

Normenkontrollen – Teil 4

Fragen der Zulässigkeit: Rechtssatzverfassungsbeschwerde und Kommunalverfassungsbeschwerde

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf*

IV. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der wichtigsten Normenkontrollverfahren (Fortsetzung)

4. Individualverfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als Rechtssatzverfassungsbeschwerden

Dass die Individualverfassungsbeschwerde in erster Linie dem Schutz subjektiver Rechte dient, ist evident. Aber ebenso klar ist, dass die Konsequenzen einer erfolgreichen Rechtssatzverfassungsbeschwerde gegebenenfalls darin bestehen, dass objektiv und erga omnes die Norm für nichtig erklärt wird. Der einzelne Beschwerdeführer übt damit die Funktion aus, nicht nur für sich, sondern gegebenenfalls auch für andere und potentiell für alle Bürger verfassungsrechtliche Rechte geltend zu machen. Das BVerfG wird durch die Verfassungsbeschwerde zu einem „Bürgergericht“¹. Die Verfassungsbeschwerde steht funktional neben dem Grundrecht auf Petition aus Art. 17 GG und in einem weiteren Sinne auch neben den Kommunikationsgrundrechten aus Art. 5 und 8 GG sowie neben dem Wahlrecht aus Art. 38 GG. Der Beschwerdeführer wird auch prozessual als Teil einer „offene[n] Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“² verfassungsrechtlich anerkannt.

Auch wenn die Verfassungsbeschwerde zunächst einfachgesetzlich eingeführt und erst nachträglich auch im Grundgesetz verankert wurde, ist sie nicht nur quantitativ das dominierende, sondern auch qualitativ das unsere Verfassungsgerichtsbarkeit prägende Verfahren. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde als seine Berufung angenommen und legt – aller Überlastung zum Trotz – die Zulässigkeitsvoraussetzungen in manchen Konstellationen geradezu spektakulär großzügig aus (z.B. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde über Europäisches Sekundärrecht, soweit jedenfalls der Solange II-Vorbehalt geltend gemacht wird³, Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden in Ultra-vires-Konstellationen und bei Integritätsrügen wegen eines „Anspruchs auf Demokratie“ aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG⁴, Entscheidung über Verfassungsbeschwerde eines verstorbenen Beschwerdeführers⁵). Auf der

anderen Seite ringt das BVerfG darum, sich durch ungeschriebene, zusätzliche Zulässigkeitshürden (selbst, gegenwärtige, unmittelbare Betroffenheit sowie Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde) der Flut der Verfassungsbeschwerden zu erwehren.

a) Zuständigkeit

Das BVerfG ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a (1. Fall) BVerfGG für Individualverfassungsbeschwerden zuständig. Erwähnt sei hier, dass die Landesverfassungen nur zum Teil⁶ Individualverfassungsbeschwerden zu den Landesverfassungsgerichten regeln.

b) Beschwerde- und Prozessfähigkeit

Beschwerdefähig ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG „Jedermann“. Das setzt immerhin die Grundrechtsfähigkeit voraus. Gemeint sind also primär die Bürger, also Private. Wir sprechen deshalb auch von der Individualverfassungsbeschwerde (im Gegensatz zur Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG). Beschwerdefähig sind aber freilich auch juristische Personen, soweit sie nach Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsfähig sind. Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind nur unter besonderen Voraussetzungen ebenfalls „Jedermann“ wie ein Bürger. Die Prozessfähigkeit ist im Bundesverfassungsgerichtsgesetz nicht geregelt. Sie ist – mangels Vergleichbarkeit – nicht in Analogie zu den sonst geltenden prozessrechtlichen Regelungen streng formal an der Geschäftsfähigkeit zu messen, sondern an dem weichen Kriterium der Grundrechtsmündigkeit, die Minderjährigen je nach Einsichtsfähigkeit zukommen kann.⁷ Hier zeigen sich einmal mehr der Eigenstand des Verfassungsprozessrechts und die Außerordentlichkeit des Rechtsbehelfs der Verfassungsbeschwerde für „Jedermann“.

Zur Vertiefung: Es ist zu beachten, dass bei juristischen Personen die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG bereits in der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde zu prüfen sind. Für Liebhaber akademischer Differenzierungen⁸ betreffen sie genauer betrachtet zwei verschiedene Zulässigkeitsstationen. Im Rahmen der Beschwerdefähigkeit ist dann nur zu erörtern, ob die juristische Person in den von Art. 19 Abs. 3 GG genannten Kreis fällt, ob sie also z.B. eine inländische juristische Person ist. Ob ein Grundrecht dem Wesen nach auch auf juristische Personen anwendbar ist, ist eben-

* Der Verf. ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Beitrag ist die Fortsetzung des Beitrags „Normenkontrollen – Teil 3 – Fragen der Zulässigkeit: Konkrete Normenkontrolle“, ZJS 2014, 356.

¹ Häberle, JÖR 45 (1997), 89 (112 ff., 131) = ders., Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht, Ausgewählte Beiträge aus vier Jahrzehnten, 2014, S. 139 (162 ff., 182 f.); ders., Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl. 2011, S. 476.

² Häberle, JZ 1975, 297; ders., Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998, S. 155 ff.

³ BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung.

⁴ BVerfG, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvE 6/12 u.a., Rn. 125 = EuGRZ 2014, 193 (211), mit Verweis auf BVerfG, Vorlagebeschl. v. 14.1.2014 – BvR 2728/13 u.a., Rn. 53, einerseits und auf BVerfGE 123, 267 (340); 129, 124 (177); 132, 195 (238 Rn. 104) andererseits.

⁵ BVerfGE 124, 300 – Wunsiedel.

⁶ So z.B. in Art. 53 Verfassung Mecklenburg-Vorpommern, nicht aber bspw. in der Verfassung Nordrhein-Westfalen. In Bayern ist die Verfassungsbeschwerde keine Rechtssatzverfassungsbeschwerde, der Sache nach erfüllt aber die Popularklage diese Funktion.

⁷ BVerfGE 1, 87 (88 f.); Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 12 Rn. 21.

⁸ Die Literatur verzichtet meist auf diese Differenzierung, etwa Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 207.

falls eine Voraussetzung des Art. 19 Abs. 3 GG, die aber streng genommen nicht die Jedermann-Eigenschaft betrifft, die juristischen Personen des Privatrechts grundsätzlich zukommt,⁹ sondern vom jeweils „eingeklagten“ Grundrecht abhängt und deshalb in der Beschwerdebefugnis geprüft werden sollte.

c) Beschwerdegegenstand

Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde können Akte der „öffentlichen Gewalt“ i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG sein. Der Beschwerdegegenstand ist weiter gefasst und erfasst nicht nur Normen, geschweige denn nur bestimmte Kategorien von Normen. An dieser Stelle soll nur auf Rechtssatzverfassungsbeschwerden näher eingegangen werden. Abermals sei aber darauf hingewiesen, dass auch bei Urteilsverfassungsbeschwerden eine inzidente Normenkontrolle stattfinden und zur Normverwerfung erga omnes führen kann. Beschwerdegegenstände einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde sind Gesetze sowohl im formellen als auch im materiellen Sinne, also auch Rechtsverordnungen oder Satzungen.

Mit Akten der öffentlichen Gewalt sind an sich nur *deutsche Rechtsakte* gemeint, also solche des Bundes oder des Landes oder nationaler Körperschaften. Für Normen des *Unionsrechts* gilt das zur abstrakten Normenkontrolle Gesagte (dazu Teil 2 unter 2. c). Das bedeutet, dass eine Verfassungsbeschwerde, in der die Grundrechts-Kontrolle i.S.d. Solange II-Formel reaktiviert werden soll¹⁰ oder in der Sekundärrecht als ausbrechender Hoheitsakt der Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG oder der Identitätskontrolle¹¹ unterworfen werden soll, nicht formal am Beschwerdegegenstand scheitern würde. Hier gilt abermals, dass das BVerfG in den Fällen, in denen es seine Hüterrolle in der Sache wahrnehmen will, Zulässigkeitsvoraussetzungen abweichend von sonst restriktiven Kriterien großzügig auslegt (dazu Teil 2 unter 1.). An dieser Stelle zeigt sich übrigens auch, dass sich das Verfassungsprozessrecht gelegentlich einer strikt schematischen Zuordnung zu einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen sträubt. Denn in diesen Fällen würde der Beschwerdegegenstand davon abhängen, was der Beschwerdeführer zur Begründung seiner Beschwerdebefugnis vorträgt. Wollte man dies in einem strikten Schema abbilden, böte sich an, ausnahmsweise die Beschwerdebefugnis entgegen der (keineswegs logisch zwingenden) Gewohnheit vor dem Beschwerdegegenstand zu erörtern.

⁹ BVerfGE 46, 73 (83), wo das BVerfG die einzelnen Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 2 GG zwar ausdifferenziert, ohne sie freilich explizit Zulässigkeitsstationen zuzuordnen.

¹⁰ BVerfGE 102, 147 (Ls. 1 und 2) – Bananenmarktordnung.

¹¹ Zu der Unterscheidung zwischen der Identitätskontrolle am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG und der Ultra-vires-Kontrolle am Maßstab des Primärrechts *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 88.

d) Beschwerdebefugnis

Der Beschwerdeführer muss die Verletzung eines im Grundgesetz garantierten Grundrechts oder eines der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten grundrechtsgleichen Rechte plausibel geltend machen.

Welche in Betracht kommenden Grundrechte in einem Gutachten an dieser Stelle bereits anzusprechen sind, hängt davon ab, ob es sich um eine Aufgabenstellung aus Sicht des Gerichts (bereits erhobene Verfassungsbeschwerde) oder aus Sicht des Beschwerdeführers/Anwalts (noch nicht erhobene Verfassungsbeschwerde) handelt. Im ersten Fall ist auf alle geltend gemachten Rechte und nur auf diese einzugehen. Sind mehrere Grundrechte gerügt, ist für jedes geltend gemachte Recht zu fragen, ob es für sich genommen die Zulässigkeit begründen kann. Bei einer Aufgabenstellung aus der Anwaltperspektive sind alle Grundrechte zu benennen, deren Verletzung in der Begründetheit geprüft werden soll. Es ist hier also nicht – wie bei § 42 Abs. 2 VwGO – der „Adressatentheorie“ zu folgen. Zwar würde auch für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegebenenfalls die Rüge des Art. 2 Abs. 1 GG genügen. Aber anders als bei der Anfechtungsklage sind bei diesem spezifisch auf die Grundrechte bezogenen Verfahren die gerügten Grundrechte auch zu benennen. Jedenfalls der *Erste Senat* des BVerfG prüft auch in der Begründetheit nur die gerügten Grundrechte.

Zur Vertiefung: Zu beachten ist, dass die Verfassungsbeschwerde nicht auf die Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention oder eines Grundrechts der Grundrechte-Charta gestützt werden kann. Allerdings können diese europäischen Gewährleistungen indirekt relevant werden, nämlich im Rahmen der völker- bzw. unionsrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes. Gegebenenfalls ist die Verfassungsbeschwerde insoweit auf das entsprechende deutsche Grundrecht zu stützen und im Rahmen der Begründetheit dann dessen Auslegung im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention bzw. der Grundrechte-Charta zu erörtern.

Die *Verletzung* des Grundrechts ist erst im Rahmen der Begründetheit zu prüfen. Für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde reicht die Möglichkeit einer solchen Verletzung aus. Lediglich wenn etwa der Schutzbereich eines Grundrechts evident nicht eröffnet ist, kann die Schutzbereichsprüfung in die Zulässigkeit „vorverlagert“ werden.

In der Beschwerdebefugnis zeigt sich, dass die Verfassungsbeschwerde – anders als etwa die abstrakte Normenkontrolle – als ein subjektiv-rechtliches Verfahren konzipiert ist. Aber die Geltendmachung subjektiver Rechte bewirkt zumindest faktisch auch eine objektiv-rechtliche Kontrolle, schon weil die Norm mit Wirkung für alle auf den Prüfstand kommt. Mehr noch: Das Bedürfnis nach objektiv-rechtlicher Kontrolle führt dazu, subjektive Rechte zu funktionalisieren und gegebenenfalls auch weit auszulegen.¹² Im Sinne einer solchen funktionalen Subjektivierung des Rechts wird die Beschwerdebefugnis in zweierlei Hinsicht vom BVerfG äußerst *großzügig* interpretiert:

¹² Zur Eigenständigkeit einer objektiv-rechtlichen Bedeutung der Verfassungsbeschwerde *Marsch*, AöR 137 (2012), 592.

Erstens reicht es nach der Elfes-Rechtsprechung¹³, wenn der Beschwerdeführer die Betroffenheit eines Grundrechts – und sei es der als Auffanggrundrecht interpretierten allgemeinen Handlungsfreiheit – geltend macht, auch wenn der Verfassungsverstoß selbst eine rein objektiv-rechtliche Bestimmung des Staatsorganisationsrechts betrifft (also z.B. das Gesetzgebungsverfahren). Denn ein formell verfassungswidriges, freiheitsbeschränkendes Gesetz verletzt gegebenenfalls auch die Grundrechte.¹⁴ Anders ausgedrückt fungiert die Verfassungsbeschwerde so auch als Normenkontroll-Instrument objektiver Rechtsstaatlichkeit. Die subjektive Grundrechtsverletzung kann also als bloßer „Aufhänger“ fungieren, ohne den Kern des Verfahrens auszumachen.

Zweitens interpretiert das BVerfG Art. 38 Abs. 1 GG, genauer dessen Wahlrechtsgarantie, als subjektives, mit der Verfassungsbeschwerde rügefähiges Recht gegen die Entstaatlichung. Dies ist von erheblicher Tragweite, denn dadurch wird das BVerfG zum ständigen Überwacher der Schritte zur Europäischen Integration. Gegenstand solcher Kontrolle sind jeweils die deutschen Zustimmungsgesetze. Die Bedeutung solcher Verfahren ist umso größer, je mehr sich das BVerfG in anderen Konstellationen zurückhält, indem es seine Grundrechtskontrolle gegenüber dem Unionsrecht und dessen Umsetzung nur insoweit ausübt, als den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume bleiben, und indem es sich im Übrigen auf eine Identitäts- bzw. Ultra-vires-Kontrolle beschränkt. Die auch politische Bedeutung solcher Verfassungsbeschwerden gegen Integrationsgesetze kann gar nicht überschätzt werden. Ganz Europa schaut bei Vertragsrevisionen des Primärrechts einerseits auf die Mitgliedstaaten, die hier Plebiszite vorsehen, und andererseits auf das BVerfG. Je unwahrscheinlicher es ist, dass die sich ganz überwiegend in europapolitischer Einmütigkeit übenden politischen Kräfte solche Fragen im Wege der abstrakten Normenkontrolle (oder des Organstreits) vor das BVerfG tragen, umso mehr wird die Verfassungsbeschwerde hier zu einer Art plebiszitärem Gegengewicht. Und es ist zu beobachten, dass sich die institutionalisierte Diskussion um die Europäische Integration immer mehr weg vom Parlament hin vor das BVerfG verlagert. Wenn es einen Ort gibt, an dem mit größter Intensität und Tiefe um die Europäische Integration gerungen wird und Entscheidungen darüber mit Spannung erwartet werden, dann ist das Karlsruhe. Die Folgen sind gravierend: Im Maastricht-Urteil zeichnete sich am Horizont ab, was im Lissabon-Urteil als nahende verfassungsrechtliche Grenzen der Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland deutlich sichtbar wurde. Ob sich dahinter lediglich die verfassungsrichterliche Begrenztheit der Integrationswilligkeit der Mitglieder des Zweiten Senats des BVerfG verbirgt, kann hier nicht vertieft werden.¹⁵ Denken wir dies weiter, könnte es in der Zukunft einmal eine Verfassungsbeschwerde sein, die die Gründung eines Europäischen Bundesstaates aufhalten könnte bzw. deren Begründet-

heit eine Ablösung des Grundgesetzes auf dem Wege des Art. 146 GG¹⁶ notwendig machte.

Es gibt aber auch *restriktive* Aspekte der Rechtsprechung des BVerfG zur Beschwerdebefugnis: So muss der Beschwerdeführer nach der Rechtsprechung des BVerfG von der angegriffenen Norm *selbst, unmittelbar* und *gegenwärtig* betroffen sein. Diese ungeschriebenen Voraussetzungen sind vom BVerfG gerade mit Blick auf die Rechtssatzverfassungsbeschwerde entwickelt worden. Die Norm muss danach bereits in Kraft getreten sein (Gegenwärtigkeit) und ohne weiteren Zwischenakt (Unmittelbarkeit) den Beschwerdeführer persönlich (Selbstbetroffenheit) in seinen Grundrechten beeinträchtigen.

Im Einzelnen: *Selbst* betroffen sind nicht nur die Adressaten von Normen, sondern auch die Betroffenen im Rahmen des erweiterten Eingriffsbegriffs. Erfasst werden also auch so genannte „mittelbare Eingriffe“. So sind z.B. auch die Verbraucher von den an die Gewerbetreibenden adressierten Ladenschlusszeiten selbst betroffen.¹⁷ Die Abgrenzung zwischen Selbstbetroffenheit und *gegenwärtiger* Betroffenheit ist nur insofern trennscharf, als letztere jedenfalls voraussetzt, dass die Norm in Kraft ist (also anders als bei der abstrakten Normenkontrolle nicht nur das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen ist). Dem Merkmal wird aber auch das individualisierende Kriterium zugeordnet, der Beschwerdeführer müsse – und d.h. selbst! – in absehbarer Zeit von der Norm betroffen sein.¹⁸ Auch die Abgrenzung zwischen gegenwärtiger und unmittelbarer Betroffenheit ist nicht trennscharf, wenn gesagt wird, gegenwärtig sei betroffen, wessen „Betroffenheit unmittelbar (sic!) zu erwarten“¹⁹ sei. Das Kriterium ist auch deshalb wenig konsistent, weil es unter Zumutbarkeitserwägungen viele Gegenausnahmen fordert.²⁰ Denn für den noch nicht, später aber höchstwahrscheinlich Betroffenen droht ja die Jahresfrist nach § 93 Abs. 3 BVerfGG abzulaufen. Vor allem die *Unmittelbarkeit* bereitet im Einzelfall sowohl begriffliche als auch dogmatische Schwierigkeiten. Zunächst ist klarzustellen, dass auch „mittelbare“ Grundrechtseingriffe (die in der Begründetheit zu prüfen sind) den Beschwerdeführer „unmittelbar“ i.S.d. Zulässigkeit betreffen können. Das BVerfG²¹ hat zudem klargestellt, dass das Kriterium, ob ein Vollzugsakt notwendig sei, nur ein Anhaltspunkt sei. Das ist so zu verstehen, dass jedenfalls unmittelbare Rechtswirkungen und mithin klassische Eingriffe durch Gesetz ausreichen. Darüber hinaus entscheiden letztlich Zumutbarkeitserwägungen. Wenn z.B. der Betroffene auf Grund der Norm zu Dispositionen veranlasst ist²² oder wenn er vom gegebenenfalls heimlich-

¹³ BVerfGE 6, 32 (41).

¹⁴ Z.B. BVerfGE 68, 193 (216 ff.).

¹⁵ Zur Kritik *Jestaedt*, *Der Staat* 48 (2009), 497; *Ruffert*, *DVBl.* 2009, 1197; *Häberle*, *JÖR* 58 (2010), 317.

¹⁶ BVerfGE 123, 267 (331 f.); dazu *Michael*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Zweitbearbeitung 2013*, Art. 146.

¹⁷ BVerfGE 13, 230 (232 f.).

¹⁸ Aus der Rechtsprechung BVerfGE 97, 157 (164).

¹⁹ *Ruppert*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar*, 2. Aufl. 2005, § 90 Rn. 104.

²⁰ Zu diesen Ausnahmen m.w.N. aus der Rechtsprechung *Pestalozza* (Fn. 7), § 12 Rn. 44.

²¹ BVerfGE 70, 35 (51); 90, 128 (136).

²² BVerfGE 43, 291 (386).

chen Vollzug keine Kenntnis erlangt²³ oder wenn das gesetzeswidrige Ausprobieren, ob die Norm vollzogen wird, ihm nicht zuzumuten ist²⁴, dann ist von einer unmittelbaren Beschwer auszugehen. Eine Strafnorm oder Ordnungswidrigkeiten-Norm enthält regelmäßig ein unmittelbar wirkendes Gebot oder Verbot und genügt schon deshalb dem Kriterium der Unmittelbarkeit. Dennoch wird hier regelmäßig außerdem²⁵ darauf verwiesen, dass das Risiko der Sanktion nicht zumutbar sei. Dass es auf letzteres gar nicht ankommt, zeigt sich an der Konstellation, wenn ein Dritter, der selbst nicht Adressat der Sanktionsnorm ist, die Verfassungsbeschwerde erhebt: So ist die Verfassungsbeschwerde einer minderjährigen Sonnenstudio Nutzerin gegen eine Ordnungswidrigkeiten-Norm, die es den Betreibern von Sonnenstudios verbietet, Minderjährigen die Benutzung zu gestatten, nicht an der Zulässigkeit gescheitert.²⁶

Die drei Merkmale verschwimmen aber nicht nur untereinander. Eine zusätzliche Schwierigkeit besteht in der Abgrenzung zwischen der (bei der Beschwerdebefugnis zu prüfenden) Unmittelbarkeit und der (erst nach der Rechtswegerschöpfung zu prüfenden) Subsidiarität. Das rein akademische Problem lässt sich letztlich gar nicht auflösen: Es handelt sich bei beiden Kriterien um richterrechtliche Anforderungen, die sich z.T. überschneiden und einer streng dogmatischen Trennung entziehen. So wird das Kriterium der Unmittelbarkeit z.T. auch der Subsidiarität zugeordnet.²⁷ Trotz der Bedenken gegen die mehr verwirrende als verklärende Dopplung und gegen den „unglücklichen Standort“²⁸ der Prüfung der Unmittelbarkeit schon bei der Beschwerdebefugnis ist es üblich und in Prüfungsarbeiten zu empfehlen, beide Zulässigkeitsvoraussetzungen zu prüfen und gegebenenfalls bei der Subsidiarität auf Argumente der Unmittelbarkeit zu verweisen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich die richterrechtlichen Anforderungen an die Beschwerdebefugnis (selbst, gegenwärtig, unmittelbar) dadurch auszeichnen, dass für sie keine subsumtionsfähigen Voraussetzungen klar abgrenzbar sind. Solches Richterrecht folgt eben nicht der Struktur von Rechtssätzen mit Voraussetzungen und Rechtsfolgen, die wir in unserer gesetzesgeprägten deutschen Rechtsordnung gewöhnt sind und die wir gerade bei dem sonst so „technischen“ Prozessrecht erwarten würden (zu den Besonderheiten des Verfassungsprozessrechts Teil 2 unter 1.). Auch Versuche, die Kriterien auf unterschiedliche Zulässigkeitsstationen aufzuteilen,²⁹ haben sich nicht durchgesetzt. Und auch eine Fallgruppenbildung ist nur ansatzweise erkennbar und deren Kenntnis von Studierenden keineswegs zu erwarten. Es handelt sich um Einzelfallentscheidungen mit wertenden Krite-

rien. Letztlich geht es um Zulässigkeitsvoraussetzungen über die geschriebenen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes hinaus³⁰ und damit um Arbeitsentlastung des Gerichts, um seine Funktion im Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit, um Zumutbarkeit für den Beschwerdeführer und um (auch objektive) Bedürfnisse, eine Norm auf den Prüfstand des BVerfG zu stellen. Von Studierenden ist zu erwarten, dass sie die drei Kriterien benennen und ihre typische Zuordnung kennen und im Übrigen Argumente aus dem Sachverhalt entwickeln.

e) Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG muss vor Einlegung einer Verfassungsbeschwerde der *Rechtsweg* erschöpft sein. Bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde hat diese Voraussetzung nur insoweit Bedeutung, als § 47 VwGO – ausnahmsweise – einen Rechtsweg gegen Normen eröffnet. Gegen Parlamentsgesetze und gegen Rechtsverordnungen des Bundes, je nach Landesrecht auch gegen Rechtsverordnungen des Landes, gibt es keinen Rechtsweg. Also kann dieser auch nicht zu erschöpfen sein.

Umso größere praktische Bedeutung hat für solche Rechtssatzverfassungsbeschwerden das ungeschriebene Kriterium der *Subsidiarität*. Danach muss der Beschwerdeführer nämlich auch andere Möglichkeiten des Rechtsschutzes ausschöpfen, die seiner Grundrechtsbeschwerde abhelfen könnten. Zu denken ist dabei auch an verwaltungsprozessuale Feststellungsklagen i.S.d. § 43 VwGO.³¹ Da solche Klagen nicht unmittelbar, d.h. prinzipal gegen Normen gerichtet sind, sondern ein den Kläger betreffendes Rechtsverhältnis feststellen und dabei allenfalls inzident die Gültigkeit der Norm betreffen, sind sie nicht Rechtsweg i.S.d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Gegenüber einer zulässigen Feststellungsklage ist die Verfassungsbeschwerde subsidiär. Freilich setzt das voraus, dass der spätere Beschwerdeführer der Verfassungsbeschwerde als Kläger vor dem Verwaltungsgericht ein feststellungsfähiges Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses geltend machen kann. Das setzt voraus, dass ein konkretes Rechtsverhältnis, das den Kläger selbst und unmittelbar treffende Pflichten begründen würde, von der Geltung der Norm abhängt.³² Das Verwaltungsgericht kann untergesetzliche bzw. vorkonstitutionelle Normen inzident verwerfen, wenn sie verfassungswidrig sind. Beruht das Rechtsverhältnis auf einem verfassungswidrigen Parlamentsgesetz³³, kommt eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1

²³ BVerfGE 109, 279 (306); 113, 348 (363).

²⁴ BVerfGE 81, 70 (82 f.).

²⁵ BVerfGE 81, 70 (82 f.).

²⁶ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 18 = NJW 2012, 1062 (1063) – Sonnenstudioverbot.

²⁷ BVerfGE 72, 39 (43); *Ruppert* (Fn. 19), § 90 Rn. 78.

²⁸ *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 203.

²⁹ So z.B. *Pestalozza* (Fn. 7), § 12 Rn. 39.

³⁰ Das verschleiert BVerfGE 60, 360 (372), indem es eine besonders restriktive (so zutreffend *Ruppert* [Fn. 19], § 90 Rn. 104) Entscheidung damit begründet, dass keine „Ausnahmesituation“ vorliege, um „die Zulässigkeitsvoraussetzungen noch weiter zugunsten der Beschwerdeführer abzumildern“.

³¹ BVerfGE 115, 81 (92); dazu *Schlaich/Korioth* (Fn. 8), Rn. 253a f.

³² BVerfGE 74, 69 (76); 115, 81 (91 ff.); die Rechtsprechung hierzu ist freilich nicht ganz stringent: vgl. die Nachweise bei *Happ*, in: *Eyermann* (Begr.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 43 Rn. 9a.

³³ Auch hier greift die Subsidiarität: BVerfGE 74, 69 (76) mit Verweis auf Art. 100 Abs. 1 GG; *Hillgruber/Goos* (Fn. 28),

GG in Betracht. Das Gericht hat dabei die o.g. strengen Voraussetzungen zu prüfen und insbesondere zu klären, ob die Norm für das den Kläger betreffende Rechtsverhältnis entscheidungserheblich ist, ob sie nicht aus anderen Gründen unanwendbar ist und ob nicht eine verfassungskonforme Auslegung in Betracht kommt. Diese Möglichkeiten, die gegebenenfalls das BVerfG entlasten, sprechen dafür, dass die Verfassungsbeschwerde demgegenüber subsidiär ist. Andersherum ausgedrückt sollte der Beschwerdeführer einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde seinerseits geltend machen, inwieweit eine solche Feststellungsklage einen nicht weiterführenden Umweg darstellen würde, insbesondere dass es für seine persönliche Grundrechtsbeschwerde auf die Norm zwingend ankommt und warum diese auch nicht verfassungskonform ausgelegt werden kann.

Darüber hinaus hat der Beschwerdeführer gegebenenfalls noch weitere Argumente, das Verfassungsgericht unmittelbar anzurufen. Die in § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG geregelten Ausnahmen von der Rechtswegerschöpfung gelten nämlich analog und erst recht auch für das ungeschriebene Zulässigkeitskriterium der Subsidiarität. Danach kann der Beschwerdeführer auch versuchen geltend zu machen, dass seine Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder ihm sonst ein schwerer Nachteil droht. Für die allgemeine Bedeutung reicht zwar nicht bereits aus, dass die Norm abstrakt-genereller Natur ist und es sich mithin nicht um ein Einzelfallgesetz handelt – sonst wäre die Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde praktisch kaum relevant. Aber bei Parlamentsgesetzen mit großer quantitativer bzw. qualitativer Bedeutung und insbesondere bei solchen Gesetzen, die in der Öffentlichkeit hoch umstritten sind, sind Verfassungsbeschwerden unmittelbar zulässig. Drohen dem Beschwerdeführer durch die Norm Sanktionen, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob ihm die gesetzestreue Beachtung der gegebenenfalls verfassungswidrigen Norm zuzumuten ist.

f) Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerde ist nach § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG schriftlich zu erheben und nach §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG zu begründen. Die Frist richtet sich bei Rechtssatzverfassungsbeschwerden regelmäßig nach § 93 Abs. 3 BVerfGG und beträgt ein Jahr ab Inkrafttreten der Norm. Nur in den Ausnahmefällen der Eröffnung des Rechtsweges nach § 47 VwGO wäre nach dessen Erschöpfung die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG zu beachten.³⁴ Ähnlich wie bei der Prozessfähigkeit fehlt hier ein Verweis des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes auf die einschlägigen Vorschriften und es ist auf die allgemeinen Grundsätze durch analoge Anwendung der §§ 187 Abs. 2 (Bei Inkrafttreten um 0:00 Uhr zählt der Tag mit!), 188 Abs. 2 und Abs. 3 BGB zurückzugreifen.

Zur Vertiefung: Zu beachten ist, dass die Frist der Rechtssatzverfassungsbeschwerde nicht erst mit der Selbstbetrof-

fenheit des Beschwerdeführers beginnt. Später Betroffenen bleibt aber als Chance der inzidenten Normenkontrolle die Urteilsverfassungsbeschwerde. Daneben kommen abstrakte und konkrete Normenkontrollen ohne Fristanfordernisse in Betracht.

5. Kommunalverfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG

Dieses Verfahren soll in diesem Rahmen erörtert werden, weil es sich seinem Gegenstand nach um eine Normenkontrolle handelt³⁵ und weil sich an seinen Zulässigkeitsvoraussetzungen systematische Unterschiede zu den anderen Verfahrensarten aufzeigen lassen.

a) Zuständigkeit

Das BVerfG ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 13 Nr. 8a (2. Fall) BVerfGG für Kommunalverfassungsbeschwerden zuständig. Allerdings ist diese Zuständigkeit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG i.V.m. § 91 S. 2 BVerfGG subsidiär, wenn und soweit die Landesverfassungsgerichte für derartige Verfahren zuständig sind. Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder ist freilich darauf beschränkt, das jeweilige Landesrecht auf den Prüfstand zu stellen. So ist bei Kommunalverfassungsbeschwerden gegen Landesgesetze in Nordrhein-Westfalen der dortige Verfassungsgerichtshof nach Art. 75 Nr. 4 Verfassung Nordrhein-Westfalen i.V.m. §§ 12 Nr. 8, 52 VerfGG Nordrhein-Westfalen zuständig. Richtet sich eine Kommunalverfassungsbeschwerde gegen Bundesrecht, bleibt es bei der Zuständigkeit des BVerfG.

Zur Vertiefung: Bei der Individualverfassungsbeschwerde gibt es keine Subsidiarität gegenüber der Landesverfassungsgerichtsbarkeit, dafür aber eine Subsidiarität gegenüber der Fachgerichtsbarkeit. Insoweit sind die zwei verschiedenen Subsidiaritätsbegriffe zu beachten: Bei der Kommunalverfassungsbeschwerde handelt es sich um eine Alternativ-Subsidiarität und damit um eine Zuständigkeitsfrage, bei der Individualverfassungsbeschwerde um eine Sukzessiv-Subsidiarität und damit um eine prozedurale Zulässigkeitsvoraussetzung. Die für die Individualverfassungsbeschwerde wichtige Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG ist bei der Kommunalverfassungsbeschwerde nur insoweit relevant wie bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, also allenfalls bei solchen gegen untergesetzliche Normen, soweit § 47 VwGO als Rechtsweg eröffnet ist (dazu Teil 5).

b) Beschwerde- und Prozessfähigkeit und ordnungsgemäßer Antrag

Das Verfahren findet nur auf Antrag statt. Antragsberechtigt und beschwerdefähig sind nach § 91 S. 1 BVerfGG Gemeinden sowie Gemeindeverbände. Auch eine aufgelöste Gemeinde ist noch beschwerdefähig, wenn sie sich gegen das Auflösungsgesetz richtet. Ein ordnungsgemäßer Antrag setzt die

Rn. 219, die allerdings übersehen, dass auch dies vom BVerfG bereits entschieden wurde.

³⁴ Str.; dazu W.-R. Schenke, in: Manssen/Jachmann/Gröpl (Hrsg.), Nach geltendem Verfassungsrecht – Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag, 2009, S. 682 (719 ff.).

³⁵ Wie hier Schlaich/Korioth (Fn. 8), Rn. 192 m.w.N. zu der umstrittenen Einordnung dieses Verfahrens; Hillgruber/Goos (Fn. 28), Rn. 266 ff., behandeln das Verfahren als „Exkurs“ im Rahmen der Individualverfassungsbeschwerde.

Wirksamkeit des Beschlusses über die Einlegung der Kommunalverfassungsbeschwerde voraus,³⁶ die sich nach dem landesgesetzlichen Kommunalrecht richtet und regelmäßig einen Gemeinderatsbeschluss voraussetzt. Prozessfähig ist die Gemeinde – wiederum auf der Grundlage des einschlägigen Kommunalrechts – regelmäßig durch die Vertretung durch den Bürgermeister.

c) Beschwerdegegenstand

Im Gegensatz zur Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG können sich Kommunen vor dem BVerfG nicht gegen alle Akte der öffentlichen Gewalt wehren. Vielmehr ist die Kommunalverfassungsbeschwerde eine reine Rechtssatzverfassungsbeschwerde: Beschwerdegegenstand kann nur ein „Gesetz“ i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG sein. Diese Formulierung ist wiederum auslegungsbedürftig. Auf den ersten Blick fällt der Unterschied zum Beschwerdegegenstand der abstrakten Normenkontrolle auf („Bundesrecht“ bzw. „Landesrecht“). Das könnte dafür sprechen, dass mit „Gesetz“ nur Parlamentsgesetze, nicht aber untergesetzliche Normen gemeint sind. Weiter fällt die Parallele zu Art. 100 Abs. 1 GG auf, der ebenfalls Gesetze als Vorlagegegenstand regelt und von der Rechtsprechung eng ausgelegt wird, d.h. nur Parlamentsgesetze, genauer sogar nur nachkonstitutionelle Parlamentsgesetze erfassen soll. Es wäre aber zu kurz gegriffen, unter Verweis auf den parallelen Wortlaut auch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG eng auszulegen. Vielmehr ist der Gegenstand jedes dieser Verfahren aus dessen Funktion zu ermitteln. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG hat eine ganz andere Funktion als die Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG. Es handelt sich nicht um eine konkrete Normenkontrolle, sondern um eine abstrakte Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Vor allem ist dieses Verfahren die einzige Möglichkeit, wie sich Selbstverwaltungskörperschaften gegen gesetzliche Einschränkungen ihrer verfassungsrechtlich garantierten Autonomie vor den Verfassungsgerichten zur Wehr setzen können.³⁷ Dass Art. 100 Abs. 1 GG eng ausgelegt wird, ist auch deshalb akzeptabel, weil gegen grundrechtsverletzende Rechtsverordnungen außerdem noch die Individualverfassungsbeschwerde möglich ist³⁸ – sei es als Rechtssatzverfassungsbeschwerde oder als Urteilsverfassungsbeschwerde mit inzidenter Normenkontrolle. Gegen Rechtsverordnungen, die gegen Art. 28 Abs. 2 GG verstoßen, sollen betroffene Gemeinden wenigstens die Kommunalverfassungsbeschwerde als Rechtssatzverfassungsbeschwerde erheben können. Anders ausgedrückt: Dass Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG den Beschwerdegegenstand auf „Gesetze“ beschränkt, soll die Kommunalverfassungsbeschwerde – im Gegensatz zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG – zwar auf Rechtssatzverfassungsbeschwerden begrenzen, hat aber keine weiter eingrenzende Funktion.

³⁶ Wie hier *Hillgruber/Goos* (Fn. 28), Rn. 273.

³⁷ BVerfGE 26, 228 (236); 76, 107 (114); 107, 1 (15 f.); anders *Hillgruber/Goos* (Fn. 28), Rn. 282 f.

³⁸ Deshalb überzeugt nicht der Verweis auf fachgerichtlichen Rechtsschutz bei *Hillgruber/Goos* (Fn. 28), Rn. 282 f. Außerdem ist umgekehrt die enge Auslegung des Begriffs „Gesetz“ – auch bei Art. 100 Abs. 1 GG – begründungsbedürftig.

Theoretisch könnten also Rechtsnormen im materiellen Sinne des Bundes- sowie des Landesrechts Beschwerdegegenstand sein. Soweit für letztere allerdings Landesverfassungsgerichte zuständig sind und die Subsidiaritätsklausel greift, beschränkt sich der Beschwerdegegenstand der Kommunalverfassungsbeschwerde zum BVerfG auf Bundesrecht.

Zur Vertiefung: Während sich die Beschwerde zum BVerfG gegen Bundesrecht richtet, sind Gegenstand der Beschwerde z.B. zum Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen Normen des nordrhein-westfälischen Landesrechts. Die Abgrenzung zwischen Bundesrecht und Landesrecht ist zweifelhaft und umstritten, wenn eine Landes-Rechtsverordnung aufgrund bundesrechtlicher (Art. 80 Abs. 1 S. 1 Fall 3 GG) Ermächtigung erlassen wird. Man spricht in diesen Fällen von abgeleitetem Bundesrecht. Für die Zulässigkeit der Kommunalverfassungsbeschwerde sollten großzügiger Weise beide Möglichkeiten anerkannt werden, d.h. die Subsidiarität sollte nur für eindeutige Fälle gelten. Der Mechanismus des § 17a GVG, der zur Vermeidung derartiger prozessualer Risiken sonst greift (also die verbindliche Verweisung anstelle der Abweisung wegen Unzulässigkeit), gilt nicht für Verfassungsgerichte, da diese jenseits des „Rechtsweges“ entscheiden.

d) Beschwerdebefugnis

Ähnlich der Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG müssen auch die Beschwerdeführer bei der Kommunalverfassungsbeschwerde eine Verletzung eigener Verfassungsrechte substantiiert geltend machen, in diesem Falle nicht der Grundrechte, sondern des Selbstverwaltungsrechts nach Art. 28 Abs. 2 GG. Es handelt sich zwar um eine Normenkontrolle, aber nicht um einen Sonderfall der abstrakten Normenkontrolle. Während bei der abstrakten Normenkontrolle eine Landesregierung auch das Recht eines anderen Landes zum Gegenstand machen kann und keine eigene Rechtsverletzung geltend machen muss, kommt es bei der Kommunalverfassungsbeschwerde auf eine eigene Rechtsbetroffenheit an.³⁹ Das oben zur Individualverfassungsbeschwerde Gesagte ist weitgehend übertragbar. Grundsätzlich muss der Beschwerdeführer also auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein. Es ist lediglich zu beachten, dass hinsichtlich des Erfordernisses einer unmittelbaren Betroffenheit weniger strenge Maßstäbe gelten sollten als bei der Individualverfassungsbeschwerde.⁴⁰ Denn den Gemeinden steht keine Alternative zur Verfügung, gegen Einzelakte eine Verfassungsbeschwerde zu erheben.

Zur Vertiefung: Aus dem zuletzt genannten Grund spielt – abgesehen von dem Vorrang der Kommunalverfassungsbeschwerde zu den Landesverfassungsgerichten, die als echte Alternativität⁴¹ zu verstehen und schon bei der Zuständigkeit

³⁹ Ähnlich *Hillgruber/Goos* (Fn. 28), Rn. 285 f.

⁴⁰ BVerfGE 76, 107 (112 f.); *Bethke*, in: Maunz u.a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 42. EL (Oktober 2013), § 91 Rn. 46; *Magen*, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Fn. 19), § 91 Rn. 21 ff.

⁴¹ *Pestalozza* (Fn. 7), § 12 Rn. 61: „im wirklichen Sinne subsidiär“.

zu prüfen ist⁴² – auch der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bei der Kommunalverfassungsbeschwerde keine Rolle. Einer Gemeinde ist nicht zuzumuten, andere Möglichkeiten des Rechtsschutzes (so diese überhaupt in Frage kommen) zu erschöpfen und gegebenenfalls die Jahresfrist des einzigen Weges zum BVerfG dabei verstreichen zu lassen. Da es sich um eine reine Rechtssatzverfassungsbeschwerde handelt und § 47 VwGO gegen die denkbaren Antragsgegenstände nicht in Betracht kommt und also kein Rechtsweg gegen die streitgegenständlichen Normen existiert, entfällt auch das Erfordernis der Erschöpfung des Rechtsweges. Eine Besonderheit gilt für die Kommunalverfassungsbeschwerden vor den Landesverfassungsgerichten. Hier ist die Beschwerdebefugnis auf die jeweiligen landesverfassungsrechtlichen Verbürgungen der kommunalen Selbstverwaltung zu stützen, also z.B. auf Art. 78 Verfassung Nordrhein-Westfalen. Letztere sind dann auch Maßstäbe der Begründetheitsprüfung. Die lediglich subsidiäre Zuständigkeit des BVerfG soll aber nicht dazu führen, dass der Maßstab des Art. 28 Abs. 2 GG in den Ländern gar nicht geprüft wird. Denn unstreitig müssen auch landrechtliche Normen dem Bundesverfassungsrecht genügen. Das bedeutet, dass die Verbürgungen des Art. 28 Abs. 2 GG und ihre Auslegung durch das BVerfG in die Maßstäbe der landesverfassungsgerichtlichen Kommunalverfassungsbeschwerden hinein zu lesen sind.

e) Form und Frist

Die Beschwerde ist nach § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG schriftlich zu erheben und nach §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG zu begründen. Die Frist richtet sich nach § 93 Abs. 3 BVerfGG und beträgt ein Jahr ab Inkrafttreten der Norm.

⁴² Anders Hillgruber/Goos (Fn. 28), Rn. 293.