

Zur Herleitung der verfassungskonformen Auslegung

Felix K. Bassier, Hamburg*

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, warum die verfassungskonforme Auslegung, die an einigen Stellen im Schrifttum auf heftigste Kritik gestoßen ist, in der Rechtspraxis selbstverständlich angewendet wird. Hierzu soll ergründet werden, welche Gründe für die verfassungskonforme Auslegung sprechen, mithin wie sie sich *herleiten* lässt. Den Ausgangspunkt dafür bildet der vierstufige Methodenkanon, aus dem insbesondere das systematische Element für die verfassungskonforme Auslegung spricht. Eine hinreichende Herleitung ergibt sich hieraus indes nicht – erst praktische und demokratietheoretische Gründe vermögen diese zu liefern. Demgegenüber vermag die vorgebrachte Kritik nicht zu überzeugen, sodass die Anwendungspraxis der verfassungskonformen Auslegung gerechtfertigt ist.

I. Problemstellung und Vorgehensweise

Die Annäherung an das Phänomen der verfassungskonformen Auslegung¹ ist ein herausfordernder Balanceakt. Zunächst richtet sich der Blick auf die Praxis und die verfassungskonforme Auslegung erscheint, in Anbetracht der zumeist unproblematischen, fast selbstverständlich anmutenden Anwendung,² als eine natürliche Operation der Rechtsordnung. Nach Durchsicht des Schrifttums jedoch, in dem das Meinungsspektrum von moderaten Bedenken bis hin zu grundsätzlicher Kritik reicht,³ mutet die verfassungskonformen Auslegung zunehmend als konstruiert und

im Grunde widernatürlich an. Hieraus ergibt sich ein widersprüchliches Bild – der Raum für eine Analyse ist eröffnet.

Die damit angerissene Komplexität lässt sich durch gezielte Fragen auf drei wesentliche Aspekte kondensieren: Wie ist das Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung zu den klassischen Auslegungsmethoden? Ist eine Einordnung möglich oder nimmt die verfassungskonforme Auslegung eine Sonderstellung außerhalb dieses Systems ein? Wie ist darüber hinaus die Auswirkung der verfassungskonformen Auslegung auf das Verhältnis der Staatsgewalten? Stellt die verfassungskonforme Auslegung womöglich einen funktionalen Übergriff der Rechtsprechung in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers dar? Schließlich, wie wirkt sich die verfassungskonforme Auslegung auf das Verhältnis innerhalb der Rechtsprechung aus? Liegt in der derzeitigen Praxis der verfassungskonformen Auslegung eine unzulässige Kompetenzverschiebung zulasten der Verfassungsgerichtsbarkeit?

Diese Fragen führen uns in unwegsames Gelände, wir wollen sie deshalb – mit Fokus auf der ersten Frage – als Leitlinien nutzen, um das Thema zu durchmessen. Im Fokus dieser Untersuchung soll dabei nicht die konkrete Ausgestaltung der verfassungskonformen Auslegung, sondern ihre abstrakte Herleitung liegen.⁴ Nach einer Präzisierung des Untersuchungsgegenstands (II.) wird diese vorgenommen (III.), indem zunächst analysiert wird, inwieweit sich die verfassungskonforme Auslegung bereits aus den klassischen Auslegungsmethoden herleiten lässt. Es wird deutlich, dass dies zwar möglich ist, aber nur unter Berücksichtigung des Gedankens des Normerhalts. Deshalb verlagert sich die Suche nach den – impliziten – Konfliktlinien zwischen Theorie und Praxis auf Fragen von Gewaltenteilung und Kompetenz (IV.).

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School in Hamburg und Politikwissenschaft, Verwaltungswissenschaft und Soziologie an der FernUniversität in Hagen. Dem Beitrag liegt eine gleichnamige Seminararbeit bei Professor Dr. Christian Bumke zugrunde.

¹ Aus der umfangreichen Literatur einführend zur verfassungskonformen Auslegung – neben den Lehrbüchern zur Methodenlehre und den Kommentaren zum BVerfGG – Schack/Michel, JuS 1961, 269; Spanner, AöR 91 (1966), 503; Zippelius, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: FS 25 Jahre BVerfG (Bd. II), 1973, S. 108 ff.; Simon, EuGRZ 1974, 85; Voßkuhle, AöR 125 (2000), 177; Lüdemann, JuS 2004, 27; Canaris, Die Verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Kramer, 2004, S. 141 ff.; Lembke, Einheit aus Erkenntnis, 2009, S. 24 ff.

² Eine anschauliche Sammlung findet sich bei Schlaich/Korioth, BVerfG, Rn. 450 ff.

³ Sehr deutlich Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, Karlsruhe 1986; unlängst kritisch Berkemann, DÖV 2015, 393 (398 ff.).

⁴ Eine Abgrenzung von Herleitung und Legitimation ist nur begrenzt möglich. Vorliegend wird unter einer Herleitung ein eindimensionales Verfahren verstanden, das von einem Ausgangspunkt logisch zwingend zu einem Ergebnis führt. Unter Legitimation wird hingegen eine – empirische oder normative – Rechtfertigung eines Ergebnisses verstanden. Beide Begriffe überschneiden sich: Legitimität muss zwar nicht zwingend auf einer Herleitung basieren, dennoch schafft diese als Verfahren Legitimität. Damit erscheint es unnötig eine strikte begriffliche Trennung einzuführen, vielmehr soll die Herleitung mit Fokus auf ihrer legitimierenden Wirkung vorgenommen werden. Insbesondere soll hierfür der Ausgangspunkt der Herleitung auch als Ausgangspunkt des Legitimationsprozesses verstanden werden.

II. Präzisierung des Untersuchungsgegenstands

1. Die Auslegung als notwendige Operation der Rechtsanwendung

Der Rechtsanwender in Deutschland unterliegt gem. Art. 20 Abs. 3 GG der Bindung an Gesetz und Recht,⁵ wodurch er jedenfalls verpflichtet wird, die positiv rechtlichen Regelungen durch Subsumtion auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden. Neben Kenntnis der umfangreichen Subsumtionslogik⁶ ist hierfür ein hinreichend tiefes Normverständnis nötig. Regelmäßig ist es auf den ersten Blick nicht möglich, ein solches zu erlangen, denn die Normerkenntnis sieht sich mit einer ganzen Reihe von Problemen konfrontiert.⁷ Aus der grundsätzlichen Frage der Bedeutung eines sprachlichen Zeichens,⁸ ergibt sich in die begrenzte Möglichkeit eine Norm durch den Normtext vollständig auszudrücken.⁹ Ferner lässt die im positiven Recht notwendige Abstraktheit eines Tatbestands die einzelnen Tatbestandselemente unscharf werden, insbesondere durch die Komplexität juristischer Fachtermini. Normen sind damit regelmäßig für den Rechtsanwender nicht direkt zugänglich, er befindet sich vielmehr in einem *prima facie* Spannungsfeld von Norm und Sachverhalt.

Um dieses zu überwinden wird es notwendig durch eine reflektierende Betrachtung des Normkontextes jeden für den normativen Gehalt des Normtexts relevanten Einfluss tiefergehend zu analysieren, um so die Verknüpfung von Norm und Normtext herzustellen.¹⁰ Dieser hermeneutische Prozess – die Auslegung – garantiert zwar keine vollständige Normerkenntnis, jedoch gibt er die realistische Chance, der Unschärfe des Tatbestands zu begegnen und hierdurch ein hinreichend tiefes Normverständnis zu gewinnen.¹¹

Die tradierte methodologische Konzeption der *Auslegung* besteht „im Anschluß [sic!] an Savigny“¹² aus vier Elementen, den sog. *canones*.¹³ Ausgehend von einer Analyse des Wortlauts, sollen die systematische Stellung der Norm in der Rechtsordnung und ein subjektiv-teleologisches¹⁴ sowie ein objektiv-teleologisches Element zur Auslegung herangezogen werden.¹⁵

2. Verfassungskonforme Auslegung

Bei der verfassungskonformen Auslegung handelt es sich um eine vom BVerfG entwickelte Operation.¹⁶ Hierunter ist zu verstehen, dass eine durch die klassischen Auslegungsmethoden ermittelte Auslegungsvariante auf ihre Verfassungskonformität zu überprüfen ist. Diese ist gegeben, wenn die einfachgesetzliche Norm in Widerspruchslosigkeit zur Verfassungsnorm steht.¹⁷ Für die verfassungskonformen Auslegungsvarianten ergibt sich ein absoluter Vorrang gegenüber den verfassungswidrigen Auslegungsvarianten, wobei unter den einzelnen verfassungskonformen Auslegungsvarianten diejenige zu wählen ist, die dem Willen des Gesetzgebers am nächsten kommt.¹⁸ Gleichwohl sind keine verfassungskonformen Auslegungsvarianten zu konstruieren, die nicht mit dem Wortlaut der einfachgesetzlichen Regelung vereinbar sind oder die dem objektivier-

⁵ Zur Bindung der Rechtsprechung vertiefend Kirchhof, NJW 1986, 2275.

⁶ Weitergehend hierzu Gröschner, Subsumtion, 2014, S. 31 ff.

⁷ Es mag Ausnahmefälle mit einem sehr eindeutigen anmutenden Wortlaut geben, s. BVerfGE 59, 330 (334) oder Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 25. Dennoch ist auch in diesem Fall ein Divergieren von Norm und Normtext nicht auszuschließen, weshalb eine Auslegung notwendig ist; zutreffend Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Auflage, 2015, Rn. 732 ff.

⁸ Einführend Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, 2008 S. 24 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁹ Instruktiv zur „Nichtidentität von Norm und Normtext“ Müller/Christensen, Methodik, S. 143 ff.; zur Debatte um Normbegriff vgl. auch Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 40 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹⁰ Entsprechend Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, 1991, S. 203; Koch/Rüßmann, (Fn. 7), S. 163 ff.

¹¹ Dies rechtfertigt den individuell-schöpferischen Charakter dieser Operation, der in Konflikt zur Gesetzesbindung zu stehen scheint.

¹² Brugger, AöR 119 (1994), 1 (21; Hervorhebung F. B.); vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 212 ff. Der Einfluss von Savigny auf die Auslegung ist umstritten, sehr kritisch hierzu Forsthoef, Zur Problematik der Verfassungenauslegung, 1961, S. 39 ff. Entscheidend ist dabei, dass Savigny als Subjektivisten das objektiv-teleologische Kriterium unbekannt war, wegweisend hierzu erst Larenz, (Fn. 10), S. 333 ff.; erhebliche Kritik bei Rüthers/Fischer/Birk, (Fn. 7), Rn. 801 ff.

¹³ Der Begriff soll auf Schleiermacher zurückgehen, so Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 124.

¹⁴ Diese Terminologie ist vorzugswürdig im Vergleich zur gängigen Formulierung einer „historischen Auslegung“, da damit die hervorstechende Parallele zum objektiv-teleologischen Element besser zum Ausdruck kommt.

¹⁵ Vgl. Larenz, (Fn. 10), S. 320 ff.

¹⁶ BVerfGE 2, 266 (267); stRspr. Zur Thematik vgl. die Nachweise in Fn. 1 und weitergehend Bethge; in: T. Maunz et. al. (Hrsg.), BVerfGG, 48. EL 2/2016, § 31, Rn. 258 ff. und insbesondere Schlaich/Korioth, (Fn. 2), Rn. 440 ff. Die verfassungskonforme Auslegung ist trotz kurzer Historie ein fester Teil der deutschen Rechtsordnung. Es wird von einem „geschichteten Bestand“ innerhalb der Auslegungscanones gesprochen, so Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 96. An dieser Stelle fehlt der Raum, um auf die verfassungsorientierte Auslegung einzugehen. Zu diesem bemerkenswert uneinheitlich gebrauchten Begriff einführend Wendt, Verfassungsorientierte Gesetzesauslegung, in: FS Würtenberger, 2013, S. 126 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹⁷ Für den Fall unterschiedlicher Verfassungenauslegungen ist diejenige des BVerfG maßgeblich, das insoweit nach Art. 93 ff. GG das „Konkretisierungsprimat“ innehat, so Zippelius, (Fn. 1), S. 112 ff.

¹⁸ Vgl. statt vieler BVerfGE 6, 55 (72).

ten Willen des Gesetzgebers zuwider laufen.¹⁹ Es wird insbesondere den Fachgerichten aufgetragen, vor einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG verfassungskonform auszulegen.²⁰

III. Herleitung der verfassungskonformen Auslegung

1. Wortlaut

Der Verweis auf den Wortlaut ist zwar regelmäßig eine Argumentationslinie in juristischen Debatten,²¹ vermag aber für die Herleitung der verfassungskonformen Auslegung keine Anhaltspunkte zu geben: Zunächst ist eine Verfassungskonformität des Wortlauts nicht ersichtlich, denn es werden regelmäßig verfassungswidrige Auslegungsvarianten festgestellt, die vom allgemeinen Sprachgebrauch umfasst sind.²² Es handelt sich damit bei der Annahme der Verfassungskonformität des Wortlauts um eine normative Fiktion. Gegen diese spricht entscheidend, dass hiermit die verfassungskonforme Auslegung seine Notwendigkeit verlieren würde. Schließlich bedarf es bei einem eindeutigen Wortlaut keiner *Auslegung*, die als Operation gerade auf die Handhabung eines – zwangsläufig – unscharfen Wortlauts abzielt.²³

2. Telos

Die verfassungskonforme Auslegung könnte als Bestandteil der teleologischen Auslegungsmethodik begriffen werden. Hierbei ist zwischen subjektivem und objektivem Telos zu unterscheiden.²⁴ Grundannahme in Bezug auf beide ist jedoch, dass bereits vom Telos der Norm nur die verfassungskonformen Auslegungsvarianten umfasst seien.

a. Subjektives Telos

In Bezug auf das subjektive Telos wird dies überwiegend mit einer Vermutung der Verfassungskonformität von Parlamentsgesetzen umschrieben – der Annahme einer vom Gesetzgeber intendierten Verfassungsmäßigkeit.²⁵ Die Beurteilung dieser Annahme hängt entscheidend von der Perspektive auf den Gesetzgeber ab.²⁶ Vorliegend soll jedoch eine neutrale Position eingenommen werden und dazu die abstrakte Wertung des Grundgesetzes verbunden werden mit einer empirischen Betrachtung des Verhältnisses von Gesetzgeber und BVerfG.

Das Grundgesetz geht von einem natürlichen Spannungsfeld zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber aus, wie an einer Reihe von Normen festzustellen ist.²⁷ Zunächst zeugt bereits die Existenz einer Verfassungsgerichtsbarkeit in den Art. 93 ff. GG von einer Grundskepsis gegenüber dem Gesetzgeber. Diese wird dadurch bestätigt, dass man dem BVerfG als starkes Verfassungsgericht eine zentrale Rolle in der staatlichen Gewaltenteilung eingeräumt hat.²⁸ Hervorstechend ist, dass den Entscheidungen des BVerfG gem. Art. 31 Abs. 2 BVerfGG teilweise Gesetzeskraft zuwächst. Damit kommt implizit die Möglichkeit zum Ausdruck, dass ohne eine solch starke Bindungswirkung sich der

¹⁹ S. nur BVerfGE 110,226 (267). Die genauen Grenzen der verfassungskonformen Auslegung sind umstritten, das BVerfG schwankt in seiner Linie, vgl. *Sachs*, in: idem (Hrsg.), GG, 7. Auflage, 2014, Einf. Rn. 54 mit weiteren Nachweisen. Weitgehend anerkannt im Schrifttum ist noch der objektivierte Wille des Gesetzgebers, vgl. *Steiner*, Zum Entscheidungsausspruch und seinen Folgen bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, in: FS Leisner, 1999, S. 573. Darüber hinaus wird die Notwendigkeit einer Wortlautgrenze zumeist bestritten und die Möglichkeit einer teleologischen Auslegung gegen den Wortlaut – jedenfalls implizit – gesehen, vgl. *Jarass*, in: idem/Pieroth (Hrsg.), GG, 14. Auflage, 2016, Art. 20 Rn. 34a oder *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 7. Auflage, 2015, S. 42.

²⁰ Anderenfalls kann keine hinreichende Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes vorliegen und der Antrag wäre nach §§ 80, 81a BVerfGG unzulässig, vgl. *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Auflage, 2015, Art. 100 Rn. 19 mit weiteren Nachweisen. Die Bindung der Fachgerichtsbarkeit durch das BVerfG nimmt auch mittelbar jeden Rechtsanwender im Hinblick auf die Erfolgsaussichten einer Klage in die Pflicht, verfassungskonform auszulegen. Dadurch richtet sich durch die verfassungskonforme Auslegung die gesamte Rechtsordnung auf den von der Verfassung vorgegebenen Rahmen aus, es handelt sich mithin um einen Teil des vielschichtigen *Konstitutionalisierungsprozesses* der Rechtsordnung; erhellend *Schuppert/Bumke*, Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 1999, S. 9 ff.

²¹ So gehen auch Vertreter, die einem eindeutigen Wortlaut skeptisch gegenüberstehen, davon aus, dass Auslegung regelmäßig mit dem Wortlaut zu beginnen habe, etwa *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage, 2006, S. 45.

²² So ist es etwa denkbar, dass der Sprachgebrauch den „vergeistigten“ Gewaltbegriff des § 240 StGB auch umfasst, obwohl dieser verfassungswidrig ist, s. BVerfGE 92, 1 (14 ff.).

²³ Zur Funktion der Auslegung bereits ausführlich oben unter II.1.

²⁴ Freilich überschneiden sich beide Formen der teleologischen Auslegung, eine vollkommen getrennte Betrachtung ist damit nicht möglich. Dennoch ist die Differenzierung zwischen beiden wichtig, um im Zweifel die Herleitung eindeutig in den Methodenkanones verorten zu können. In der Literatur wird diese Unterteilung jedoch zumeist nicht vorgenommen, was zu einer unscharfen Herleitung und zu Verwirrung beim Rechtsanwender führt; symptomatisch *Lembke*, (Fn. 1), S. 28 f.

²⁵ Auch das BVerfG hat bei Beginn seiner Praxis der verfassungskonformen Auslegung auf diesen Gedanken Bezug genommen, vgl. nur BVerfGE 2, 266 (282) Mittlerweile hat sich aber davon jedenfalls indirekt wieder distanziert. Schließlich begründet das BVerfG die verfassungskonforme Auslegung nicht mehr über die Vermutung der Verfassungskonformität, vgl. nur BVerfGE 86, 288 (320).

²⁶ Der skizzierte Gedankengang wäre unproblematisch zu bejahen, sollte es eine große Affinität zum Gesetzgeber geben, bei einer ausgeprägten Antipathie hingegen auch nicht im Ansatz haltbar.

²⁷ Zum Spannungsfeld zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber vertiefend *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2001, S. 39 ff.

²⁸ Die Kompetenzen des BVerfG werden im GG angelegt und im BVerfGG konkretisiert, zusammenfassend § 13 BVerfGG.

Gesetzgeber in wichtigen Entscheidungen gegen das BVerfG stellen könnte.²⁹

Diese Skepsis bestätigt sich empirisch *prima facie* durch die hohe absolute Anzahl von stattgegebenen Verfassungsbeschwerden.³⁰ Dennoch ist dieser Beweis logisch nicht zwingend, denn es bleibt theoretisch denkbar, dass der Gesetzgeber lediglich mit einer anderen Auffassung als das BVerfG über die Verfassungskonformität handelte.³¹ Es ist mithin lediglich die Wahrscheinlichkeit einer solchen Intention bestimmbar.

Hier lässt die Rechtsprechungspraxis des BVerfG³² drei mögliche Schlüsse zu: Zunächst könnten der Gesetzgeber und die Rechtsprechung fundamental unterschiedliche Auffassungen über die Verfassungsauslegung vertreten, was jedoch angesichts der gemeinsamen Werteordnung jedenfalls in dieser Anzahl ausgeschlossen ist. Ferner könnte der Gesetzgeber eine derart oberflächliche verfassungsrechtliche Betrachtung seiner Gesetzesvorhaben vornehmen, dass er wesentliche Probleme übersieht. Dies ist ebenfalls angesichts seiner großen Kompetenz fernliegend. Schließlich könnte der Gesetzgeber die Verfassungswidrigkeit auch billigend in Kauf nehmen und darauf hoffen, dass das BVerfG aus politischen Gründen selbst ein verfassungswidriges Gesetz bestehen lässt. Dieses Vabanquespiel ist am wahrscheinlichsten, weil es dem natürlichen Interesse der Politik entspricht, auch einen verfassungswidrigen Wählerwillen umzusetzen. Im Ergebnis ist deshalb – wenn auch nicht vollkommen zwingend – die Vermutung der Verfassungskonformität abzulehnen.

b. Objektives Telos

Die Annahme, dass vom objektiven Telos der Norm nur verfassungskonforme Auslegungsvarianten umfasst sind, sieht sich erheblichen Bedenken gegenüber: Es besteht hier die realistische Möglichkeit, dass nach der Anwendung dieser Auslegungsmethode Auslegungsvarianten möglich erscheinen, die verfassungswidrig sind.³³ Das objektive Telos müsste daher für eine Herleitung der verfassungskonformen Auslegung aus

normativen Gesichtspunkten eingeschränkt werden. Besonders ist hinsichtlich des objektiven Telos jedoch, dass es sich hierbei um eine objektivierte Betrachtung des Zwecks einer Norm handelt.³⁴ Darin liegt bereits eine Normativierung – fraglich ist lediglich, in welchem Umfang eine darüberhinausgehende Erweiterung möglich ist.

Hier bietet sich eine Parallele zu einer zivilrechtlichen Konstruktion an: Handelt es sich bei der Verfassungskonformität um eine Art Geschäftsgrundlage i. S. d. § 313 Abs. 1 BGB? Damit wäre die Verfassungskonformität etwas Selbstverständliches³⁵ und auch ohne Erwähnung im Gesetzgebungsverfahren ein Bestandteil der Norm, weshalb eine dahingehende Objektivierung des Telos der Norm unproblematisch wäre.

Bei einer derartigen Normativierung greifen jedoch dieselben Bedenken, die bereits beim subjektiven Telos vorgebracht wurden. Entscheidend ist, dass keine wesentlichen Unterschiede zwischen der Vermutung der Verfassungskonformität und der Verfassungskonformität als Geschäftsgrundlage vorhanden sind. Damit ist eine solche sowohl nach abstrakt-normativer, als auch nach konkret-empirischer Betrachtung nur mit einer geringen Wahrscheinlichkeit vorhanden. Auf Ebene des objektiven Telos wird damit aber eine Herleitung der verfassungskonformen Auslegung nicht nur unwahrscheinlich, sondern auch unmöglich. Es fehlt schließlich bei dieser vagen Ausgangsbasis das Fundament, damit eine derart starke Normativierung nicht zu einer unhaltbaren normativen Fiktion würde.

3. Systematik

Recht besteht immer im Kontext eines Normgefüges. Dieses ist geprägt von Hierarchie und Interdependenz, höherrangige Normen geben Prinzipien und Ermächtigungsgrundlagen für niederrangige Normen vor und werden gleichzeitig von ihnen konkretisiert. Dies führt zu einer wechselseitigen Beeinflussung zwischen den Normen, die mithin ohne Berücksichtigung des Normgefüges bzw. einer systematischen Auslegung unverstänlich bleiben.³⁶ In Deutschland gilt dies konkret in Bezug auf das Grundgesetz als höchstrangige

²⁹ Dies bestätigt sich in der mitunter vom BVerfG vorgenommenen Verpflichtung des Gesetzgebers – teilweise sogar mit präziser Fristsetzung – zu einem bestimmten Handeln, vgl. nur BVerfGE 101, 158 (238). Ferner gibt es auch die Möglichkeit, dass das BVerfG selbst Übergangsregelungen erlässt, vertiefend *Graßhof*, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2005, § 78 Rn. 72.

³⁰ Im Jahr 2015 alleine 111, s. hierzu die Jahresstatistik des BVerfG 2015, S. 20.

³¹ Dies ist möglich, denn auch bei der Verfassungsauslegung sind zu meist mehrere Varianten vertretbar, die Ausführungen in Fn. 17 gelten entsprechend.

³² Vgl. hierzu bereits Fn. 30.

³³ Die Ausführungen in Fn. 22 gelten entsprechend in Bezug auf das Telos des § 240 StGB.

³⁴ Für die Einordnung in das objektiv-teleologische Kriterium plädiert prominent *Larenz*, (Fn. 10), S. 339 ff.

³⁵ Vertiefend dazu *Unberath*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, 3. Auflage, 2012, § 313 Rn. 2 ff.

³⁶ Es handelt sich bei der skizzierten Operation nur um einen Teil der systematischen Auslegung, die als Methode insgesamt durchaus noch umfassender ist, vgl. eingehend *Rüthers/Fischer/Birk*, (Fn. 7), Rn. 744 ff.

Rechtsquelle.³⁷ Als Spitze des „Stufenbaus der Rechtsordnung“³⁸ ist es in der systematischen, verfassungsorientierten³⁹ Auslegung jeder anderen Norm zu berücksichtigen. Dem entspricht die Rechtsprechung des BVerfG seit der Lüth-Entscheidung, die auf eine besondere „Ausstrahlungswirkung“⁴⁰ auf einfachgesetzliche Normen und eine „objektiven Werteordnung“⁴¹ verweist.

Unter Berücksichtigung der Einheit der Rechtsordnung könnte sich hieraus die verfassungskonforme Auslegung herleiten lassen.⁴² Diesem Prinzip liegt die Annahme zugrunde, dass Gerechtigkeit durch eine Rechtsordnung nur auf Basis einheitlicher normativer Wertungen möglich ist. Insofern muss Recht eine widerspruchsfreie Einheit bilden, Widersprüche innerhalb dieser Einheit sind aufzulösen.⁴³ Entsprechend der Vorrangigkeit einzelner Rechtsnormen gilt damit der Grundsatz *lex superior derogat legi inferiori*. Mittelbar in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG kodifiziert⁴⁴ spricht dies zunächst für die Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung.⁴⁵

Die genaue Anwendung dieser Vorzugsregel im Hinblick auf die verfassungskonforme Auslegung bereitet jedoch Probleme. Zum einen können Widersprüche zwischen einfachem Recht und der Verfassung durch Orientierung an den von der höheren Rechtsstufe vorgegebenen normativen Wertungen aufgelöst werden. Zum anderen könnten auch die ganze Norm bzw. die entscheidenden Teile direkt – im Wege einer Kassation – vom Gesetzgeber oder dem BVerfG für nichtig erklärt werden. Der Unterschied zwischen den beiden vorgetragenen Lösungsmöglichkeiten liegt nicht in der grundsätzlichen Einordnung als Kassa-

tion, sondern in der Eingriffsintensität.⁴⁶ Die verfassungskonforme Auslegung ist schonender für die Rechtsordnung als die direkte Kassation einer Norm, jedoch wird durch beide die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung wiederhergestellt. Es lässt sich auf dieser Basis mithin nicht entscheiden welche Variante vorzuziehen ist. Die Einheit der gestuften Rechtsordnung kann somit keine hinreichende Begründung für die verfassungskonforme Auslegung sein.

Dennoch ist die verfassungskonforme Auslegung nicht unabhängig von dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung zu sehen, denn mit ihr soll auf ein Problem reagiert werden, dass sich aufgrund dieses Gedankens stellt. Damit wird der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung zur notwendigen Bedingung für die Herleitung der verfassungskonformen Auslegung, ungeachtet der Tatsache, dass die hinreichende Bedingung – die Entscheidung zwischen den zwei Handlungsalternativen – aufgrund anderer Kriterien gebildet werden muss.

4. Operation zum Normerhalt

An dieser Stelle setzt der Gedanke des Normerhalts – *favor legis* – an, mit dem herrschend die verfassungskonforme Auslegung begründet wird.⁴⁷ Grundannahme ist hierbei, dass es vorzuziehen sei, eine Norm zu erhalten, anstatt sie wegen einer einzelnen Kollision mit der Verfassung für nichtig zu erklären.⁴⁸ Im Schrifttum wird diese Annahme zumeist ohne nähere Diskussion als gegeben angenommen.⁴⁹ Dies ist unzureichend, denn es bedarf zumindest einer genaueren Einordnung der Frage, inwiefern staatliches Handeln schonend zu einem System zu sein hat, das zur permanenten Disposition des Gesetzgebers steht.⁵⁰

³⁷ Hierbei wurde das Europarecht ausgeklammert. Das Verhältnis von Unionsrecht zum Grundgesetz kann aber an dieser Stelle offenbleiben; vertiefend hierzu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 179 ff. mit weiteren Nachweisen. Ferner ist auch die aus dem Unionsrecht erwachsende richtlinienkonforme Auslegung nicht Gegenstand dieser Arbeit. Vertiefend zum Verhältnis zur verfassungskonformen Auslegung *Canaris*, Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung, in: FS R. Schmidt, S. 41 ff.

³⁸ Zu diesem Begriff s. insbesondere *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 73 ff.

³⁹ Zu diesem Begriff bereits ausführlich oben unter II. 2.

⁴⁰ BVerfGE 7, 198 (207).

⁴¹ BVerfGE 7, 198 (205).

⁴² Hierfür plädieren etwa *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 81 und *Engisch/Würtenberger*, Einführung in das juristische Denken, 11. Auflage, 2010, S. 103.

⁴³ Vgl. nur *Röhl/Röhl*, (Fn. 8), S. 153 ff. und insbesondere S. 585 ff.

⁴⁴ S. Maunz, in: idem/Dürig (Hrsg.), GG, 76. EL 12/2015, Art. 93 Rn. 26.

⁴⁵ Die verfassungskonforme Auslegung erscheint hier nur als logische Konsequenz eines allgemeinen Prinzips, warum sollte schließlich ausgerechnet Verfassungsrecht eine andere Wertung erfahren als z. B. Bundesrecht bei der bundesrechtskonformen Auslegung von Landesrecht, treffend hierzu *Löwer*, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. III, 3. Auflage, 2005, § 70 Rn. 126.

⁴⁶ Die interessante Frage der Einordnung der verfassungskonformen Auslegung zwischen Norminterpretation und Normkassation bildet nicht den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit. Es kann aber festgehalten werden, dass es sich bei der bei der verfassungskonformen Auslegung um eine Teilkassation ohne expliziten Eingriff in den Normtext durch den Rechtsanwender handelt. Überzeugend hierzu *Voßkuhle*, (Fn. 1), 182.

⁴⁷ Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass die verfassungskonforme Auslegung fraglos der „Tendenz [...] zur möglichsten Aufrechterhaltung auch fehlerhafter Rechtsakte“ (*Arnauld*, Rechtssicherheit, 2006, S. 307) im deutschen Recht folgt, hierbei aber kein eigenes Fehlerkalkül darstellt. Es handelt sich vielmehr um eine Erweiterung des bekannten Fehlerkalküls in Art. 93 Abs. 1 i.V.m. Art. 94 Abs. 2 S. 1 GG, § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, vgl. überzeugend hierzu *Lembke*, (Fn. 1), S. 185 ff. und erhellend zur ganzen Thematik *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 201 ff., der jedoch von „Fehlerfolgen“ spricht.

⁴⁸ Vgl. hierzu statt vieler *Voßkuhle*, (Fn. 1), 183; *Löwer*, (Fn. 45), spricht sogar von einer „Rettung“ des Gesetzes.

⁴⁹ Symptomatisch hierfür *Lüdemann*, (Fn. 1), 29.

⁵⁰ Freilich unter Beachtung des Vertrauensschutzes und der Ewigkeitsklausel in Art. 79 Abs. 3 GG.

a. Argumente aus der Praxis

Zunächst sprechen Erwägungen der Praktikabilität für den Normerhalt. Hierunter fällt die Vermeidung von Überlastung und temporären Rechtslücken, die im Falle einer Nichtigkeitserklärung entstünden. Überdies erscheint dies Belastung des ohnehin stark beanspruchten Gesetzgebers mit müßigen Detailkorrekturen eines Normtextes unverhältnismäßig.⁵¹

Mit diesen praktischen Argumenten ist eine grundsätzliche Problematik der Herleitung eines existierenden Phänomens angerissen: Die Bewertung von Argumenten hängt von der eigenen Perspektive ab. In Anbetracht des allgegenwärtigen Sparzwangs ist die Ressourcenschonung für den Praktiker ein derart starkes Argument, dass er bereits deshalb den Normerhalt favorisiert und damit die verfassungskonforme Auslegung herleitet.⁵² Auf abstrakt-normativer Ebene besitzen die praktischen Argumente jedoch nur eine geringe Tragkraft. Der Gesetzgeber in einer repräsentativen Demokratie hat die Aufgabe auf etwaige Veränderungen zu reagieren und entsprechende Kapazitäten vorzuhalten. Die verfassungskonforme Auslegung kann nicht Ausdruck einer Bequemlichkeit sein, sich dieser Pflicht zu entziehen. Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern angesichts der kompetenten Ministerialverwaltung ernsthaft eine Überlastung des Gesetzgebers droht. Überdies könnte durch Übergangsregelungen temporären Regelungslücken begegnet werden.

Damit steht eine Arbeit, die die Herleitung der verfassungskonformen Auslegung darstellen will, vor einem Dilemma. Ihre Existenz begründet die verfassungskonforme Auslegung bereits aus Gründen der Praktikabilität. Diese sind aber den Abgründen der Realität geschuldet und verfügen über kein Fundament im Idealzustand. Der Herleitung haftet damit zum einen der Makel der Notlösung an, zum anderen unterliegt sie auch den stetigen Veränderungen in der Realität. Bei einer Ressourcenvergrößerung z. B. wäre die verfassungskonforme Auslegung hinfällig. Eine rein faktische Betrachtung würde die Herleitung dennoch bereits an diesem Punkt abschließen. Da diese Arbeit aber alle rechtlichen Probleme zeigen will, sind auch weitere Gesichtspunkte zu erörtern.

b. Demokratieprinzip

Hervorstechend ist das Primat der Politik.⁵³ Nach diesem ist es das zuvörderst dem Gesetzgeber zustehende Recht normative Entscheidungen zu treffen, der folglich einen gebotenen Respekt vor den von ihm gefällten Entscheidungen einfordern kann. Die herausgehobene Stellung des Gesetzgebers gem. Art. 20 Abs. 2 GG und seine Funktion den Volkswillen zu repräsentieren verleiht seinen Entscheidungen eine hohe Legitimation und gewisse Dignität. Insgesamt sei deshalb „in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat“.⁵⁴ Unproblematisch ist es den Willen des Gesetzgebers zu einem prinzipiell schützenswerten Gut zu erklären, denn dieser ist als Kern der normativen Entscheidung vom Schutz durch das Demokratieprinzip umfasst. Das Problem dieser Herleitung liegt vielmehr darin, dass der Gesetzgeber nur in der normativen Fiktion ein Maximum seines Willens erhalten kann. In der Praxis unterliegt er jedoch der Gefahr, dass durch Neubestimmung des normativen Gehalts einer Norm das „gesetzgeberische Ziel [...] in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden“⁵⁵ könnte. Sollte aber man diese Gefahr durch umfassende Normkassations umgehen?

Dieser Frage liegt hintergründig ein Skeptizismus gegenüber der Rechtsprechung zugrunde,⁵⁶ der an dieser Stelle aber offensichtlich unbegründet ist. So wird zum einen die Staatsgewalt gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG auch durch die besonderen Organe der Rechtsprechung ausgeübt. Damit liegt in der Kompetenz der Gerichte zur verfassungskonformen Auslegung eine Verlagerung der Staatsgewalt und kein Gang in die Illegitimität. Zum anderen steht es dem Gesetzgeber frei, auch im Falle einer verfassungskonformen Auslegung, mit der sein Wille nicht entsprochen wird, eine neue einfachgesetzliche Regelung zu schaffen. Durch das Urteil entstehende negative Konsequenzen wären auch rückwirkend wieder revidierbar. Damit geht es im Kern um die Frage, ob von einem Eingreifen des Gesetzgebers als Ausnahme ausgegangen wird oder ob die Ausnahme zur Regel gemacht werden soll. Die besseren Argumente sprechen hier für die erste Alternative und damit für den Vorzug der verfassungskonformen Auslegung vor einer direkten Kassation: Dies ist in unproblematischen Fällen der schnellere, effizientere und insgesamt elegantere Weg, ferner ist der Vertrauensverlust der Rechtsprechung nicht so intensiv, dass man die derzeitige Praxis ändern sollte.

⁵¹ Zippelius (Fn. 1), S. 111 verweist dahingehend auf ein auch zwischen den Staatsorganen bestehendes „Übermaßverbot“.

⁵² Der Praktiker wird zwar auch weitere – abstraktere – Herleitungen anführen, diese dienen aber nur zur Legitimation und begründen keinen inneren Entschluss zur Durchführung der Operation der verfassungskonformen Auslegung.

⁵³ Freilich ein sonst zumeist in Bezug auf das Verhältnis von Politik und Militär gebrauchter Begriff, einer Verwendung im vorliegenden Kontext steht aber ersichtlich nichts im Wege.

⁵⁴ BVerfGE 86, 288 (320).

⁵⁵ BVerfGE 54, 277 (299).

⁵⁶ Instrukтив zu den verschiedenen Perspektiven auf die Rechtsprechung *Bumke*, in: idem (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 4 ff.

IV. Kritik der verfassungskonformen Auslegung

Um der eingangs skizzierten Verwirrung abschließend zu begegnen, soll die vorgenommene Herleitung nun noch kurz in den Kontext der Kritik eingeordnet werden. Diese lässt sich auf zwei Aspekte aufschlüsseln:

Zunächst könnte es sich bei der verfassungskonformen Auslegung um einen funktionalen Übergriff der Rechtsprechung in den genuinen Kompetenzbereich des Gesetzgebers handeln,⁵⁷ da mit ihr die Rechtsprechung selber rechtssetzend tätig werde.⁵⁸ Dies reißt große Thematiken – von Rechtsfortbildung bis zur Gewaltenteilung – an, die hier nicht in ihrem Umfang behandelt werden können.⁵⁹ Beschränken soll sich diese Betrachtung deshalb auf eine mögliche Kompetenzverlagerung zwischen den Staatsgewalten. Problematisch erscheint hierbei, dass die skizzierten Grenzen der verfassungskonformen Auslegung – intendierter Regelungszweck und wohl auch Wortlaut⁶⁰ – in der Praxis nicht mit letztem Nachdruck durch das BVerfG beachtet werden und so der Rechtsprechung ein nicht intendiertes Ausmaß an Kompetenz zuwächst.⁶¹ Hierfür lassen sich einige Beispiele anführen.⁶² Abseits der Frage, inwiefern hierin eine „verfassungskonforme Rechtsfortbildung“ liegen könnte,⁶³ kann in dem Überschreiten der Grenzen kein ernstes Problem liegen. Schließlich erwächst dem Gesetzgeber selbst bei einem Übergriff durch die Rechtsprechung kein dauerhafter Nachteil, denn ihm verbleibt immer noch die Möglichkeit zu durch positiv-rechtliche Regelung zu reagieren. Damit bleibt das Primat der Politik unberührt, mithin ist selbst bei einem Kompetenzübergriff die verfassungskonforme Auslegung nicht illegitim.

Zum anderen wird darauf verwiesen, dass die verfassungskonforme Auslegung zu einem funktionalen Übergriff innerhalb der Rechtsprechung zulasten der Verfassungsgerichtsbarkeit führen würde.⁶⁴ Schließlich führt die derzeitige Praxis der verfassungskonformen Auslegung dazu,

dass „ohne weiteres jedem Amtsrichter“⁶⁵ die Kompetenz zukommt, Verfassungsrecht auszulegen.⁶⁶ Damit tangiert die verfassungskonforme Auslegung das bestehende Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit, denn Verfassungsinterpretation ist die genuine Aufgabe des BVerfG.⁶⁷ Es stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit die Fachgerichtsbarkeit fachlich kompetent für die Verfassungsinterpretation ist. Nicht so sehr bei den obersten Bundesgerichten, aber insbesondere bei den unteren Instanzen erscheint dies zweifelhaft.⁶⁸ Ohne eine abschließende Beurteilung von Kompetenzen zu intendieren, muss man anerkennen, dass diese Befürchtung der positiv-rechtlichen Prinzips der Trennung von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit zugrunde liegt. Im Ergebnis überwiegt aber auch hier die Entlastung des BVerfG die abstrakte Gefahr inkompetenter Rechtsprechung, denn hierfür findet sich kein Beweis. Somit unterliegt die Praxis der verfassungskonformen Auslegung zwar einem abstrakten Makel, ist aber letztlich ohne realistische Alternative.

V. Fazit

Die vorangegangene Untersuchung hat gezeigt, dass sich auf vielen Ebenen Ansätze für eine Herleitung der verfassungskonformen Auslegung finden lassen. Ihre Legitimationsbasis ergibt sich bereits aus den positiv-rechtlichen Regelungen des Grundgesetzes. Unter Berücksichtigung der klassischen Auslegungsmethoden und insbesondere der systematischen Auslegung wird die verfassungskonforme Auslegung jedenfalls zu einer denkbaren Operation. Zu einer konkreten Herleitung wird dies, wenn man den Gedanken des Normerhalts heranzieht, der wiederum über eine breite Begründungsbasis verfügt. Die verfassungskonforme Auslegung wird damit zu einer Operation, die abstrakt im Grundgesetz angelegt, aufgrund der Einheit der Rechtsordnung möglich und aus praktischen und demokratietheoretischen Gründen notwendig ist.

⁵⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen unter III. 4. c.

⁵⁸ Deutliche vor allem *Bettermann*, (Fn. 3), S. 46, 55, der provokativ von einer „Vergewaltigung des Gesetzgebers“ spricht.

⁵⁹ Interessant ist hierbei insbesondere die Frage der Einordnung der verfassungskonformen Auslegung als Rechtsfortbildung, vertiefend hierzu *Lembke*, (Fn. 1), S. 44 ff.; zur Thematik der Gewaltenteilung erhellend *Badura*, Staatsrecht, 6. Auflage, 2015, S. 386 ff.

⁶⁰ Hierzu bereits oben eingehend, vgl. Fn. 19.

⁶¹ Bedenklich sind vor allem die wenig konsistenten Ergebnisse in der Praxis. *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 1148 spricht hier von einem „akrobatischen Umgang“ mit diesen Grenzen; *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage 1991, § 20 Rn. 9 (dort Fn. 17) verweist darauf, dass die verfassungskonformen Auslegungen zumeist „fern liegende, oft gekünstelte [...] Deutungen“ sein.

⁶² Genannt sei nur die Entscheidung über die Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe genannt, bei der konträr zum Wortlaut die Kompetenzen innerhalb der Gerichtsbarkeit verschoben wurden, BVerfGE 86, 288. Vgl. insbesondere das Sondervotum von *Mahrenholz*, BVerfGE 86, 288 (340 ff.).

⁶³ Vgl. hierzu bereits die Nachweise in Fn. 62.

⁶⁴ Dahingehend *Bettermann*, (Fn. 3), S. 46 ff., *Voßkuhle*, (Fn. 1), 185 ff.

⁶⁵ *Voßkuhle*, (Fn. 1), 179.

⁶⁶ Hierzu bereits die Anmerkungen in Fn. 20.

⁶⁷ Erhellend hierzu *Schlaich/Korioth*, (Fn. 2), Rn. 14 ff.

⁶⁸ Diese Bedenken werden verstärkt unter der Berücksichtigung, dass das Amtsgerichten gem. § 511 ZPO teilweise Eingangs- und Endinstanz zugleich ist, wodurch sich die Rechtsmittel gegen ein auf einer – fehlerhaften – verfassungskonformen Auslegung beruhendes Urteil auf die aufwendige Individualverfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG beschränken. Die Auswirkungen in der Praxis dürften in Anbetracht des Ausnahmecharakters und des niedrigen Schadens (bis 600€) aber begrenzt sein.