

der Forderung gegeben, dem Grundgesetz solle im Zweifel die Auslegung zugrunde gelegt werden, die zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung die Herrschende war. Dass auf ein Verfahren nach Art. 146 GG verzichtet wurde, geschah freilich auch vor dem Hintergrund der Akzeptanz des Grundgesetzes in dessen **Auslegung zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung**. Aus dieser Erkenntnis lässt sich aber keinesfalls eine Petrifizierung der Auslegung des Grundgesetzes zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung herleiten. Vielmehr gehörte zu dieser Auslegung, die vor allem und im Zweifel auf die Rechtsprechung des BVerfG zu stützen wäre, auch die Annahme, **dass das BVerfG das Grundgesetz tendenziell objektiv und dynamisch interpretiert**. Nichts ist dafür ersichtlich, dass jemand erwartet hätte, dass es sich dabei nur um eine vorübergehende Erscheinung handeln würde, die mit der Geltung des Grundgesetzes für ganz Deutschland seinen Abschluss hätte finden sollen. Anders gesagt: Hätte das deutsche Volk eine dynamisch wirkende Verfassungsgerichtsbarkeit nicht gewollt oder hätte es diese an striktere textliche Vorgaben binden wollen, hätte es (1990 und theoretisch jederzeit) die Gelegenheit (gehabt), sich im Rahmen des Art. 146 GG eine Verfassung zu geben, die bestimmtere Maßstäbe enthielte oder die auf andere Weise die Interpretationsspielräume des BVerfG bzw. seine Kompetenzen einschränken würde.

Die Betonung der objektiven Verfassungsauslegung ist aber keinesfalls nur die Herangehensweise des BVerfG – das damit seine eigene richterliche Macht gestärkt hat – gewesen. Es ist bemerkenswert, dass bereits 1949 *Walter Jellinek* in seinem Eröffnungsreferat der ersten **Staatsrechtslehrtagung** nach dem Krieg **für eine objektive Auslegung** des soeben entstandenen Grundgesetzes warb: „Bei jeder Auslegung des Bonner Grundgesetzes muß man bedenken, daß dieses Gesetz kein ausgeklügeltes Werk ist, wie etwa das in vielen Jahren geschaffene Bürgerliche Gesetzbuch; daher ist der sog. Umkehrschluß nur mit größter Vorsicht zu handhaben. Schweigen des Grundgesetzes ist nicht immer beredtes Schweigen, sondern kann auch Vergeßlichkeit sein. (...) Aber auch mit der historischen Auslegung müssen wir vorsichtig sein, etwa in der Richtung, daß wir Mitglieder des Parlamentarischen Rates fragen, was sie sich unter gewissen Wendungen gedacht haben. (...) weil ich selbst sehr davon überzeugt bin, daß ein Gesetz aus sich selbst heraus und nach seinen Zusammenhängen ausgelegt werden muß, und nicht nach der Meinung seiner Verfasser... Das Grundgesetz wollte verhindern, daß sich die Nöte der Weimarer Zeit wiederholen, und dieser gewollte Gegensatz zu der Weimarer Regelung scheint mir eines der wichtigsten Auslegungsmittel für das Bonner Grundgesetz zu sein.“<sup>153</sup>

Selbst Staatsrechtslehrer, nach deren Auffassung „die Kenntnis der Entstehungsgeschichte der betreffenden Bestimmung für ihre richtige Auslegung und für die zutreffende Feststellung ihrer Tragweite von entscheidender Bedeutung“ war, sahen sich mit dem Problem konfrontiert, dass „die vorhandenen amtlichen Materialien, insbesondere diejenigen des Bonner Parlamentarischen Rates, etwa zur Genesis des Art. 19 Abs. 4 GG recht dürftig und sachlich kaum ergiebig“<sup>154</sup> seien.

Darin mag eine gewisse **kritische Distanz zum Parlamentarischen Rat** erkennbar sein, der auch in der Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft anders und weniger als vermutlich eine vom Volk gewählte Versammlung wahrgenommen worden wurde. Aber diese Distanz war eine Distanz gegenüber den wesentlichen Inhalten oder der Grundausrichtung. Vielmehr prägte der demokratische Geist des Parlamentarischen Rates, einen Gegenentwurf zum Nationalsozialismus zu entwerfen, nunmehr auch die Staatsrechtslehre (und das BVerfG). Auch die **bewusst „staatstragende und verfassungstreue“ Haltung** der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetzes ist eine Antwort auf die kritische Distanz vieler Staatsrechtslehrer der Weimarer Zeit gegenüber der Weimarer Verfassung. Dies wurde in der ersten Tagung der Staatsrechtslehrer nach dem Krieg im Oktober 1949 geradezu beschworen. In seiner Begrüßungsansprache sagte *Richard Thoma*: „Das Werk

<sup>153</sup> *Jellinek* VVDStRL 8 (1950), 3 (5).

<sup>154</sup> *Klein* VVDStRL 8 (1950), 67, 78.

unserer Vereinigung war und bleibt Dienst am Verfassungsleben einer nach Einigkeit und Recht und Freiheit strebenden Volksgemeinschaft; Dienst an der richtigen Deutung und wohlwogenen Fortbildung des Staatsrechts eines demokratischen Rechtsstaates.<sup>155</sup> Und noch eindringlicher mahnte *Walter Jellinek* in seinem Eröffnungsreferat, „daß es auch für die Staatsrechtswissenschaft Gebote der Stunde gibt, so heute das Gebot, den Männern von Bonn bei ihrem schweren Werke beizustehen. Dies kann aber nicht durch allgemeine Erörterungen und Kritiken am Verfassungswerk geschehen, sondern nur durch tätige Mitarbeit an der Klärung bestimmter staatsrechtlicher Fragen.“<sup>156</sup> Dies wurde zum Selbstverständnis der Staatsrechtslehre seither – in den Worten von *Adolf Merkel*: „Der Staatsrechtslehrer ist nicht nur ein Lehrer, er ist auch ein Hüter der Verfassung.“<sup>157</sup>

- 97 Methodenpluralismus ist als Chance und als Zeichen einer offenen und lebendigen Verfassungsrechtswissenschaft zu begreifen, die dem Gedanken einer herrschaftsfreien Forschung Rechnung trägt. Dieser **Methodenpluralismus** ist als „anarchisch“<sup>158</sup> bezeichnet worden. Eine rein akademische Staatsrechtswissenschaft dürfte eine solche Charakterisierung als Bestätigung ihres Anspruchs **herrschaftsfreier Wissenschaftlichkeit** begreifen. Die Nähe zur Praxis und die wechselseitige Annäherung von Verfassungsrechtswissenschaft und verfassungsgerichtlicher Praxis indes wirft die Frage des Wissenschaftsbegriffs einerseits und der verfassungsrechtlichen Bindung des Verfassungsgerichts auch in seinen Methoden andererseits auf. Wer mit *Peter Häberle* ein offenes und integratives Verständnis der „Verfassung des Pluralismus“ hat und deren Interpretation einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpretation“ anvertraut, braucht darin keinen Widerspruch zu sehen. Die Ausführlichkeit und der Stil der Begründung von Entscheidungen des BVerfG huldigt solchem Methodenpluralismus, ist offen zB auch für rechtsvergleichende Erwägungen und entspricht einem Ansatz des Problemdenkens. Verfassungsgerichtsbarkeit ist danach nicht auf die Funktion der Ableitung von Konsequenzen aus Maßstäben, die durch den Verfassungstext, durch die Materialien des Parlamentarischen Rates oder durch vorstaatliche Prämissen vorgegebenen wären, beschränkt. Die Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft kann deshalb auch in ihrem **dogmatischen, praxisorientierten** Bereich ihre Wissenschaftsfreiheit leben.

### III. Methodenlehre im Spiegel des Verfassungsrechts und des Mehrebenensystems

- 98 In der Methodenlehre spielt ein Denken von der Verfassung her eine große Rolle. Zum einen ist die für die Methodenlehre zentrale Frage der Gesetzesbindung im Rechtsstaatsprinzip und im Demokratieprinzip verfassungsrechtlich verankert und im Grundgesetz auch doppelt positiviert (Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG). Zum anderen ist auch der materielle Vorrang des Verfassungsrechts in die Methodenlehre integriert. Beides ließe sich als **Konstitutionalisierung der Methodenlehre** bezeichnen.
- 99 **Konformauslegung** ist dabei längst ein weiter ausgreifendes Phänomen im **Mehrebenensystem**: Die Methode der Konformauslegung ist ein Hebel nicht nur zur Durchsetzung von Verfassungsrecht (gegenüber dem einfachen Recht), sondern auch von Bundesrecht (gegenüber Landesrecht) sowie von Völkerrecht und Unionsrecht (gegenüber nationalem Recht). Schließlich wirft das die Frage auf, inwieweit das Verfassungsrecht eine Konformauslegung, die an die Grenzen der Gesetzesbindung geht, nicht nur begründet, sondern auch begrenzt.
- 100 Der Ausgangspunkt der **Methode der verfassungskonformen Auslegung** von einfachrechtlichen Vorschriften hat eine hohe Plausibilität: Wenn für eine Norm mehrere Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen, ist diejenige Auslegung zu wählen, die mit der Verfassung vereinbar ist. Dass der Vorrang der Verfassung auch in die Methodenlehre

<sup>155</sup> *Thoma* VVDStRL 8 (1950), 1.

<sup>156</sup> *Jellinek* VVDStRL 8 (1950), 3.

<sup>157</sup> *Merkel* VVDStRL 8 (1950), 60 (Diskussionsbeitrag).

<sup>158</sup> *Böckenförde* in ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 28.

hineinwirkt, ist die Konsequenz der umfassenden Verfassungsbindung aller Staatsgewalt. Fern läge es, jedes Gesetz schon deshalb für verfassungswidrig zu halten, weil auch eine Auslegung in Betracht kommt, die nicht mit der Verfassung vereinbar wäre.

Die Option und gegebenenfalls die Gebotenheit der verfassungskonformen Auslegung wirken allerdings in die Handhabung der übrigen Auslegungsmethoden hinein und haben Vorwirkungen auf die (vermeintliche) Vorfrage, ob die Auslegung des einfachen Rechts überhaupt verschiedene Auslegungen zulässt. Die Methode der verfassungskonformen Auslegung kommt nicht nur zur Anwendung, wenn die übrigen Methoden der Auslegung zu einem völlig offenen Ergebnis führen. Der Vorrang des Verfassungsrechts bringt vielmehr eine **abstrakte Gewichtung der Auslegungsmethoden** ins Spiel. Welche der Auslegungsmethoden letztlich entscheidend ist, hängt sonst davon ab, mit welcher Methode sich mehr oder weniger starke Argumente generieren lassen. Es kommt also zB darauf an, wie eng eine Norm in ein systematisches Normengeflecht eingebunden ist und was die Gesetzesmaterialien über die Motive des Gesetzgebers hergeben: Mit starken Argumenten der Systematik lassen sich Motive des Gesetzgebers relativieren und umgekehrt können letztere auch die Durchbrechung einer Systematik plausibilisieren. Eine im Ergebnis verfassungswidrige Auslegung kommt hingegen unter keinen Umständen in Betracht. Eine starke Verdichtung der anderen Auslegungsmethoden, die zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen würde, hätte vielmehr die Verwerfung der Norm zur Folge. Das sollte allerdings aus verschiedenen Gründen die Ausnahme sein. Der Begründungsaufwand für die Verfassungswidrigkeit einer Norm ist besonders hoch und bei Gesetzen wird gegebenenfalls auch noch der Verfahrensaufwand einer Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG erforderlich. Im Zweifel werden Gerichte einen Argumentationsweg suchen, um ein verfassungsrechtliches Problem durch Auslegung und ohne Verwerfung der entscheidungserheblichen Normen zu lösen.

Die verfassungskonforme Auslegung legt es nahe, ihr entgegenstehenden Argumenten gar nicht erst nachzugehen bzw. deren Gewicht herunterzuspielen. Dafür streitet auch die **Vermutung der Verfassungskonformität** der Rechtssystematik und der gesetzgeberischen Motive.<sup>159</sup> In einem weiteren Sinne ist die verfassungskonforme Auslegung auch ihrerseits eine Ausformung der systematischen Auslegung. Mit einer stärker objektiven Auslegung lassen sich zudem verfassungsrechtliche Argumente meist auch als gewichtige Zwecke des Rechts darstellen. Die Frage, ob das für einzig verfassungskonform erachtete Ergebnis überhaupt durch Auslegung der Norm vertretbar zu erreichen ist (und dadurch die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit und gegebenenfalls Nichtigkeit der Norm vermeidbar ist) spitzt sich deshalb vor allem dann zu, wenn der Wortlaut der Norm das gewünschte Ergebnis nicht hergibt. Aber selbst die Wortlautgrenze ist – abgesehen vom Sonderfall des Strafrechts – nach der Rechtsprechung des BVerfG keine absolute. Vor allem ist die verfassungskonforme Auslegung eine Spielart der **teleologischen Reduktion**. Daneben kommen gegebenenfalls Methoden der **Analogie** und der **richterlichen Rechtsfortbildung** in Betracht.<sup>160</sup> Und auch deren Anwendung wird zugunsten der Erzielung eines verfassungskonformen Ergebnisses großzügig erweitert. Die Durchsetzung des materiellen Verfassungsrechts strahlt auf die **Spielräume der Methodenlehre** aus. In den Worten des BVerfG: „Je schwerer der verfassungsrechtliche Gehalt der gestärkten Position wiegt, umso klarer ist eine entsprechende Lösung dem Gericht wie dem Gesetzgeber durch die Verfassung vorgezeichnet und umso weiter kann die Befugnis der Gerichte reichen, diese Position im Wege der Rechtsfortbildung – auch unter Belastung einer gegenläufigen, aber schwächeren Rechtsposition – durchzusetzen.“<sup>161</sup> Nicht nur die Erweiterung, sondern auch die Begrenzung der Spielräume richterlicher Rechtsfortbildung

<sup>159</sup> Gegen eine Fiktion Reimer, Methodenlehre, 2016, Rn. 635.

<sup>160</sup> Krit. wegen der Vermengung dieser Methoden: Sauer in Krüper, Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 33.

<sup>161</sup> BVerfG Beschl. v. 24.2.2015 – 1 BvR 472/14, NJW 2015, 1506 Rn. 42 mit Verweis auf BVerfGE 96, 56 (62 ff.).

wird durch materielle Verfassungsinhalte indiziert. In der Entscheidung des BVerfG heißt es weiter: „Umgekehrt gilt jedoch genauso: Je schwerer die Belastung verfassungsrechtlich wiegt und je schwächer der verfassungsrechtliche Gehalt der damit durchzusetzenden Gegenposition ist, umso enger sind die Grenzen für die Rechtsfortbildung gesteckt, umso strikter muss sich also die zivilgerichtliche Rechtsfindung innerhalb der Grenzen des gesetzten Rechts halten.“<sup>162</sup>

- 103 Verfassungsinhalte und Methodenlehre verstärken Konstitutionalisierungstendenzen in Wechselwirkung. Materielle Verfassungsinhalte werden zum Ausgangspunkt der verfassungskonformen Auslegung. Die Anerkennung dieser Methode lädt dazu ein, nach Anknüpfungen im materiellen Verfassungsrecht zu suchen, um Interpretationsprobleme zu lösen, deren Lösungsbedürftigkeit sonst gar nicht erkannt worden wäre.
- 104 Organisationsrechtlich hat dies zwei Konsequenzen: Das BVerfG behält erstens die Deutungshoheit über die Verfassung und die in die Auslegung des einfachen Rechts ausstrahlenden Konsequenzen. Es hat damit auch selbst ein Instrument, anstelle des Gesetzgebers schöpferisch rechtsfortbildend Maßstäbe zu setzen. Zweitens ist die verfassungskonforme Auslegung ein Instrument, durch das alle Gerichte diese Machtstellung erhalten. Nur sekundär ist es das BVerfG selbst, das im Rahmen von Verfassungsbeschwerden bzw. von Normenkontrollverfahren zu diesem Instrument greift. Primär handelt es sich um ein Instrument, durch das Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG entbehrlich werden, weil das sonst vorlageverpflichtete Gericht dem Verfassungsrecht bereits durch Auslegung zur Durchsetzung verhilft. Dadurch entsteht eine Breitenwirkung dieser Methode, die als „Alltäglichkeit“<sup>163</sup> bezeichnet werden kann. Dass die Gerichte eine Vorlage an das BVerfG durch verfassungskonforme Auslegung entbehrlich machen können, ist für sie geradezu ein Anreiz, sich über gesetzgeberische Entscheidungen bis an den Rand des Vertretbaren hinwegzusetzen.
- 105 Die verfassungskonforme Auslegung hat eine euphemistische Tendenz zur **Konfliktvermeidung** bzw. zur Verschleierung von Normkonflikten. Dem Gesetzgeber bleiben der harte Vorwurf der Verfassungswidrigkeit einer Regelung und der Aufwand einer Neuregelung erspart. Es ist indes ein schmaler Grat, an dem die Schonung des Gesetzgebers vor der „harten“ Verwerfung einer Norm in eine Übergriffigkeit durch Vorwegnahme einer anderweitigen Regelung durch die Rechtsprechung umschlägt. Kriterien für die Grenzziehung könnten außer der Auslegung des Wortlautes und der Motive der betroffenen Norm auch die Vielfalt der in Betracht kommenden verfassungskonformen Ausgestaltungen einer Regelung sein. Das sind Fragen, die sich das BVerfG im Rahmen der Rechtsfolgen einer erfolgreichen Normenkontrolle zumindest stellt, nicht aber die nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlageberechtigten Gerichte, denen die verfassungskonforme Auslegung vor allem anvertraut ist. Rein theoretisch kann der Gesetzgeber natürlich auch eine verfassungskonform auslegende Rechtsprechung durch ein verfassungskonformes Gesetz ersetzen. Anders als bei sonstigem Richterrecht kann diese Option aber nicht als Element der Legitimation herangezogen werden: Denn wenn es hierfür Spielräume gibt, dann sollte ihre Ausfüllung dem Gesetzgeber überlassen und dh die verfassungswidrige Norm verworfen statt ausgelegt werden. Wenn das Verfassungsrecht jedoch keine Spielräume für unterschiedliche Ausgestaltungen lässt, dann kann die Untätigkeit des Gesetzgebers auch kein Argument der Billigung sein.
- 106 Es lässt sich zusammenfassen: Während das Verfassungsorganisationsrecht die in der Methodenlehre entwickelten Spielräume bestätigt und das Verhältnis der Auslegungsmethoden untereinander wenig geprägt hat, hat das materielle Verfassungsrecht ein erhebliches Potential, durch die Methode der verfassungskonformen Auslegung in die Methodenlehre und in die Entwicklung des einfachen Rechts auszustrahlen. In welchem Umfang

<sup>162</sup> BVerfG Beschl. v. 24.2.2015, 1 BvR 472/14, NJW 2015, 1506 Rn. 42 mit Verweis auf BVerfGE 122, 248 (301) – abwM.

<sup>163</sup> *Völkühle AöR* 125 (2000), 176 (184).

das praxisrelevant ist, würde eine Analyse der Rechtsprechung weniger des BVerfG selbst, sondern vor allem der nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlageberechtigten Gerichte voraussetzen. Die verfassungskonforme Auslegung indiziert ein Denken von der Verfassung her in allen Rechtsbereichen.

Die konstitutionelle Sogwirkung der Methode der verfassungskonformen Auslegung 107 ließe sich (abgesehen von einer restriktiven Interpretation des gegebenenfalls kollidierenden Verfassungsrechts) durch eine **Umkehrung der Begründungslast** durchbrechen: Während nach der jetzt herrschenden Rechtsprechung Kollisionen im Zweifel durch Konformauslegung zu lösen sind, ließe sich auch umgekehrt vertreten, dass Normkonflikte zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht im Zweifel vom Gesetzgeber selbst zu lösen sind. Das sollte insbesondere dann geschehen, wenn für die Lösung dieser Konflikte **verschiedene verfassungskonforme Ausgestaltungen** des einfachen Rechts in Betracht kommen und wenn die **Rechtsklarheit** dafür streitet, dass diese Ausgestaltung sich auch hinreichend im Wortlaut des Gesetzes niederschlägt. Zu Recht ist die Rechtsprechung des BVerfG zum Versammlungsrecht deshalb kritisiert worden: So plausibel ein abgestuftes Regelungsmodell für Eil- und Spontanversammlungen sein mag, so fern lag es, dieses durch eine verfassungskonforme Reduktion eines gesetzlich bestimmten und mit einer pauschalen Frist ausgestalteten Anmeldeerfordernisses zu erreichen. Außerdem sollte die **Vermutung der Verfassungskonformität** des gesetzgeberischen Willens bereits für den Fall **widerleglich** sein, dass sich aus den Materialien auch verfassungswidrige Motive ergeben. Schließlich wäre zu fordern, die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG großzügiger zu handhaben: Gerade weil Art. 100 Abs. 1 GG auch den parlamentarischen Gesetzgeber schützt, sollte nicht nur die Normverwerfung selbst dem BVerfG vorbehalten sein, sondern sollten auch Zweifel eines Gerichts bei der Abgrenzung zwischen der verfassungskonformen Auslegung und der Normverwerfung vor das BVerfG gebracht werden können. Solange Gerichte für eine zulässige Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG die Option der verfassungskonformen Auslegung ihrerseits negativ ausschließen und ihre Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm positiv begründen müssen, wird die Rolle der Gerichte bei der verfassungskonformen Ausgestaltung des Rechts forciert und der Gesetzgeber (der sich dagegen kaum wehren kann und sich auch gar nicht wehren will) insoweit entlastet. Auch das würde eine rechtsgestaltende und dabei verfassungsausgestaltende Funktion der Gerichte keinesfalls eliminieren. Die Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft hat eine sinnvolle Aufgabe darin, die verfassungskonforme Auslegung kritisch zu begleiten. Letzteres gilt insbesondere auch für mehrere weitere Ausprägungen der Methode der Konformauslegung.

Im Bundesstaat beobachten wir insbesondere auch das Phänomen der **bundesverfassungskonformen Auslegung des Landesverfassungsrechts**. Die **Homogenitätsklausel** des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG wirkt als ein Hebel. Dabei ist bemerkenswert, dass das BVerfG und auch die Literatur immer wieder betont haben, dass Homogenität nicht Konformität bedeute. Denn ein in die Breite und in die Tiefe gehendes Homogenitätsverständnis würde die Verfassungsautonomie der Länder und damit ein Wesenselement der Bundestaatlichkeit in Frage stellen. Umso problematischer und jedenfalls nicht von einer solchen Konzeption getragen ist es, wenn sich die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in vielen kleinen Schritten an der Rechtsprechung des BVerfG orientiert, damit Lücken des Landesverfassungsrechts füllt und dessen besondere Ausprägungen relativiert. In diese Richtung weisen auch Ansätze, Normen des Grundgesetzes zu „Bestandteilen“ des Landesverfassungsrechts zu erklären (dazu → § 16 Rn. 86 ff.). Dabei ist festzuhalten, dass das Schrifttum<sup>164</sup> der Konzeption des Hebels grundgesetzlicher Gewährleistungen als Be-

<sup>164</sup> Löwer in v. Münch/Kunig, 6. Aufl. 2012, GG Art. 28 Rn. 7: „in der neueren Literatur überwiegend bestritten“; Dreier in ders., 3. Aufl. 2015, GG Art. 28 Rn. 45; Möstl AöR 130 (2005), 350 (378); Dietlein in Bertrams (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre NWVerfGH, 2002, 203 (216): „unverhüllte Zweckkonstruktion zur Erweiterung der landesverfassungsgerichtlichen Kontrollbefugnisse“

standteilsnormen<sup>165</sup> des Landesverfassungsrechts überwiegend kritisch gegenübersteht. Die Unitarisierung der Rechtsprechung folgt insoweit weniger dem zentralen Druck des BVerfG, sondern einer dezentral vorauseilenden Tendenz der Landesverfassungsgerichte. Weniger spektakulär und umstritten, aber praktisch noch viel bedeutender, ist die Angleichung der Interpretation derjenigen sehr zahlreichen Begriffe und Normen, deren Wortlaut sich im Bundes- und Landesverfassungsrecht entsprechen. Wenn Landesverfassungsgerichte zur Konkretisierung der Maßstäbe solcher allgemeinen und gemeinsamen Prinzipien bis in die Details die richterlichen Maßstabsetzungen des BVerfG übernehmen, findet eine denkbar dichte Unitarisierung statt. Problematisch ist dies vor allem, wenn dabei Maßstäbe ohne deren hinreichende Kontextualisierung übertragen werden. Das gilt vor allem bei der Parallelisierung der Maßstäbe zur Wahlgleichheit. Diese haben sich in Jahrzehnten der Rechtsprechung des BVerfG und der Landesverfassungsgerichte immer weiter wechselseitig verschärft.<sup>166</sup> Dies geschah in bemerkenswerter Losgelöstheit von den jeweiligen normativen Anknüpfungspunkten im geschriebenen Verfassungsrecht. Einerseits hat die Rechtsprechung des BVerfG hier Maßstabsverschärfungen der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs NRW für den Bereich der Kommunalwahlen übernommen und die strenge Kontrolldichte auch auf die Wahlen zum Europäischen Parlament erstreckt, obwohl für diese Wahlen keine der beiden expliziten bundesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Wahlrechtsgleichheit (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG für die Bundestagswahlen und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG für Wahlen in den Ländern) direkt anwendbar ist. Andererseits hat der Verfassungsgerichtshof NRW<sup>167</sup> eine durch die Änderung der Landesverfassung verfassungslegitimierte kommunalrechtliche Sperrklausel am Maßstab des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG scheitern lassen und dabei strengere Maßstäbe angelegt als sie gem. Art. 79 Abs. 3 GG für den bundesverfassungsändernden Gesetzgeber gelten würden. Dafür spricht zwar, dass neben Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch der Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG als weiterer Maßstab für Landesverfassungsrecht in Betracht kommt. Problematisch daran ist aber, dass die Rechtsprechung für die Konkretisierung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG Maßstäbe entwickelt hat, die auf dem Argument der Folgerichtigkeit des einfachen Gesetzgebers beruhen. Diese Maßstäbe wurden entkontextualisiert und auf den verfassungsändernden Gesetzgeber übertragen, für den die Prämissen der Folgerichtigkeits-Rechtsprechung nicht passen.

- 109 Bezüglich der Gesamtentwicklung der Maßstäbe der Wahlrechtsgleichheit lässt sich beobachten: Der Staatsgerichtshof der Weimarer Zeit hatte die Erfolgswertgleichheit auf die explizite Verfassungsentscheidung für ein Verhältniswahlrecht in der Weimarer Verfassung gestützt. Letztere fiel im Grundgesetz weg. Das BVerfG hat die Erfolgswertgleichheit dennoch als Maßstab perpetuiert und dies auf die Folgerichtigkeit der Entscheidung des einfachen Gesetzgebers für das Verhältniswahlrecht gestützt. Die Materialien zum Grundgesetz sprechen für die Zulässigkeit einfachrechtlicher Sperrklauseln und erst recht dafür, solche auf Ebene des Verfassungsrechts regeln zu können. Nach und nach haben sich die Maßstäbe der Erfolgswertgleichheit der Wahl in der Rechtsprechung verschärft und verdichtet. Es mag zwar plausibel sein, die Offenheit des Grundgesetzes nicht nur als Spielraum für den Gesetzgeber, sondern auch als Spielraum für die verfassungsgerichtliche Entwicklung von Maßstäben zu deuten. Dass solche Rechtsprechung dann aber sogar den verfassungsändernden Gesetzgeber binden können, ist eine höchst problematische Annahme einer Konstellation verfassungswidrigen Verfassungsrechts. Die guten Gründe, die nach hM (und auch nach der insoweit differenzierenden Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs NRW) dagegen sprechen, dass verfassungsunmittelbare Sperrklauselregelungen gegen Art. 79 Abs. 3 GG bzw. gegen Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verstoßen, streiten auch dagegen, die zur Konkretisierung der Wahlgleichheit iSd Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und des

<sup>165</sup> BVerfGE 1, 208 (227); 4, 375 (378); 60, 53 (61); 66, 107 (114); BremStGH NJOZ 2009, 4325 (4330) unter Berufung auf BVerfGE 103, 332 (352 f.); 120, 82 (104).

<sup>166</sup> Historische Rekonstruktion der Entwicklung der Verfassungstexte und der Rechtsprechung seit der Weimarer Zeit bei *Michael*, Verfassungsunmittelbare Sperrklauseln auf Landesebene, 2015, 18 ff., 32 ff.

<sup>167</sup> VerfGH NRW, Urteile v. 21.11.2017 – VerfGH 21/16 u. a.

Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG entwickelten, strengen Maßstäbe ohne weiteres auch auf eine Änderung von Landesverfassungsrecht anzuwenden. Der Verfassungsgerichtshof NRW selbst hat zur Verschärfung der Rechtsprechung zur Wahlrechtsgleichheit maßgeblich beigetragen und hat in extensiver Auslegung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG die bundesstaatliche Verfassungsautonomie der Länder empfindlich beschränkt.

Der verfassungskonformen Auslegung korrespondiert auch die **völkerrechtsfreundliche Auslegung**<sup>168</sup> des deutschen Rechts. Durch sie wird die verfassungskonforme Auslegung gegebenenfalls ergänzt (durch weitere Inhalte), verstärkt (durch parallele Inhalte) oder auch relativiert (durch gegenläufige Inhalte). Der Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung wird in einer Gesamtschau verschiedener Normen des Grundgesetzes verankert. Das sind Normen, die den gemeinsamen Zweck haben, die Integration der Bundesrepublik in die internationale Gemeinschaft zu ermöglichen. Dazu gehören die Präambel sowie die Art. 1 Abs. 2, Art. 23–26 und Art. 59 GG. Dass Normen des Grundgesetzes zur Begründung einer Methode herangezogen werden, liegt daran, dass die völkerrechtsfreundliche Auslegung im Vergleich zu den überkommenen Methoden ein jüngeres Phänomen ist und dass das Verhältnis dieser Methode zum Vorrang der Verfassung ein besonderes Problem darstellt. Die Konzeption der völkerrechtsfreundlichen Auslegung soll zwar den Vorrang der Verfassung nicht aushebeln und auch keinen Gleichrang der EMRK mit dem Grundgesetz anerkennen. Aber der EMRK kommt eine „normative Leitfunktion“<sup>169</sup> und – ungeachtet ihrer formalen Kategorisierung als einfaches Bundesrecht – „verfassungsrechtliche Bedeutung“<sup>170</sup> zu. Mit der völkerrechtskonformen Auslegung wird deshalb die Bedeutung der innerstaatlichen Normenhierarchie nicht verstärkt, sondern relativiert: Sie hat zur Konsequenz, dass sogar die Verfassung im Lichte des einfachrechtlichen Völkerrechts ausgelegt wird, während bei der verfassungskonformen Auslegung umgekehrt das einfache Recht im Lichte der Verfassung interpretiert wird.

Noch stärker als bei der verfassungskonformen Auslegung gilt für die völkerrechtsfreundliche Auslegung, dass sie geeignet ist, **Normkollisionen zu vermeiden**, und dass sie zu diesem Zweck eingesetzt wird. Die Gewährleistungen der EMRK wirken als Prinzipien im Rahmen der Interpretation und Anwendung des nationalen Verfassungsrechts. Das impliziert auch die Möglichkeit, Ausprägungen des nationalen Verfassungsrechts zum Tragen zu bringen statt sie zu nivellieren. Abweichende Akzentuierungen der EMRK ebenso wie der nationalen Grundrechte sind zu berücksichtigen und in die Abwägung einzustellen.

Eine weitere Gemeinsamkeit mit der verfassungskonformen Auslegung besteht darin, dass sie in die Handhabung und Gewichtung der **anderen Auslegungsmethoden hineinwirkt** und gegebenenfalls auch Aufgaben der Gerichte zur Rechtsfortbildung begründet.<sup>171</sup> Auch die Existenz und Reichweite von Interpretationsspielräumen ist eine Interpretationsfrage. Weil sich die völkerrechtsfreundliche Auslegung als Interpretationskonzept etabliert hat, werden nicht nur bestehende Spielräume ausgefüllt, sondern solche Spielräume auch gesucht und andere Interpretationsmethoden (Wortlaut, Systematik, historischer, subjektiver Wille des deutschen Gesetzgebers, sonstiges Telos) werden relativiert. Das Methodenrecht ist dafür offen, weil die Interpretationsmethoden selbst nicht streng hierarchisch gelten, sondern nur Prinzipien sind.

Soweit im nationalen Recht Auslegungs- und Ermessensspielräume sowie Lücken bestehen, soll gegebenenfalls die EMRK einschließlich der Rechtsprechung des EGMR deren Ausfüllung determinieren.<sup>172</sup> Ähnlich dem Vorrang der Verfassung wird auch die „lex posterior“-Regel nicht aufgegeben, aber ihre praktische Relevanz wird durch die **Vermutung der Völkerrechtsfreundlichkeit auch des gesetzgeberischen Willens** auf

<sup>168</sup> Payandeh JöR 57 (2009), 465.

<sup>169</sup> BVerfG(K) NJW 2007, 499, 501.

<sup>170</sup> BVerfGE 128, 326 (366 f.) – Sicherungsverwahrung IV.

<sup>171</sup> BVerfGE 111, 307 (315) – EGMR-Entscheidungen.

<sup>172</sup> BVerwGE 110, 203 (205 f., 210) = NVwZ 2000, 810 f.; In BVerfG(K) NJW 2007, 2686 (2688) wird gefordert, „die einschlägige Fallrechtsprechung des EGMR“ zu erwägen.

den meist theoretischen Fall des „treaty override“ reduziert.<sup>173</sup> Im Grundsatz erstreckt sich die völkerrechtsfreundliche Auslegung auch auf solches Bundesrecht, das später als die EMRK in Kraft tritt.

- 114 Auch im Verhältnis der EMRK zum Landesrecht drängt sich auf, den „weichen Ansatz“ der Konfliktvermeidung – auch zugunsten des Landesrechts – zum Tragen zu bringen. Aus dem bundesrechtlichen Zustimmungsgesetz zur EMRK nach Art. 59 Abs. 2 GG folgt nicht die Anwendung des rigiden Art. 31 GG auf jede potentielle Normkollision der EMRK mit dem Landesrecht.<sup>174</sup> Art. 31 GG ist für echte Normwidersprüche, nicht aber für Gewichtungsverlagerungen innerhalb prinzipiengeleiteter Wertentscheidungen konzipiert.<sup>175</sup> Eine geltungserhaltende Konformauslegung des Landesrechts ist jedenfalls nicht weniger in Betracht zu ziehen als eine Konformauslegung des Bundesrechts. Das bestätigt auch Art. 142 GG.
- 115 Von noch größerer Bedeutung ist das Pendant der **unionsrechtskonformen Auslegung**. Das gilt vor allem für die **richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung**. Diese ist rein quantitativ deshalb von so großer und **steigender praktischer Bedeutung**, weil – im Vergleich zu den Bestimmungen des Verfassungs- und Völkerrechts – eine ganze Flut von Richtlinien Anknüpfungspunkte für Konformauslegungen bietet. Außerdem sind solche Richtlinien, ihre Erwägungsgründe und die Materialien ihrer Entstehung als Anknüpfungspunkte in der Regel viel detaillierter. Das reduziert die Möglichkeiten, ihren Einfluss auf das nationale Recht durch restriktive Auslegung zu begrenzen. Schließlich existiert mit dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV ein Verfahren, in dem die Interpretation des Unionsrechts durch den EuGH geklärt werden kann und gegebenenfalls muss.
- 116 Diese Methode leistet einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Vereinheitlichung des Rechts in der Union und dies mag man – abgesehen von der jeweiligen inhaltlichen Einschätzung der Sachgerechtigkeit – zugunsten des Binnenmarktes im Ergebnis begrüßen. Unter methodischen Gesichtspunkten bestehen dagegen indes erhebliche Bedenken. Diese sind an dieser Stelle zu behandeln, weil manches dafürspricht, dass der Verbreitung der Methode das **Vorbild der verfassungskonformen Auslegung** und damit ein falsch verstandenes Denken von der Verfassung her Vorschub leistet. Dem kann nicht nur aus einer Perspektive vom Staat her manches entgegengesetzt werden. Vielmehr zeigt sich, dass ein Denken von der Verfassung her nicht ohne weiteres auf ein Denken vom Unionsrecht übertragen werden sollte. Auch durch die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung werden andere Methoden dominiert und zugunsten des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts zurückgedrängt bzw. forciert. Vor allem die **Vermutung der Unionsrechtskonformität des Willens des nationalen Umsetzungsgesetzgebers** ist ein Argument, mit dem die Gerichte und vor allem der BGH<sup>176</sup> die Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts immer wieder bis an die Grenzen des Vertretbaren ausreizen.<sup>177</sup> Dass der Gesetzgeber diese Vermutung nur durch einen sehr deutlichen Willen zur Abweichung soll widerlegen können, überzeugt nicht. Es ist vielmehr zu vermuten, dass der Gesetzgeber einen solchen Willen zur Abweichung nicht offenlegen würde, um nicht seinerseits politisch zu provozieren und ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH herauszufordern. Es läge deshalb umgekehrt nahe, die subjektive Auslegung des Umsetzungsgesetzgebers so zu handhaben, dass jeder Hinweis auf nationale Besonderheiten als spezifischer Ausgestaltungswille ausgelegt werden sollte, dem im Zweifel bis an die Grenzen des unionsrechtlich vertretbaren auch Rechnung zu tragen ist.

<sup>173</sup> BVerfGE 74, 358 (370) – Unschuldsvermutung.

<sup>174</sup> So aber März in v. Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 31 Rn. 33 und Walter in Dörr/Grote/Maruhn Kap. 31 Rn. 16.

<sup>175</sup> Dazu allgemein Koriath in Dürig/Herzog/Scholz, 50. Lfg., GG Art. 31 Rn. 13 (zur EMRK allerdings ebd., Rn. 19).

<sup>176</sup> BGHZ 150, 248 (Heininger), BGHZ 179, 27 (Quelle), BHHZ 192, 148 (Weber); BGHZ 201, 101 (Policenmodell); BGH 17.12.2014 – IV ZR 260/11, NJW 201, 1023 (Antragsmodell).

<sup>177</sup> Krit.: Michael Der Staat 54 (2015), 349 ff.