitt: Die Prüfung einer Rechtsverordnung des Bundes im abstrakten Normenkontrollverfahren unter Berücksichtigung der Gesetzesakzessorietät der Verordnungsgebung

Nachdem aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG ein verfassungsrechtlicher Maßstab für die Rechtsverordnung zur Einhaltung der materiellrechtlichen Vorgaben der einfachgesetzlichen Ermächtigung hergeleitet wurde, kann nun auf den alternativen Lösungsvorschlag zur Prüfung einer Rechtsverordnung des Bundes im Wege der abstrakten Normenkontrolle eingegangen werden.

I. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab

Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ist das Grundgesetz der Prüfungsmaßstab für die Überprüfung von Bundesrecht. Damit gehört neben den Grundrechten und sonstigen Vorgaben des Grundgesetzes auch Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG zum Prüfungsmaßstab der abstrakten Normenkontrolle einer Rechtsverordnung des Bundes.¹¹⁹ Innerhalb der verfassungsrechtlichen Prüfung der Vereinbarkeit einer Rechtsverordnung des Bundes mit dem Grundgesetz ist die Vereinbarkeit der Rechtsverordnung mit der in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlage zu kontrollieren. Für diese Kontrolle gilt ein einfachrechtlicher Prüfungsmaßstab an den Vorgaben des ermächtigenden Bundesgesetzes.¹²⁰ Soweit sich die Rechtsverordnung des Bundes nicht an die Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung hält, verstößt sie nicht nur gegen formelles Bundesgesetz, sondern auch gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als verfassungsrechtlichen

¹¹⁹ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 132; *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 82.

¹²⁰ *Rozyk*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67; *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60.

Kontrollmaßstab.¹²¹ Ist die gesetzliche Ermächtigung verfassungswidrig und daher nichtig, dann erfasst die Nichtigkeitsfolge ebenfalls die Rechtsverordnung.¹²² Es fehlt nämlich bereits an einem konstitutiven Rahmen, an dessen Vorgaben sich die Rechtsverordnung nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG orientieren könnte.¹²³ In diesen Fällen ist dann im Rechtsfolgenausspruch vom Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit der überprüften Rechtsverordnung mit dem Grundgesetz festzustellen, die regelmäßig auch die Feststellung der Nichtigkeit der Norm zur Folge hat.¹²⁴

II. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als Prüfungsmaßstab vom Auslegungsergebnis zu § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG gedeckt

Die Überprüfung einer Rechtsverordnung des Bundes am Maßstab des Grundgesetzes entspricht nicht nur der Vorgabe von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, sondern ist auch mit der in dieser Untersuchung vorgenommenen Auslegung von § 76 BVerfGG gedeckt.¹²⁵ Die einfachgesetzliche Verfahrensvorschrift § 76 Abs. 1 BVerfGG sieht für den Antragsgegenstand „Bundesrecht“ das Grundgesetz als ausschließlichen Prüfungsmaßstab für eine Prüfung im Wege der abstrakten Normenkontrolle vor. Ob eine Rechtsverordnung des Bundes die über Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG aufgestellten Vorgaben einhält, ist durch eine Kontrolle der Bestimmungen der Rechtsverordnung an den Direktiven der einfachgesetzlichen Ermächtigung zu überprüfen.

¹²¹ *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 131; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (237).

¹²² *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 55, 122; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 53.

¹²³ In diese Richtung auch *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67.

¹²⁴ Zu den Entscheidungsvarianten des Rechtsfolgenausspruchs durch das Bundesverfassungsgericht vgl. bereits 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 2., c), bb) Die Entscheidungsvarianten.

¹²⁵ Vgl. 2. Teil, 2. Abschnitt, II., 5. Gewichtung der Auslegungselemente.

III. Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage als Prüfungsmaßstab einer inzidenten Prüfung der Rechtsverordnung

Die im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes vorgenommene inzidente Prüfung der Rechtsverordnung an den Vorgaben der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage berücksichtigt nur einen geringen Ausschnitt der formellen Bundesgesetze als Kontrollmaßstab. Diese Einschränkung ist Ausfluss des in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG angelegten Delegationszusammenhangs für Rechtsverordnungen des Bundes. Eine Delegation der Rechtsetzungskompetenz auf die Exekutive kann auch durch mehrere Ermächtigungsgrundlagen erfolgen, deren Rahmen eine Rechtsverordnung dann einhalten muss.¹²⁶ Die Bestimmung der gesetzlichen Bestimmungen, aus der sich die Ermächtigung ergibt, kann im Einzelfall jedoch Schwierigkeiten bereiten.

1. Die Beschränkung auf die parlamentsgesetzliche Ermächtigungsgrundlage als Prüfungsmaßstab einer inzidenten Prüfung

Abweichend von den Konstruktionsversuchen, die über den „Umweg“ des Rechtsstaatsprinzips auf eine Überprüfung einer Rechtsverordnung des Bundes auf ihre Vereinbarkeit mit der Gesamtheit der formellen Bundesgesetze abstellen,¹²⁷ beschränkt die abstrakte Normenkontrolle einer Rechtsverordnung auf Einhaltung der Vorgaben der Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG die inzidente Prüfung auf das ermächtigende Parlamentsgesetz als Prüfungsmaßstab.¹²⁸ Die einfachgesetzliche Ermächtigung entwickelt aufgrund des in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG angelegten Delegationszusammenhangs eine besondere

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 101, 1 (41 f.); *Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 53; *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 44.

¹²⁷ Hierzu bereits 2. Teil, 4. Abschnitt: Die Einbeziehung formellen Bundesrechts als Prüfungsmaßstab über das Rechtsstaatsprinzip.

¹²⁸ So auch *Kees*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar, § 76 Rn. 60 in Abgrenzung zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes.

Bindungswirkung gegenüber einer auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnung. Diese im Vergleich zu den übrigen formellen Bundesgesetzen besondere Nähebeziehung qualifiziert die parlamentsgesetzliche Ermächtigungsgrundlage zum inzidenten Prüfungsmaßstab einer Rechtsverordnung des Bundes bei der Überprüfung im Wege der abstrakten Normenkontrolle. Aufgrund dieser materiellen Unterscheidung wird gerade nicht die Vereinbarkeit von untergesetzlichem Recht mit der Gesamtheit der formellen Bundesgesetze zu einer Verfassungsfrage der abstrakten Normenkontrolle stilisiert, sondern die Trennung von Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht wird aufrechterhalten.¹²⁹ Durch die Beschränkung des inzidenten Prüfungsmaßstabs auf die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage als lediglich einen Teil der formellen Bundesgesetze rückt das Bundesverfassungsgericht nicht in die Nähe einer „Superrevisionsinstanz“,¹³⁰ sondern wird durch die Prüfung spezifischen Verfassungsrechts, namentlich die Einhaltung der Vorgaben der Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG, seiner Funktion als „Hüter der Verfassung“ gerecht.¹³¹

2. Die Bestimmung des inzidenten Prüfungsmaßstabs

Aufgrund dieser materiellen Unterscheidung kann jedoch die Bestimmung des inzidenten Prüfungsmaßstabs im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Da eben nicht die Gesamtheit der formellen Bundesgesetze als möglicher Prüfungsmaßstab in Betracht

¹²⁹ Der Beibehaltung dieser Trennung im Ergebnis zustimmend *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67; *Koroth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 131; *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 126; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (237).

¹³⁰ Zu dem Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts und seiner intendierten Kontrollzurückhaltung bei der Urteilsverfassungsbeschwerde auf die Überprüfung einer Verletzung spezifischen Verfassungsrechts siehe 2. Teil, 4. Abschnitt, II., 5., c) Die Prüfung „spezifischen Verfassungsrechts“ durch das Bundesverfassungsgericht.

¹³¹ So auch *Vofskuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 126, der die „funktionelle Stellung des Bundesverfassungsgerichts als Spezialgericht für Verfassungsfragen“ unterstreicht.

kommt, ist diejenige Rechtsgrundlage zu identifizieren, die Vorgaben für die zur abstrakten Normenkontrolle gestellte Rechtsverordnung des Bundes enthält. Maßgeblich ist hierbei nicht das ermächtigende Gesetz als solches, also das Gesamtregelwerk, in dem die Ermächtigung enthalten ist, sondern die jeweilige spezielle gesetzliche Vorschrift, aus der sich die Ermächtigung ableitet.¹³² Je nach Ausgestaltung ist die einzelne Ermächtigungsnorm nicht nur nach Paragraph, sondern nach Absatz, Satz und Nummer zu bestimmen.¹³³ Zudem kann sich die Ermächtigung auch aus mehreren Ermächtigungsgrundlagen ergeben, die in dem ermächtigenden Gesetz oder sogar über verschiedene Gesamtregelwerke verteilt sind.¹³⁴ Eine Hilfestellung zum Auffinden der einschlägigen Rechtsgrundlage gewährt das Zitat der gesetzlichen Grundlage gemäß des in Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG aufgestellten Zitiergebots. Mit der vom Zitiergebot verlangten Offenlegung der Rechtsgrundlage wird nicht nur die Selbstkontrolle des Verordnungsgebers und die Qualifikation als Rechtsverordnung bezweckt, sondern die zitierte Ermächtigungsgrundlage bietet den Ansatzpunkt für eine spätere aufsichtsbehördliche oder gerichtliche Kontrolle, ob die Rechtsverordnung die Anforderungen einer speziellen Verordnungsermächtigung erfüllt.¹³⁵ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass dem Zitiergebot über diese Rechtsschutzfunktion nur eine Indizwirkung bei der Bestimmung der potentiellen Ermächtigungsgrundlagen zukommt.¹³⁶ Das gilt etwa dann, wenn der Antragsteller im Wege der abstrakten Normenkontrolle einen Verstoß gegen eine gesetzliche Ermächtigung rügt, die der

¹³² *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 125; *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 45.

¹³³ *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 22; *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 47; *Mann*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 31.

¹³⁴ BVerfGE 101, 1 (41); *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 48; *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 45.

¹³⁵ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 103 Rn. 71; *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 51 f.; *Mann*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 31; vgl. auch BVerfGE 24, 184 (196); 101, 1 (42).

¹³⁶ Allgemein zur Rechtsschutzfunktion des Zitiergebots *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 44.

Verordnungsgeber bei dem Erlass einer Rechtsverordnung des Bundes überhaupt nicht erkannt und berücksichtigt hatte. Jedoch zählt das Auffinden und die Bestimmung des einschlägigen Prüfungsmaßstabs zum Kernbestand richterlicher Rechtsfindung. Hierbei erfährt das Bundesverfassungsgericht Unterstützung durch die Anträge und Stellungnahmen der Beteiligten im schriftsätzlichen Vorbringen oder in den mündlichen Verhandlungen. Durch dieses Zusammenspiel sind die Ermittlung und Bestimmung der einfachgesetzlichen Vorgaben für die zur Überprüfung gestellte Rechtsverordnung ausreichend sichergestellt.

IV. Das Grundgesetz als einheitlicher Prüfungsmaßstab bei der Überprüfung von formellen und bloß materiellen Gesetzen des Bundes

Da Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG verfassungsrechtliche Vorgaben für eine Rechtsverordnung des Bundes auf Einhaltung der Vorgaben der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage treffen, sieht das abstrakte Normenkontrollverfahren für die Überprüfung von untergesetzlichem Bundesrecht und einfachen Bundesgesetzen mit dem Grundgesetz letztendlich einen einheitlichen Prüfungsmaßstab vor. Damit besteht für die abstrakte Normenkontrolle einer Rechtsverordnung des Bundes keine Notwendigkeit mehr für eine Aufspaltung in eine Vorfragen- und Hauptfragenprüfung.¹³⁷ Unabhängig vom Ausgang einer Vorfragenprüfung nimmt auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Vereinbarkeit einer Rechtsverordnung mit ihrer Ermächtigungsgrundlage an den besonderen Wirkungen des § 31 BVerfGG teil.

¹³⁷ Ausführlich zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Vorfragenkonstruktion bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen bereits 2. Teil, 3. Abschnitt: Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis.

1. Die Überprüfung auf Einhaltung der Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage als Teil der verfassungsgerichtlichen Kontrolle

Aufgrund der verfahrensrechtlichen und institutionellen Ausgestaltung der abstrakten Normenkontrolle sieht sich das Bundesverfassungsgericht angehalten, bei der Überprüfung einer Rechtsverordnung zunächst zu klären, ob sie von der geltend gemachten Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Abhängig vom Ausgang dieser Vorfrage prüft es dann in einem weiteren Schritt die Vereinbarkeit der Rechtsverordnung des Bundes mit dem Grundgesetz.¹³⁸ Nach der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts haben jedoch einfachrechtliche Verstöße innerhalb der Vorfrage die Folge, dass die zur Überprüfung gestellte Rechtsverordnung überhaupt nicht oder nur in dem Umfang, soweit sie nach dem negativen Ausgang der Vorfragenprüfung „noch Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung“ sein kann,¹³⁹ an den Vorgaben des Grundgesetzes zu messen ist.¹⁴⁰ Wird jedoch auf Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab für eine Rechtsverordnung des Bundes auf Einhaltung der Ermächtigungsgrundlage erkannt, verlagert sich die Vorfragenprüfung in die Hauptfragenprüfung. Einfachrechtliche Verstöße der Rechtsverordnung gegen das ermächtigende Parlamentsgesetz entscheiden nicht über den Fortgang der verfassungsrechtlichen Prüfung, sondern sind ein Aspekt der Verfassungsmäßigkeit der zur Überprüfung gestellten

¹³⁸ Eingehend zur Vorfragenkonstruktion des Bundesverfassungsgerichts in der Legehennenentscheidung bereits 2. Teil, 3. Abschnitt, II., 4. Fachgerichtliche Prüfung im Fokus verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle.

¹³⁹ Diese Einschränkung traf das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 101, 1 (41), nachdem die zur Überprüfung gestellte Hennenhaltungsverordnung im Rahmen der Vorfragenprüfung in Teilen gegen die in Anspruch genommene Ermächtigungsgrundlage verstieß.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu nur *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67 mit der Betonung, dass das Bundesverfassungsgericht „nach seiner eigenen Konzeption einen Normenkontrollantrag gegen eine Rechtsverordnung des Bundes bezeichnenderweise für unzulässig halten müsste, wenn es im Rahmen seiner ‚Vorfragenprüfung‘ zu dem Ergebnis gelangte, dass die Verordnung nicht von einer gültigen Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist.“

Rechtsverordnung. Über die Vereinbarkeit der Rechtsverordnung mit den Vorgaben der gesetzlichen Ermächtigung gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG ist damit gleichsam zu judizieren wie über die Vereinbarkeit der Rechtsverordnung mit den sonstigen Regelungen des Grundgesetzes. Auch das Bundesverfassungsgericht scheint sich mittlerweile von seiner Vorfragenkonstruktion abzuwenden und tendiert in seiner jüngeren Rechtsprechung zur abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes in die soeben skizzierte Richtung, freilich ohne Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab für Rechtsverordnungen des Bundes anzuerkennen.¹⁴¹

2. Die Teilhabe der Entscheidung über die Einhaltung der Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage an den Wirkungen des § 31 Abs. 1 BVerfGG

Wird Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab einer Rechtsverordnung des Bundes herangezogen, dann greifen für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Vereinbarkeit der Rechtsverordnung mit ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage auch die verfassungsprozessualen Besonderheiten des § 31 BVerfGG.¹⁴² Denn abweichend zu der als bloß einfachgesetzlich verstandenen Vorfragenprüfung der Rechtsverordnung an den Vorgaben des ermächtigenden Bundesgesetzes nach der Vorfragenkonstruktion handelt es sich bei der Kontrolle auf die Vereinbarkeit mit den Vorgaben der parlamentarischen Ermächtigung um eine Verfassungsrechtsfrage.¹⁴³ Unter Zugrundelegung der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Umfang der

¹⁴¹ Zu dem sich abzeichnenden Wandel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits 2. Teil, 3. Abschnitt, IV. Eine abschließende Systematisierung der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur.

¹⁴² Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts siehe auch schon 1. Teil, 1 Abschnitt, II., 2., c), cc) Die Sicherung des Entscheidungsausspruchs.

¹⁴³ Zur Kritik der fehlenden Teilnahme der Vorfrage am Rechtsfolgenausspruch des § 31 Abs. 1 BVerfGG siehe bereits 2. Teil, 3. Abschnitt, II., 5., c) Die Fehlende Bindungswirkung für das Ergebnis der Vorfrage.

Bindungswirkung nehmen sowohl der Tenor als auch die tragenden Entscheidungsgründe zur Vereinbarkeit der Rechtsverordnung mit der Ermächtigungsgrundlage an der Bindungskraft nach § 31 Abs. 1 BVerfGG teil.¹⁴⁴ Die vorgestellte Lösung trägt damit zusätzlich zur Sicherung des Geltungsvorrangs des Grundgesetzes bei und stärkt die Rolle des Bundesverfassungsgerichts und die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den übrigen Staatsorganen und der Fachgerichtsbarkeit.¹⁴⁵

V. Die Übertragbarkeit der Lösung auf die abstrakte Normenkontrolle von Satzungen des Bundes

Eine weitere bedeutende Form untergesetzlicher abstrakt-genereller Rechtsetzungsakte durch die Exekutive sind Satzungen.¹⁴⁶ Wie die Verordnungsgebung stellt auch der Erlass von Satzungen eine Form delegierter Rechtsetzung dar. Satzungen bilden ebenfalls zulässige Antragsgegenstände des Normenkontrollverfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG, allerdings besteht keine Art. 80 GG vergleichbare Bestimmung. Im Folgenden soll nun die entsprechende Anwendung des vorgestellten Lösungsansatzes für die abstrakte Normenkontrolle von Satzungen des Bundes diskutiert werden, um die Möglichkeit einer einheitlichen Prüfungsabfolge für untergesetzliches Bundesrecht aufzuzeigen.

1. Die bundesverfassungsgerichtliche Normenkontrolle von Satzungen des Bundes

Soweit ersichtlich, musste das Bundesverfassungsgericht bislang noch nicht über die Wirksamkeit einer Satzung des Bundes in

¹⁴⁴ Müller-Terpitz, DVBl. 2000, 232 (237).

¹⁴⁵ Vgl. zu dieser Funktion des § 31 Abs. 1 BVerfGG Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 31 Rn. 3; Koriath/Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 482.

¹⁴⁶ Karpen, JuS 2016, 577 (578).

einem abstrakten Normenkontrollverfahren befinden.¹⁴⁷ Auch in dem Urteil vom 15. Juli 1959 hatte das Bundesverfassungsgericht letztlich nicht über die Wirksamkeit einer Satzung zu entscheiden, da es sich bei der abgeleiteten Rechtsquelle formal um eine Rechtsverordnung handelte, die zum Entscheidungszeitpunkt ohnehin noch nicht erlassen war.¹⁴⁸ Die grundsätzliche Verweisung der Antragsteller auf ein „gegen die ‚Satzung‘ gerichtetes abstraktes Normenkontrollverfahren“¹⁴⁹ lässt aber den Schluss zu, dass dem Verfahren ein gewisser Gleichlauf in der Prüfungsabfolge über die Wirksamkeit der abgeleiteten Rechtsquellen zugrunde liegt. Auch die staatsrechtliche Literatur geht grundsätzlich von einem Gleichlauf der Prüfungsschritte bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Satzung und Rechtsverordnung aus und bezieht sich verallgemeinernd auf „untergesetzliches Bundesrecht“.¹⁵⁰ Ohne nähere Differenzierung belässt es schließlich der Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sowie von §§ 13 Nr. 6, 76 und 78 BVerfGG bei „Bundesrecht“ als tauglichen Antragsgegenstand auf Bundesebene.¹⁵¹

2. Die Charakteristik von Satzungen: Dekonzentration staatlicher Rechtsetzungsgewalt

Satzungen sind „Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden.“¹⁵² Während die Verordnungsgebung die punktuelle Delegation von Rechtsetzungskompetenz der Legislative auf die

¹⁴⁷ Die Durchsicht aller Entscheidungen, die sich in den Zehnjahresregistern der Entscheidungsbände und den Sachregistern BVerfGE 141 bis BVerfGE 158 unter dem Stichwort „Satzung“ finden, ergab, dass bisher keine Satzung Gegenstand eines abstrakten Normenkontrollverfahrens war.

¹⁴⁸ Vgl. BVerfGE 10, 20 (54).

¹⁴⁹ BVerfGE 10, 20 (54).

¹⁵⁰ Statt vieler nur *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 131.

¹⁵¹ Siehe hierzu auch schon 1. Teil, 1. Abschnitt, II., 2., b) Antragsgegenstand und Prüfungsmaßstab.

¹⁵² BVerfGE 10, 20 (49 f.); 33, 125 (156).

Exekutive darstellt, entspringen Satzungen einer staatlich verliehenen Rechtsetzungsautonomie der jeweiligen Selbstverwaltungskörperschaft.¹⁵³ Entspricht die Verordnungsgebung also der Idee einer Dekonzentration staatlicher Rechtsetzungsgewalt, verwirklicht Satzungsrecht aufgrund staatlich verliehener Autonomie in einem gesetzlich zugewiesenen Aufgabengebiet die dezentrale Staatsorganisation.¹⁵⁴ Die Satzungsautonomie lässt sich auf eine „blanko und eine auf Vorrat verliehene Gesamtbefugnis innerhalb abgesteckter Grenzen“ zurückführen.¹⁵⁵ Da Satzungen also gerade nicht auf „gesetzesverlängernder“ delegierter Rechtsetzungsbefugnis beruhen, findet Art. 80 Abs. 1 GG weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn der Vorschrift Anwendung.¹⁵⁶ In seiner historisch-verfassungspolitischen Funktion verfolgt Art. 80 Abs. 1 GG nämlich eine Beschränkung der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen des Parlaments auf die Exekutive.¹⁵⁷

Aber umgekehrt gewährt auch die Satzungsautonomie keine unbegrenzte Blankovollmacht zur Rechtsetzung im jeweiligen Selbstverwaltungsbereich. Die staatliche Verleihung der Satzungs-gewalt wird durch die grundgesetzliche Ordnung, namentlich das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, begrenzt.¹⁵⁸ Als abgeleitete Rechtsquelle steht die Satzung im Rang unter dem Gesetz, sodass einerseits der Vorrang des Gesetzes greift.¹⁵⁹ Andererseits darf sich der parlamentarische Gesetzgeber seiner

¹⁵³ *Vofskuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (312); *von Danwitz*, Jura 2002, 93 (95); *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 24.

¹⁵⁴ *Von Danwitz*, Jura 2002, 93 (95); *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 21; *Waltrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 38; ausführlich hierzu *Badura*, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, S. 25 (27 ff.).

¹⁵⁵ *Hang*, NJW 1962, 675.

¹⁵⁶ *Bauer*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 17; vgl. auch *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 23; *Waltrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 80 Rn. 32; BVerfGE 12, 319 (325); 33, 125 (156 ff.); 49, 343 (362); 97, 332 (343).

¹⁵⁷ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 105 Rn. 28.

¹⁵⁸ *Von Danwitz*, Jura 2002, 93 (95); BVerfGE 33, 125 (157 f.).

¹⁵⁹ *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 105 Rn. 39.

Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und darf seinen Einfluss auf den Inhalt der von der Selbstverwaltungskörperschaft zu setzenden Rechtsnormen nicht gänzlich preisgeben.¹⁶⁰ Der formelle Gesetzgeber muss eine besondere parlamentarische Grundlage schaffen, in der alle wesentlichen, insbesondere grundrechtsrelevanten Entscheidungen getroffen sind. Mit dem durch die Wesentlichkeitstheorie aufgestellten Erfordernis einer hinreichenden legislativen Regelungsdichte verdichtet sich der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes zum Parlamentsvorbehalt.¹⁶¹

3. Die Prüfung einer Satzung des Bundes im abstrakten Normenkontrollverfahren

Bei der Inanspruchnahme seiner Satzungsautonomie muss sich der jeweilige Selbstverwaltungsträger bei der Normsetzung auch tatsächlich auf die einschlägige Ermächtigungsgrundlage stützen. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Satzung ebenso wie bei der Rechtsverordnung um eine Form abgeleiteter Rechtsetzung und damit auch um eine untergesetzliche Rechtsquelle handelt, besteht grundsätzlich kein Bedürfnis für eine abweichende Prüfungsfolge. Da jedoch eine Art. 80 Abs. 1 GG vergleichbare besondere verfassungsrechtliche Regelung für die Anforderungen an das ermächtigende Gesetz und dessen Ausfüllung durch die Satzung von Satzungsrecht nicht besteht, muss insofern auf den allgemeinen Verfassungsgrundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes zurückgegriffen werden.¹⁶² Während also bei der Wirksamkeitskontrolle einer Rechtsverordnung des Bundes im Wege der abstrakten Normenkontrolle die über Art. 80 Abs. 1 GG aufgestellten Vorgaben als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sind und die Einhaltung der parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zu

¹⁶⁰ BVerfGE 33, 125 (158); 97, 332 (343); BVerfGE 76, 171 (184 f.); BVerwG NVwZ 2014, 527 (529).

¹⁶¹ Vgl. hierzu bereits 3. Teil, 1. Abschnitt, I., 2., b), aa) Der Vorbehalt des Gesetzes und die Wesentlichkeitstheorie.

¹⁶² So *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, § 76 Rn. 67; *Müller-Terpitz*, DVBl. 2000, 232 (237); in ähnliche Richtung wohl auch *Korioth/Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 131.

prüfen ist, muss für die Prüfung einer Satzung des Bundes der allgemeine, aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Grundsatz herangezogen werden.¹⁶³

Parallel zu dem hier vertretenen Lösungsansatz zur abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes lässt sich auch die Vereinbarkeitsprüfung von Satzungen des Bundes mit dem Grundgesetz durchführen. Hierdurch wird einerseits für bloß materielle Bundesgesetze eine einheitliche Prüfungsfolge gewährleistet und andererseits können auch die für die Kontrolle von Satzungen des Bundes geltenden Schwächen der alternativen Prüfungsfolgen vermieden werden. Zudem erfährt der hier favorisierte Prüfungsschritt auf die Überprüfung der Einhaltung der Anforderungen von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG eine zusätzliche Stärkung. In Abgrenzung zur Rechtsetzung durch Satzung wird die besondere Funktion dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verordnungsgebung als gesetzesakzessorisches Institut deutlich, deren Einhaltung bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes dann auch zu überprüfen ist.

¹⁶³ Zur normativen Herleitung des Vorbehalts des Gesetzes bereits 3. Teil, 1. Abschnitt, I., 2., b), aa) Der Vorbehalt des Gesetzes und die Wesentlichkeitstheorie.

Zusammenfassung

Die bei der Einführung des § 76 Nr. 1 a. F. BVerfGG erkannte Problematik des einschlägigen Prüfungsmaßstabs von Rechtsverordnungen des Bundes erfuhr durch die Legehennenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts im verfassungsrechtlichen Diskurs besondere Beachtung. Die staatsrechtliche Literatur gibt insgesamt ein uneinheitliches Bild zum Prüfungsmaßstab der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes ab und auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts befindet sich erkennbar im Fluss.

Vor der eigentlichen Untersuchung zum anzuwendenden Prüfungsmaßstab wurden im Rahmen der Untersuchung zunächst die notwendigen dogmatischen Grundlagen geklärt:¹ Die abstrakte Normenkontrolle beruht auf einem ausgeprägten richterlichen Prüfungsrecht und knüpft an das normenhierarchische Konzept einer gestuften Rechtsordnung an. Ausgeübt wird sie durch das Bundesverfassungsgericht, dem die Rolle und das Selbstverständnis eines „Hüters der Verfassung“ zukommt. Der Antragsgegenstand der Rechtsverordnung des Bundes genießt als Form delegierter Rechtsetzung eine besondere Stellung in der Systematik der Rechtsquellen der Bundesrepublik Deutschland.

¹ Siehe 1. Teil: Grundlagen.

Die Auslegung der Verfahrensvorschrift § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ergab dann, dass der Wortlaut zwar eine Überprüfung am „sonstigen Bundesrecht“ durchaus zulässt. Diese Deutung findet allerdings keine Stütze in den systematischen, historischen und teleologischen Auslegungsargumenten. Vielmehr bildet die Formulierung ein Ergebnis vom Bemühen um sprachliche Kürze und weist eine redaktionelle Unschärfe auf, die keineswegs vom Willen einer einfachgesetzlichen Erweiterung des Prüfungsmaßstabs unterlegt war.²

Angesichts der Gesetzesakzessorietät entwickelte das Bundesverfassungsgericht im Laufe seiner Judikatur zur abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes eine Vorfragenkonstruktion, um vorab und als Bedingung der eigentlichen verfassungsrechtlichen Hauptprüfung die Gültigkeit des Antragsgegenstands am Maßstab der parlamentarischen Delegationsentscheidung zu bestimmen. In der Legehennenentscheidung hielt dann erstmals ein Antragsgegenstand der Vorfragenprüfung (teilweise) nicht stand. Angesichts der aufkommenden Zweifel gegenüber der Vorfragenkonstruktion rückte das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung zunehmend von der ehemals strikten Erforderlichkeit einer Vorfragenprüfung ab. Die ordnungsgemäße Inanspruchnahme der formellen Ermächtigung bei der Verordnungsgebung kontrolliert das Bundesverfassungsgericht neuerdings dann in der verfassungsrechtlichen Hauptprüfung und spricht dem einfachgesetzlichen Delegationszusammenhang entsprechend des im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip angelegten Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes eine verfassungsrechtliche Relevanz zu.³

Im Zuge des neu entflammten Streits um den Prüfungsmaßstab von Rechtsverordnungen des Bundes erteilte das Bundesverfassungsgericht auch Konstruktionsversuchen eine Absage, die über den „Umweg“ des Rechtsstaatsprinzip die Gesamtheit

² 2. Teil, 2. Abschnitt: Einfachgesetzliche Erweiterung über § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG.

³ Siehe 2. Teil, 3. Abschnitt: Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis.

formeller Bundesgesetze als Prüfungsmaßstab des Grundgesetzes etablieren wollen. Insbesondere teleologische Überlegungen zeigen, dass Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG einem derart erweiterten Prüfungsmaßstab nicht zugänglich ist und vervollständigen das bereits für § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG gewonnene Auslegungsergebnis. Mangels planwidriger Regelungslücke des Rechtsschutzes gegen Rechtsverordnungen des Bundes sowie einer funktionsadäquat nur eingeschränkten Gewährleistung der Normenhierarchie besteht auch kein Bedürfnis für eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabs von Rechtsverordnungen des Bundes durch (richterliche) Rechtsfortbildung.⁴

Allerdings enthalten Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG abweichend der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts neben den Anforderungen an die bundesgesetzliche Ermächtigung auch Vorgaben für ihre Inanspruchnahme bei der exekutiven Verordnungsgebung. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG bilden eine besondere verfassungsrechtliche Normierung des Vorbehalts des Gesetzes für die Verordnungsgebung, deren Einhaltung bei der abstrakten Normenkontrolle von Rechtsverordnungen des Bundes damit auch zwingend überprüft werden muss.⁵

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG insoweit „verdeutlichend“ gefasst ist, als eine Rechtsverordnung des Bundes mit ihrer parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage an „sonstigem Bundesrecht“ zu prüfen ist, um die Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG und folglich mit dem Grundgesetz zu bestimmen. Soweit der Prüfungsmaßstab darüberhinausgehend auf sonstige formelle Bundesgesetze ausgedehnt werden soll, erweist sich § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG allerdings als „missverständlich“ formuliert.⁶

⁴ Siehe 2. Teil, 4. Abschnitt: Die Einbeziehung formellen Bundesrechts als Prüfungsmaßstab über das Rechtsstaatsprinzip.

⁵ Siehe 4. Teil: Lösungsvorschlag für die Prüfung bloß materieller Bundesgesetze im Wege der abstrakten Normenkontrolle.

⁶ Vgl. *Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, S. 190.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 8-33
- Alexy, Robert*, Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 10. Aufl., Frankfurt am Main 2021
- Allenweldt, Ralf*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, Tübingen 2006
- Anschütz, Gerhard*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis in 4. Bearbeitung, 14. Aufl., Aalen 1987 (zit. *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs).
- Anschütz, Gerhard/Mende, Helmuth*, Leitsätze der Berichterstatter Geh. Justizrat Prof. Dr. Anschütz und Ministerialrat Dr. Mende, in: Schriftführer-Amt der ständigen Deputation (Hrsg.), Verhandlungen des Vierunddreißigsten Deutschen Juristentages, Berlin/Leipzig 1926, S. 193-196 (zit. *Anschütz/Mende*, in: Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages 1926, Bd. 2)
- von Arnould, Andreas*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, S. 276-280
- von Arnould, Andreas*, Völkerrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2019
- Arndt, Adolf*, Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, DÖV 1959, S. 81-84
- Arndt, Adolf*, Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz, in: Eschenburg, Theodor/Heuss, Theodor/Zinn, Georg-August (Hrsg.), Festgabe für Carlo Schmid – Zum 65. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 5-32 (zit. *Arndt*, in: Festgabe für Carlo Schmid)
- Aust, Helmut Philipp/Meinel, Florian*, Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfG – Tenor, Systematik und Wirkungen, JuS 2014, S. 113-117
- Austermann, Philipp*, Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber, DÖV 2011, S. 267-272

- Babel, Gisela*, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, Berlin 1965
- Bachof, Otto*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates – Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht, VVDStRL 12 (1954), S. 50-84
- Badura, Peter*, Das normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, in: Selmer, Peter/von Münch, Ingo (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin/New York 1987, S. 25-37 (zit. *Badura*, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens)
- Badura, Peter*, Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., München 2018
- Battis, Ulrich*, Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen, in: I-sensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014, S. 783-820 (zit. *Battis*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12)
- Baumeister, Peter*, Das Rechtswidrigwerden von Normen – Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu den Grenzen der Wirksamkeit und Anwendbarkeit von Normen; Probleme des Spannungsverhältnisses von Recht und Zeit, Berlin 1996
- Baumgarten, Torsten*, Anforderungen an die Begründung von Richtervorlagen, Baden-Baden 1996
- Bednarik, Silvia*, Präventive Normenkontrolle durch Verfassungsgerichte – Eine staatsrechtliche und rechtsvergleichende Untersuchung im europäischen Raum, Berlin 2012
- Bericht des Verfassungsausschusses*, Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung – Bd. 336, Stenographische Berichte, Berlin 1920
- Berkemann, Jörg*, Das Bundesverfassungsgericht und „seine“ Fachgerichtsbarkeiten – Auf der Suche nach Funktion und Methodik, DVBl. 1996, S. 1028-1040
- Bethge, Herbert*, Grundrechte und gerichtlicher Schutz, KritV 1990, S. 9-33

- Bethge, Herbert*, Verfassungsstreitigkeiten als Rechtsbegriff, Jura 1998, S. 529-534
- Bethge, Herbert*, Der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts, in: Ennuschat, Jörg/Geerlings, Jörg/Mann, Thomas/Pielow, Johann-Christian/Stern, Klaus (Hrsg.), Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart – Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, Köln 2007, S. 369-396 (zit. *Bethge*, in: Gedächtnisschrift für Peter Tettinger)
- Bethge, Herbert*, Die Entscheidungswirkung von Normbeanstandungen des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2009, S. 18-24
- Bethge, Herbert*, Die materielle Verfassungsstreitigkeit zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Baumeister, Peter/Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz – Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 61-79 (zit. *Bethge*, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke)
- Bettermann, Karl*, Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 323-373 (zit. *Bettermann*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1)
- Bettermann, Karl*, Reichsgericht und richterliches Prüfungsrecht – Zur Historie und Dogmatik der inzidenten Normenkontrolle, in: Listl, Joseph/Schambeck, Herbert (Hrsg.), Demokratie in Anfechtung und Bewährung – Festschrift für Johannes Broermann, Berlin 1982, S. 491-515 (zit. *Bettermann*, in: Festschrift für Johannes Broermann)
- Bettermann, Karl*, Richterliche Gesetzesbindung und Normenkontrolle, in: Müller, Georg/Rhinow, René/Schmid, Gerhard/Wildhaber, Luzius (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel – Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 593-603 (zit. *Bettermann*, in: Festschrift für Kurt Eichenberger)

- Bleckmann, Albert*, Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2002, S. 942-947
- Böckenförde, Christoph*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze – Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1966
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Ehmke, Horst/Schmid, Carlo/Scharoun, Hans (Hrsg.), Festschrift für Adolf Arndt – Zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, S. 53-76 (zit. *Böckenförde*, in: Festschrift für Adolf Arndt)
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 1-31
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1996, S. 281-284
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, S. 9-17
- von Bogdandy, Armin*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? – Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union, JZ 2001, S. 157-171
- Borowski, Martin*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Paulson, Stanley/Stolleis, Michael (Hrsg.), Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 122-159
- Braun, Susanne*, Tierschutz in der Verfassung – und was nun? Die Bedeutung des neuen Art. 20a GG, DÖV 2003, S. 488-493
- Brinckmann, Hans*, Die fingierte Geltung – Anmerkungen zur Gesetzgebungstechnik bei der Änderung von § 79 BVerfGG, DÖV 1970, S. 406-411
- Brugger, Winfried*, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994), S. 1-34
- Brugger, Winfried*, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison, JuS 2003, S. 320-325

- Brunner, Manuel*, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht in der Fallbearbeitung, JA 2014, S. 838-840
- Bruns, Alexander*, Zivilrichterliche Rechtsschöpfung und Gewaltenteilung, JZ 2014, S. 162-171
- Bryde, Brun-Otto*, Verfassungsentwicklung – Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982
- Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit – Empfehlungen zur Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen, 3. Aufl., Köln 2008
- Bundesverfassungsgericht*, Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts – Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952. Gerichtet an den Bundespräsidenten, die Präsidenten des Bundestags und Bundesrats sowie die Bundesregierung, JZ 1953, S. 157-158
- Bundesverfassungsgericht*, Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts – Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Gerichtet an den Bundespräsidenten, die Präsidenten des Bundestags und Bundesrats sowie die Bundesregierung, JöR N. F. Bd. 6 (1957), S. 144-148
- Burkiczak, Christian*, Fachgerichtliche Gesetzeskontrolle, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung – Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg 2014, S. 871-908 (zit. *Burkiczak*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung)
- Burkiczak, Christian*, Eine neue Zuständigkeit für das BVerfG? – Zur Frage, wer über die Europarechtswidrigkeit deutscher Gesetze entscheiden sollte, ZRP 2015, S. 21-24
- Busch, Bernhard*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, Berlin 1992
- Barzák, Tristan* (Hrsg.), BVerfGG – Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, Berlin/Boston 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: BVerfGG Mitarbeiterkommentar)
- Beaucamp, Guy/Beaucamp, Jakob*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 4. Aufl., Heidelberg 2019

- Benda, Ernst/Klein, Eckart/Klein, Oliver*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2020 (zit. *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Grawert, Rolf*, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AöR 95 (1970), S. 1-37
- Burkiczak, Christian/Dollinger, Franz-Wilhelm/Schorkopf, Frank* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Heidelberg 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG-Kommentar)
- Büttner, Edgar/Wettengel, Michael*, Ausschuß für Organisation des Bundes/Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege – Band 13, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949 – Akten und Protokolle, München 2009 (zit. *Büttner/Wettengel*, in: *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*)
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991
- Bydlinski, Franz/Bydlinski, Peter*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Aufl., Wien 2018
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Berlin 1983
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983
- Canik, Pascale*, Wirkungsmöglichkeiten parlamentarischer Opposition im Falle einer qualifizierten Großen Koalition – Anforderungen des Grundgesetzes, NVwZ 2014, S. 18-24
- Caspar, Johannes/Geissen, Martin*, Das neue Staatsziel „Tierschutz“ in Art. 20a GG, NVwZ 2002, S. 913-917
- Chryssogonos, Kostas*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung – Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle, Berlin 1987

- Classen, Claus*, Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt, JZ 2003, S. 693-701
- Clemens, Thomas*, Das BVerfG im Rechts- und Verfassungsstaat, in: Piazzolo, Michael (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München 1995, S. 13-31
- Coing, Helmut*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Berlin/New York 1993
- Cremer, Wolfram*, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt – Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 248-267
- Dann, Philipp*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 4 (2010), S. 630-646
- von Danwitz, Thomas*, Die Gestaltungsfreiheit des Ordnungsgebers – Zur Kontrolldichte ordnungsgeberischer Entscheidungen, Berlin 1989
- von Danwitz, Thomas*, Rechtsverordnungen, Jura 2002, S. 93-102
- Deckert, Martina*, Die Methodik der Gesetzesauslegung, JA 1994, S. 412-419
- Degenhart, Christoph*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 36. Aufl., Heidelberg 2020
- Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Reihe Alternativkommentare, 3. Aufl., Neuwied 2001 (zit. *Bearbeiter*, in: AK-GG)
- Detterbeck, Steffen*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht – Grundlagen des Verfahrens vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht, Tübingen 1995
- Detterbeck, Steffen*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Jura 2002, S. 235-241
- Detterbeck, Steffen*, Gemeinsame Zulässigkeitschürden von Bundes- und Landesverfassungsbeschwerden in der Praxis, AöR 136 (2011), S. 222-265

- Detterbeck, Steffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2020
- Dieckmann, Hubertus-Emmanuel*, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes?, Berlin 2006
- Diederichsen, Uwe*, Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, in: Starck, Christian (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze – 7. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 22. und 23. April 1994, Göttingen 1995, S. 39-97
- Dimroth, Johannes*, Antragsberechtigung beim Normenkontrollverfahren – Wächterfunktion oder Minderheitenschutz?, ZRP 2006, S. 50-51
- von Doemming, Klaus-Berto*, Die Rechtsprechung, in: Häberle, Peter (Hrsg.), Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes – Neuausgabe des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 2. Aufl., Tübingen 2010, S. 664-748 (zit. *von Doemming*, in: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes)
- zu Dohna, Alexander*, Vortrag des Berichterstatters Prof. Dr. Graf zu Dohna, in: Schriftführer-Amt der ständigen Deputation (Hrsg.), Verhandlungen des Dreiunddreißigsten Deutschen Juristentages, Berlin/Leipzig 1925, S. 31-44 (zit. *zu Dohna*, in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages 1925)
- Drath, Martin/Friesenbahn, Ernst/Geck, Karl/Leibholz, Gerhard/Roellecke, Gerd/Starck, Christian/Zacher, Hans/Zweigert, Konrad*, Vorwort, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. V-VI (zit. *Drath/Friesenbahn/Geck/Leibholz/Roellecke/Starck/Zacher/Zweigert*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1)
- Drechsler, Stefan*, Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, ZJS 2015, S. 344-355
- Dreher, Eduard*, Glanz und Elend der Staatsgerichtsbarkeit – Zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, NJW 1951, S. 377-381

- Dreier, Horst*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL 60 (2001), S. 9-72
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Band I: Präambel, Artikel 1-19, 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit. *Bearbeiter*, in: Dreier, GG-Kommentar)
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Band II: Artikel 20-82, 3. Aufl., Tübingen 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Dreier, GG-Kommentar)
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar – Band III: Art. 83-146, 3. Aufl., Tübingen 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Dreier, GG-Kommentar)
- Dürscheid, Christa*, Syntax – Grundlagen und Theorien, 6. Aufl., Stuttgart/Göttingen 2012
- Ebel, Wilhelm*, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl., Göttingen 1988
- Eisenberg, Peter*, Grundriss der deutschen Grammatik – Band 2: Der Satz, 4. Aufl., Stuttgart/Weimar 2013
- Engisch, Karl*, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 3. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Epping/Hillgruber, GG-Kommentar)
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Kronberg im Taunus 1975
- Essler, Wilhelm/Martínez Cruzado, Rosa/Labude, Joachim*, Grundzüge der Logik – Teil I: Das logische Schließen, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2001
- Faller, Hans*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849, in: Leibholz, Gerhard/Faller, Hans/Mikat, Paul/Reis, Hans (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung – Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 827-866 (zit. *Faller*, in: Festschrift für Willi Geiger)

- Feldkamp, Michael*, Hauptausschuß – Band 14, Teilband I, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949 – Akten und Protokolle, München 2009 (zit. *Feldkamp*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949)
- Fellenberg, Frank/Karpenstein, Ulrich*, Feststellungsklagen gegen den Normgeber, NVwZ 2006, S. 1133-1135
- Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung – Band IV Dogmatischer Teil, Tübingen 1977
- Forsthoff, Ernst*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts – Band 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973
- Frenz, Walter*, Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen, DÖV 1993, S. 847-855
- Fries, Norbert/Machicao y Priemer, Antonio, Ambiguität*, in: Glück, Helmut/Rödel, Michael (Hrsg.), Metzler Lexikon Sprache, 5. Aufl., Stuttgart 2016, S. 36
- Friesenbahn, Ernst*, Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts – Zweiter Band, Tübingen 1932, S. 523-545
- Friesenbahn, Ernst*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Köln/Berlin/Bonn/München 1963
- Friesenbahn, Ernst*, Staatsgewalt und Rechtskontrolle 1932 und 1982, in: Listl, Joseph/Schambeck, Herbert (Hrsg.), Demokratie in Anfechtung und Bewährung – Festschrift für Johannes Broermann, Berlin 1982, S. 517-554 (zit. *Friesenbahn*, in: Festschrift für Johannes Broermann)
- Fromme, Friedrich*, Ein ungewöhnlicher Richter – Das Wirken Willi Geigers am Bundesverfassungsgericht, JÖR N. F. Bd. 32 (1983), S. 63-70
- Fromme, Friedrich*, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz – Die verfassungspolitischen Folgerungen des Parlamentarischen Rates aus Weimarer Republik und nationalsozialistischer Diktatur, 3. Aufl., Berlin 1999

- Fromont, Michel*, Der französische Verfassungsrat, in: Starck, Christian/Weber, Albrecht (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa – Teilband I: Berichte, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 227-258
- Gärdtz, Klaus Ferdinand*, Landesrecht aufhebende Geltungskraft verfassungswidriger Bundesgesetze?, DÖV 2001, S. 539-547
- Geiger, Willi*, Zur Verfassung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1950, S. 193-198
- Geiger, Willi*, Einige Probleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit, DÖV 1952, S. 481-487
- Geiger, Willi*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 – Kommentar, Berlin/Frankfurt am Main 1952 (zit. *Geiger*, BVerfGG).
- Gelinsky, Katja*, Vorschriften zur Käfighaltung nichtig, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 7. Juni 1999, S. 1
- Gerlach, Irene*, Bundesrepublik Deutschland – Entwicklung, Strukturen und Akteure eines politischen Systems, 3. Aufl., Wiesbaden 2010
- Geserich, Stephan*, Auslegung und Rechtsfortbildung, DStR-Beih 2011, S. 59-66
- Görisch, Christoph*, Die Inhalte des Rechtsstaatsprinzips, JuS 1997, S. 988-992
- Goswinkel, Dieter*, Adolf Arndt – Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945 - 1961), Bonn 1991
- Götz, Heinrich*, Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze, NJW 1960, S. 1177-1182
- Grau, Richard*, Zum Gesetzesentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen u. Reichsverordnungen, AöR 50 (1926), S. 287-334
- Grigoleit, Klaus*, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage – Eine dogmatische und historische Untersuchung zum judikativen Anteil an der Staatsleitung, Tübingen 2004

- Guckelberger, Annette/Gluding, Katja*, Rechtsverordnungen als untergesetzliche Normen, in: Schenke, Wolf-Rüdiger/Seok, Jong Hyun (Hrsg.), Probleme der Rechtssetzung in Korea und Deutschland – Vorträge auf dem 8. Koreanisch-Deutschen Symposium zum Verwaltungsrechtsvergleich 2018 am 15. März 2018 in Seoul, Berlin 2019, S. 21-42
- Gundel, Jörg*, Die „question prioritaire de constitutionnalité“ vor dem EuGH: Unionsrechtliche Vorgaben für die Koordination nationaler Vorlagepflichten mit Art. 267 AEUV und dem Vorranganspruch des EU-Rechts, EuR 2012, S. 213-228
- Gusy, Christoph*, Der Vorrang des Gesetzes, JuS 1983, S. 189-194
- Gusy, Christoph*, Richterliches Prüfungsrecht – Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung, Berlin 1985
- Gusy, Christoph*, Gesetzesvorbehalte im Grundgesetz, JA 2002, S. 610-616
- Häberle, Peter*, Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 311-331 (zit. Häberle, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht)
- Hamdorf, Kai*, Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Richtervorlage zum Bundesverfassungsgericht und zu den Verfassungsgerichten der Länder, NordÖR 2011, S. 301-311
- Hartmann, Bernd*, Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Reichsverfassung, in: Vormbaum, Thomas (Hrsg.), Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte – Band 8, Berlin 2007, S. 154-173
- Hassold, Gerhard*, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz – Zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München 1983, S. 211-240 (zit. Hassold, in: Festschrift für Karl Larenz)
- Haug, Winfried*, Zur landesrechtlichen Einführung einer Pflicht-Altersversorgung für freiberuflich tätige Ärzte, NJW 1962, S. 675

- Häußler, Richard*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung – Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1994
- Heckmann, Dirk*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, Tübingen 1997
- Heinke, Michael*, Höher oder schwerer? – Ist die Vorrangrelation zwischen Völkerertragsrecht und Bundesrecht eine Frage der Abwägung? – Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Treaty-Override, *Der Staat* 55 (2016), S. 393-413
- Heinold, Alexander*, Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy, Berlin 2011
- Helms, Ludger*, Ursprünge und Wandlungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den konsolidierten liberalen Demokratien, *ZfP* 2006, S. 50-73
- Hermes, Georg*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 61 (2002), S. 119-154
- Hermes, Reinhard*, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, Berlin 1988
- Herzog, Roman*, Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat* 4 (1965), S. 37-49
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995
- Hesse, Konrad*, Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, *JöR N. F.* Bd. 46 (1998), S. 1-23
- Heun, Werner*, Richtervorlagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 122 (1997), S. 610-628
- Heun, Werner*, Normenkontrolle, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß*, Tübingen 2001, S. 615-639 (zit. *Heun*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*)
- Heun, Werner*, Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit – 200 Jahre *Marbury v. Madison*, *Der Staat* 42 (2003), S. 267-283

- Heun, Werner*, Die drei Wurzeln der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Heun, Werner/Starck, Christian/Tsai, Tzung-jen (Hrsg.), Rezeption und Paradigmenwechsel im öffentlichen Recht – Viertes deutsch-taiwanesisches Kolloquium vom 7.- 8. November in Taipeh, Baden-Baden 2009, S. 55-66
- Heun, Werner*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, Tübingen 2014
- Heyde, Wolfgang*, Über Schwierigkeiten im praktischen Umgang mit dem Rechtsstaatsprinzip, in: Bender, Bernd/Breuer, Rüdiger/Ossenbühl, Fritz/Sendler, Horst (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz – Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 187-199 (zit. *Heyde*, in: Festschrift für Konrad Redeker)
- von der Heyde, Friedrich*, Stillter Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation, ARSP 39 (1951), S. 461-476
- Heymann, Tigran*, Mangelnder Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln mit faktischer Bindungswirkung, EWeRK 2016, S. 214-221
- Hill, Hermann/Martini, Mario*, Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., München 2012, S. 959-1029 (zit. *Hill/Martini*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II)
- Hillgruber, Christian*, Verstoß gegen Art. 20a GG durch Verletzung von einfach-gesetzlichen Verfahrensvorschriften – Einfach-gesetzliche Vorschriften als Prüfungsmaßstab im Normenkontrollverfahren, JA 2011, S. 318-320
- Hillgruber, Christian/Goos, Christoph*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2020
- Hirt, Almuth/Maisack, Christoph/Moritz, Johanna* (Hrsg.), Tierschutzgesetz – mit TierSchHundeV, TierSchNutztV, TierSchVersV, TierSchTrV, EU-Tiertransport-VO, TierSchIV, EU-Tierschlacht-VO. Kommentar, 3. Aufl., München 2016 (zit. *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG-Kommentar)

- Höffe, Otfried*, Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt?, *Der Staat* 38 (1999), S. 171-193
- Hoffmann, Gerhard*, Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, *JZ* 1961, S. 193-205
- Hoffmann, Michael*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Rechtsverordnungen zur Produktverantwortung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, *DVBl.* 1996, S. 347-357
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in den USA und Europa, *JZ* 2003, S. 269-275
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Nachvollziehende Grundrechtskontrolle: Zum Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit am Beispiel von Konflikten zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsrecht, *AöR* 128 (2003), S. 173-225
- Hofmann, Hernig*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 2000
- Honsell, Heinrich*, Die rhetorischen Wurzeln der juristischen Auslegung, *ZfPW* 2016, S. 106-128
- Huber, Ernst*, Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit, in: Quaritsch, Helmut (Hrsg.), *Complexio Opositorum – Über Carl Schmitt; Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Berlin 1988, S. 33-50
- Huber, Ernst*, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Stuttgart/Berlin/Köln 1993
- Hub, Jun*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – insbesondere in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts sowie des koreanischen Verfassungsgerichts, Bonn 2000
- Hub, Young*, Probleme der konkreten Normenkontrolle – Insbesondere die Zuständigkeit zur Verwerfung verfassungswidriger Gesetze nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland und nach der Verfassung der Republik Korea, Berlin 1971
- Inbester, Michael*, Verfassungsfragen der Finanzverfassung im wiedervereinigten Bundesstaat, *NVwZ* 1993, S. 137-144
- Ipsen, Jörn*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980

- Isensee, Josef*, Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, JZ 1996, S. 1085-1093
- Isensee, Josef*, Der Selbststand der Verfassung in ihren Verweisungen und Öffnungen, AöR 138 (2013), S. 325-362
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 16. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar)
- Jacobi, Ermin*, Die Rechtsverordnungen, in: Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts – Zweiter Band, Tübingen 1932, S. 236-255
- Jarass, Hans*, Die Konstitutionalisierung des Rechts, insb. durch die Grundrechte, in: Scholz, Rupert/Lorenz, Dieter/Pestalozza, Christian/Kloepfer, Michael/Jarass, Hans/Degenhart, Christoph/Lepsius, Oliver (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht – Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, Berlin 2008, S. 75-87 (zit. *Jarass*, in: Realitätsprägung durch Verfassungsrecht)
- Jekewitz, Jürgen*, Die politische Sachherrschaft bei Rechtsverordnungen und der Bundesrat, RuP 1993, S. 72-79
- Jestaedt, Matthias*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz – Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999
- Jestaedt, Matthias*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2001, S. 1309-1322
- Jestaedt, Matthias*, Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 77-157
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg, Loseblattsammlung, 184. Lieferung Stand Mai 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz)

- Kalschauer, Fiete/Jacobsen, Annika*, Der Parlamentsvorbehalt: Wesentlichkeitstheorie als Abwägungstheorie, DÖV 2018, S. 523-529
- Karpen, Ulrich*, Rechtssetzungslehre, JuS 2016, S. 577-584
- Karpen, Ulrich/Becker, Stefan*, Das Bundesstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgerichte der Länder, JZ 2001, S. 966-973
- Kau, Marcel*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht – Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin/Heidelberg/New York 2007
- Kees, Alexander*, Bricht Völkerrecht Landesrecht?, Der Staat 54 (2015), S. 63-95
- Kelsen, Hans*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 30-88
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960
- Kempny, Simon*, Die obersten Fachgerichte der Weimarer Republik als Wegbereiter des richterlichen Prüfungsrechts, DÖV 2010, S. 974-978
- Kempny, Simon*, Die Staatsfinanzierung nach der Paulskirchenverfassung – Eine Untersuchung des Finanz- und Steuerverfassungsrechts der Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849, Tübingen 2011
- Kenntner, Markus*, Das BVerfG als subsidiärer Superrevisor?, NJW 2005, S. 785-789
- Kenntner, Markus*, Vom „Hüter der Verfassung“ zum „Pannenhelfer der Nation“?, DÖV 2005, S. 269-280
- Kerscher, Helmut*, Bonn muß neue Verordnung ausbrüten, Süddeutsche Zeitung vom 7. Juni 1999, S. 2
- Kirchhof, Ferdinand*, Das Bundesverfassungsgericht: Ungeschriebene Funktionen, in: Kube, Hanno/Mellinghoff, Rudolf/Morgenthaler, Gerd/Palm, Ulrich/Puhl, Thomas/Seiler, Christian (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts – Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg/München/Landesberg/Frechen/Hamburg 2013, S. 939-947 (zit. *Kirchhof*, in: Festschrift für Paul Kirchhof)

- Kirchhof, Ferdinand*, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte – Die Wiederkehr der Frage eines Anwendungsvorrangs unter anderer Perspektive, NVwZ 2014, S. 1537-1541
- Kirchhof, Paul*, Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 50-107 (zit. *Kirchhof*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2)
- Kirchhof, Paul*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, Heidelberg/Karlsruhe 1978
- Kirchhof, Paul*, Richterliche Rechtsfindung, gebunden an „Gesetz und Recht“, NJW 1986, S. 2275-2280
- Kischel, Uwe*, Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren? – Zum erneuten Erlaß für nichtig erklärter Gesetze, AöR 131 (2006), S. 219-254
- Klein, Eckart*, Verfahrensgestaltung durch Gesetz und Richterspruch: Das „Prozessrecht“ des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 507-531 (zit. *Klein*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht)
- Klein, Hans*, Gedanken zu Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Burmeister, Joachim (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit – Festschrift für Klaus Stern, München 1997, S. 1135-1153 (zit. *Klein*, in: Festschrift für Klaus Stern)
- Klein, Hans*, Bundesverfassungsgericht und Begründungszwang, in: Cremer, Hans-Joachim/Giegerich, Thomas/Richter, Dagmar/Zimmermann, Andreas (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin/Heidelberg/New York 2002, S. 505-523 (zit. *Klein*, in: Festschrift für Helmut Steinberger)
- Kloepfer, Michael*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 685-695

- Koch, Hans-Joachim*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte – Eine Funktionsbestimmung auf begründungstheoretischer Basis, in: Erbguth, Wilfried/Müller, Friedrich/Neumann, Volker (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch – Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, Berlin 1999, S. 135-170 (zit. *Koch*, in: Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur)
- Koch, Hans-Joachim/Rißmann, Helmut*, Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982
- Koller, Peter*, Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Paulson, Stanley/Stolleis, Michael (Hrsg.), Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 106-121
- Konzen, Horst*, Gesetzentwurf und Revisionsurteil, in: Wilke, Dieter (Hrsg.), Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin 1984, S. 347-368 (zit. *Konzen*, in: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin)
- Korioth, Stefan*, Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung („Fachgerichte“), in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 55-81 (zit. *Korioth*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht)
- Korioth, Stefan/Schlaich, Klaus*, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Aufl., München 2021
- Kraayvanger, Jan*, Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, Berlin 2011
- Kralenski, Wolfgang/Neunreither, Karlbeinz*, Oppositionelles Verhalten im ersten Deutschen Bundestag (1949-1953), Köln 1963
- Kramer, Urs*, Wirksamkeit der Hennenhaltungsverordnung BVerfGE101, 1, JuS 2001, S. 962-966

- Kreuter-Kirchhof, Charlotte*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Dienst der Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014, S. 659-692 (zit. *Kreuter-Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12)
- Kreutzberger, Senja*, Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurt am Main 2007
- Krey, Volker*, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I), JZ 1978, S. 361-368
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung – Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976
- Kröger, Klaus*, Die Entstehung des Grundgesetzes, NJW 1989, S. 1318-1324
- Krüger, Elmar*, Die Rechtsverordnung – eine Handlungsform der Verwaltung mit hoher Relevanz im Studium, VR 2015, S. 342-347
- Kube, Hanno*, Die Bindungswirkung der Normverwerfung, DÖV 2002, S. 737-739
- Kübling, Jürgen*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht, JuS 2014, S. 480-491
- Kunig, Philip*, Das Rechtsstaatsprinzip – Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986
- Kunig, Philip*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 34-79
- Kuntz, Christoph*, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Rechtsverordnungen des Bundes, Frankfurt am Main 2001
- Kutscher, Hans*, Die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts 1951 bis 1969 – Änderungen und Änderungsvorschläge, in: Ritterspach, Theo/Geiger, Willi (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller – Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1970, S. 161-184 (zit. *Kutscher*, in: Festschrift für Gebhard Müller)

- Kutscher, Hauke-Hendrike*, Politisierung oder Verrechtlichung? – Der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland (1921-1958), Frankfurt am Main/New York 2016
- Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches – Zweiter Band, 5. Aufl., Tübingen 1911
- Landfried, Christine*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber – Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität, Baden-Baden 1984
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995
- Laufner, Heinz*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß – Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1968
- Lechner, Hans (Begr.)/Zuck, Rüdiger* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, 8. Aufl., München 2019 (zit. *Lechner/Zuck*, BVerfGG-Kommentar)
- Leibholz, Gerhard*, Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur „Status“-Frage, JÖR N. F. Bd. 6 (1957), S. 120-137
- Lenz, Christofer/Hansel, Ronald* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit. *Lenz/Hansel*, BVerfGG-Handkommentar)
- Leibholz, Gerhard/Rupperecht, Reinhard* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Rechtsprechungskommentar, Köln 1968 (zit. *Leibholz/Rupperecht*, BVerfGG-Rechtsprechungskommentar)
- Leischner, Sonja/Weigelt, Sabine*, Vorschriften über Volkszählung 2011 verfassungsgemäß – Anmerkung von Oberregierungsrätin Dr. Sonja Leischner und Regierungsrätin Sabine Weigelt, NVwZ 2018, S. 1703-1733
- Lembcke, Oliver*, Hüter der Verfassung – Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2007

- Lerche, Peter*, Antragsbefugnis bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle und politisches Kalkül, in: Töpfer, Bernhard (Hrsg.), *Wie würden Sie entscheiden?* – Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag, München 1990, S. 121-129 (zit. *Lerche*, in: Festschrift für Gerd Jauch)
- von Loeper, Eisenhart*, Feststellungen und Folgerungen aus dem „Hennen-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2001, S. 370-374
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung – Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996
- Lorenz, Kuno*, Disjunktion, in: Mittelstraß, Jürgen (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie* – Band 1: A-G, Mannheim/Wien/Zürich 2004
- Lorz, Albert* (Begr.)/*Metzger, Ernst* (Hrsg.), *Tierschutzgesetz* – mit Allgemeiner Verwaltungsvorschrift, Art. 20a GG sowie zugehörigen Gesetzen, Rechtsverordnungen und Rechtsakten der Europäischen Union, 7. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: *Tierschutzgesetz-Kommentar*)
- Löwer, Wolfgang*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* – Band II: Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, 2. Aufl., Heidelberg 1987, S. 737-848 (zit. *Löwer*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 2 (2. Aufl.))
- Löwer, Wolfgang*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* – Band III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005, S. 1285-1525 (zit. *Löwer*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 3)
- Lüdemann, Jörn*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, S. 27-30
- Luhmann, Niklas*, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Opladen 1983

- Maisack, Christoph*, Die Käfighaltung von Legehennen im Licht des Tierschutz- und des Grundgesetzes, NVwZ 1997, S. 761-764
- von *Mangoldt, Hermann* (Begr.)/*Klein, Friedrich* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin/Frankfurt am Main 1969 (zit. *Bearbeiter*, in: von Mangoldt/Klein, GG-Kommentar (2. Auflage))
- von *Mangoldt, Hermann/Klein, Eckart/Starck, Christian* (Begr.)/*Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundgesetz – Band 1: Präambel, Artikel 1-19. Kommentar, 7. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar)
- von *Mangoldt, Hermann/Klein, Eckart/Starck, Christian* (Begr.)/*Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundgesetz – Band 2: Artikel 20-82. Kommentar, 7. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar)
- von *Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Begr.)/*Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundgesetz – Band 3: Artikel 83-146. Kommentar, 7. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar)
- Mann, Thomas*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik – Klausuren, Hausarbeiten, Seminararbeiten, Dissertationen, 5. Aufl., München 2018
- Maric, René*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat – Recht als Maß der Macht – Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, Wien 1957
- Martini, Mario*, Normsetzungsdelegation zwischen parlamentarischer Steuerung und legislativer Effizienz auf dem Weg zu einer dritten Form der Gesetzgebung?, AöR 133 (2008), S. 155-190
- Maunz, Theodor* (Begr.)/*Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Ulsamer, Gerhard/Bethge, Herbert/von Coelln, Christian/Grasshof, Karin/Haratsch, Andreas/Hömig, Dieter/Meltinghoff, Rudolf/Müller-Terpitz, Ralf/Niesler, André/Rozek, Jochen* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, München, Loseblattsammlung, 61. Lieferung Stand Juli 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar)

- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans (Hrsg.)*, Grundgesetz – Kommentar, München, Loseblattsammlung, 95. Lieferung Stand Juli 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar)
- Maurer, Hartmut*, Staatsrecht I – Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Aufl., München 2010
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht – Erster Band, Leipzig 1895
- Mayer-Maly, Theo*, Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen, JZ 1986, S. 557-563
- Meier, Patrick/Jocham, Felix*, Wie man Argumente gewinnt – Die Kunst, dogmatisch und überzeugend zu begründen, JuS 2015, S. 490-496
- Mendes, Gilmar Ferreira*, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, Berlin 1991
- Menzel, Andreas*, Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Land in der Gesetzgebung – Kompetenzwidriges Bundesrecht und Landesgesetzgebung, DVBl. 1997, S. 640-648
- Menzel, Jörg*, Verfassungsrechtsprechung im siebten Jahrzehnt – Einführende Überlegungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, zum Bundesverfassungsgericht und zur Bedeutung seiner Judikate, in: Menzel, Jörg/Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung – Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, 3. Aufl., Tübingen 2017, S. 1-44
- Merkel, Adolf*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, Juristische Blätter 1918, S. 425-427, 444-447, 463-465
- Merkel, Adolf*, Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig/Wien 1923

- Merkel, Adolf*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Verdross, Alfred (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht: Untersuchungen zur reinen Rechtslehre – Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 252-294 (zit. *Merkel*, in: Festschrift für Hans Kelsen)
- Meßerschmidt, Klaus*, Rechtsverordnungen: Rechtmäßigkeit und Rechtsschutz, Jura 2016, S. 747-761
- Meurs, Christian*, Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht, Tübingen 2012
- Michael, Lothar*, Normenkontrollen – Teil 1 – Funktionen und Systematisierung, ZJS 2012, S. 756-765
- Michael, Lothar*, Normenkontrollen – Teil 2 – Fragen der Zulässigkeit: Abstrakte Normenkontrolle, ZJS 2014, S. 254-262
- Michael, Lothar/Morlok, Martin*, Grundrechte, 7. Aufl., Baden-Baden 2020
- Moench, Christoph*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle – Die Problematik der verfassungsgerichtlichen Sanktion, dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, Baden-Baden 1977
- Möllers, Christoph*, Gewaltengliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005
- Möyle, Wilhelm*, Inhalt, Zweck und Ausmaß – Zur Verfassungsgeschichte der Verordnungsermächtigung, Berlin 1990
- Mücke, Dirk*, Das Normenkontrollverfahren, BWNNotZ 1997, S. 36-42
- Müchel, Stefan*, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 93 I Nr. 2, 2a, §§ 13 Nr. 6, 6a, 76 ff. BVerfGG, Jura 2005, S. 463-470
- Müchel, Stefan*, Abstrakte Normenkontrolle, in: Ehlers, Dirk/Schoch, Friedrich (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, Berlin 2009, S. 363-381 (zit. *Müchel*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht)

- Müller, Friedrich*, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus – Elemente einer Verfassungstheorie III, 2. Aufl., Berlin 2007
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik – Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013
- Müller-Terpitz, Ralf*, Rechtsverordnungen auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts – Zugleich eine Besprechung des Urteils vom 6. Juli 1999 – 2 BvF 3/90 – zur Hennenhaltungsverordnung, DVBl. 2000, S. 232-240
- von Münch, Ingo (Begr.)/Kunig, Philip (Hrsg.)*, Grundgesetz – Kommentar. Band 2: Art. 70 bis 146, 6. Aufl., München (zit. *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar (6. Aufl.))
- von Münch, Ingo (Begr.)/Kunig, Philip (Hrsg.)*, Grundgesetz – Kommentar. Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Aufl., München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar (6. Aufl.))
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Begr.)/Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.)*, Grundgesetz – Kommentar. Band 2: Art. 70-146, 7. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar)
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Begr.)/Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.)*, Grundgesetz – Kommentar. Band 1: Präambel bis Art. 69, 7. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar)
- Muthorst, Olaf*, Auslegung: Eine Einführung, JA 2013, S. 721-727
- von Mutius, Albert*, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht, Jura 1987, S. 534-543
- Neumer, Jörg*, Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, JZ 2016, S. 435-441
- Nicklauff, Karlheinz*, Der Parlamentarische Rat und das Bundesverfassungsgericht, in: van Ooyen, Robert/Möllers, Martin (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 191-204

- Nowrot, Karsten*, Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft – Methodische Annäherungen an die Normalität eines Verfassungsprinzips, Tübingen 2014
- Ogorek, Markus*, Wo bleibt der Tierschutz? – Rechtswidrigkeit der massenhaften Tötung von Eintagsküken, NVwZ 2016, S. 1433-1438
- Obler, Christoph*, Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes, AÖR 131 (2006), S. 336-377
- Öhlinger, Theo*, Der Stufenbau der Rechtsordnung – Rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Wien 1975
- von Olshausen, Henning*, Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung, JZ 1967, S. 116-120
- van Ooyen, Robert*, Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht: Triepel – Kelsen – Schmitt – Leibholz, in: van Ooyen, Robert (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und politische Theorie – Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2015, S. 37-58
- van Ooyen, Robert*, Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den ‚Hüter der Verfassung‘, in: van Ooyen, Robert (Hrsg.), Wer soll der Hüter der Verfassung sein? – Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 2019, S. VII-XXIII
- van Ooyen, Robert* (Hrsg.), Wer soll der Hüter der Verfassung sein? – Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 2019
- Orlowski, Matthias*, Der Erlass von Rechtsverordnungen nach amerikanischem Recht, DÖV 2005, S. 133-142

- Ossenbühl, Fritz*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – Gedanken zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte, in: Stödter, Rolf/Thieme, Werner (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa – Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 129-141 (zit. *Ossenbühl*, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen)
- Ossenbühl, Fritz*, Richterliches Prüfungsrecht und Rechtsverordnung, in: Müller, Jörg (Hrsg.), Recht als Prozeß und Gefüge – Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 283-295 (zit. *Ossenbühl*, in: Festschrift für Hans Huber)
- Ossenbühl, Fritz*, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, S. 2805-2812
- Ossenbühl, Fritz*, Rechtsverordnung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band III: Das Handeln des Staates, 2. Aufl., Heidelberg 1988, S. 387-424 (zit. *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3 (2. Aufl.))
- Ossenbühl, Fritz*, Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht, ZG 1997, S. 305-320
- Ossenbühl, Fritz*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 33-53 (zit. *Ossenbühl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht)
- Ossenbühl, Fritz*, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007, S. 135-182 (zit. *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5)

- Ossenbühl, Fritz*, Rechtsverordnung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007, S. 261-304 (zit. *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5)
- Ossenbühl, Fritz*, Satzung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007, S. 353-386 (zit. *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5)
- Ossenbühl, Fritz*, Rechtsquellen, in: Kube, Hanno/Mellinghoff, Rudolf/Morgenthaler, Gerd/Palm, Ulrich/Puhl, Thomas/Seiler, Christian (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts – Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg/München/Landesberg/Frechen/Hamburg 2013, S. 311-324 (zit. *Ossenbühl*, in: Festschrift für Paul Kirchhof)
- Paeffgen, Hans-Ulrich*, Prozessuale Zwischenlösungen bei der Vorratsdatenspeicherung? – Verfassungsgerichtliche Nichtigkeits-Erklärung und Strafprozess, in: Baumeister, Peter/Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz – Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 427-446 (zit. *Paeffgen*, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke)
- Papier, Hans-Jürgen*, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“ als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 432-457 (zit. *Papier*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1)
- Papier, Hans-Jürgen*, Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Grundrechte“, in: Brenner, Michael/Huber, Peter/Möstl, Markus (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel – Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 411-430 (zit. *Papier*, in: Festschrift für Peter Badura)

- Papier, Hans-Jürgen*, Grundrechtsschutz durch die Fachgerichtsbarkeit, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Band III – Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, S. 977-1005 (zit. *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. 3)
- Papier, Hans-Jürgen/Möller, Johannes*, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122 (1997), S. 177-211
- Payandeh, Mehrdad*, Die Internationalisierung der Rechtsordnung als Herausforderung für die Gesetzesbindung, RW 2013, S. 397-417
- Pestalozza, Christian*, Das Bundesverfassungsgericht: Bonner Reform-Allerlei '98, JZ 1998, S. 1039-1046
- Pestalozza, Christian*, Verfassungsprozessrecht – Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder, mit einem Anhang zum internationalen Rechtsschutz, 3. Aufl., München 1991
- Pielow, Johann-Christian*, Neuere Entwicklungen beim „prinzipalen“ Rechtsschutz gegenüber untergesetzlichen Normen – Novellierung des § 47 VwGO, Überprüfung von Rechtsverordnungen des Bundes, gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die gerichtliche Normenkontrolle, Die Verwaltung 1999, S. 445-479
- Pieroth, Bodo/Aubel, Tobias*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, S. 504-510
- Pietzcker, Jost*, Zur Inzidentverwerfung untergesetzlicher Rechtsnormen durch die vollziehende Gewalt, AöR 101 (1976), S. 374-399
- Röhl, Klaus/Röhl, Hans*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008
- Posser, Herbert/Wolff, Heinrich* (Hrsg.), VwGO – Kommentar, 2. Aufl., München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Posser/Wolff, VwGO-Kommentar)
- Potacs, Michael*, Rechtstheorie, 2. Aufl., Wien 2019
- Preuß, Hugo*, Die Themen des Deutschen Juristentages in Heidelberg, Deutsche Juristen-Zeitung 1924, Sp. 649-654
- Püttner, Günter*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1974), S. 200-227

- Radbruch, Gustav*, Richterliches Prüfungsrecht?, *Die Justiz* 1925, S. 12-16
- Raue, Frank*, Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?, *AöR* 131 (2006), S. 79-116
- Rein, Detlev*, Das Normbestätigungsverfahren – Ein Fall der abstrakten Normenkontrolle, Frankfurt am Main 1991
- Reinhardt, Michael*, Konsistente Jurisdiktion – Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, Tübingen 1997
- Remmert, Barbara*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG, *Jura* 2014, S. 906-915
- Renck, Ludwig*, BayVGh, Normenkontroll-Urteil vom 1.4.1982 Nr. 15 N 81 A.1679 – Anmerkung, *BayVbl.* 1983, S. 86-87
- Renck, Ludwig*, Zum Anwendungsbereich des Satzes „lex posterior derogat legi priori“, *JZ* 1970, S. 770-771
- Renck, Ludwig*, Zur Verfassungsmäßigkeit von § 76 BVerfGG, *JZ* 1964, S. 249-251
- Robbers, Gerhard*, Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, *JuS* 1990, S. 257-263
- Robbers, Gerhard*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit – Möglichkeit und Inhalt von „Formeln“ zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite, *NJW* 1998, S. 935-941
- Robbers, Gerhard*, Die Kompetenzkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Cremer, Hans-Joachim/Giegerich, Thomas/Richter, Dagmar/Zimmermann, Andreas (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin/Heidelberg/New York 2002, S. 543-550 (zit. *Robbers*, in: *Festschrift für Helmut Steinberger*)
- Roellecke, Gerd*, Die artgemäßen Bedürfnisse der Legehennen und der Menschen, *NJW* 1999, S. 3245-3246

- Roellecke, Gerd*, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005, S. 1201-1218 (zit. *Roellecke*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3)
- Roemer, Walter*, Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, JZ 1951, S. 193-199
- Roth, Wolfgang*, Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, AÖR 121 (1996), S. 544-577
- Rudzio, Wolfgang*, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., Wiesbaden 2019
- Ruffert, Matthias*, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, S. 1163-1256 (zit. *Ruffert*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1)
- Russell, Bertrand*, Mathematical Logic as Based on the Theory of Types, American Journal of Mathematics Vol. 30 (1908), S. 222-262
- Rüthers, Bernd*, Trendwende im BVerfGG? – Über die Grenzen des „Richterstaates“, NJW 2009, S. 1461-1462
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie – und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022
- Sachs, Michael*, Käfighaltung von Legehennen, JuS 2000, S. 398-399
- Sachs, Michael*, Übertragung von Aufgaben einer Oberfinanzdirektion, JuS 2003, S. 917-918
- Sachs, Michael*, Verfassungsrecht – Grundrechte – Feststellungsklage gegen Rechtsverordnungen, JuS 2006, S. 1012-1014
- Sachs, Michael*, Staatsorganisationsrecht: Erlass von Rechtsverordnungen – Unterbliebene Anhörung der Tierschutzkommission bei Erlass einer Rechtsverordnung, JuS 2011, S. 572-574

- Sachs, Michael*, Verfahrensfehler im Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., München 2012, S. 799-850 (zit. *Sachs*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2)
- Sachs, Michael*, Normsetzung (Rechtsverordnung, Satzung), in: Bultmann, Peter Friedrich/Grigoleit, Klaus Joachim/Gusy, Christoph/Kersten, Jens/Otto, Christian-W./Preschel, Christina (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Institute, Kontexte, System – Festschrift für Ulrich Battis zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 161-176 (zit. *Sachs*, in: Festschrift für Ulrich Battis)
- Sachs, Michael*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Tübingen 2016
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Sachs, GG-Kommentar)
- Säcker, Horst*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Konvent von Herrenchiemsee, in: Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler – Band 1, Berlin/New York 1987, S. 265-279 (zit. *Säcker*, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler)
- Saueressig, Christian*, Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung, Jura 2005, S. 525-532
- Saurer, Johannes*, Die Funktionen der Rechtsverordnung – Der gesetzgeberische Zuschnitt des Aufgaben- und Leistungsprofils exekutiver Rechtsetzung als Problem des Verfassungsrechts, ausgehend vom Referenzgebiet des Umweltrechts, Berlin 2005
- von Savigny, Friedrich*, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840
- Schäfer, Hans*, Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, JZ 1951, S. 199-204
- Schäfers, Dominik*, Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung, JuS 2015, S. 875-880

- Schäfrich, Daniela*, Tierseuchen-, Tierzucht- und Tierschutzrecht, in: Dombert, Matthias/Witt, Karsten (Hrsg.), Agrarrecht – Münchener Anwaltshandbuch, 2. Aufl., München 2016 (zit. *Schäfrich*, in: Anwaltshandbuch Agrarrecht)
- Scheffczyk, Fabian*, Steuerertragsaufteilung und Finanzausgleich nach dem Grundgesetz, JuS 2013, S. 124-128
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Heidelberg 1987
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Altes und Neues zum Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen, NVwZ 2016, S. 720-729
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, NJW 2017, S. 1062-1068
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Verfassungsgerichtliche Verwerfungsmonopole und verwaltungsgerichtlicher vorläufiger Rechtsschutz, JuS 2017, S. 1141-1149
- Schenke, Wolf-Rüdiger/Seok, Jong Hyun* (Hrsg.), Probleme der Rechtssetzung in Korea und Deutschland – Vorträge auf dem 8. Koreanisch-Deutschen Symposium zum Verwaltungsrechtsvergleich 2018 am 15. März 2018 in Seoul, Berlin 2019
- Scheuner, Ulrich*, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 1-75 (zit. *Scheuner*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1)
- Schiffers, Reinhard*, Die Entstehung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht und die Erfahrungen der Weimarer Zeit, in: Albertin, Lothar/Link, Werner (Hrsg.), Politische Parteien auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie in Deutschland – Entwicklungslinien bis zur Gegenwart, Düsseldorf 1981, S. 277-300
- Schiffers, Reinhard*, „Ein mächtiger Pfeiler im Bau der Bundesrepublik“ – Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, VfZ 1984, S. 66-102

- Schiffers, Reinhard*, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit – Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Düsseldorf 1984
- Schilling, Theodor*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Berlin 1994
- Schlehofer, Horst*, Juristische Methodologie und Methodik der Fallbearbeitung, JuS 1992, S. 572-578
- Schmidt, Anke*, Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz – Plädoyer für ein methodisches Vorgehen auf Grundlage des Legitimitätsgedankens, Berlin 2017
- Schmidt, Johann*, Inzidente Prüfung und Verwerfung von Normen im Range unter dem Gesetz durch die Exekutive?, BayVbl. 1976, S. 1-6
- Schmidt, Johannes*, Die Beteiligung des Bundestags beim Erlaß von Rechtsverordnungen – Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung parlamentarischer Mitwirkungsvorbehalte, Berlin 2002
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift, in: Kirchhof, Paul (Hrsg.), Staaten und Steuern – Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 477-494 (zit. *Schmidt-Aßmann*, in: Festschrift für Klaus Vogel)
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 541-612 (zit. *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz (Begr.)/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl., Köln 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar)
- Schmidt-Jortzig, Edgar*, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, S. 2569-2573

- Schmitt, Carl*, Der Hüter der Verfassung – Anhang: Hugo Preuß – Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre, 5. Aufl., Berlin 2016
- Schnelle, Simon*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, München 2007
- Schübener, Burkhard*, Das Verhältnis des EU-Rechts zum nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland, JA 2011, S. 885-893
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter* (Hrsg.), VwGO – Kommentar, München, Loseblattsammlung, 41. Lieferung Stand Juli 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider, VwGO-Kommentar)
- Schönberger, Christoph*, Der Vorrang der Verfassung, in: Appel, Ivo/Hermes, Georg/Schönberger, Christoph (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 385-403 (zit. *Schönberger*, in: Festschrift für Rainer Wahl)
- Schriftführer-Amt der ständigen Deputation* (Hrsg.), Verhandlungen des Dreiunddreißigsten Deutschen Juristentages, Berlin/Leipzig 1925
- Schriftführer-Amt der ständigen Deputation* (Hrsg.), Verhandlungen des Vierunddreißigsten Deutschen Juristentages, Berlin/Leipzig 1926
- Schuckart, Rainer*, Band 23: Artikel 92 bis 96 – Teilband I: Vor Artikel 92, Artikel 92 und 93, in: Schneider, Hans-Peter (Hrsg.), Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, Frankfurt am Main 1999 (zit. *Schuckart*, in: Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung)
- Schulze-Fielitz, Helmuth*, Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists: Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation, AöR 122 (1997), S. 1-31
- Schulze-Fielitz, Helmuth*, Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 385-420 (zit. *Schulze-Fielitz*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht)

- Schuppert, Gunnar/Bumke, Christian*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung – Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, Baden-Baden 2000
- Schwarz, Thomas*, Das Zitiergebot bei Rechtsverordnungen (Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG), DÖV 2002, S. 852-857
- Schweitzer, Michael*, Föderalismusreform und Vollziehung von Gemeinschaftsrecht, in: Butzer, Hermann/Kaltenborn, Markus/Meyer, Wolfgang (Hrsg.), Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 287-301 (zit. *Schweitzer*, in: Festschrift für Friedrich Schnapp)
- Seiler, Christian*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, Berlin 2000
- Simon, Helmut*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Teil 1, 2. Aufl., Berlin/New York 1994, S. 1637-1680 (zit. *Simon*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, Teil 1)
- Sobota, Katharina*, Das Prinzip Rechtsstaat – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997
- Sodan, Helge* (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Sodan, Grundgesetz-Kompaktcommentar)
- Söhn, Hartmut*, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, Frankfurt am Main 1974
- Söhn, Hartmut*, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 292-322 (zit. *Söhn*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1)
- Starck, Christian*, Rangordnung der Gesetze: Einführung, in: Starck, Christian (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze – 7. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 22. und 23. April 1994, Göttingen 1995, S. 9-12

- Starck, Christian*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, S. 1033-1042
- Starck, Christian*, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 1-32 (zit. *Starck*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht)
- Statistisches Bundesamt*, Statistisches Jahrbuch 2011 – Für die Bundesrepublik Deutschland mit „Internationalen Übersichten“, Wiesbaden
- Staupe, Jürgen*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis – Zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht, Berlin 1986
- Steiner, Udo*, Der Richter als Ersatzgesetzgeber – Richterliche Normenkontrolle – Erfahrungen und Erkenntnisse, NJW 2001, S. 2919-2924
- Stephan, Bodo*, Das Rechtsschutzbedürfnis – Eine Gesamtdarstellung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsprozesses, Berlin 1967
- Stern, Klaus*, Zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle – Ein Plädoyer für ihre Ausweitung, in: Schiffer, Eckart/Karehnke, Helmut (Hrsg.), Verfassung, Verwaltung, Finanzkontrolle – Festschrift für Hans Schäfer zum 65. Geburtstag am 26. Januar 1975, Köln/Berlin/Bonn/München 1975, S. 59-77 (zit. *Stern*, in: Festschrift für Hans Schäfer)
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980 (zit. *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2).
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984 (zit. *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1).

- Stiive, Klaus*, Der „Gang nach Karlsruhe“ – Die Opposition im Bundestag als Antragstellerin vor dem Bundesverfassungsgericht, ZParl 1997, S. 545-557
- Terbechte, Jörg*, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, Tübingen 2011
- Thaler, Michael*, Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung, Wien/New York 1982
- Thoma, Richard*, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 43 (1922), S. 267-286
- Tillmanns, Reiner*, Die Prüfung von Rechtsverordnungen des Bundes am Maßstab des einfachgesetzlichen Bundesrechts im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, DÖV 2001, S. 728-731
- Tillmanns, Reiner*, Tierschutz durch Rechtsverordnung – Die Hennenhaltungsverordnung auf dem Prüfstand des BVerfG, NVwZ 2002, S. 1466-1471
- Tomuschat, Christian*, Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 245-288 (zit. *Tomuschat*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht)
- Triepel, Heinrich*, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AöR 39 (1920), S. 456-546
- Triepel, Heinrich*, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern – Beiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung, in: Berliner Juristische Fakultät (Hrsg.), Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl – Zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, Tübingen 1923, S. 1-118 (zit. *Triepel*, in: Festgabe für Wilhelm Kahl)
- Triepel, Heinrich*, Vortrag des Berichterstatters Geh. Justizrat Dr. Triepel, in: Schriftführer-Amt der ständigen Deputation (Hrsg.), Verhandlungen des Dreiunddreißigsten Deutschen Juristentages, Berlin/Leipzig 1925, S. 45-65 (zit. *Triepel*, in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages 1925)

- Triepel, Heinrich*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 2-29
- Triepel, Heinrich*, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht – Eine kritische Studie, Stuttgart/Berlin 1942
- Uhle, Arnd*, Parlament und Rechtsverordnung, München 1999
- Uhle, Arnd*, Die Rechtsverordnung, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung – Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg 2014, 587-641 (zit. *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung)
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Heidelberg 1992 (zit. *Bearbeiter*, in: Umbach/Clemens, BVerfGG-Mitarbeiterkommentar)
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas* (Hrsg.), Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch. Band II: Art. 38 - 146, Heidelberg 2002 (zit. *Bearbeiter*, in: Umbach/Clemens, GG-Mitarbeiterkommentar)
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2. Aufl., Heidelberg 2005 (zit. *Bearbeiter*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG-Mitarbeiterkommentar)
- von Ungern-Sternberg, Antje*, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013), S. 1-59
- Unruh, Peter*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes – Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion, Tübingen 2002
- Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen* (Hrsg.), Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 25. August 1948, München 1948
- Vogel, Joachim*, Juristische Methodik, Berlin/New York 1998

- Vogel, Klaus*, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 568-627 (zit. *Vogel*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1)
- Vorländer, Hans*, Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts, in: van Ooyen, Robert/Möllers, Martin (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 299-312
- Voßkuhle, Andreas*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125 (2000), S. 177-201
- Voßkuhle, Andreas/Wischmeyer, Thomas*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Rechtsverordnung, JuS 2015, S. 311-314
- Wahl, Rainer*, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485-516
- Wahl, Rainer*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S. 401-409
- Wahl, Rainer*, Die Reformfrage, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 461-491 (zit. *Wahl*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht)
- Wahl, Rainer*, Elemente der Verfassungsstaatlichkeit, JuS 2001, S. 1041-1048
- Wahl, Rainer*, Entwicklungspfade im Recht, JZ 2013, S. 369-379
- Walter, Maja*, Verfassungsprozessuale Umbrüche – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur französischen Question prioritaire de constitutionnalité, Tübingen 2015
- Walter, Robert*, Der Aufbau der Rechtsordnung – Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre, Graz 1964
- Walz, Christian*, Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien, ZJS 2010, S. 482-490

- Wank, Rolf*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978
- Wank, Rolf*, Rangkonforme Auslegung und Europarecht, in: Karakostas, Ioannis K./Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung, Berlin/New York 2011, S. 15-35
- Wank, Rolf*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl., München 2015
- Wank, Rolf*, Juristische Methodenlehre – Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München 2020
- Weber-Fas, Rudolf*, Das Grundgesetz – Einführung in das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1983
- Weck, Thomas*, Rechtsstaat und Rechtswirklichkeit, RuP 2017, S. 186-198
- Wehr, Matthias*, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive – Zum kompetentiellen Verhältnis von Normsetzung und Normanwendung, Berlin 1998
- Werner, Wolfram*, Plenum – Band 9, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949 – Akten und Protokolle, München 2009 (zit. *Werner*, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949)
- Wiedemann, Herbert*, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, S. 2407-2412
- Wiederin, Ewald*, Die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Brenner, Michael/Huber, Peter/Möstl, Markus (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel – Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 605-637 (zit. *Wiederin*, in: Festschrift für Peter Badura)
- Wiederin, Ewald*, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's, in: Raschauer, Bernhard/Griller, Stefan/Rill, Heinz Peter (Hrsg.), Rechtstheorie, Wien 2011, S. 81-134
- Wilke, Dieter*, Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen, AöR 98 (1973), S. 196-247

- Wilke, Dieter*, Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Oktober 1981 – 1 BvR 640/80 mit Anmerkung von Prof. Dr. Dieter Wilke – Zum Gesetzesvorbehalt im Schulverhältnis, JZ 1982, S. 755-760
- Wilms, Heinrich*, Die Vorbildfunktion des United States Supreme Court für das BVerfG, NJW 1999, S. 1527-1529
- Wilms, Heinrich*, Dokumente zur neuesten deutschen Verfassungsgeschichte – Band III: Dokumente zur Entstehung des Grundgesetzes 1948 und 1949 – Teil 2. Vorschläge, Entwürfe und in Kraft getretene Fassungen des Grundgesetzes 1949 - 1999, Stuttgart 2001 (zit. *Wilms*, Dokumente zur neuesten deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. III/2).
- Winkler, Markus*, Das Klarstellungsinteresse im bundesstaatlichen Normenkontrollverfahren nach Art. 93 I Nr. 2a GG, NVwZ 1999, S. 1291-1294
- Würdinger, Markus*, Das Ziel der Gesetzesauslegung – ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre, JuS 2016, S. 1-6
- Ziekow, Jan*, Rechtsmittelrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 1994, S. 461-494
- Ziekow, Jan*, Verordnungsermächtigungen mit supra- und internationalen Bezügen, JZ 1999, S. 963-970
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012
- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas*, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., München 2005
- Zoglauer, Thomas*, Einführung in die formale Logik für Philosophen, 5. Aufl., Göttingen 2016
- Zuck, Holger/Eisele, Reiner*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 6. Aufl., München 2022
- Zuck, Rüdiger*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, JZ 2007, S. 1036-1042