

# Die verfassungskonforme Auslegung als Mittel der Kompromissfindung

Nora Brück

*Nora Brück*, geb. 1997; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Mainz und Münster, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Friederike Wapler seit 2022

Zugl.: Diss. iur. Fachbereich Rechts-und Wirtschaftswissenschaften,  
Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Tag der mündlichen Prüfung: 19. März 2025

Betreuerin: Prof. Dr. Friederike Wapler  
Zweitgutachter: Prof. Dr. Albert Ingold

Ich danke Prof. Dr. Friederike Wapler für die konstruktiv-kritische und zugewandte Betreuung, die es mir ermöglicht hat, diese Arbeit mit Freude zu schreiben und die Neugierde nicht zu verlieren.



## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
I. Juristische Methodenlehre und rechtswissenschaftliche Methodik.....	1
II. Erläuterung des Vorgehens.....	4
B. Begriffsverständnis und -entwicklung.....	7
I. Die verfassungskonforme Auslegung in der Literatur.....	7
III. Begriffsverständnis in der Rechtsprechung.....	46
III. Ergebnisse und Überlegungen zu Teil B.....	86
C. Vorverständnisse.....	88
I. Mit der verfassungskonformen Auslegung verbundene Motive.....	88
II. Vorstellung von der Rechtsordnung als Ganzer.....	93
III. Vorstellung vom Auslegungsvorgang.....	108
D. Funktionsorientierte Betrachtung.....	120
I. Konfligierende Anforderungen an Auslegungsmethoden.....	121
II. Entscheidungssteuerung – formal oder materiell?.....	123
III. Entscheidungsbegründung.....	133
IV. Originäre Funktionen der verfassungskonformen Auslegung.....	139
E. Andere Perspektiven auf (richterliche) Entscheidungen.....	149
I. Einflüsse auf Entscheidungen.....	149
II. Konsequenzen für die Methodenlehre.....	153
F. Ergebnisse und Ausblick.....	158
I. Zusammenfassung der Erkenntnisse in Thesen.....	158
II. Blick nach vorne: Konsequenzen.....	159
Literaturverzeichnis.....	161
Verzeichnis der verwendeten Archivalien.....	172

## Inhaltsverzeichnis – Feingliederung

A. Einleitung.....	1
I. Juristische Methodenlehre und rechtswissenschaftliche Methodik.....	1
II. Erläuterung des Vorgehens.....	4
B. Begriffsverständnis und -entwicklung.....	7
I. Die verfassungskonforme Auslegung in der Literatur.....	7
1. Visualisierung der Begriffsentwicklung.....	7
a) Methodisches Vorgehen.....	7
c) Erläuterungen zur Einordnung der Werke.....	10
b) Graphische Darstellung der Begriffsentwicklung.....	10
2. Analyse der Begriffsentwicklung.....	28
3. Problemlinien bei der verfassungskonformen Auslegung.....	33
a) Auswahl- oder Ausschlussmethode.....	33
b) Zuständigkeit für die verfassungskonforme Auslegung.....	36
c) Grenzen der verfassungskonformen Auslegung.....	40
d) Tenorierung und Rechtskraft.....	44
e) Zwischenfazit.....	45
III. Begriffsverständnis in der Rechtsprechung.....	46
1. Auswertung ausgewählter Rechtsprechung.....	47
a) Entscheidungen des BVerfG, die unter zusätzlicher Betrachtung der Akten im Bundesarchiv in Koblenz ausgewertet wurden.....	47
(1) Notaufnahme-Entscheidung vom 7. Mai 1953.....	47
(2) Entscheidung zum Benachteiligungsverbot unehelicher Kinder vom 23. Oktober 1958.....	51
(3) Entscheidung zur Wahlklage in Rheinland-Pfalz vom 17. März 1959 .....	54
b) Entscheidungen ab 1965.....	56
(1) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Gebührenfreiheit vom 28. April 1965.....	57
(2) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der BRD und der DDR vom 31. Juli 1973.....	57
(3) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe vom 21. Juni 1977.....	59
(4) Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1985.....	61

(5) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen vom 3. Juni 1992.....	62
(6) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 1999 zum Kruzifix an bayerischen Volksschulen .....	66
(7) Kopftuch II-Entscheidung des BVerfG vom 27. Januar 2015 .....	67
(8) Entscheidung des Bundessozialgerichts zum Kindergeld vom 5. Mai 2015 .....	68
(9) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum BtMG vom 2. März 2017 .....	69
(10) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Impfpflicht vom 21. Juli 2022.....	70
(11) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verpackungssteuer in Tübingen vom 24. Mai 2023.....	71
c) Gesamtbetrachtung und Analyse der Auswertung.....	72
2. Systematische Rechtsprechungsauswertung.....	73
a) BVerfGE 100-157 .....	73
(1) Quantitative Auswertung .....	73
(2) Qualitative Auswertung.....	74
(3) Zusammenfassung .....	81
b) Entscheidungen der BGH-Zivilsenate von 2016 bis 2020 .....	82
(1) Quantitative Auswertung .....	82
(2) Qualitative Auswertung.....	82
c) Vergleich BVerfG/BGH.....	85
III. Ergebnisse und Überlegungen zu Teil B.....	86
C. Vorverständnisse .....	88
I. Mit der verfassungskonformen Auslegung verbundene Motive.....	88
1. Ziele der verfassungskonformen Auslegung.....	88
2. Begründung der verfassungskonformen Auslegung.....	89
a) Vermutung für Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes.....	89
b) Gewaltenteilung.....	90
c) Einheit der Rechtsordnung/Stufenbau der Rechtsordnung.....	91
d) gesetzliche Verankerung .....	92
II. Vorstellung von der Rechtsordnung als Ganzer.....	93
1. Einheit der Rechtsordnung .....	93
2. Begriffsgeschichte, Zusammenhang zur Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz .....	94
3. Methodische Folgerungen .....	101

4. Karl Engisch als Hauptbezugspunkt.....	104
5. Konsequenzen.....	107
III. Vorstellung vom Auslegungsvorgang.....	108
1. Herstellung oder Darstellung der Entscheidung.....	108
2. Mehrdeutigkeit einer Norm.....	112
3. Norm und Einzelfall.....	115
4. Objektive und subjektive Auslegung.....	117
5. Zusammenfassung.....	120
D. Funktionsorientierte Betrachtung.....	120
I. Konfligierende Anforderungen an Auslegungsmethoden.....	121
II. Entscheidungssteuerung – formal oder materiell?.....	123
1. Trennung zwischen formalen und materiellen Gesichtspunkten.....	123
2. Das methodische Argument als formales Argument.....	125
3. Konsequenzen für die verfassungskonforme Auslegung.....	129
4. Zwischenergebnis.....	133
III. Entscheidungsbegründung.....	133
1. Wunsch nach Transparenz.....	134
2. Einordnung der verfassungskonformen Auslegung.....	136
3. Zwischenergebnis.....	139
IV. Originäre Funktionen der verfassungskonformen Auslegung.....	139
1. Kompromissformel.....	140
2. Möglichkeit zur eigenen Auslegung einfachen Rechts.....	144
3. Unzulässigkeitsgrund bei der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG.....	146
4. Konklusion.....	148
E. Andere Perspektiven auf (richterliche) Entscheidungen.....	149
I. Einflüsse auf Entscheidungen.....	149
1. Psychologie.....	149
2. Politikwissenschaft/Soziologie.....	151
II. Konsequenzen für die Methodenlehre.....	153
1. Einbeziehung empirischer Erkenntnisse in den Auslegungsvorgang.....	154
2. Empirische rechtswissenschaftliche Entscheidungsforschung.....	156
3. Konsequenzen für die verfassungskonforme Auslegung.....	157

F. Ergebnisse und Ausblick .....	158
I. Zusammenfassung der Erkenntnisse in Thesen.....	158
II. Blick nach vorne: Konsequenzen.....	159
1. Terminologie, Transparenz.....	159
2. Nachdenken über Normenkontrollverfahren.....	160
Literaturverzeichnis.....	161
Verzeichnis der verwendeten Archivalien .....	172

## A. Einleitung

### I. Juristische Methodenlehre und rechtswissenschaftliche Methodik

„Lassen [...] der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen sowie deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führen, so ist diejenige Normvariante vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht.“<sup>1</sup> Diese konkrete Formulierung stammt von ANDREAS VOßKUHLE, steht hier jedoch stellvertretend für viele, ganz ähnlich lautende Beschreibungen der verfassungskonformen Auslegung und wird in ihrer Stellvertreterfunktion immer wieder in meiner Arbeit auftauchen. Sie ist zugleich Ausgangspunkt meiner Überlegungen, die damit begonnen haben, den Satz als einen solchen Stellvertreter zu lesen: Zunächst als eine austauschbare Formulierung für die Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung, nach und nach als Repräsentant einer ganzen Reihe von Hintergrundannahmen, die als solche zu erkennen, man im Studium der Rechtswissenschaft allzu leicht verlernt. Man wird gewissermaßen betriebsblind.

Da meine Überlegungen sich der verfassungskonformen Auslegung als einer sogenannten juristischen Auslegungsmethode widmen, sind einige Vorüberlegungen zum Begriff der „Methode“ notwendig.

Der Begriff „Methode“ stammt ab vom griechischen Wort „méthodos“, was etwa „das Nachgehen; der Weg zu etwas hin“ bedeutet.<sup>2</sup> Gemeint ist heute im wissenschaftlichen Kontext ein „auf einem Regelsystem aufzubauendes Verfahren, das zur Erlangung von Erkenntnissen [...] dient“.<sup>3</sup> Mit geht es im Folgenden also darum, welchen Regeln das Nachdenken über die juristischen Auslegungsmethoden folgen sollte.

Bei den sogenannten juristischen Auslegungsmethoden existiert ein – wenn auch umstrittener – Kanon. Die Frage, was Methoden rechtswissenschaftlichen Arbeitens in einem etwas weiteren Sinne sind, ist hingegen weitgehend ungeklärt. Diese Differenzierung werde ich nun erläutern.

Wenn die Rechtswissenschaft die Auslegungsmethoden zum Gegenstand ihrer Betrachtung macht, sieht sie sich in doppelter Weise mit einem Methodenproblem konfrontiert.

Einerseits befasst sie sich mit dem Auffinden von Regeln zur Auslegung von Normen. Andererseits muss auch der Vorgang des Aufstellens solcher Regeln selbst einer gewissen Regelhaftigkeit folgen.

Die Regeln, nach denen Gesetze ausgelegt werden, können nicht dieselben Regeln sein, nach denen eben diese Regeln aufgestellt, verändert oder untersucht werden.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Voßkuhle, AöR 2000, 177-200 (180-181).

<sup>2</sup> Dudenredaktion (Hg.), Das Herkunftswörterbuch, 2001, S. 524.

<sup>3</sup> Dudenredaktion (Hg.), Das Fremdwörterbuch, 2020, S. 715.

<sup>4</sup> Einen ähnlichen Gedanken, wenn auch in einem anderen Kontext, hat Funke, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – zur Einführung, in: Funke/Lüdemann (Hg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 2, wenn er schreibt: „Ob diese sozialen Gebilde [Staat etc.] gerade mit den juristischen Methoden erkannt und bearbeitet werden können, dies ist bekanntlich eine der Grundfragen der Disziplin.“

Dieser Unterschied muss immer wieder betont werden. Schon WERNER KRAWIETZ machte die „Differenz zwischen der an den praktischen Erfordernissen juristischer Entscheidung orientierten Methodik bzw. der juristischen Methodenlehre einerseits und einer an den Erfordernissen wissenschaftlicher Erkenntnis orientierten Methodologie der Rechtswissenschaft“<sup>5</sup> andererseits deutlich. Dennoch hat sich bis heute keine klare begriffliche Unterscheidung herausgebildet.

Insofern ist der Begriff der „juristischen Methodenlehre“ irreführend. Er bezeichnet zugleich eine Teildisziplin und eine Metadisziplin. Gleichwohl hat sich dieser Begriff eher für die Teildisziplin etabliert und wird daher im Folgenden mit Blick auf die allgemeine Verständlichkeit der Ausführungen synonym zum Begriff des „juristischen Auslegungskanons“ im weiten Sinne verwendet.<sup>6</sup> Anders formuliert: „Juristische Methode bezeichnet dann die Summe der Regeln, mit denen wir feststellen, was das positive Recht abstrakt oder angewandt auf einen Sachverhalt aussagt.“<sup>7</sup> Durch die Anwendung der Methoden werden Argumente – also Rechtfertigungsgründe<sup>8</sup> – gewonnen, die ein bestimmtes Auslegungsergebnis stützen.

Davon abgegrenzt spreche ich von den *rechtswissenschaftlichen* Methoden als Gegenstand einer Metadisziplin bzw. als Regeln, denen rechtswissenschaftliches Arbeiten im Allgemeinen – und nicht nur die Auslegung von Gesetzen – zu folgen hat.

So einleuchtend diese Unterscheidung ist, so schwierig gestaltet es sich, sie im rechtswissenschaftlichen Diskurs streng durchzuhalten.

Häufig wird die juristische Methodenlehre letztlich mit einer allgemeinen Methode der Rechtswissenschaft gleichgesetzt, obwohl es sich um zwei verschiedene Gegenstände handelt.

MARTIN KRIELE schreibt über die juristische Methodenlehre, sie sei „eine Kunstlehre und keine abstrakte Wissenschaft: sie ist, wie die Methodenlehre eines Handwerks, der Versuch, ein vor ihr daseiendes und auch unabhängig von ihr tradiertes Meisterwissen systematisch zu formulieren“.<sup>9</sup>

Die Befassung mit diesem „Handwerk“ muss aber seinerseits rationalen Regeln folgen, „[d]ie Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft kann nur in einer rationalen Analyse des nicht allenthalben rationalen Rechtsgewinnungsverfahrens liegen“.<sup>10</sup>

Sinnbildlich für den Unterschied zwischen den Methoden der Rechtswissenschaft und dem juristischen Auslegungskanon steht das Konzept eines rechtswissen-

---

<sup>5</sup> *Krawietz*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, 1978, S. IX, bestätigend auf S. 196, 207.

<sup>6</sup> Dieser umfasst auch die verfassungskonforme Auslegung oder Analogie etc. Wenn ich im Folgenden vom klassischen Auslegungskanon spreche, dessen Anwendung einer verfassungskonformen Auslegung vorgeschaltet sein soll, meine ich hingegen nur die Auslegung nach dem Wortlaut und der Systematik sowie die historische und die teleologische Auslegung.

<sup>7</sup> *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 7.

<sup>8</sup> Dudenredaktion (Hg.), Das Fremdwörterbuch, 2020, S. 117.

<sup>9</sup> *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung [1967], 1976, S. 46.

<sup>10</sup> *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 42.

schaftlichen Forschungsprojekts, das Ende der 1970er Jahre in München durchgeführt wurde. Wenn die genauen Ergebnisse auch – zu WINFRIED HASSEMERs Bedauern – „das Licht der Öffentlichkeit niemals erblickt haben“,<sup>11</sup> lassen sich die Eckpunkte der Vorgehensweise und Teile der Ergebnisse dennoch Publikationen der Projektleiter ARTHUR KAUFMANN und ULRICH NEUMANN entnehmen. Es wurde untersucht, wie die oberen Bundesgerichte bei einer Abweichung von der eigenen früheren Rechtsprechung argumentieren.<sup>12</sup> Dies setzte ein „Instrumentarium zur Rekonstruktion der formalen Struktur von Urteilsbegründungen“ voraus.<sup>13</sup> In ein Raster eingeordnete Entscheidungsgründe wurden nach ihrem Auftreten in verschiedenen Rechtsgebieten quantifiziert.<sup>14</sup>

In seiner jüngeren Arbeit „Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung“ geht LORENZ KÄHLER methodisch vergleichbar vor.<sup>15</sup> Er untersucht in einer Analyse höchstrichterlicher Rechtsprechung, wie Gerichte die Änderung von Rechtsprechung begründen. Hierbei nimmt er unter anderem eine qualitative Auswertung vor: Um aus circa 17.000 untersuchten Entscheidungen diejenigen, in denen eine ausdrückliche Änderung vorgenommen wird, zu finden, durchsucht er sie systematisch nach Begriffen wie „Aufgabe“, „Klarstellung“ oder „Abkehr“.<sup>16</sup>

Unabhängig von Details und Ergebnissen sind diese Vorgehensweisen vortreffliche Beispiele dafür, dass die Arbeit der Auslegung und Entscheidungsfindung auf der einen Seite und deren abstrakte Betrachtung auf der anderen Seite auf zwei verschiedenen Ebenen liegen. So liegen beide Forschungsprojekte insofern eine Ebene über der Arbeit der Richter, als sie eine größere Distanz zu den Einzelentscheidungen haben.

Wahrscheinlich ist es schon deshalb nicht möglich und sinnvoll, eine genuin rechtswissenschaftstheoretische Debatte mit dem Ziel des Auffindens einer einheitlichen (rechtswissenschaftlichen) Methode zu führen. Dies gilt umso mehr, als sich die Rechtswissenschaft in verschiedene Subdisziplinen unterteilt, die unterschiedliche Herangehensweisen erfordern. Überhaupt zeigt sich die Rechtswissenschaft als vielgestaltig. So charakterisiert OTA WEINBERGER sie zugleich als Normenwissenschaft, Sozialwissenschaft, hermeneutische Wissenschaft und praktische Wissenschaft.<sup>17</sup> Ihre konkrete Gestalt erhält die Rechtswissenschaft immer erst im Zusammenspiel mit der konkreten Forschungsfrage.<sup>18</sup> Nach einem passenden Werkzeug muss daher jedes Mal aufs Neue gesucht werden.

---

<sup>11</sup> *Hassemer*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Müller-Dietz (Hg.), Festschrift für Heike Jung, 2007, S. 251.

<sup>12</sup> *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 94-95.

<sup>13</sup> *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 113.

<sup>14</sup> Vgl. *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 94-95.

<sup>15</sup> *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2011.

<sup>16</sup> *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2011, S. 101.

<sup>17</sup> *Weinberger*, Norm und Institution, 1988, S. 45-46.

<sup>18</sup> *Funke*, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – zur Einführung, in: Funke/Lüdemann (Hg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 9, formuliert für das öffentliche Recht: „Jedenfalls kann das Bild, das man sich von der Beziehung der beiden Disziplinen macht, nicht das eines einseitigen Transfers von der Wissenschaftstheorie zum öffentlichen Recht sein. Eher ist die Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts aus dem öffentlichen Recht heraus zu entwickeln.“

Für diese Arbeit möchte ich damit nur das Eine aufzeigen: Wer rechtswissenschaftlich forscht, muss bei jeder einzelnen Frage in besonderer Weise sein eigenes Vorgehen rechtfertigen bzw. erklären. Dies gilt umso mehr, wenn der juristische Auslegungskanon Gegenstand der Betrachtung ist.

Am Anfang muss also die Frage stehen, wie ein Gegenstand – hier die verfassungskonforme Auslegung – betrachtet werden soll, nach welchen Maßstäben eine Bewertung erfolgt, mit welchen Werkzeugen also für diese Arbeit hantiert wird.

Damit hängt die Frage zusammen, welche Art von Gegenstand überhaupt untersucht wird. Wenn PATRICK MELIN die verfassungskonforme Auslegung als „Doktrin“<sup>19</sup> bezeichnet, ist dies womöglich weniger eine Stellungnahme als vielmehr eine unbedachte sprachliche Ungenauigkeit. In der Brockhaus-Enzyklopädie wird die Bedeutung des Begriffs der Doktrin angegeben als „allg.: wissenschaftliche Lehre, System von Ansichten, Aussagen (mit dem Anspruch der Allgemeingültigkeit)“ bzw. „Politik: die programmat. Festlegung der Grundsätze von Parteien [...]“.<sup>20</sup> Dies gibt einen – von MELIN sicher nicht intendierten – Ausblick darauf, was in dieser Arbeit untersucht wird: inwieweit sich hinter der verfassungskonformen Auslegung ein System von Ansichten verbirgt.

## II. Erläuterung des Vorgehens

MARIETTA AUER spricht in einer allgemeinen Betrachtung der Methoden rechtswissenschaftlichen Arbeitens von einer „eklektizistische[n] Theoriekultur“.<sup>21</sup> Gerade ein solches Vorgehen, das Anleihen bei Methoden anderer wissenschaftlicher Disziplinen nimmt, ist jedoch notwendig, um sich der Frage anzunähern, wie das Nachdenken über Auslegungsmethoden strukturiert gestaltet werden kann. 1973 formulierte WERNER KRAWIETZ: „Innerhalb der genuin rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung ist der schon bislang praktizierte Pluralismus unterschiedlicher Denkansätze und Methoden bis auf weiteres unausweichlich, weil im gegenwärtigen Entwicklungsstadium rechtstheoretischer Forschung nur eine konsequente Verfolgung des Postulats eines Methodenpluralismus für jede Wissenschaft der Tatsache Rechnung zu tragen vermag, daß allenthalben unterschiedliche Methoden und theoretische Denkansätze bereits mit Erfolg angewendet werden.“<sup>22</sup>

Diesem Befund ist nach wie vor zuzustimmen. Eine genuin rechtswissenschaftliche Methodik existiert nicht. Gleichzeitig beschreiben viele rechtswissenschaftliche Arbeiten zwar das eigene Vorgehen im Sinne eines Gangs der Darstellung, ohne jedoch explizit Rechenschaft über die Wahl der zugrundeliegenden Methoden abzulegen. Im Wesentlichen werden unter Bezugnahme auf andere Schriften eigene Gedankengänge und Überlegungen geschildert, ggf. noch Vergleiche angestellt. Ein solches Vorgehen ist methodisch schwer zu fassen, ohne deshalb grundsätzlich

---

<sup>19</sup> *Melin*, Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, 2005, S. 260, Fn. 1451.

<sup>20</sup> Brockhaus Enzyklopädie, Band 7, 2006, S. 145.

<sup>21</sup> *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, S. 28.

<sup>22</sup> *Krawietz*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, 1978, S. 151.

falsch zu sein. Eine Gefahr besteht jedoch darin, die Erkenntnis- bzw. Ergebnisoffenheit der Forschung hintanzustellen.

Nicht zuletzt deshalb sehe ich mich besonders in der Pflicht, mein methodisches Vorgehen – soweit möglich – zu begründen und auch „Fehlüberlegungen“ als Ergebnisse zu betrachten.

In dieser Arbeit betrachte ich die verfassungskonforme Auslegung unter verschiedenen Gesichtspunkten.

Insgesamt lässt sich das Vorgehen als einen Gang vom Kleinen ins Große, als eine schrittweise Distanzierung vom Betrachtungsgegenstand beschreiben. Ich beginne mit einer rechtswissenschaftsimmanenten Beschreibung des Forschungsstandes und weite schließlich den Blick bis hin zu externen Perspektiven auf die (juristische) Entscheidungsfindung.

Am Anfang steht eine beschreibende und analytische Betrachtung der verfassungskonformen Auslegung (*Kapitel B*). Diese zeigt, was in Literatur und Rechtsprechung unter der verfassungskonformen Auslegung verstanden wird.

Die Literaturlauswertung geschieht systematisch und legt einen Fokus auf die Entwicklungslinien seit dem Aufgreifen des Themas der verfassungskonformen Auslegung in den 1950er Jahren. Dabei betrachte ich die einschlägige Literatur unter dem Aspekt, was unter der verfassungskonformen Auslegung genau verstanden wird, insbesondere ob ein enges, formalisiertes Verständnis vorherrscht, oder ob eher allgemein die Orientierung der Auslegung an der Verfassung gemeint ist. Diese Einordnung stelle ich in Form einer Graphik dar, um Entwicklungstendenzen zu visualisieren.

Bei der Rechtsprechungsauswertung ergänzen sich verschiedene empirische Untersuchungen. Im ersten Teil geht es vor allem um die Wurzeln des Begriffs der verfassungskonformen Auslegung. Ausgewählte Rechtsprechung betrachte ich unter Heranziehung von Archivmaterial. Auch bei ausgewählten neueren Entscheidungen, bei denen noch kein Archivmaterial zur Verfügung steht, richte ich den Fokus auf die Selbstbeschreibung des methodischen Vorgehens durch die Gerichte sowie auf den Entstehungskontext der Entscheidungen.

Um Verzerrungen zu verringern, die durch die Auswahl bestimmter Entscheidungen entstehen, und um einen Eindruck von der Häufigkeit der Verwendung der verfassungskonformen Auslegung zu bekommen, stelle ich dem eine systematische Auswertung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs entgegen. Ich durchsuche Entscheidungen einiger Bände der amtlichen Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 100-157) sowie die Entscheidungen der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs von 2016 bis 2020 nach dem Stichwort der verfassungskonformen Auslegung. Grund für die Sichtung sämtlicher Entscheidungen beim BGH ist einerseits schlicht die Tatsache, dass es keine amtliche Entscheidungssammlung gibt. Vor allem hat dies aber den inhaltlichen Grund, dass bei der Fachgerichtsbarkeit die Frage nach der tatsächlichen Häufigkeit des Rückgriffs auf die verfassungskonforme Auslegung interessanter ist, da sich vor allem hier die Frage der praktischen Bedeutsamkeit stellt. Dass das Bundesverfassungsgericht regelmäßig das eigene Vorgehen als

verfassungskonforme Auslegung beschreibt, ergibt sich allein schon aus der Vielzahl der Entscheidungen, die im ersten Teil der Rechtsprechungsauswertung als Beispiel herangezogen werden können.

Anschließend (*Kapitel C*) geht es darum, die Eingebundenheit der verfassungskonformen Auslegung in ein rechtstheoretisches Gedankengerüst aufzuzeigen bzw. – präziser formuliert – die Darstellung einer solchen Einbindung durch Literatur und Rechtsprechung zu erläutern. Der erste Teil (C.I.) ist eine überwiegend beschreibende bzw. zusammenfassende Grundlage. Ich stelle dar, welche Ziele und Begründungsmuster der verfassungskonformen Auslegung immer wieder aufgeführt werden.

Exemplarisch betrachte und bewerte ich eines dieser Begründungsmuster – die Rückführung der verfassungskonformen Auslegung auf die Einheit der Rechtsordnung – genauer (C.II.). Dazu beleuchte ich die Geschichte des Begriffs der Einheit der Rechtsordnung sowie die Frage, ob sich daraus methodische Folgerungen für die Auslegung ergeben können.

Auf Basis dieser Vorüberlegungen wird schließlich analysiert, welche Grundannahmen (zwingend) mit der beschriebenen Vorstellung von der verfassungskonformen Auslegung verknüpft sind. Dies betrifft etwa die Frage, ob eine Auslegungsmethode eher als Mittel zur Herstellung oder zur Darstellung einer Entscheidung gesehen wird oder die verfassungskonforme Auslegung eher mit einem subjektiven oder einem objektiven Auslegungsverständnis vereinbar ist.

In *Kapitel D* löse ich allmählich den Blick von der internen (rechtstheoretischen) Perspektive und frage nach den tatsächlichen Funktionen der verfassungskonformen Auslegung, die sich auch schon in *Kapitel B* andeuten. Hierbei steht im Fokus, inwieweit eine Diskrepanz zwischen den regelmäßig aufgeführten und den faktischen Funktionen der verfassungskonformen Auslegung besteht.

*Kapitel E* ergänzt durch eine schlaglichtartige Darstellung die Ausführungen um Überlegungen zu externen Perspektiven auf die (juristische) Entscheidungsfindung. Dadurch möchte ich einen weiteren Beitrag leisten, sich leichter von den im *Kapitel C* beschriebenen, immer wieder reproduzierten rein rechtswissenschaftsimmanenten Mustern zur Erklärung des Phänomens der verfassungskonformen Auslegung lösen zu können.

*Kapitel F* fasst schließlich die verschiedenen Perspektiven zusammen und nähert sich der Frage, welche (praktischen) Erkenntnisse aus alledem gewonnen werden können.

Mit meinen Untersuchungen verfolge ich somit im Wesentlichen drei Ziele:

Erstens wird die Leistungsfähigkeit der verfassungskonformen Auslegung bewertet, also gefragt, welchen Beitrag diese tatsächlich bei der Entscheidungsfindung und Entscheidungsdarstellung leisten kann.

Zweitens geht es auf einer anderen Ebene um die Frage, wie eine solche strukturierte Beurteilung der Leistungsfähigkeit einer Auslegungsmethode überhaupt aussehen kann.

Drittens – nicht aber zuletzt – frage ich danach, welche weitergehenden Folgerungen aus der Beantwortung der ersten Frage zu ziehen sind. Wenn die verfassungskonforme Auslegung sich zur Entscheidungsfindung als defizitär erweist, warum gibt es sie dann? Schließt sie Lücken, die durch ihre Anwendung wenig sichtbar bleiben?

## **B. Begriffsverständnis und -entwicklung**

### **I. Die verfassungskonforme Auslegung in der Literatur**

Im folgenden Kapitel betrachte ich die Begriffsgeschichte der verfassungskonformen Auslegung, um schließlich zu zeigen, inwieweit sich eine einheitliche Vorstellung davon herausgebildet hat, was unter verfassungskonformer Auslegung zu verstehen ist.

Diese Frage stellt sich gerade auch im Hinblick darauf, dass ULRIKE LEMBKE in einer der jüngsten Monographien zum Thema der verfassungskonformen Auslegung noch mehrere verschiedene Phänomene herausarbeitete, die mit dem Begriff bezeichnet werden.<sup>23</sup>

#### **1. Visualisierung der Begriffsentwicklung**

##### *a) Methodisches Vorgehen*

Eine Überblicksdarstellung der Literatur, die sich mit der Begriffsentwicklung auseinandersetzt und nicht lediglich Einzelaspekte verschiedener Autorinnen und Autoren herausgreift, fehlt bislang. Was unter dem Begriff „verfassungskonforme Auslegung“ verstanden wird, hat sich in den letzten Jahrzehnten gewandelt.

Die Auffassungen verschiedener Autorinnen und Autoren zur verfassungskonformen Auslegung habe ich systematisch geordnet und stelle dies zur besseren Übersicht in einer Graphik dar. Die betrachteten Werke sind jeweils mit einem Punkt markiert. Die X-Achse bildet den Zeitverlauf ab. Der Y-Wert trifft eine Aussage darüber, wie eng oder weit das Begriffsverständnis der verfassungskonformen Auslegung einer Autorin oder eines Autors ist. Dadurch wird die stete Einengung – im Sinne einer Konkretisierung des Begriffs der verfassungskonformen Auslegung – auf einen Blick sichtbar.

Die Frage, ob eine von einem Autor oder einer Autorin ausgeführte oder vorausgesetzte Definition als eng oder weit einzuordnen ist, wurde anhand folgender Kriterien entschieden:

- Ein weites Verständnis zeichnet sich tendenziell durch eine Deutung der verfassungskonformen Auslegung als allgemein hermeneutisches Mittel aus. Es kann also jede Form der Einbeziehung der Verfassung in den

---

<sup>23</sup> Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 185 ff.

Auslegungsvorgang gemeint sein. Die Wertungen der Verfassung werden also herangezogen, um den Inhalt einer Norm herauszufinden.

- Ein engeres Verständnis zeichnet sich dadurch aus, dass die Mehrdeutigkeit einer Norm vorausgesetzt wird und die verfassungskonforme Auslegung dann der Auswahl zwischen verschiedenen Auslegungsvarianten dient. Die Verfassungsnorm dient damit als Kontrollnorm. Sie zeigt den Korridor, innerhalb dessen die Interpretation der einfachrechtlichen Norm stattfinden soll. Zum Teil wird positiv die Auswahl, zum Teil negativ das Verwerfen einzelner Varianten hervorgehoben.
- Ein Kriterium für ein enges Verständnis ist außerdem, dass verfassungskonforme Auslegung nur dann als anwendbar betrachtet wird, wenn Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Norm bestehen.
- Sofern das methodische Vorgehen in den untersuchten Werken genau beschrieben wird, unterscheidet sich, ob die verfassungskonforme Auslegung als ein der Auslegung nach den klassischen Auslegungsmethoden nachgelagertes Verfahren auf „zweiter Stufe“ eingeordnet wird.
- Zudem wurde berücksichtigt, ob auch Formen der Rechtsfortbildung der verfassungskonformen Auslegung zugeordnet werden. Dies wäre ein Hinweis auf ein weiter gefasstes Verständnis.
- Hinzu kommen mögliche weitere Einengungen des Verständnisses, die häufig nur von einzelnen Autoren vorgeschlagen werden. Dies kann etwa die Auffassung sein, die Kompetenz zur verfassungskonformen Auslegung stehe nur bestimmten Stellen wie dem Bundesverfassungsgericht oder den Fachgerichten zu.

Diese Art der Darstellung läuft grundsätzlich Gefahr, sich dem Vorwurf der suggerierten Objektivität oder einer zu starken Vereinfachung auszusetzen. Daher einige ergänzende Bemerkungen zu den Faktoren, die eine solche Darstellung naturgemäß zu einer subjektiven Interpretation machen:

Offensichtlich sind allein die Auswahl der Literatur und die Einordnung eines Begriffsverständnisses als eng oder weit einer wertenden Auswahl bzw. Einschätzung unterworfen. Auch kann eine entsprechende Einordnung eines Begriffsverständnisses in der Graphik aus unterschiedlichen Gründen an gleicher Stelle erfolgen. Diesen Aspekt versuche ich jedoch dadurch abzumildern, dass ich die ausgewählten Stellungnahmen aus der Literatur im Anschluss an die bildliche Darstellung jeweils kurz beschreibe und ihre Einordnung begründe.

Die Auswahl der Literatur ist selbstverständlich dadurch geprägt, dass manche Werke besonders intensiv rezipiert werden, was wiederum ein sich selbst verstärkender Prozess ist. Weiterhin kann eine häufige Zitation bestimmter Autoren in der Literatur dadurch begründet sein, dass ihnen besonders oft zugestimmt oder eben widersprochen wird oder lediglich ihre Position außergewöhnlich und daher erwähnenswert erscheint. Es spricht dennoch oder gerade deshalb eine gewisse Vermutung dafür, dass solche Werke, auf die häufig Bezug genommen wurde, die Begriffsentwicklung auch stark geprägt haben.

Bevorzugt habe ich Monographien und Aufsätze verwendet, die sich ausschließlich oder intensiv mit der verfassungskonformen Auslegung befassen. Einige Methodenlehren oder andere allgemeine Lehrbücher habe ich zusätzlich in die Auswahl aufgenommen, weil sie sich durch eine besondere Behandlung des Themas auszeichnen, besonders häufig zitiert wurden oder weil sich anhand ihrer zeigen lässt, wie eine Definition als allgemein anerkannt dargestellt wird.

Vollständigkeit beansprucht meine Darstellung insofern, als – soweit ersichtlich – alle Monographien zu dem Thema und zumindest die regelmäßig rezipierten Aufsätze eingearbeitet wurden.

Soweit die Punkte in der folgenden Graphik mit einem helleren Blau ausgefüllt sind, wurde den Einordnungen eine geringere Aussagekraft als bei einem dunkleren Blau beigemessen, etwa weil die verfassungskonforme Auslegung nicht Hauptthema der Schrift ist oder ein Autor sich nicht eindeutig auf eine Position festlegt.

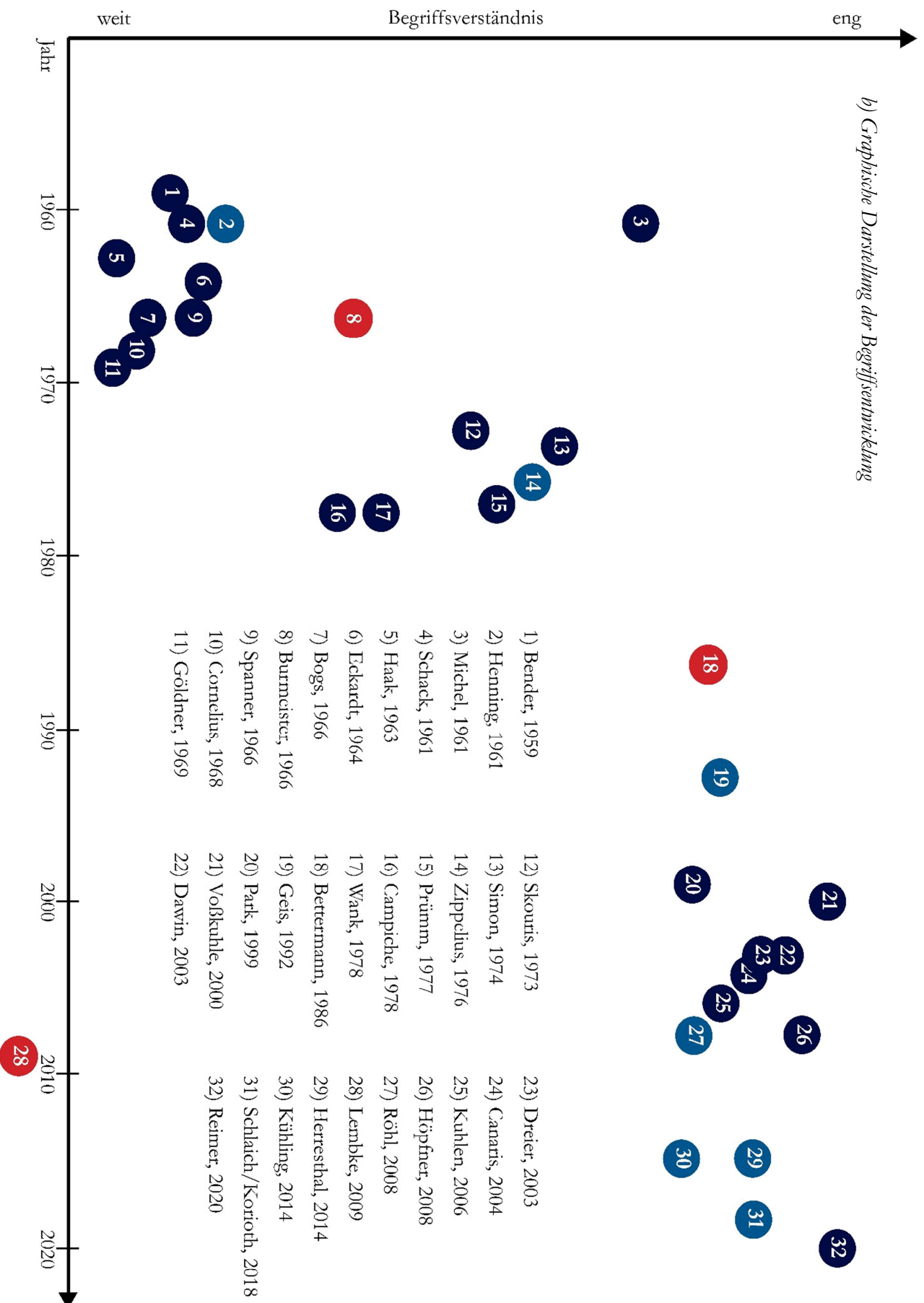
Die roten Punkte stehen für Autoren bzw. eine Autorin, die die verfassungskonforme Auslegung ablehnen. Zum Teil konnte dennoch ein bestimmtes Verständnis der Methode herausgearbeitet werden, wenn dieses auch von den jeweiligen Autoren abgelehnt wird.

Die dann folgende Analyse der Begriffsentwicklung (2.) berücksichtigt auch solche Werke, die nicht in der Graphik auftauchen, weil sie die verfassungskonforme Auslegung nur am Rande behandeln, die aber dennoch zur Untermauerung der Ergebnisse dienen.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Z. B. *Hänni*, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, 2022; *Kamanabrou*, Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich, 2021.

b) Graphische Darstellung der Begriffsentwicklung



### c) Erläuterungen zur Einordnung der Werke

Im Folgenden wird die Einordnung der Begriffsverständnisse in den Werken jeweils kurz begründet. Dieser Abschnitt ist somit nicht als einheitlicher Fließtext konzipiert. Eine zusammenfassende Analyse der Auswertung folgt unter 2.

1) *Bender, Bernd: Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Auslegung (1959)*: BENDERS Aufsatz fasst einige Elemente zusammen, die später immer wieder als Merkmale der verfassungskonformen Auslegung genannt werden. Wie viele Autorinnen und Autoren nach ihm, stellt er seinen Überlegungen zur verfassungskonformen Auslegung allgemeine Anmerkungen zur Auslegung von Normen voran und präferiert hierbei die „progressive Methode der Gesetzesauslegung“, auf die sich später etwa auch ECKARDT<sup>25</sup> bezieht. (S. 444-446) BENDER unterscheidet außerdem zwischen der verfassungskonformen Auslegung vorkonstitutioneller und nachkonstitutioneller Gesetze. Im ersten Fall umfasse die verfassungskonforme Auslegung insbesondere auch Gesetzesberichtigungen, um Normen „den neuen verfassungskonformen Ordnungsgedanken“ anzupassen. (S. 446) Zum Inhalt der verfassungskonformen Auslegung nachkonstitutioneller Gesetze sagt BENDER: „Eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung ist insbes. geboten, wenn eine Rechtsnorm mehrere gleichmögliche Auslegungen zuläßt, von denen aber nur eine im Einklang mit den normativen Entscheidungen der Verfassung steht.“ (S. 447) Dies deutet zunächst auf eine sehr frühe Einengung des Begriffs hin. Gleichzeitig betrachtet BENDER es aber auch als Phänomen der verfassungskonformen Auslegung, dass „Generalklauseln und normative Tatbestandsmerkmale [...] ihren gegenwärtigen Bedeutungsgehalt auch – und vor allem – aus den in der Verfassung zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen“ empfangen. (S. 447) Es zeigt sich dabei der Versuch, mehrere Phänomene des möglichen Einflusses der Verfassung auf einfachgesetzliche Normen unter einem Begriff zusammenzufassen. Dabei wird jedoch nicht dargelegt, inwieweit diese mit einem gemeinsamen methodischen Vorgehen verbunden sind.

2) *Henning, Walter: Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen und Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts (1961)*: Wiewohl HENNINGS kurzer Beitrag sich auf Anmerkungen zu einigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts konzentriert, zeichnet er das typische Bild des Verständnisses der verfassungskonformen Auslegung in den 1960er Jahren. Einerseits stimmt er BOGS darin zu,<sup>26</sup> das Wesen der verfassungskonformen Auslegung bestehe darin, „Normen der Verfassung zur Inhaltsbestimmung des Gesetzes mit heranzuziehen“. (S. 353) Gleichzeitig verweist er auf die vom Bundesverfassungsgericht genannte Voraussetzung, „daß hinsichtlich der Auslegung Zweifel bestehen“. (S. 353) Vor allem benennt er auch schon die Gefahr, durch eine fachgerichtliche verfassungskonforme Auslegung könne „die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts ausgeschaltet werden“. (S. 354) Letztlich versucht HENNING, auf diese

---

<sup>25</sup> Eckardt, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, 1964.

<sup>26</sup> Bogs hatte sich in derselben Zeitschrift zuvor geäußert.

Weise verschiedene Verständnismöglichkeiten zusammenzufassen, ohne dabei eine eindeutige Festlegung zu treffen.

3) *Michel, Helmut: Die Verfassungskonforme Auslegung (1961)*: In diesem Zeitschriftenbeitrag bezeichnet MICHEL die verfassungskonforme Auslegung bereits als einen der „wenigen allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze [...] von Normen“. (S. 274) Er sieht lediglich die Grenzen dieses Instituts als umstritten an. Den aus seiner Sicht bestehenden Konsens über das Prinzip hält er jedoch nicht ausdrücklich fest. Sein Verständnis ist daher aus seinen weiterführenden Äußerungen zu ermitteln. MICHEL hält die Normenkontrolle, bei der lediglich über die Verfassungsgemäßheit einer Norm beschieden wird, und die verfassungskonforme Auslegung für klar unterscheidbar, da die Verfassung im einen Fall Prüfungsmaßstab, im anderen Fall Auslegungsmaßstab sei. (S. 275) Er spricht von der verfassungskonformen Auslegung als „Ausdruck eines allgemeinen interpretatorischen Konformitätsprinzips, das immer Anwendung findet, wenn rangniedere Normen auszulegen sind und wenn bei Mehrdeutigkeit Zweifel an der Rechtswirksamkeit der rangniederen Norm wegen etwa fehlender Übereinstimmung mit der ranghöheren Norm auftauchen“: (S. 275) ein Gedanke, der deutlich später von HÖPFNER in abgewandelter Form wieder aufgenommen wird.<sup>27</sup> Es tauchen somit bei MICHEL einige Elemente eines engeren Begriffsverständnisses auf. Er setzt die Mehrdeutigkeit einer Norm voraus und stellt einen Zusammenhang mit Zweifeln an der Rechtswirksamkeit einer Norm her. Auch formuliert MICHEL bereits die Auffassung, die normale Auslegung habe der verfassungskonformen Auslegung vorzuziehen. (S. 277) Im Ergebnis lässt sich bei MICHEL also schon früh ein relativ enges Begriffsverständnis erkennen, wenn er dies auch nicht explizit ausdrückt.

4) *Schack, Friedrich: Die verfassungskonforme Auslegung (1961)*: SCHACK zeigt ein typisches, weites Verständnis der verfassungskonformen Auslegung, indem er formuliert: „Unter dem Gedanken der Sinnermittlung [gegenüber dem Gedanken der Rechtsfortbildung] handelt es sich bei verfk. Ausl. vor allem um die Auslegung des in Frage stehenden Gesetzes gemäß den [...] elementaren Verfassungsgrundsätzen und den in den einzelnen Artikeln der Verfassung normierten Grundentscheidungen, und zwar in Anwendung der allgemeinen und der von den Gerichten für die verfk. Ausl. entwickelten besonderen Auslegungsregeln.“ (S. 270) Als solche besonderen Auslegungsregeln betrachtet er das konservierende Prinzip, das Prinzip des Vorrangs der verfassungskonformen Auslegung und das Prinzip der Unzulässigkeit einer verfassungskonformen Auslegung contra legem. (S. 270) Eine genaue Erklärung, welches methodische Vorgehen sich konkret daraus ergibt, bleibt er jedoch schuldig.

5) *Haak, Volker: Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters (1963)*: HAAKS Werk wird in der Literatur besonders häufig zitiert, allerdings ist dies

---

<sup>27</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008.

wohl vor allem darauf zurückzuführen, dass es sich um eine der ersten Monographien zu dem Thema handelt. Insbesondere fällt auf, dass eine intensivere Auseinandersetzung mit dem Werk vor allem dann erfolgt, wenn HAAKS Thesen widerlegt oder zumindest kritisiert werden sollen.<sup>28</sup> Die Vielzahl der dargestellten Rechtsordnungen (Schweiz, Italien, Österreich, Deutschland) sowie die Gliederung des Werkes machen es schwer, zu erkennen, wie HAAK im Ergebnis die verfassungskonforme Auslegung versteht und was er lediglich als hypothetische Verständnismöglichkeit in einem anderen Rechtssystem (z. B. in einem solchen mit diffuser richterlicher Verwerfungskompetenz, s. S. 109 ff.) betrachtet. Verwiesen wird gerne auf HAAKS Auffassung, der Richter sei an einfaches Recht nicht gebunden, soweit dieses mehrdeutig ist, wodurch Raum für eine direkte Anwendbarkeit der Verfassung bleibe. (S. 112) Gerade diese Auffassung ist aber eben dem Kapitel entnommen, in dem HAAK die „Bindung des Richters an die Verfassung und Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetz, speziell: bei diffuser richterlicher Verwerfungskompetenz“ (S. XI) beschreibt; eine Kompetenz, die jedenfalls die deutsche Rechtsordnung gerade nicht vorsieht. Die sicherste Aussage über HAAKS eigene Einordnung lässt sich daher wohl seiner Konklusion entnehmen. Er sieht die verfassungskonforme Auslegung als systematische Auslegung an, die auf der Einheit der Rechtsordnung beruht (S. 304), und möchte sie als ein „allen zur Anwendung der Gesetze berufenen Gerichten zustehendes Mittel [...] der Rechtsinhaltsgewinnung aufzeigen“. (S. 307) Einen direkten Zusammenhang zwischen Normenkontrolle und verfassungskonformer Auslegung stellt er nicht her. HAAK unterscheidet zwischen einem Kernbereich der Norm, der der Normenkontrolle unterworfen sei, und einem Randbereich, innerhalb dessen eine verfassungskonforme Auslegung möglich sein soll: „Die vermittelnde Problemlösung besteht darin, daß innerhalb eines zu irgendeiner Zeit geltenden Gesetzesinhalts ein eindeutiger (Kern-) Bereich von einem solchen unterschieden wird, der den Zeitbedürfnissen entsprechend vom Richter formuliert wird bzw. aus dem gerade geltenden System mit Einschluß der Verfassung entnommen ist, aber zu einer anderen Zeit und in einem anderen System anders gestaltet sein kann. Dementsprechend wäre je ein Bereich für die Normenkontrolle und ein Bereich für richterliche Rechtsschöpfung bzw. systembedingte Gestaltung mit Einschluß verfassungskonformer Auslegung zu unterscheiden.“ (S. 258) Dieses Verständnis ist in erster Linie originell, lässt sich im hier verfolgten Schema aber auch als „weit“ einordnen, da HAAK weder den Kreis der zur verfassungskonformen Auslegung Berechtigten beschränken möchte noch die verfassungskonforme Auslegung als Form der Normenkontrolle betrachtet.

6) *Eckardt, Wolf-Dieter: Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung (1964)*: ECKARDT'S Einordnung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung ist nur vor dem Hintergrund der Konzeption seiner Arbeit verständlich. Er beginnt mit allgemeinen Darstellungen zur Auslegung von Gesetzen und stellt dann die von ihm bevorzugte „progressive Rechtsfindung“ vor. Danach sei auf erster Stufe der Wille des

---

<sup>28</sup> *Campiche*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1978, S. 14; *Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966, S. 77 ff.; *Eckardt*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, 1964, S. 40.

historischen Gesetzgebers festzustellen, auf zweiter Stufe werden mögliche Gesetzeslücken geschlossen, und auf dritter Stufe werden mögliche Berichtigungen oder Korrekturen einer Norm wegen geänderter Umstände vorgenommen. (S. 30) Er sieht in diesem Vorgehen die Vorzüge der subjektiven und der objektiven Theorie der Gesetzesauslegung vereint. (S. 33) Dann untersucht er die Bedeutung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung auf den verschiedenen Stufen dieser Auslegungsmethode. (S. 37 ff.) Auf der ersten Stufe der Auslegung hält ECKARDT die verfassungskonforme Auslegung nur dann für einen der „legitim[en] Auslegungsbehelfe“, wenn sich nicht zweifelsfrei ermitteln lässt, wie der Gesetzgeber eine Norm verstanden hat. Es sei dann die verfassungskonforme Auslegungsvariante vorzuziehen. (S. 42) Auch ein verfassungskonformes Schließen von Gesetzeslücken hält ECKARDT für einen Fall von verfassungskonformer Auslegung. (S. 44-45) Er weitet somit den Begriff in einer Weise, die nicht unbedingt den oben vorgestellten Kategorien entspricht, indem er ein Vorgehen, bei dem eine Richterin oder ein Richter den Anwendungsbereich einer Norm erweitern, noch darunter fasst. Lediglich eine Gesetzesberichtigung im Wege der verfassungskonformen Auslegung sei nicht möglich, da der Verstoß gegen höherrangige Rechtsnormen nicht berichtigt werden dürfe. (S. 55) Letztlich vermeidet ECKARDT mit seinem Vorgehen, die verfassungskonforme Auslegung als Werkzeug einheitlich, klar und konsistent zu beschreiben. Seine Ausführungen weisen Elemente verschiedener Definitionsmöglichkeiten auf.

7) *Bogs, Harald: Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen (1966)*: Methodisch stellt BOGS' Arbeit vor allem eine Auflistung und Kategorisierung aller bis dahin ergangenen Gerichtsentscheidungen dar, die er als Anwendungsfälle der verfassungskonformen Auslegung einordnet. BOGS bezeichnet die verfassungskonforme Auslegung als „Ausdruck eines allgemeineren Interpretationsprinzips“, wonach eine rangniedere Norm aus einer ranghöheren Norm ausgelegt werden müsse. (S. 17) Außerdem ordnet er sie als „Art der rechtssystematischen Auslegung“ ein. (S. 25) BOGS betrachtet den Auslegungsvorgang als Einheit und bezeichnet es als rechtstheoretisch verfehlt, die verfassungskonforme Auslegung auf Fälle der Mehrdeutigkeit einer Norm beschränken zu wollen. Andererseits sieht er die verfassungskonforme Auslegung insoweit als nachgelagert an, als der Richter zunächst die anderen Auslegungsbehelfe ausschöpfen solle. (S. 26) Letztlich betrachtet BOGS die verfassungskonforme Auslegung als hermeneutisches Mittel und nicht als Vorzugsregel zwischen verschiedenen Auslegungsvarianten. Sein weites Verständnis der Methode wird auch dadurch deutlich, dass er die Lüth-Entscheidung<sup>29</sup>, in der der Grundstein für die Wirkung von Grundrechten in das Privatrecht über Generalklauseln gelegt wurde, ebenfalls der verfassungskonformen Auslegung zuordnet. (S. 109) Auch bezüglich der Kompetenz zur Anwendung der Methode schlägt er keine besonderen Einschränkungen vor. (S. 125)

---

<sup>29</sup> BVerfGE 7, 198.

8) *Burmeister, Joachim: Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung (1966)*: BURMEISTERS Werk ist ein Beispiel für die Notwendigkeit der Interpretation, um sein Begriffsverständnis der verfassungskonformen Auslegung beschreiben zu können. Immer wieder wird der letzte Satz seiner Arbeit zitiert: „So bleibt nur zu fordern, diesem überbewerteten, die gesicherte Begrifflichkeit verwirrenden und verfassungsrechtlich höchst bedenklichem Grundsatz das Lebenslicht auszublasen.“ (S. 125) Zur Einordnung dieser ablehnenden Haltung ist jedoch zu erläutern, welches Verständnis dieses Grundsatzes BURMEISTER voraussetzt. Er bringt die sich schon zum Zeitpunkt der Abfassung seiner Arbeit abzeichnende Janusköpfigkeit des Verständnisses der verfassungskonformen Auslegung auf den Punkt. Einerseits soll die „Verfassung als Erkenntniskriterium für die Gesetzesinterpretation“ herangezogen werden. Andererseits wird die verfassungskonforme Auslegung häufig als „zwingende Anweisung“ verstanden, einer verfassungsmäßigen Deutung gegenüber den verfassungswidrigen Auslegungsmöglichkeiten einer Norm den Vorrang zu geben. (S. 14) Und es ist gerade die Kombination dieser Ansprüche an eine Methode, die BURMEISTER als unvereinbar betrachtet. Vielmehr stünden in verschiedenen Situationen entweder die Erkenntnis- oder Kontrollfunktion der Verfassung im Vordergrund. Und bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Gesetzen sei dies eben die Kontrollfunktion. (S. 127) Auf dieses Verständnis der verfassungskonformen Auslegung bezieht sich auch seine gänzlich ablehnende Haltung ihr gegenüber: Die Verknüpfung zwischen verfassungskonformer Auslegung und dem Prinzip der Normerhaltung hält er für obsolet.

Eine verfassungskonforme Auslegung im Sinne eines hermeneutisch orientierten Prinzips hält BURMEISTER hingegen für unverzichtbar: „Die Normkonkretisation in Übereinstimmung mit dem Inhalt der Verfassung, der Rückgriff auf den Erkenntniswert des Verfassungsrechts bei der Gesetzesdeutung und das Bemühen um eine Fallentscheidung im Sinne und im Geiste der verfassungsrechtlichen Verbürgungen ist insoweit notwendige und sinnvolle Konsequenz der wegweisenden Funktion des Grundgesetzes, welche sich in der absoluten Unverbrüchlichkeit seiner Wertentscheidungen manifestiert.“ (S. 49) Eine „interpretatorische Tätigkeit unter Berücksichtigung der Stellung des Gesetzes im Verhältnis zur Verfassung und einer daraus abgeleiteten gegenseitigen inhaltlichen Durchdringung der Normen“ bezeichnet BURMEISTER allerdings als „Prinzip vertikaler Normendurchdringung“. (S. 28-29) Er schlägt also nicht explizit vor, den Begriff der verfassungskonformen Auslegung künftig nur noch in diesem Sinne zu verwenden.

Ein hier vielleicht nicht ganz so goldener Mittelweg liegt daher darin, bei der Einordnung seiner Position zwar zu berücksichtigen, dass BURMEISTER die Verknüpfung zwischen verfassungskonformer Auslegung und Normerhaltung als geschehen ansieht, sich aber gleichwohl mit einem sehr weiten Begriffsverständnis im Sinne einer Orientierung jedes Auslegungsvorgangs an der Verfassung besser anfreunden könnte.

9) *Spanner, Hans: Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1966)*: In seinem ausführlichen Aufsatz betrachtet

SPANNER, wie der Titel erwarten lässt, die verfassungskonforme Auslegung insbesondere aus der Perspektive der Rechtsprechung. Gleichwohl unterlässt er es nicht, eine allgemeine Einordnung der Figur zu unternehmen. Es betont das Wesen der verfassungskonformen Auslegung als Auslegungsmethode und ordnet sie der systematischen Auslegung zu. (S. 505, 535) Als Grundlage der verfassungskonformen Auslegung nennt er aber auch, dass im Zweifel die Verfassungsmäßigkeit einer Norm anzunehmen und die Norm dementsprechend auszulegen und anzuwenden sei. (S. 535) Somit stellt er einen Bezug zur Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einer Norm her, ohne jedoch darauf einzugehen, ob dieser Zusammenhang zwingend ist. Der Eindruck, SPANNER verstehe die verfassungskonforme Auslegung als ein Werkzeug, das nur bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit einer Norm zum Einsatz kommt, verstärkt sich jedoch durch die von ihm vorgenommene Abgrenzung zur Teilnichtigkeitsklärung einer Norm. (S. 530 ff.) Im Ergebnis zeigen seine Ausführungen das für die Zeit typische Bild einzelner Eingrenzungsversuche bei einem insgesamt weiten Verständnis der verfassungskonformen Auslegung als hermeneutische Methode.

10) *Cornelius, Joachim: Gesetzesauslegung und verfassungsmäßige Wertordnung (1968):* CORNELIUS ordnet die verfassungskonforme als Auslegung im Sinne einer „Sinndeutung einer Norm“ ein. Deshalb sei eine klare Abgrenzung von der Normenkontrolle möglich. (S. 83) Er benennt wie BURMEISTER,<sup>30</sup> wenn auch weniger konturiert herausgearbeitet, zwei Elemente, aus denen sich der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung zusammensetzt: dass erstens die Verfassung die Auslegung von Gesetzen beeinflussen könne und dass zweitens bei einem Nebeneinander von verfassungswidrigen und verfassungskonformen Ergebnissen eine verfassungskonforme Auslegungsvariante einer Nichtigerklärung der Norm vorzuziehen sei. (S. 85-86) Diese beiden Elemente können für CORNELIUS jedoch nebeneinander bestehen. Etwas zirkelschlüssig wirkt es allerdings, wenn er verfassungskonforme Auslegung und Teilnichtigkeitsklärung dadurch voneinander abgrenzt, dass es sich im ersten Fall um ein hermeneutisches Verfahren handle, während im zweiten Fall zwingend über die Gültigkeitsfrage entschieden werden müsse. (S. 115-116) So wird letztlich die Begründung vom gewünschten Ergebnis her abgeleitet. Im Ergebnis vertritt CORNELIUS ein sehr weites Begriffsverständnis, bei dem er auch den allgemeinen Einfluss der verfassungsmäßigen Wertordnung auf die Auslegung einfachen Rechts als Phänomen der verfassungskonformen Auslegung betrachtet.

11) *Göldner, Detlef: Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung (1969):* GÖLDNER versteht die verfassungskonforme Auslegung letztlich als eine Auslegung im Lichte der Verfassung: „Verfassungskonforme Auslegung [...] ist jede auf judizielle Vermittlung von Verfassung und gesetzlicher Rechtsordnung gerichtete Interpretation, gleichviel, ob sie der Konservierung einer verfassungsrechtlich zweifelhaften Norm dient oder nicht.“ (S. 47) Methodisch ordnet er sie als Unterfall der systematisch-teleologischen

---

<sup>30</sup> *Burmeister, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966.*

Auslegung ein. (S. 67) Er zeigt somit ein sehr weites Begriffsverständnis, das weit davon entfernt ist, nur die Auswahl zwischen verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten zu erfassen. Dies zeigt sich auch an seinem Vorschlag, einen allgemeinen Grundsatz verfassungskonformer Rechtsanwendung anzunehmen, der auch eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung umfasst und eine „Harmonisierung von Verfassungsprinzip und Gesetzesnorm“ anstrebt. (S. 235)

12) *Skouris, Wassilios: Teilnichtigkeit von Gesetzen (1973)*: Zitiert wird in der Literatur überwiegend der Teil der Arbeit SKOURIS<sup>31</sup>, in dem er die verfassungskonforme Auslegung mit der Teilnichtigkeitsklärung von Gesetzen gleichsetzt, und zwar einer solchen ohne Veränderung des Wortlauts der Norm. (S. 106 f.) Zu diesem Zweck definiert er die verfassungskonforme Auslegung selbst so: „Die Prüfung der materiellen Übereinstimmung eines Gesetzes mit der Verfassung schließt die Auslegung des Gesetzes (Kontrollgegenstand) und der Verfassung (Kontrollmaßstab) ein. Besteht über die Aussage des Kontrollmaßstabs Klarheit, läßt dagegen das Kontrollobjekt, das einfache Gesetz, verfassungsmäßige und verfassungswidrige Deutungen zu, so findet das Gebot der verfassungskonformen Auslegung Anwendung: Maßgeblich und richtig ist diejenige Interpretation, bei der die gesetzliche Regelung im Einklang mit dem Grundgesetz steht. Die übrigen, verfassungswidrigen Deutungen werden verworfen.“ (S. 96) Die verfassungskonforme Auslegung komme somit nur dann zur Anwendung, wenn die Verfassungsmäßigkeit einer Gesetzesnorm zweifelhaft sei. (S. 104) Die Gleichsetzung mit der Teilnichtigkeitsklärung führt für SKOURIS folgerichtig zu der Konsequenz, dass nur dem Bundesverfassungsgericht die Kompetenz zur verfassungskonformen Auslegung zustehe. (S. 112 f.) Neben diese Ausführungen stellt SKOURIS allerdings ein von ihm als „neues“ bezeichnetes Verständnis der verfassungskonformen Auslegung. (S. 114) Danach könne man die verfassungskonforme Auslegung auch als Teil systematischer Hermeneutik einordnen, indem bei der Interpretation einer Norm die Bestimmungen des Grundgesetzes als „ranghöchste Rechtssätze“ verwertet werden. (S. 115) Dieses Verständnis kritisiert SKOURIS nicht, sondern stellt dessen Vorzüge heraus, nämlich das klare Verhältnis zur Teilnichtigkeit sowie die Zuständigkeit der Fachgerichte. (S. 117-118) SKOURIS<sup>31</sup> Sympathie für dieses Verständnis führt dazu, dass es zu kurz greifen würde, nur seine Ausführungen der verfassungskonformen Auslegung als Teilnichtigkeitsklärung als relevant oder erwähnenswert zu betrachten. Sein Werk ist daher insgesamt in der Mitte der Begriffsskala einzuordnen.

13) *Simon, Helmut: Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung (1974)*: SIMONS Text ist der Abdruck eines Vortrags, den er bei der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte<sup>31</sup> hielt, weshalb ein Schwerpunkt auf einer rechtsvergleichenden Perspektive auf das Phänomen der verfassungskonformen Auslegung liegt.

Bei SIMON findet sich bereits eine später typische Formulierung zur Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung: „Läßt eine auslegungsfähige Norm nach den üblichen Interpretationsregeln mehrere Auslegungen zu, dann hat im Zweifelsfalle

---

<sup>31</sup> Simon war zu diesem Zeitpunkt Richter am Bundesverfassungsgericht.

diejenige Auslegung den Vorrang, die mit der Verfassung übereinstimmt; auszuschließen sind hingegen alle Auslegungsergebnisse, die zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen würden.“ (S. 86) Außerdem schlägt er eine Unterscheidung „zwischen erstens einer verfassungsorientierten Auslegung im allgemeinen, weiteren Sinn, wie sie bei der Entscheidung konkreter Einzelfälle erfolgt, und zweitens der Sonderart verfassungskonformer Auslegung im engeren Sinn, wie sie im Normprüfungsverfahren stattfindet“, vor. (S. 86) In letzterem Verfahren sei die Verfassung auch Prüfungsmaßstab für die generelle Gültigkeit einer Norm. (S. 86) Diese Unterscheidung überrascht nach vorangegangener Definition, da diese heute überwiegend nur für das von SIMON als zweites genannte Vorgehen verwendet wird und daher offenbleibt, welche allgemeine Art der verfassungsorientierten Auslegung er nun noch als Unterfall der verfassungskonformen Auslegung begreift. SIMON beschreibt diese etwas schwer einzuordnende Vielschichtigkeit der verfassungskonformen Auslegung selbst mit den Worten: „Ähnlich wie ein Chamäleon seine Farbe, so scheint diese Auslegung ihre Funktion zu verändern je nach Art des Verfahrens, in dem sie angewendet wird.“ (S. 87) So gehe es bei der Normenkontrolle eher um den negativen Aspekt der verfassungskonformen Auslegung – die Ausscheidung einzelner Auslegungsvarianten – und bei einer Anwendung einer Norm auf einen Einzelfall mehr um den positiven Aspekt, die Norm so zu interpretieren, „daß die Verfassungspostulate bei der Entscheidung des konkreten Einzelfalles möglichst optimal wirksam werden“. (S. 87) Auch die verfassungskonforme Auslegung im engeren Sinne ordnet Simon wiederum nicht nur dem Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG zu, sondern auch einer fachgerichtlichen verfassungskonformen Auslegung, etwa im Rahmen der Vorfrage, ob eine Vorlage der Norm beim Bundesverfassungsgericht geboten ist. (S. 88)

Die etwas komplizierte Differenzierung liest sich wie ein Versuch, ein klarer definiertes Verständnis der verfassungskonformen Auslegung zu etablieren, ohne jedoch ihr Verständnis als allgemeines Auslegungswerkzeug vollständig aufzugeben.

14) *Zippelius, Reinhold: Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen (1976)*: ZIPPELIUS befasst sich in seinem Beitrag vor allem mit den Grenzen der verfassungskonformen Auslegung, ohne jedoch seinen Überlegungen eine präzise Definition derselben voranzustellen. Am Ausgangspunkt der Diskussion um die verfassungskonforme Auslegung steht aus seiner Sicht „die Tatsache [...], daß Gesetzesnormen in unterschiedlicher Weise ausgelegt werden und bei der einen Auslegung in Einklang mit der Verfassung stehen, bei der anderen in Widerspruch zu ihr geraten können“. (S. 108) Diese Ausgangsthese deutet zunächst auf ein Verständnis der verfassungskonformen Auslegung als Auswahlregel zwischen den verschiedenen Auslegungsvarianten hin, die sich aus den klassischen Auslegungsmethoden ergeben. Allerdings erläutert ZIPPELIUS im gleichen Zusammenhang auch, was er grundsätzlich unter Auslegung versteht, nämlich ausgehend vom „Bedeutungsspielraum der Gesetzesworte“ Argumente für und gegen verschiedene Verständnismöglichkeiten zu sammeln, etwa eine Variante zu finden, nach der sich eine Norm widerspruchlos in die Gesamtrechtsordnung einfügt. (S. 108-109) Letztlich ergibt

eine systematische Auslegung von ZIPPELIUS' Text, dass er die verfassungskonforme Auslegung durchaus als Teil der grundsätzlichen Bedeutungsfindung einer Norm betrachtet. Dafür spricht auch seine Argumentation zur Rechtfertigung der verfassungskonformen Auslegung, dass „das höherrangige Recht [...] auch den Inhalt der nachrangigen Normen in wichtigen [...] Grundprinzipien vorprogrammieren“ soll. (S. 109) Dies sei Auswirkung des Stufenbaus der Rechtsordnung. Auch lehnt er ein Verständnis explizit ab, wonach die verfassungskonforme Auslegung eine Teilnichtigklärung sei. (S. 111) Letztlich finden sich somit bei ZIPPELIUS Ansätze für ein Verständnis der verfassungskonformen Auslegung als reines Kontrollprinzip bzw. als Vorzugsregel. Diesen Ansatz führt er jedoch nicht konsequent zu Ende, da er auch die inhaltliche Auswirkung von Verfassungsprinzipien auf niedere Rechtsnormen als wesentliches Element kennzeichnet.

15) *Prümm, Hans Paul: Verfassung und Methodik (1977)*: Die methodische Besonderheit der Arbeit PRÜMMS liegt in der intensiven Betrachtung der Änderung der §§ 31 II, 79 I BVerfGG im Jahr 1970. Die neuen Normen liest er als gesetzliche Anerkennung der verfassungskonformen Auslegung. (S. 43) Aus diesen Normen entwickelt er als Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung die „Auslegung einer Norm gemäß der Verfassung [...], wobei sich das ausgelegte Gesetz als verfassungsmäßig (§ 31 II 3), eine bestimmte Auslegung dagegen als verfassungswidrig (§ 79 I) herausstellt“. (S. 62) Gleichzeitig stellt er aber auch die insbesondere von BURMEISTER vertretene Ansicht vor, die verfassungskonforme Auslegung sei allgemeiner als hermeneutisches Prinzip der Auslegung von Normen im Einklang mit Normen höherer Ebene zu verstehen, bei dem es nicht um die Frage der Normerhaltung geht. (S. 65-66) Auch ordnet er die Lüth-Entscheidung<sup>32</sup> als Fall der verfassungskonformen Auslegung ein. (S. 76-80) Zudem löst er sich als Ergebnis seiner Betrachtungen weiter von der Ausgangsdefinition und meint, die verfassungskonforme Auslegung komme auch dann zur Anwendung, wenn die Normgültigkeitsfrage nicht gestellt werde. (S. 83) Dies begründet PRÜMM unter anderem damit, dass bei abstrakt-generellen Normen häufig eine Vielzahl verfassungswidriger Deutungen denkbar sei, ohne dass sich die Gültigkeitsfrage stelle. (S. 89) Er meint außerdem, Kontroll- und Auslegungsfunktion träfen in der verfassungskonformen Auslegung zusammen und betont die Gemeinsamkeiten mit dem klassischen Auslegungsvorgang, ordnet die verfassungskonforme gar als systematische Auslegung ein. (S. 96-98) Letztlich versucht er so, einen Mittelweg der Einordnung zwischen einem Verständnis als Teilnichtigklärung und einem Verständnis als hermeneutisches Prinzip zu finden, der jedoch vor allem daran krankt, dass ungeklärt bleibt, was er unter einer oder vielen Auslegungsvarianten versteht, etwa ob dies abstrakt oder schon in Bezug auf einen Einzelfall gemeint ist.

16) *Campiche, Edouard: Die verfassungskonforme Auslegung (1978)*: CAMPICHES Dissertation zur verfassungskonformen Auslegung ist besonders schwer einzuordnen. Explizit unterscheidet er zwischen verschiedenen Begriffsverständnissen: „Einmal die verkf. Ausl. als Vorzugsregel für die Entscheidung zwischen verschiedenen

---

<sup>32</sup> BVerfGE 7, 198.

Auslegungsergebnissen ohne eigenen hermeneutischen Gehalt. Sodann die verfk. Ausl. als normerhaltendes Mittel zur Einschränkung der richterlichen Überprüfung und schliesslich als eigentliches Erkenntnismittel bei der Auslegung einfachen Rechts.“ (S. 42) Allerdings legt CAMPICHE sich im Weiteren nicht auf eine dieser Verständnismöglichkeiten fest, sondern beschreibt und untersucht diese Verständnisweisen als gleichwertig nebeneinanderstehend. Er problematisiert ein so vielseitiges Begriffsverständnis auch nicht, solange im Einzelfall deutlich gemacht werde, welche „Form [...] der Rechtsdeutung“ gemeint sei. (S. 3) Dass sich in der Praxis die Begriffe vermischen, sei nur insofern ein Nachteil, als sich dadurch die Grenzen verfassungskonformer Auslegung weniger deutlich erkennen ließen. (S. 43) Nur innerhalb der einzelnen Begriffsverständnisse bezieht CAMPICHE Stellung. Bei der Betrachtung der verfassungskonformen Auslegung als normerhaltendes Mittel, die auch quantitativ den Schwerpunkt seiner Arbeit ausmacht, legt er sich darauf fest, dass die verfassungskonforme Auslegung ein mehrstufiges Verfahren sei, bei dem die „herkömmliche Auslegung“ einer „Normenkontrolle“ vorangehe. (S. 86-86) Dennoch wird dieses scheinbar enge Begriffsverständnis dadurch relativiert, dass am Ende auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder die Ausfüllung von Generalklauseln als Phänomene der verfassungskonformen Auslegung verstanden werden. (S. 110 f.) Insgesamt wurde CAMPICHE hier daher ein eher weites Begriffsverständnis attestiert.

17) *Wank, Rolf: Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (1978)*: WANK arbeitet explizit die Spaltung des Begriffsverständnisses der verfassungskonformen Auslegung heraus: „Unter der Bezeichnung verfassungskonforme Auslegung verbergen sich zwei unterschiedliche Phänomene. In dem einen Fall werden Verfassungsnormen als Erkenntnisnormen, in dem anderen Fall als Kontrollnormen verwandt.“ (S. 97) Das erste Phänomen beschreibt er als Einbeziehung der Verfassung in die Auslegung durch „Inhaltsbestimmung, Konkretisierung und Lückenfüllung, wie sie in gleicher Weise auch durch andere Prinzipien oder allgemeine Rechtsgedanken erfolgen könnte“. (S. 98) Darunter fasst er auch Fälle, in denen eine Vorschrift „entgegen ihrem Wortlaut in ihrer Erstreckung eingeengt oder ausgedehnt“ wird. (S. 98) Die zweite Bedeutung beschreibt WANK als Vorgehen in zwei Schritten. „Zunächst wird das einfache Gesetz anhand der Verfassung überprüft mit dem Ergebnis, daß das Gesetz bei einer bestimmten Auslegung verfassungswidrig ist (Normenkontrolle). In einem zweiten Schritt wird untersucht, ob sich stattdessen eine andere Auslegung des Gesetzes finden läßt, bei der das Gesetz verfassungsgemäß ist (verfassungskonforme Auslegung als Inhaltskontrolle).“ (S. 105) Bei dieser Beschreibung fällt auf, dass WANK die beiden Schritte anders beschreibt als viele andere Autoren, da er nicht davon ausgeht, dass im ersten Schritt schon mehrere Auslegungsergebnisse generiert werden, zwischen denen dann eine Auswahl im Sinne der Verfassungsmäßigkeit der Norm stattfindet. In diesem Vorgehen sieht WANK die Möglichkeit der Fallgerichte, ein Gesetz „inzidenter zu verwerfen“. (S. 104)

Auch wenn er diese beiden Bedeutungen klar herausarbeitet, erkennt WANK letztlich beide Phänomene als Teile des Begriffs der verfassungskonformen Auslegung an.

18) *Bettermann, Karl August: Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren (1986)*: Ebenso wie bei BURMEISTER<sup>33</sup> wird BETTERMANN'S letzter ablehnender Satz zur verfassungskonformen Auslegung häufig zitiert: „Laßt dem Gesetzgeber die Freiheit, wie er auf die Verwerfung seines Werkes reagiert: vergewaltigt ihn nicht durch verfassungskonforme Auslegung!“ (S. 55) Es lässt sich aber aus seinen vorhergehenden ausführlichen Ausführungen ein Verständnis herleiten, das Grundlage seiner ablehnenden Haltung ist.

Zunächst wird deutlich, dass BETTERMANN die verfassungskonforme Auslegung direkt mit dem Bundesverfassungsgericht in Verbindung bringt, indem er meint, treffender solle man sie als „verfassungsgerichtskonform“ bezeichnen. (S. 12) BETTERMANN ist der Auffassung, das Bundesverfassungsgericht maße sich durch die verfassungskonforme Auslegung ihm nicht zustehende Kompetenzen an, da es sich so zum „obersten Interpreten aller Rechtsvorschriften“ mache. (S. 12)

Die eingangs von BETTERMANN vorgestellte Definition der verfassungskonformen Auslegung weist zunächst auf ein weites Verständnis hin. Er formuliert, der Begriff der verfassungskonformen Auslegung werde für die Frage benutzt, „ob und wie Vorschriften des einfachen Rechts durch das Verfassungsrecht modifiziert werden, wie sie im Geiste und im Lichte des Grundgesetzes auszulegen und anzuwenden sind“. (S. 12) Später konkretisiert er das Vorgehen bei der verfassungskonformen Auslegung jedoch und nennt die Mehrdeutigkeit einer Norm als Voraussetzung. (S. 19) Auch ordnet er die verfassungskonforme Auslegung als „Erscheinungsform eines umfassenderen Prinzips“ ein: „Unter mehreren Auslegungen einer mehrdeutigen Norm scheidet diejenigen aus, bei welchen die Norm mit höherwertigem Recht kollidiert.“ (S. 20) Diesen Gedanken greift später ausführlich HÖPFNER<sup>34</sup> auf. BETTERMANN rückt immer deutlicher von der eingangs von ihm aufgeführten Definition ab. Die verfassungskonforme Auslegung sei nicht Norminterpretation, sondern vorgezogene Normenkontrolle. (S. 22, 26) Die Richtigkeit der Auslegung sei somit nicht mehr entscheidendes Kriterium. (S. 23) Ausgehend von dieser Definition lehnt BETTERMANN die verfassungskonforme Auslegung ab. So ist er etwa der Auffassung, eine verfassungskonforme Auslegung durch die Instanzgerichte verstoße gegen das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts. (S. 32) Umgekehrt seien die Instanzgerichte kompetenter, die verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten einer Norm einfachen Rechts zu ermitteln. (S. 38) BETTERMANN fasst seine Kritik in einem Satz pointiert zusammen: „Die Normerhaltung wird durch Normverformung erkauft, die Kassation der Norm wird durch ihre Reformation abgewendet.“ (S. 46)

19) *Geis, Max-Emanuel: Die „Eilversammlung“ als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung. Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung (1992)*: Das Verständnis GEIS' entstammt seinem Aufsatz, in dem er die Eilversammlungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>35</sup> als „methodisch

---

<sup>33</sup> *Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966.

<sup>34</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008.

<sup>35</sup> BVerfGE 85, 69.

nicht haltbar“ kritisiert. (S. 1031) Er meint zunächst, die verfassungskonforme Auslegung gehöre „zum völlig unstrittigen und häufig gebrauchten Instrumentarium“, ohne eine genaue Definition zu formulieren. (S. 1026) Dann fasst er die Definition des Bundesverfassungsgerichts folgendermaßen zusammen: „Läßt eine Norm mehrere Auslegungen zu, so kann das Gericht lediglich prüfen, ob sie in der jeweiligen Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar ist.“ Die Methode ergänze so den klassischen Auslegungskanon. Weiter meint er, das Ergebnis verfassungskonformer Auslegung sei stets eine Teilmenge aller denkbaren Auslegungen. (S. 1026) Aus diesen Aussagen lässt sich ableiten, dass GEIS unter der verfassungskonformen Auslegung grundsätzlich nur negativ das Aussortieren einzelner Auslegungsvarianten versteht.

Gleichzeitig beobachtet GEIS, dass verschiedene methodische Vorgehensweisen unter den Begriff gefasst werden, „von der eigentlichen Auslegung, über die Normergänzung durch lückenfüllende Analogie (praeter legem) bis hin zur Normkorrektur (contra legem)“. (S. 1026) Er befürwortet eine strengere Differenzierung in dem Sinne, nur die Interpretation einer Norm im engeren Sinne als Auslegung zu verstehen.

20) *Park, Zin-Wan: Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung (1999)*: Es fällt schwer, eine eigene Position PARKS herauszuarbeiten, da er unter dem Punkt „Definition“ die Eingrenzungsversuche verschiedener Autoren nebeneinander darstellt, ohne selbst Stellung zu beziehen oder verschiedene Ansätze als konkurrierend darzustellen. (S. 31 ff.) Lediglich seiner Zusammenfassung können die aus seiner Sicht entscheidenden Punkte der Definition entnommen werden. Als die beiden zentralen Elemente bezeichnet er die „Normativität der Verfassung“ und die „Aufrechterhaltung der erlassenen Gesetze“. (S. 36) Die Mehrdeutigkeit einer Norm sei somit Voraussetzung der verfassungskonformen Auslegung. Schließlich trifft PARK wiederum eine etwas allgemeinere Aussage: „Die Gesetze sollen nach der Wertordnung der Verfassung ausgelegt und angewandt werden. Das Gesetz wird also durch die Verfassung kontrolliert, modifiziert und korrigiert. In diesem Sinne geht eine verfassungsgetreue Gesetzesinterpretation über das Feststellen des Normsinns hinaus.“ (S. 36) Diese Aussage impliziert jedoch zugleich, dass er die verfassungskonforme Auslegung zumindest auch als hermeneutisches Mittel begreift.

21) *Vofskuhle, Andreas: Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte (2000)*: In seinem Aufsatz befasst sich VOFKUHLE schwerpunktmäßig mit der Kompetenz der Fachgerichte zur verfassungskonformen Auslegung und den daraus resultierenden Problemstellungen. Er stellt jedoch diesen Überlegungen eine Einordnung des Begriffs voran. Die verfassungskonforme Auslegung bezeichnet er als „eigenständigen, wenn auch keineswegs immer eindeutig abgrenzbaren Unterfall [...] [der] verfassungsorientierten Auslegung“, die er wiederum als Folge einer „weitgehenden verfassungsrechtlichen Durchwirkung und Konstitutionalisierung der einfachgesetzlichen Rechtsordnung“ betrachtet. (S. 180) Gleichwohl beschreibt er kurz darauf die verfassungskonforme Auslegung

als Vorzugsregel zwischen verschiedenen Auslegungsvarianten: „Lassen [...] der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen sowie deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führen, so ist diejenige Normvariante vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht. Die Verfassung fungiert hier demnach nicht nur als Erkenntnisnorm, sondern zugleich als Kontrollnorm.“ (S. 180-181) Auch schließt er sich der Auffassung an, dass es sich somit in der Sache um eine teilweise Nichtigerklärung handele. (S. 181-182) Das Zusammenbringen dieser Einordnungen irritiert.<sup>36</sup> Die verfassungsorientierte Auslegung wird überwiegend als Fall der systematischen Auslegung verstanden oder als Methode der Normoptimierung, bei der die Auslegungsvariante den Vorzug verdient, die die Verfassung am besten zur Geltung bringt. Im ersten Fall bedürfte es einer Rechtfertigung, warum die verfassungskonforme Auslegung, verstanden als Vorzugsregel zwischen gefundenen Ergebnissen, noch als hermeneutisches Mittel beurteilt werden kann. Im zweiten Fall wäre, wie REIMER zurecht feststellt,<sup>37</sup> vielmehr die verfassungsorientierte Auslegung als Sonderfall der verfassungskonformen Auslegung einzuordnen.

Außerdem plädiert VOBKUHLE für eine besondere Begrenzung der Methode der verfassungskonformen Auslegung, die sich aus seinen Überlegungen zur Kompetenz der verschiedenen Gerichte ergibt. Das Bundesverfassungsgericht solle an die Auslegung einfachen Rechts durch die Fachgerichte gebunden sein. (S. 196) Dem Bundesverfassungsgericht bliebe somit nur die Aufgabe, fachgerichtliche Auslegungsvarianten, die nicht mit der Verfassung übereinstimmen, auszusortieren. (S. 197) Letztlich geht VOBKUHLE somit von der Notwendigkeit einer „Arbeitsteilung zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichten bei der verfassungskonformen Auslegung“ aus, was dazu führt, dass er darunter keine universelle Methode der Rechtsfindung, sondern ein komplexes Modell der „Rechtskonkretisierung“ versteht. (S. 194)

22) *Dawin, Michael: Ungereimtheiten in der verfassungskonformen Auslegung (2003)*: Bei DAWIN finden sich viele Elemente, die sein sehr enges Begriffsverständnis zeigen. Das Vorgehen eines Richters bei der verfassungskonformen Auslegung beschreibt er so: „Er hat aus den Bedeutungen, welche die Vorschrift bei einer Auslegung nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung haben kann, diejenigen Bedeutungen auszuscheiden, bei denen die Bestimmung einen mit der Verfassung nicht vereinbaren Inhalt haben würde und diejenige Bedeutung als die richtige anzusehen, bei der die Norm mit der Verfassung vereinbar ist.“ (S. 9) Auch betrachtet er die verfassungskonforme Auslegung nicht als hermeneutisches Mittel: „Die verfassungskonforme Auslegung ist lediglich nach der Einordnung des gedanklichen Schrittes, in dem sie besteht, in den äußeren Ablauf des gesamten gedanklichen Vorgehens Auslegung. Der Sache nach ist sie Normenkontrolle. Ihr Ziel ist, wie auch sonst bei der Normenkontrolle, die Einhaltung der Verfassung.“

---

<sup>36</sup> *Kulick*, NJW 2016, 2236-2241 (2236), macht es sich somit zu einfach, wenn er Voßkuhles Begriffsverständnis der verfassungskonformen Auslegung als weit beschreibt. Leider wird diese Einordnung auch nicht näher begründet.

<sup>37</sup> *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 195.

(S. 14) DAWIN schlägt kompetenziell eine Einschränkung der bisherigen Praxis vor. Das Bundesverfassungsgericht solle an die Auslegung des einfachen Rechts durch die Fachgerichte gebunden sein. (S. 17) So könne verhindert werden, dass das Bundesverfassungsgericht einer Vorschrift einen anderen Inhalt gibt, anstatt nur über eine Auslegungsvariante zu entscheiden.

23) *Dreier, Horst: Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung? (2003)*: DREIER ordnet in seinem Aufsatz die verfassungskonforme Auslegung als „Institut zur Bewältigung der Doppelbindung an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG sowie an die Gesetze gemäß Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG“ ein. (S. 110) Er definiert selbst kurz: „Sie [die verfassungskonforme Auslegung] obliegt kraft gefestigter verfassungsrechtlicher Judikatur jedem Richter und besagt im Kern, daß bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten einer Norm, die teils zu deren Verfassungsmäßigkeit, teils zu deren Verfassungswidrigkeit führen würden, diejenige Variante gewählt werden muß, die das Verdikt der Verfassungswidrigkeit vermeidet, die Norm auf diese Weise ‚erhält‘ und ein Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG überflüssig macht.“ (S. 110) Diese Formulierung ist typisch für das sich durchsetzende Verständnis der verfassungskonformen Auslegung als Vorzugsregel zwischen Auslegungsvarianten. Eine Besonderheit in DREIERS Verständnis besteht jedoch darin, grundsätzlich zu sagen, die verfassungskonforme Auslegung bewirke eine verfassungsbedingte teleologische Reduktion der Gesetzesnorm (S. 111), anstatt dies nur als einen möglichen Unterfall dieser Methode zu verstehen.

24) *Canaris, Claus-Wilhelm: Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre (2004)*: CANARIS zeichnet ein Bild der verfassungskonformen Auslegung als Vorzugsregel zwischen verschiedenen Auslegungsvarianten. „Für den Begriff der verfassungskonformen Auslegung bedeutet das, dass man von einer solchen nur dann und immer dann sprechen sollte, wenn es eine verfassungswidrige Auslegungsvariante gibt und es also um die Entscheidung zwischen dieser und einer verfassungsgemäßen Auslegungsvariante geht.“ (S. 154) Er stellt außerdem die Relevanz der geltungserhaltenden Funktion der verfassungskonformen Auslegung heraus. (S. 152) Den Begriff der verfassungsorientierten Auslegung hingegen hält er für entbehrlich, allerdings nicht, weil er diesen als von der verfassungskonformen Auslegung umfasst ansieht, sondern weil bei der Auswahl zwischen mehreren verfassungskonformen Auslegungsvarianten keine Vorzugsregel im engeren Sinne gelte. (S. 154) Damit macht er noch einmal die Abgrenzung der verfassungskonformen Auslegung von der Bedeutung der Verfassung bei der sonstigen Auslegung einfachen Rechts deutlich. CANARIS hält auch eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung bis zur Grenze des Contra-Legem-Judizierens für geboten. (S. 158) Diese trennt er jedoch begrifflich von der verfassungskonformen Auslegung.

25) *Kuhlen, Lothar: Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen (2006)*: Bei KUHLENS Schrift lohnt sich die Wiedergabe seiner eigenen Formulierung zur Definition der verfassungskonformen Auslegung, um die Ähnlichkeit zu anderen

Werken deutlich zu machen: „Eine Norm ist verfassungskonform auszulegen, wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten bestehen, von denen mindestens eine zur Verfassungsmäßigkeit, mindestens eine andere zur Verfassungswidrigkeit der Norm führen würde. Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung besagt für diesen Fall, daß keine der verfassungswidrigen, sondern eine der verfassungsgemäßen Auslegungsvarianten zu wählen ist.“ (S. 1) Die verfassungskonforme Auslegung stehe in der Mitte zwischen verfassungsorientierter Auslegung und dem Urteil, eine Norm sei verfassungswidrig. (S. 5) KUHLEN legt sich nicht fest, ob es sich lediglich um eine negative Aussortierung verfassungswidriger Auslegungsvarianten oder eine positive Auswahl einer bestimmten Variante handelt. Vielmehr könne die positive Komponente der verfassungskonformen Auslegung sehr unterschiedlich ausgeprägt sein. (S. 5) Zur verfassungskonformen Auslegung seien außerdem alle Gerichte berufen. (S. 8) Eine Besonderheit des Verständnisses KUHLENS liegt darin, auch die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung von Handlungen und nicht nur von Normen zu sehen. (S. 6) Dies ordne ich als eine leichte Erweiterung des Begriffsverständnisses ein.

26) *Höpfner, Clemens: Die systemkonforme Auslegung (2008)*: Wie der Titel des Werks schon andeutet, ordnet HÖPFNER die verfassungskonforme Auslegung als einen Fall der sogenannten systemkonformen Auslegung<sup>38</sup> ein, die er folgendermaßen definiert: „Die systemkonforme Auslegung ist ein Oberbegriff für sämtliche Auswahlregeln zwischen mehreren möglichen Auslegungsergebnissen auf der dritten Stufe der Gesetzesanwendung. Sie dient der Erhaltung der Norm oder jedenfalls der Vermeidung der Konsequenzen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht oder gegen Umsetzungspflichten des Staates. Dieses Ziel wird erreicht durch den Vorzug bestimmter Auslegungsergebnisse vor anderen und somit faktisch durch die teilweise Verwerfung einer Norm in einer bestimmten Auslegung.“ (S. 151) Als Stufen der Gesetzesauslegung nennt HÖPFNER hierbei eine erste Stufe, bei der der historische Normzweck ermittelt wird (S. 147), eine zweite Stufe, bei der zu fragen ist, ob der Normzweck im Anwendungszeitpunkt noch fortgilt (S. 148), und eine dritte Stufe, bei der nach anderen Anwendungshindernissen wie entgegenstehendem höherrangigen Recht gesucht wird. (S. 150-151) Ein solches Auslegungsmodell der Einordnung voranzustellen, weist eine interessante konzeptionelle Ähnlichkeit zum Vorgehen ECKARDTS<sup>39</sup> auf, wenngleich die damit verbundenen Überlegungen beider Autoren sehr unterschiedlich sind. Dementsprechend formuliert HÖPFNER für die verfassungskonforme Auslegung, diese sei anzuwenden, wenn mehrere Möglichkeiten zur Auslegung einer Norm bestehen, von denen mindestens eine zu deren Verfassungsmäßigkeit, mindestens eine weitere zu deren Verfassungswidrigkeit führen würde. (S. 171-172) Er bezeichnet sie als „echte Regel“ zum Vorzug des verfassungskonformen Ergebnisses. (S. 183) Damit stellt

---

<sup>38</sup> Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2016, S. 465 ff., die u. a. unter Berufung auf HÖPFNER die systemkonforme Auslegung als etablierte Methode darstellen. *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 255 ff. spricht von „rangkonformer Auslegung“. Er zitiert zwar nicht an dieser Stelle, aber kurz zuvor HÖPFNER. Ähnlich spricht *Sauer*, Juristische Methodenlehre, in: Krüper (Hg.), Grundlagen des Rechts, 2021, S. 214, (ebenso in der ersten Auflage 2011) von „Konformauslegung“, allerdings ohne sich auf HÖPFNER zu berufen.

<sup>39</sup> *Eckardt*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, 1964.

er einen zwingenden Zusammenhang zwischen der verfassungskonformen Auslegung und Zweifeln an der Verfassungskonformität einer Norm her, spricht gar von einer „Modifikation der Normverwerfung“. (S. 158) Eine weitere Einengung seiner Position ergibt sich daraus, dass er sich dafür ausspricht, die Kompetenz zur verfassungskonformen Auslegung nur dem Bundesverfassungsgericht zuzusprechen. (S. 203)

27) *Röhl, Klaus/Röhl, Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre (2008)*: RÖHL/RÖHL befassen sich vergleichsweise knapp mit der verfassungskonformen Auslegung. Ihre Einordnung verwundert. Sie bezeichnen die verfassungskonforme Auslegung als speziellen Fall der systematischen Auslegung. (S. 623) Dies deutet darauf hin, dass sie sie als Teil des Auslegungsvorgangs im Sinne der Suche nach dem Inhalt einer Norm begreifen. Gleichzeitig sei die verfassungskonforme Auslegung aber nur dann zulässig, wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten zur Wahl stünden. (S. 624) Daraus lässt sich eher auf ein Verständnis als Vorzugsregel schließen, wobei die verfassungskonforme Auslegung dem klassischen Auslegungsvorgang nachgeordnet ist. RÖHL/RÖHL beschreiben die Methode ansonsten jedoch nicht genauer, sondern stellen sie überwiegend anhand weniger Fallbeispiele des Bundesverfassungsgerichts dar, woraus sich allerdings kein eigenes systematisches Verständnis der Methode ableiten lässt.

28) *Lembke, Ulrike: Einbeit aus Erkenntnis? (2009)*: Die Besonderheit des Vorgehens LEMBKE und ihre ablehnende Haltung gegenüber der Figur der verfassungskonformen Auslegung lassen es nicht sinnvoll erscheinen, eine Einordnung ihrer Position vorzunehmen. Sie legt sich bewusst auf keine Definition fest, sondern arbeitet stattdessen verschiedene, nebeneinanderstehende Phänomene heraus, die unter dem Begriff der verfassungskonformen Auslegung behandelt wurden und werden. Namentlich sind dies die verfassungskonforme Auslegung als Fehlerkalkül für Gesetze (in der Rechtsordnung vorgesehene Geltung einer Norm unter bestimmten Bedingungen trotz Verfassungswidrigkeit), als Vorzugsregel und als Inhaltsbestimmung von Gesetzen. Daneben stellt sie die verfassungsorientierte Auslegung und die verfassungskonforme Rechtsfortbildung, die häufig gemeinsam, ohne klare Abgrenzung mit der verfassungskonformen Auslegung behandelt würden. (S. 185 f.) LEMBKE stellt diesen Überlegungen „rechtstheoretische Grundlagen“ voran, um anhand dieser die Phänomene der verfassungskonformen Auslegung zu prüfen. (S. 136 f.) LEMBKE vertritt ein stark von KELSEN und von der subjektiven Auslegungsmethode geprägtes Rechtsverständnis. Grundlage der dann folgenden Argumentation ist außerdem ihre Vorstellung von Rechtsanwendung: „Jede Rechtsanwendung ist zweiaktig und besteht aus Rechtserkenntnis und Rechtsetzung.“ (S. 184) Unter Rechtserkenntnis versteht sie die Auslegung einer Norm orientiert am Willen des historischen Gesetzgebers, unter Rechtsetzung die Setzung einer eigenen Norm, z. B. in Form eines richterlichen Urteils.

Auf dieser Grundlage bezeichnet LEMBKE im Ergebnis alle von ihr herausgearbeiteten Phänomene der verfassungskonformen Auslegung als unzulässig. (S. 268-369) Lediglich die Festlegung durch das Bundesverfassungsgericht, „ein

Gesetz sei von Verfassungen wegen auf bestimmte Einzelfälle nicht anzuwenden (Anwendungsausschluss)“ hält sie für „verfassungsrechtlich unbedenklich“. (S. 269) Allerdings bedürfe auch dieses Vorgehen noch der gesetzlichen Verankerung im BVerfGG. (S. 269)

29) *Herresthal, Carsten: Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht (2014)*: HERRESTHAL richtet den Fokus seines Aufsatzes nicht auf die verfassungskonforme Auslegung, sondern nutzt diese als Vergleichsmaßstab zur Erläuterung der richtlinienkonformen Auslegung. Dabei stellt er jedoch die verfassungskonforme Auslegung als Vorzugsregel dar, ohne Zweifel an dieser Definition aufkommen zu lassen: „Sofern eine privatrechtliche Norm mehrere Auslegungsergebnisse zulässt, von denen eines verfassungswidrig, (mindestens) ein weiteres aber verfassungsgemäß ist, ist das verfassungswidrige Ergebnis zu verwerfen und dem anderen Ergebnis bzw. einem der anderen Ergebnisse der Vorzug zu geben.“ (S. 296) Eine weitere besondere Eingrenzung schlägt er hingegen nicht vor.

30) *Kühling, Jürgen: Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht (2014)*: KÜHLING, der die verfassungskonforme Auslegung ebenfalls im Vergleich zur richtlinienkonformen Auslegung behandelt, bezeichnet sie als „Auslegungsform zur Herstellung der Vereinbarkeit der Norminterpretation mit höherrangigem Recht“. (S. 481) Obwohl er sich damit auf keine genaue Definition festlegt, stellt er implizit einen Zusammenhang zwischen der Frage der Normerhaltung und der verfassungskonformen Auslegung her. KÜHLING ordnet die verfassungskonforme Auslegung allerdings auch als „Auslegungsregel“ neben den klassischen Auslegungsmethoden ein. (S. 483) Dies steht in einem gewissen Widerspruch zu der Tatsache, dass er die verfassungskonforme Auslegung zuvor in einen eindeutigen Zusammenhang mit der Normerhaltung gebracht hat und erinnert ein wenig an frühere Schriften anderer Autoren, die versuchen, verschiedene Merkmale unter dem Begriff der verfassungskonformen Auslegung zu vereinen. Gleichwohl überwiegt im Ergebnis, dass er einen „Vorrang“ der verfassungskonformen Auslegung betont. (S. 485)

31) *Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan: Das Bundesverfassungsgericht (2018)*: Bei SCHLAICH/KORIOTH findet sich eine für die jüngere Zeit sehr typische Formulierung, um die verfassungskonforme Auslegung zu beschreiben: „Lässt eine Gesetzesnorm mehrere Auslegungen zu, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führen, dann ist die Norm verfassungsgemäß. Sie muss verfassungsgemäß ausgelegt und angewendet werden.“ (S. 342) SCHLAICH/KORIOTH beschäftigen sich auch mit dem Unterschied zwischen verfassungskonformer Auslegung und Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung, wozu seit SKOURIS' Werk<sup>40</sup> häufig Stellung bezogen wird: „Die Nichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung ist praktisch gesehen mit der [...] verfassungskonformen Auslegung gleichzusetzen, dogmatisch aber nicht: Bei der

---

<sup>40</sup> *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973.

verfassungskonformen Auslegung werden bestimmte Auslegungsmöglichkeiten für verfassungswidrig erklärt, bei der Nichtigerklärung ohne Normtextreduzierung aber bestimmte Anwendungsfälle, soweit diese nicht schon im Wege der verfassungskonformen Auslegung aus dem Anwendungsbereich der Norm herausgenommen werden können.“ (S. 317)

32) Reimer, Franz: *Juristische Methodenlehre* (2020, ebenso in der ersten Auflage 2016): REIMER spricht sich dafür aus, die verfassungskonforme Auslegung als eigenes Institut zu betrachten, da sie sich von der Auslegung im engeren Sinne unterscheidet. (S. 281) Er untersucht seinerseits die Entwicklung des Verständnisses der verfassungskonformen Auslegung und bringt die beiden Strömungen der Begriffsentwicklung auf den Punkt: „Insofern stehen sich – überspitzt formuliert – ein Verständnis verfassungskonformer Auslegung als Umdeutung und eines als Auswahl gegenüber.“ (S. 283) Er beschreibt die verfassungskonforme Auslegung als mehrschrittigen Vorgang, bei dem er ein etwas komplexeres Vorgehen als die Auswahl zwischen verschiedenen Auslegungsvarianten herausarbeitet. (S. 283-284) Sowohl einfachgesetzliche Norm als auch Verfassung würden mit Blick auf den konkreten Einzelfall ausgelegt und abgeglichen. Nur soweit das gefundene Zwischenergebnis nun als verfassungswidrig erscheine, bestehe weiterer Handlungsbedarf. Dann prüfe der Rechtsanwender, „ob im Rahmen des Zulässigen eine verfassungskonforme Lesart der Norm möglich ist“. (S. 284) Insofern könne man aus Sicht des Rechtsanwenders durchaus von einer Umdeutung sprechen. Gleichzeitig müsse aber auch geprüft werden, „ob eine gesetzeskonforme Lesart der Verfassung möglich ist“. (S. 284) Durch diesen Versuch, die verfassungskonforme Auslegung tatsächlich als Werkzeug zu beschreiben, hebt sich REIMERS Definitionsversuch von anderen ab. Zudem unterscheidet er verschiedene Fallgruppen, in denen danach unterschieden wird, ob „Korrekturen“ den Hauptanwendungsfall oder eher einen Randbereich einer Norm betreffen. (S. 284) Je nachdem bedürfe das Werkzeug stärkerer oder schwächerer Rechtfertigung. Mit Blick auf „die Arbeitsteilung zwischen Verfassungsgeber, Verfassungsgerichtsbarkeit und Parlamentsgesetzgeber“ (S. 286) verbleibe als Anwendungsbereich der verfassungskonformen Auslegung der Fall, dass ein kleiner Anwendungsbereich einer Norm als verfassungswidrig erscheine, dies nicht gerechtfertigt werden könne und der Verstoß krass und evident sei. (S. 287) REIMER präsentiert somit ein eigenes differenziertes und sehr enges Verständnis der verfassungskonformen Auslegung.

## 2. Analyse der Begriffsentwicklung

Die Graphik<sup>41</sup> zeigt, dass seit dem Ende der 1950er Jahre, als Rechtswissenschaftler begannen, sich mit der verfassungskonformen Auslegung zu befassen, eine stete definitorische Einengung des Begriffs zu beobachten ist. Diese verläuft allerdings nicht linear in dem Sinne, dass regelmäßig neue Definitionsmerkmale zur Beschreibung der Methode hinzutreten, sondern vielmehr in drei Phasen.

---

<sup>41</sup> B I. 1. b).

In den 1960er Jahren fällt auf, dass die meisten Autoren sich einer genauen Definition der verfassungskonformen Auslegung enthalten. Sie benennen als Ausgangspunkt die Situation, dass eine Norm mehrdeutig ist oder Unklarheiten über die Verfassungsmäßigkeit der Norm bestehen.<sup>42</sup> Ob dies eine zwingende Voraussetzung für die Anwendung der verfassungskonformen Auslegung sein soll, bleibt aber zumeist offen. Andere Autoren lehnen ganz explizit solche Eingrenzungen ab, so etwa HARALD BOGS, der es als „rechtstheoretisch verfehlt“ bezeichnet, die Mehrdeutigkeit einer Norm zur Voraussetzung der verfassungskonformen Auslegung zu machen.<sup>43</sup> Regelmäßig wird betont, das Phänomen des Einflusses der Verfassung auf die Auslegung einfachen Rechts sei Teil der verfassungskonformen Auslegung – und nicht umgekehrt, wie dies nach heutigem Verständnis näher liegt.<sup>44</sup> Insgesamt wird die verfassungskonforme Auslegung also als Auslegung im Sinne der Interpretation einer Norm bzw. Inhaltsfindung verstanden, was sich teilweise durch eine Einordnung als eine Form der systematischen Auslegung zeigt.<sup>45</sup>

Lediglich HELMUT MICHEL sticht mit einer frühen Festlegung auf Voraussetzungen der verfassungskonformen Auslegung hervor, die heute ganz überwiegend noch so benannt werden. Er hält die verfassungskonforme Auslegung nur bei mehrdeutigen Normen für anwendbar und sieht sie damit als ein der eigentlichen Auslegung nachgelagertes Verfahren an.<sup>46</sup> Dieses Verständnis hat sich allerdings erst mit der Zeit durchgesetzt.

In einer zweiten Phase, den 1970er Jahren, wird zunehmend erkannt, dass sich hinter dem Begriff der verfassungskonformen Auslegung bis dato letztlich zwei Phänomene verbergen, die nicht durch ein einheitliches methodisches Vorgehen beschrieben werden können. Dies ist erstens die verfassungskonforme Auslegung als Auswahlregel zwischen den verschiedenen Auslegungsvarianten, die nach einer Auslegung nach dem klassischen Auslegungskanon aus wörtlicher, systematischer, teleologischer und historischer Auslegung verbleiben. Das zweite Phänomen ist ein Verständnis der Verfassung als Interpretationshilfe bei der Auslegung von Normen. Interessant ist, dass WASSILIOS SKOURIS letztere Herangehensweise als „neues“ Verständnis bezeichnet, obwohl in den 1960er auch dieses Verständnis überwiegend als Teil der verfassungskonformen Auslegung begriffen wurde, wenn dies auch selten näher ausgeführt wurde.<sup>47</sup> SKOURIS' Vorgehen, diese beiden unter-

---

<sup>42</sup> Z. B. *Bender*, Inhalt und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, 1959, S. 447; *Henning*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen und Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, 1961, S. 353; *Cornelius*, Gesetzesauslegung und verfassungsmäßige Wertordnung, 1968, S. 85-85.

<sup>43</sup> *Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, S. 26.

<sup>44</sup> *Bender*, Inhalt und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, 1959, S. 446; *Henning*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen und Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, 1961, S. 353; *Schack*, JuS 1961, 269-274 (270); *Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, S. 17; *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1961, S. 47.

<sup>45</sup> *Haak*, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, 1963, S. 304; *Spanner*, AöR 1966, 503-536 (505); *Cornelius*, Gesetzesauslegung und verfassungsmäßige Wertordnung, 1968, S. 83; *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 67.

<sup>46</sup> *Michel*, JuS 1961, 274-281 (277).

<sup>47</sup> *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 114.

schiedlichen Definitionsversuche herauszuarbeiten, aber gleichwertig nebeneinander stehen zu lassen, ist ganz typisch für seine Zeit.<sup>48</sup> Besonders deutlich wird dies bei ROLF WANK, der von einer „Doppelfunktion“ des Begriffs spricht, die verwische, wenn man nur eines der genannten Phänomene mit dem Begriff der verfassungskonformen Auslegung bezeichne.<sup>49</sup> Diese Doppelbedeutung des Begriffs ist jedoch besonders dann nicht zielführend, wenn Autoren die Trennung nicht klar herausarbeiten, sondern die verfassungskonforme Auslegung einmal in diesem, einmal in jenem Sinne verstehen.<sup>50</sup>

KARL AUGUST BETTERMANN'S Text von 1986 liest sich schließlich als Abkehr von dem doppelten Begriffsverständnis, da er eingangs ein weites Verständnis vorstellt, dieses dann aber nicht weiter behandelt und schließlich die verfassungskonforme Auslegung als Vorzugsregel bei mehrdeutigen Normen und als Form der Normenkontrolle einordnet.<sup>51</sup>

Insgesamt fällt auf, dass in den 1980er und 1990er Jahren die Befassung mit der verfassungskonformen Auslegung in der Literatur stark nachgelassen hat. Monographien oder Aufsätze, die sich auf eine Betrachtung der Methode fokussieren, finden sich kaum. Dies ist umso erstaunlicher, als gerade die pointiert ablehnende Haltung BETTERMANN'S Anlass zur Diskussion hätte geben können und in den etwas späteren Schriften wiederum sehr häufig aufgegriffen wird. Stellvertretend für die 1990er Jahre steht in der obigen Übersicht der Aufsatz GEIS', der sich zwar anlässlich einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit der verfassungskonformen Auslegung beschäftigt, sich aber nicht darum bemüht, an der Konturierung des Begriffs mitzuwirken.<sup>52</sup>

1999 schließt das Jahrzehnt dann ZIN-WAN PARK mit einer ausführlichen Monographie zur verfassungskonformen Auslegung, die viele Aspekte der bis dahin erschienenen Literatur aufgreift, aber noch immer keine eigene konturierte Beschreibung der Methode der verfassungskonformen Auslegung liefert, und die auch in der späteren Literatur wenig Beachtung gefunden hat.<sup>53</sup>

Umso bemerkenswerter ist die wieder stark wachsende Beachtung des Themas in der Literatur in den 2000er Jahren. Diese Zeit lässt sich als eine dritte Phase einordnen, in der sich der Begriff der verfassungskonformen Auslegung bei fast allen Autoren lediglich auf das oben benannte Phänomen der Auswahl zwischen verschiedenen Auslegungsmethoden beschränkt. Einen eigenen Weg wählt LEMBKE, die noch einmal alle unter dem Begriff der verfassungskonformen

---

<sup>48</sup> Ähnlich geht beispielsweise *Campiche*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1978, S. 3 ff. vor, der eine Unterscheidung zwischen verfassungskonformer Auslegung als Vorzugsregel, als Mittel zur Einschränkung richterlicher Überprüfung und als Erkenntnismittel vornimmt, ohne eine der Möglichkeiten als vorzugswürdig dazustellen. Auch *Simon*, EuGRZ 1974, 85-91 (86), schlägt eine Unterscheidung zwischen einem engeren und einem weiteren Verständnis vor.

<sup>49</sup> *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 97.

<sup>50</sup> So etwa *Zippelius*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Starck (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 108-124; *Priimm*, Verfassung und Methodik, 1977.

<sup>51</sup> *Bettermann*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986.

<sup>52</sup> *Geis*, NVwZ, 1992, 1025-1031.

<sup>53</sup> *Park*, Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung, 1999.

Auslegung kursierenden Phänomene nebeneinanderstellt und diese Phänomene jeweils mit verschiedenen Begründungen ablehnt.<sup>54</sup>

Zur grundsätzlichen Beschreibung der mittelbaren Entfaltung verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen im einfachen Recht im Allgemeinen wird mittlerweile häufig der Begriff der verfassungsorientierten Auslegung in Abgrenzung zur verfassungskonformen Auslegung gebraucht.<sup>55</sup> Auch dieser Begriff wird aber zum Teil entweder als unnötig abgelehnt<sup>56</sup> oder konkreter definiert, so beispielsweise als Vorzugsregel zugunsten einer Auslegungsvariante, die die Verfassung am besten zur Geltung bringt, womit es sich um einen Unterfall der verfassungskonformen Auslegung handeln würde.<sup>57</sup>

Diese begriffliche Trennung war sicherlich überfällig, auch wenn bezüglich der Formen und Ausgestaltung beider Phänomene noch erheblicher Klärungsbedarf besteht. Welche großen Problemlinien mit dem Phänomen der verfassungskonformen Auslegung verbunden sind, stelle ich unter B. I. 3. dar.

ANDREAS GÖTZ übertreibt, wenn er 2010 allgemein feststellt, über den Begriff der verfassungskonformen Auslegung bestehe Konsens. Einige Begriffsmerkmale können aber als mittlerweile konsentiertes Verständnis herausgestellt werden.<sup>58</sup>

- Bei der verfassungskonformen Auslegung fungiert die Verfassung „nicht nur als Erkenntnisnorm, sondern zugleich als Kontrollnorm“.<sup>59</sup> Ein Zusammenhang zwischen verfassungskonformer Auslegung und Zweifeln an der Verfassungsgemäßheit einer Norm wird mittlerweile allgemein angenommen. Weiterhin umstritten ist allerdings das Verhältnis zwischen verfassungskonformer Auslegung und der Teilnichtigkeitsklärung einer Norm.
- Bei der verfassungskonformen Auslegung handelt es sich um ein Verfahren, das speziell der Auslegung einfacher Gesetze dient.<sup>60</sup>
- Ganz überwiegend wird außerdem ein zweistufiges Vorgehen vertreten, wenn dieses auch nicht immer explizit so benannt wird.<sup>61</sup> Danach wird

---

<sup>54</sup> *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, passim.

<sup>55</sup> Z. B. *Vofskuhle*, AöR 2000, 177-200 (180); *Dreier*, Die Verwaltung 2003, 105-136 (111 ff.); *Lüdemann*, JuS 2004, 27-30 (28); *Kublen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 2; *Schlaich/Korinth*, Das Bundesverfassungsgericht, 2018, S. 346-347.

<sup>56</sup> *Canaris*, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Honsell (Hg.), Privatrecht und Methode, 2004, S. 154.

<sup>57</sup> *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 194 ff. Einen ähnlichen Vorschlag macht auch schon *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 105, der eine Suche nach anderen Auslegungsmöglichkeiten erst dann vorsieht, wenn eine Auslegungsmöglichkeit bereits als verfassungswidrig verworfen wurde.

<sup>58</sup> *Götz*, StudZR 2010, 21-43 (24).

<sup>59</sup> *Vofskuhle*, AöR 2000, 177-200 (181).

<sup>60</sup> Eine abweichende Auffassung wird, soweit ersichtlich, lediglich von *Kublen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 6, vertreten, der auch Handlungen für verfassungskonform auslegbar hält.

<sup>61</sup> Explizit von Zweistufigkeit spricht beispielsweise *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 402. *Michel*, JuS 1961, 274-281 (275) spricht hingegen von einem „mehrstufige[n]“ Auslegungsvorgang. *Hänni*, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, 2022, S. 36 f. differenziert (mit Blick auf die Schweizer Rechtsordnung) zwischen verschiedenen Verständnismöglichkeiten der verfassungskonformen Auslegung. Als Vorzugsregel komme sie zum Einsatz „nachdem die herkömmlichen Auslegungsmethoden angewandt wurden und kein klares Auslegungsergebnis hervorgebracht haben“, S. 36.

zunächst eine Auslegung nach dem klassischen Auslegungskanon durchgeführt. Die Mehrdeutigkeit einer Norm ist damit Voraussetzung der Anwendbarkeit der verfassungskonformen Auslegung.<sup>62</sup> Im Anschluss darf nur noch eine Wahl zwischen den verfassungskonformen Auslegungsalternativen getroffen werden. Umstritten ist noch immer, ob die verfassungskonforme Auslegung auch schon die Auswahl genau einer bestimmten Auslegungsvariante vorgibt, oder ob lediglich verfassungswidrige Deutungsvarianten verworfen werden.

Ob dieses Vorgehen nun seinerseits Teil der Auslegung im Sinne der Interpretation einer Norm ist, ist vielmehr eine Frage der Definition des Begriffs „Auslegung“ und weniger eine Aussage über den Wesensgehalt der verfassungskonformen Auslegung.

Die künstliche Aufspaltung in ein Vorgehen, bei dem erst mehrere Ergebnisse gefunden werden und dann eine Auswahl zwischen den Auslegungsvarianten stattfindet, wird beispielsweise bei FRANZ REIMER durch den Vorschlag abgemildert, jeweils ein zunächst gefundenes Auslegungsergebnis auf seine Verfassungsgemäßheit hin zu prüfen und dann ggf. nach einer alternativen Verständnismöglichkeit zu suchen.<sup>63</sup> Im Ergebnis bleibt es jedoch bei der Vorstellung, dass eine Norm verfassungsgemäße und verfassungswidrige Auslegungsmöglichkeiten haben kann.

- Überwiegend wird außerdem vertreten, dass alle Gerichte die Kompetenz zur verfassungskonformen Auslegung haben und umgekehrt das Bundesverfassungsgericht selbst zur Auslegung der Normen einfachen Rechts befugt ist, ohne dabei etwa an einen Auslegungsvorschlag der Fachgerichte gebunden zu sein. In diesem Punkt finden sich jedoch auch relevante abweichende Stimmen, sodass dieser Aspekt nicht im gleichen Maße wie die zuvor genannten Punkte als allgemeiner Konsens betrachtet werden kann.

Insgesamt kann somit eine Einengung und Konkretisierung des Begriffsverständnisses im Laufe der Zeit beobachtet werden. Jedenfalls einzelne Elemente der Methode können heute als konsentiertes Verständnis herausgestellt werden.

ULRICH HÄFELIN sagt schon früh ausgerechnet über eine diesem Verständnis entsprechende Definition: „So verstanden stellt die verfassungskonforme Auslegung nicht eine selbständige Auslegungsmethode dar, sondern liefert nur ein ergänzendes Kriterium innerhalb der allgemeinen Auslegungsregeln. Deshalb ist

---

<sup>62</sup> *Campiche*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1978, S. 67, 86-88; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 267; *Davin*, Ungereimtheiten in der verfassungskonformen Auslegung, in: Die Dekanin der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hg.), Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung, 2003, S. 9; *Dreier*, Die Verwaltung 2003, 105-136 (110); *Canaris*, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Honsell (Hg.), Privatrecht und Methode, 2004, S. 154; *Kublen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 1; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 624; *Höpfer*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 171-172; ganz ähnlich *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 1984, S. 137; *Kamanabrou*, Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich, 2021, S. 94, 95.

<sup>63</sup> *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 283-284.

ihre Zulässigkeit in dieser Funktion selbstverständlich.“<sup>64</sup> Dass dies eben nicht selbstverständlich ist, hoffe ich im Folgenden zeigen zu können.

### 3. Problemlinien bei der verfassungskonformen Auslegung

Grundlegende Elemente des Verständnisses der verfassungskonformen Auslegung haben sich also als allgemeiner Konsens herausgebildet. Dennoch sind nach wie vor auch einige Streitfragen offen, die für die Anwendung der Methode von hoher Relevanz sind.

Im Folgenden führe ich die drei relevantesten Streitfragen auf und stelle kurz das Meinungsbild zu ihnen dar. Ausgewählt habe ich hierbei solche Probleme, die die Frage anklingen lassen, ob die in der Literatur immer wieder genannten Merkmale der verfassungskonformen Auslegung ausreichen, um von einem einheitlichen Konzept sprechen zu können.

Uneinigkeit besteht insbesondere bei den Fragen, ob erstens die verfassungskonforme Auslegung eher der Auswahl einer bestimmten Auslegungsvariante oder lediglich dem Ausschluss bestimmter Deutungsvarianten gilt, wie zweitens die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts bzw. der Fachgerichte für die verfassungskonforme Auslegung zu beurteilen ist und drittens, welche Grenzen der verfassungskonformen Auslegung benannt werden können.

#### *a) Auswahl- oder Ausschlussmethode*

Die Frage, ob es sich bei der verfassungskonformen Auslegung um eine Auswahl- oder Ausschlussmethode handelt, wird als solche selten explizit gestellt. Damit meine ich, dass nicht immer offen problematisiert wird, ob eine einzige Deutungsvariante ausgewählt werden soll, die mit der Verfassung in Einklang steht, oder ob es (nur) darum geht, diejenigen Deutungsmöglichkeiten auszuschließen, die verfassungswidrig sind.

Dass diese Frage seltener angesprochen wird, macht sie jedoch nicht weniger relevant. Ganz im Gegenteil: Mit einer Festlegung in dieser Frage sind in besonderer Weise Vorverständnisse bezüglich der Auslegung von Normen verbunden.<sup>65</sup> Gleichwohl wird eine Festlegung nur von einigen Autoren explizit getroffen.

Ganz typisch ist die oben schon zitierte Formulierung ANDREAS VOBKUHLES, die hier noch einmal beispielhaft herangezogen werden soll: „Lassen [...] der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen sowie deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führen, so ist diejenige Normvariante vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht.“<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Häfelin, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Müller (Hg.), Recht als Prozess und Gefüge, 1981, S. 244. Seine konkreten Ausführungen sind zwar ausschließlich auf das schweizer Rechtssystem bezogen, der hier geäußerte Gedanke ist allerdings allgemeiner Natur.

<sup>65</sup> Siehe zu mit der verfassungskonformen Auslegung verbundenen Vorverständnissen Kapitel C. III.

<sup>66</sup> Vobkuhle, AöR 2000, 177-200 (180-181).

Der erste Teil des Satzes weist darauf hin, dass die Anzahl der verfassungswidrigen und verfassungsgemäßen Deutungsmöglichkeiten offen ist. Der zweite Teil des Satzes impliziert jedoch strenggenommen, Voraussetzung der verfassungskonformen Auslegung sei das Vorliegen exakt einer verfassungsgemäßen Deutungsvariante neben mehreren Deutungsvarianten, die nicht mit der Verfassung in Einklang stehen. Jedenfalls aber muss die Äußerung als Tendenz zu einer Auswahlregel verstanden werden, da sprachlich deutlich gemacht wird, dass eine Normvariante vorzuziehen sei. Später spricht VOBKUHLE auch von der „Vorzugsregel der verfassungskonformen Auslegung“.<sup>67</sup> Erst im Rahmen seiner eigenen Vorschläge wird sein Ziel deutlich, diese Konzeption als Vorzugsregel im Sinne einer Auswahlregel, jedenfalls für das Bundesverfassungsgericht, zugunsten einer Beschränkung auf die Erklärung einzelner Auslegungsvarianten für verfassungswidrig aufzugeben.<sup>68</sup> Dies erfolgt im Rahmen eines Vorschlags eines „differenzierte[n] Modell[s] der Arbeitsteilung zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichten bei der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen“.<sup>69</sup> So sollen sich die Fachgerichte besonders zurückhalten, soweit eine Auslegung des Grundgesetzes notwendig ist („Gebot fachgerichtlichen Judicial self-restraint“).<sup>70</sup> Umgekehrt solle das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich „an die einfachgesetzliche Auslegung durch die Fachgerichte gebunden sein“.<sup>71</sup>

Was als Einzelproblem der verfassungskonformen Auslegung daherkommt, stellt sich in Wirklichkeit als eine Entscheidung zwischen zwei grundsätzlich unterschiedlichen Vorgehensweisen dar; eine Entscheidung, die in der Literatur häufig, aber nicht immer umgangen wird. Eine Tendenz zeichnet sich ab, dass es nur um den Ausschluss verfassungswidriger Auslegungsvarianten gehen soll.<sup>72</sup>

Ein bereits oben als Definition der verfassungskonformen Auslegung angeführtes Zitat von SIMON illustriert, dass in der rechtstheoretischen Literatur dennoch häufig nicht die Notwendigkeit erkannt wird, zwischen einer Auswahl- und einer Ausschlussregel zu unterscheiden: „Läßt eine auslegungsfähige Norm nach den üblichen Interpretationsregeln mehrere Auslegungen zu, dann hat im Zweifelsfalle diejenige Auslegung den Vorrang, die mit der Verfassung übereinstimmt; auszuschließen sind hingegen alle Auslegungsergebnisse, die zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen würden.“<sup>73</sup> HELMUT SIMON versucht, die verfassungskonforme Auslegung gleichermaßen als Auswahl- und als Ausschlussregel darzustellen. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn exakt eine Deutungsvariante mit der Verfassung vereinbar ist und mindestens eine andere verworfen werden kann.

---

<sup>67</sup> Vobskuhle, AöR 2000, 177-200 (197).

<sup>68</sup> Vobskuhle, AöR 2000, 177-200 (198).

<sup>69</sup> Vobskuhle, AöR 2000, 177-200 (194).

<sup>70</sup> Vobskuhle, AöR 2000, 177-200 (195).

<sup>71</sup> Vobskuhle, AöR 2000, 177-200 (196).

<sup>72</sup> Eine explizite Festlegung trifft etwa T. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 414, der vom „Ausscheiden von verfassungswidrigen Ergebnissen“ spricht; ebenso Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 29, der formuliert, das BVerfG „sollte nicht bestimmte Auslegungsmöglichkeiten für vereinbar erklären“; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 389, der von einer „Ausschlussfunktion“ spricht; Ganz eindeutig Kamanabrou, Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich, 2021, S. 95: „Sie dient allein dazu, verfassungswidrige Auslegungsvarianten auszuschneiden.“

<sup>73</sup> Simon, EuGRZ 1972, 85-91 (86).

EKKEHART STEIN macht hingegen die Notwendigkeit einer entsprechenden Differenzierung deutlich und konstatiert: „Verfassungskonforme Auslegung bedeutet Ausschluß einzelner Anwendungsbereiche eines einfachen Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit.“<sup>74</sup> „Irreführend ist es, verfassungskonforme Auslegung als eine Auswahl unter mehreren Auslegungsalternativen mit Hilfe verfassungsrechtlicher Kriterien zu bezeichnen. Denn als Ergebnis der Interpretation des einfachen Gesetzes darf es nicht mehrere Auslegungsalternativen geben, sondern nur einen Sinn; andernfalls wäre in diesem Ergebnis ein dezisionistisches Element enthalten, was ihrem Ziel widerspräche, den Sinn zu ermitteln, auf den der Interpret durch eine Norm festgelegt ist.“<sup>75</sup>

Unter etwas anderen Vorzeichen greift ADALBERT PODLECH das Problem auf und weist auf Inkonsistenzen in der Tenorierungspraxis des Bundesverfassungsgerichts hin.<sup>76</sup> Das Bundesverfassungsgericht verwende zumeist eine Formulierung, wonach eine Norm in einer sich aus den Entscheidungsgründen ergebenden Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar sei, eine von PODLECH als „Kopplungsklausel“ bezeichnete Formulierung.<sup>77</sup> Das Bundesverfassungsgericht spricht auch heute noch von einer Vereinbarkeit einer Regelung mit dem Grundgesetz „nach Maßgabe der Gründe“.<sup>78</sup> Hieraus ergebe sich aber, so PODLECH, gerade nicht, ob die zu prüfende Vorschrift *nur* oder *jedenfalls* in der entsprechenden Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar ist.<sup>79</sup> Beides ziehe Folgeprobleme nach sich. Die Aussage, nur eine Auslegungsvariante sei mit dem Grundgesetz vereinbar, sei bei der unüberschaubaren Zahl an möglichen Auslegungsergebnissen kaum zu treffen. Nur eine Auslegungsvariante zu beurteilen, führe hingegen dazu, dass die Norm womöglich immer wieder neu geprüft werden müsse.<sup>80</sup> Auf die Möglichkeit, dass das Bundesverfassungsgericht nur negativ benennt, welche Auslegungsvarianten mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind, geht PODLECH allerdings nicht ein.

Das Bundesverfassungsgericht selbst legt sich in dieser Frage nicht eindeutig fest. Während es 1965 schreibt „Läßt die Norm mehrere Auslegungen zu, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, so ist die Norm verfassungsmäßig und muß verfassungskonform ausgelegt werden.“,<sup>81</sup> lautet die Formulierung 1978 „Läßt eine Norm mehrere Deutungen zu, von denen nur eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diejenige Auslegung geboten, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht“.<sup>82</sup> Ob dies eine Präzision zugunsten einer Auswahlentscheidung ist, ob die Formulierung der konkreten Entscheidungen geschuldet ist, oder ob schlicht nicht ganz präzise formuliert wurde, lässt sich nicht sagen.

---

<sup>74</sup> Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hg.), Kommentar zum GG, Band 1 (Stand 8/2002), Einleitung II, Rn. 84.

<sup>75</sup> Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hg.), Kommentar zum GG, Band 1 (Stand 8/2002), Einleitung II, Rn. 85.

<sup>76</sup> Podlech, DÖV 1974, 337-340. Interessanterweise geht es faktisch um die verfassungskonforme Auslegung, ohne dass diese jedoch benannt wird.

<sup>77</sup> Podlech, DÖV 1974, 337-340 (337).

<sup>78</sup> S. z. B. BVerfGE 138, 296 (296).

<sup>79</sup> Podlech, DÖV 1974, 337-340 (337).

<sup>80</sup> Podlech, DÖV 1974, 337-340 (338).

<sup>81</sup> BVerfGE 19, 1

<sup>82</sup> BVerfGE 49, 148 (157).

Umso deutlicher sticht eine Entscheidung von 1969 hervor.<sup>83</sup> Darin findet das Bundesverfassungsgericht zwei Deutungen, die es für verfassungskonform hält, und lässt ausnahmsweise tatsächlich offen, welche es bevorzugt. Die verfassungskonforme Auslegung wird somit aufgrund von Unstimmigkeiten innerhalb des Senats ausnahmsweise explizit als Ausschlussmethode verwendet. „Beide Auslegungen des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG sind im Senat vertreten worden, ohne daß eine von ihnen eine Mehrheit gefunden hätte. Im Ergebnis ist die Entscheidung jedoch einstimmig ergangen.“<sup>84</sup> Es lässt sich letztlich keine klare Linie im Umgang mit der Situation erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht mehrere Deutungsmöglichkeiten für verfassungskonform hält.

#### *b) Zuständigkeit für die verfassungskonforme Auslegung*

Im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung wird außerdem diskutiert, wer zu ihrer Anwendung befugt ist.

Bevor ich kurz das Meinungsspektrum zu dieser Frage darstelle, möchte ich auf die Ungewöhnlichkeit hinweisen, überhaupt im Zusammenhang mit einer Methode die Zuständigkeitsfrage zu stellen. Eine Methode stellt zunächst ein Werkzeug dar und trifft keine Aussage über ihren Anwender.

Es gibt mehrere Anknüpfungspunkte für die Frage, ob die Einordnung als Auslegungsmethode für die verfassungskonforme Auslegung passend ist. Die Tatsache, dass über die Zuständigkeit dafür diskutiert wird, bietet einen solchen Anknüpfungspunkt, da sie in einem gewissen Widerspruch zur Einordnung als Methode steht.

Daher einige grundlegende Überlegungen vorweg, die vor allem ein Bewusstsein für dieses Problem schaffen sollen und den Hintergrund der Ausführungen in *Kapitel D* bilden.

„Ziel der Auslegung ist es, die Bedeutung eines Gesetzes zu erkennen“, formuliert ROLF WANK einen prägnanten Merksatz.<sup>85</sup> Ganz ähnlich definiert HEIKO SAUER die Auslegung als „Ermittlung des Normsinns“.<sup>86</sup> Jedenfalls geht es, wenn von Auslegung gesprochen wird, immer um Methoden, mit (Gesetzes-)Texten umzugehen. Methode sei, so THOMAS MÖLLERS, „das systematische Verfahren zur Gewinnung von Erkenntnissen“.<sup>87</sup> Über die Juristische Methodenlehre sagt er außerdem, sie sei „Begründungs- bzw. Argumentationslehre, indem sie das Instrumentarium für die Auslegung, Konkretisierung und Fortentwicklung des Rechts vorgibt“.<sup>88</sup> Vergleichbar liest sich ein Zitat ERNST KRAMERS: „Die Juristische Methodenlehre hat verschiedene Aspekte. In erster Linie versteht man darunter die

---

<sup>83</sup> BVerfGE 26, 302.

<sup>84</sup> BVerfGE 26, 302 (313).

<sup>85</sup> Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 2011, S. 27; eine fast wortgleiche Formulierung findet sich auch bei Zippelius, Juristische Methodenlehre, 2021, S. 35.

<sup>86</sup> Sauer, Juristische Methodenlehre, in: Krüper (Hg.), Grundlagen des Rechts, 2021, S. 209.

<sup>87</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 2.

<sup>88</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 4.

Lehre von den Regeln, die der Interpret (vor allem der Richter) bei der Ermittlung des Sinnes von Rechtsnormen zu beachten hat.<sup>89</sup>

Über die besten Methoden zur Auslegung von Gesetzen wird heftig gestritten. Dieser Streit wird aber gerade deshalb geführt, um die richtige Auslegung einer Norm möglichst intersubjektiv begründen zu können. Bei keiner anderen Methode wird die Frage nach der Zuständigkeit gestellt. Die Diskussion über Auslegungsmethoden ist traditionell an keine bestimmte Rechtsordnung gebunden. So hatte SAVIGNYS „System des heutigen römischen Rechts“ von 1840 maßgeblichen Einfluss auf die Entwicklung der heutigen Auslegungsmethoden,<sup>90</sup> obwohl die Rechtslage damals eine völlig andere war.

Wenn auch angemerkt wird, der Begriff der „Auslegung“ sei für die verfassungskonforme Auslegung nur begrenzt passend,<sup>91</sup> wird zumindest nicht ihr Wesen als „Methode“ in Frage gestellt. Schließlich findet sich die verfassungskonforme Auslegung in Methodenlehrbüchern unter dem Punkt „Auslegung“. Zum Teil wird sie sogar als Unterfall der systematischen Auslegung qualifiziert.<sup>92</sup> Umso auffälliger ist es dann, wenn plötzlich die Frage nach der Zuständigkeit für den Unterfall einer solchen Methode gestellt wird.

Doch nun zum Meinungsstand zur Frage der Zuständigkeit für die verfassungskonforme Auslegung. Inhaltlich lässt sich diese bei einem Blick in die Literatur in zwei Teilfragen untergliedern. Erstens wird zum Teil vertreten, nur das Bundesverfassungsgericht sei überhaupt zur Verwendung der verfassungskonformen Auslegung befugt. Zweitens wird immer wieder überlegt, ob das Bundesverfassungsgericht an die Auslegung einfachen Rechts durch die Fachgerichte gebunden ist. Dies würde bedeuten, dass es jedenfalls nicht die oben herausgearbeiteten zwei Schritte (1. Auslegung einfachen Rechts, 2. Messen der Auslegungsvarianten an der Verfassung) bei der verfassungskonformen Auslegung vollständig selbstständig durchführen darf.

Vereinzelt wird auch angenommen, nur die Fachgerichte seien zur verfassungskonformen Auslegung befugt, da die Auslegung einfachen Rechts grundsätzlich nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts sei.<sup>93</sup> Insgesamt erweist sich das Meinungsspektrum im Detail als sehr bunt. So lässt sich auch die Auffassung finden, zwar seien auch die Fachgerichte zur verfassungskonformen Auslegung

---

<sup>89</sup> *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2019, S. 39.

<sup>90</sup> *Sauer*, Juristische Methodenlehre, in: Krüper (Hg.), Grundlagen des Rechts, 2021, S. 207.

<sup>91</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung 2008, S. 159, schreibt, die verfassungskonforme Auslegung sei „keine ‚Auslegung‘ im eigentlichen Sinne“. *Dawin*, Ungereimtheiten in der verfassungskonformen Auslegung, in: Die Dekanin der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hg.), Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung, 2003, S. 14, formuliert, in die Kategorie „Auslegung“ lasse sich die verfassungskonforme Auslegung nur mit Vorbehalten einordnen.

<sup>92</sup> Mit weiteren Nachweisen *Cornelius*, Gesetzesauslegung und verfassungsmäßige Wertordnung, 1968, S. 133; *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 402, meint, diese Einordnung würde „überwiegend“ getroffen. Dies ist nach meinem Eindruck übertrieben, jedenfalls aber wird eine solche Einordnung regelmäßig vorgenommen.

<sup>93</sup> Eine Übersicht mit Nachweisen findet sich bei *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 68 ff. Allerdings bezeichnet sie dort die Befugnis des BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung als „stark umstritten“, was eine etwas übertriebene Bewertung der Literaturlage ist.

befugt, das Auslegungsergebnis müsse dann aber einer abstrakten Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht zugänglich sein.<sup>94</sup>

Das Bundesverfassungsgericht selbst sieht alle Richterinnen und Richter zur verfassungskonformen Auslegung berufen.<sup>95</sup> Auch in der Literatur wird überwiegend die Befugnis aller Gerichte zur verfassungskonformen Auslegung vorausgesetzt, ohne dies eigens darzulegen.<sup>96</sup> Zum Teil wird aber auch explizit betont, sie obliege jedem Richter.<sup>97</sup> Dies eigens auszusprechen, kann, wie oben dargelegt, nur aus einem Gefühl der Autoren heraus erwachsen, es eben doch nicht mit einer klassischen Auslegungsmethode zu tun zu haben, oder es kann eine – dann aber nur unzureichend reflektierte – Reaktion auf die Debatte um die Befugnis zur Anwendung der Methode sein. Während in aller Regel nur die Zuständigkeit von Fachgerichten und Bundesverfassungsgericht erörtert wird, machen sich manche Autoren zusätzlich Gedanken darüber, ob auch Behörden die verfassungskonforme Auslegung anwenden können. Dies wird, sofern diskutiert, überwiegend angenommen.<sup>98</sup>

WERNER FROTSCHER macht die Frage nach der Abgrenzung der Zuständigkeit für die verfassungskonforme Auslegung zwischen den Großen Senaten der oberen Bundesgerichte und dem Bundesverfassungsgericht sogar zum Hauptthema seiner Dissertationsschrift. Er erörtert hierbei, wann das negative Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 GG berührt wird.<sup>99</sup> FROTSCHER setzt dabei den oben ausgeführten Gedanken, bei einer Auslegung könne sich die Zuständigkeitsfrage nicht stellen, durchaus voraus. Seine Argumentation wirkt dann jedoch etwas zirkelschlüssig. Die verfassungskonforme Auslegung sei Auslegung und eben keine Normenkontrolle. Daher seien die Großen Senate für die Beantwortung von Fragen verfassungskonformer Auslegung zuständig.<sup>100</sup> Eine Begründung eben dieser Annahme geht aber über die Erläuterung, die Verfassung

---

<sup>94</sup> Roth, NVwZ 1998, 563-567, passim.

<sup>95</sup> Z. B. BVerfGE 48, 40 (45).

<sup>96</sup> Statt vieler *Kahlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 13-14, der aber betont, sowohl das BVerfG als auch die Fachgerichte seien bei der verfassungskonformen Auslegung zum *judicial self-restraint* aufgerufen.

<sup>97</sup> *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 2018, S. 342; *Bleckmann*, JuS 2002, 942-947 (947); *Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, S. 118; *Spanner*, AöR 1966, 503-536 (508).

<sup>98</sup> *Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, S. 122 ff. macht sich Gedanken über die verfassungskonforme Auslegung durch die Verwaltung, die er in gewissem Umfang auch für eine Pflicht der Verwaltung hält. Angenommen wird eine Pflicht der Behörden zur verfassungskonformen Auslegung auch von *Dürrig/Herzog/Scholz/Walter*, 103. EL Januar 2024, GG Art. 93 Rn. 112. Auch *Prümm*, Verfassung und Methodik, 1977, S. 148, spricht von „jedem Rechtsanwender“. Ablehnend hingegen *Bleckmann*, JuS 2002, 942-947 (947). Dagegen spricht für ihn das fehlende Vorlagerecht der Behörden bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit einer Norm.

<sup>99</sup> Mit dieser Frage befassen sich im Detail anlässlich eines Beschlusses des BSG (BSGE 12, 237) auch *Henning*, Die Sozialgerichtsbarkeit 1961, 353-354, und *Bogs*, Die Sozialgerichtsbarkeit 1961, 354-357. Eine besondere Konkurrenz zum BVerfG könne sich bei Entscheidungen eines Großen Senats aus der Bindungswirkung gegenüber den anderen Senaten des oberen Bundesgerichts ergeben, *Bogs*, Die Sozialgerichtsbarkeit 1961, 354-357 (355). Wenn auch beide Autoren im hier nicht weiter zu erörternden Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, sind sie sich einig, dass es letztlich darauf ankommt, ob ein Fachgericht ein Gesetz für verfassungswidrig hält, *Henning*, Die Sozialgerichtsbarkeit, 353-354 (354) und *Bogs*, Die Sozialgerichtsbarkeit 1961, 354-357 (355).

<sup>100</sup> *Frotscher*, Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Großen Senate der oberen Bundesgerichte von der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, insbesondere bei verfassungskonformer Auslegung, 1964, S. 50.

werde als Interpretationsmittel angewandt, nicht hinaus.<sup>101</sup> Ergebnis sowie Ausgangspunkt der Betrachtung ist somit die kaum zu bestreitende Feststellung, Gerichte seien immer dann zu einer Vorlage nach Art. 100 GG verpflichtet, wenn sie eine Norm für verfassungswidrig halten.<sup>102</sup> Und als Gerichte i. S. d. Norm seien auch die Großen Senate der Obersten Bundesgerichte einzuordnen.<sup>103</sup>

Während die meisten Literaturstimmen also in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht alle Gerichte für kompetent halten, eine Norm verfassungskonform auszulegen, wird dies von einigen Autoren nur dem Bundesverfassungsgericht zugestanden.<sup>104</sup> So bezeichnet STERN die verfassungskonforme Auslegung als „spezifisches Instrument der Verfassungsgerichte im Normprüfungsverfahren“, im Gegensatz zur verfassungsorientierten Auslegung, die jedem rechtanwendenden Organ aufgegeben sei.<sup>105</sup> Ganz ähnlich positioniert sich SKOURIS, wenn er sagt: „Verfassungskonforme Auslegung im herkömmlichen Sinn setzt also die Kompetenz zur Rechtssatzverwerfung voraus.“<sup>106</sup> Dieses Verständnis kann daraus resultieren, die verfassungskonforme Auslegung als Teilnichtigkeitsklärung einer Norm zu begreifen.<sup>107</sup> Jedenfalls liegt diese Auffassung aber umso näher, je enger man den Zusammenhang zwischen verfassungskonformer Auslegung und Normenkontrolle begreift.

Das erkannte Problem, Auslegung und Normenkontrolle in gewisser Weise in einer Methode der verfassungskonformen Auslegung vereinen zu wollen, hat einzelne Autoren dazu verleitet, bei der Frage nach der Zuständigkeit zur verfassungskonformen Auslegung noch stärker zu differenzieren. So spricht VOßKUHLE von einem „Modell der Arbeitsteilung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und Fachgerichten“.<sup>108</sup> Dies bedeute für die Fachgerichte, sich bei „der Beschneidung des potentiellen Bedeutungsgehalts einer Norm“<sup>109</sup> möglichst zurückzuhalten und für das Bundesverfassungsgericht eine grundsätzliche Bindung an die Auslegung des einfachen Rechts durch die Fachgerichte.<sup>110</sup> Auch solle die Hürde für eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG, die das Bundesverfassungsgericht nur dann für

---

<sup>101</sup> *Frotscher*, Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Großen Senate der oberen Bundesgerichte von der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, insbesondere bei verfassungskonformer Auslegung, 1964, S. 47.

<sup>102</sup> *Frotscher*, Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Großen Senate der oberen Bundesgerichte von der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, insbesondere bei verfassungskonformer Auslegung, 1964, S. 59.

<sup>103</sup> *Frotscher*, Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Großen Senate der oberen Bundesgerichte von der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, insbesondere bei verfassungskonformer Auslegung, 1964, S. 53.

<sup>104</sup> Siehe für weitere Nachweise *Voßkuhle*, AöR 2000, 177-200 (184), wenn dies auch in der Rigidität seine eigene Position ist; mit Nachweisen außerdem *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 109. Wank selbst vertritt, das BVerfG sei jedenfalls nicht zu „einer überraschenden Neuinterpretation“ befugt.

<sup>105</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 1984, S. 136.

<sup>106</sup> *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 112. Sein Verständnis von der „herkömmlichen“ verfassungskonformen Auslegung entspricht hierbei in etwa dem heute überwiegenden, s. o.

<sup>107</sup> So *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 106 ff.

<sup>108</sup> *Voßkuhle*, AöR 2000, 177-200 (194).

<sup>109</sup> *Voßkuhle*, AöR 2000, 177-200 (195).

<sup>110</sup> *Voßkuhle*, AöR 2000, 177-200 (196-197).

zulässig erachtet, wenn eine verfassungskonforme Auslegung vom Fachgericht für unmöglich erachtet wird, gesenkt werden.<sup>111</sup>

Ganz ähnlich argumentiert HÖPFNER, der meint, ein „Übergriff der Fachgerichtsbarkeit in das Normverwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts könnte verhindert werden, wenn nur diesem das Recht und die Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung zugebilligt würde“ und sich somit für eine tatsächliche Zuständigkeitsbegrenzung im Gegensatz zu einer gerichtlichen Selbstbeschränkung ausspricht.<sup>112</sup> Gleichzeitig solle das Bundesverfassungsgericht sich an die Rechtsprechung der höchsten Fachgerichte halten, sofern eine solche vorliege.<sup>113</sup> Soweit eine solche nicht vorliege, solle das Bundesverfassungsgericht zur Einholung einer Stellungnahme bei den Fachgerichten verpflichtet werden.<sup>114</sup> Wenn auch in anderer Ausgestaltung, entspricht dies der Idee VOBKUHLES eines arbeitsteiligen Vorgehens bei der verfassungskonformen Auslegung. HÖPFNER äußert sich allerdings nicht zu dem Problem, dass das Bundesverfassungsgericht die fachgerichtliche Prüfung der Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung zur Zulässigkeitsvoraussetzung einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG macht. Eine konsequente Durchführung seines Vorschlags kann aber denklogisch nur zu einem Absehen von dieser Voraussetzung führen.

Insgesamt wird deutlich, dass die Frage der Zuständigkeit eng mit der Frage nach dem Wesen der verfassungskonformen Auslegung zusammenhängt. Soweit man das Element der Normenkontrolle hervorhebt, wird das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts berührt. Gleichzeitig wirft ein solches Verständnis die Frage auf, ob die verfassungskonforme Auslegung im Methodenkanon richtig verortet ist.

### *c) Grenzen der verfassungskonformen Auslegung*

In welchen Grenzen sich die verfassungskonforme Auslegung abzuspielen hat, ist nach wie vor umstritten. Interessant ist, dass die Debatte um die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung sich insgesamt weniger stark verschoben hat als die überwiegend vertretene Definition selbst.

Wenn es um die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung geht, wird regelmäßig eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1980 zitiert, bei der es um eine Beurteilung des § 554b ZPO ging.<sup>115</sup> Hierin fasst das Gericht seine eigene Rechtsprechung zu den Grenzen der Auslegung zusammen: „Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt, das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden.“<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> *Vobkuhle*, AöR 2000, 177-200 (199).

<sup>112</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 203.

<sup>113</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 210.

<sup>114</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 211.

<sup>115</sup> BVerfGE 54, 277.

<sup>116</sup> BVerfGE 54, 277 (64).

Dies sind auch die in der Literatur am häufigsten genannten Aspekte der Grenzziehung.

Bereits 1961 hält MICHEL fest, „eine anhand der allgemeinen Auslegungsgrundsätze gewonnene Gesetzesdeutung, die allein durch das Prinzip der verfk. Ausl. in ihr Gegenteil verkehrt würde, ist schlechthin unzulässig, weil ihrerseits verfassungswidrig“.<sup>117</sup> Das Gesetz müsse also mehrdeutig sein. Etwas präziser formuliert diesen Gedanken deutlich später CANARIS: „Demgemäß verlieren die übrigen Auslegungsmittel hier nicht etwa jede Bedeutung, sondern wechseln lediglich ihre Funktion: Sie wirken zwar nicht mehr auf die Gewinnung des Ergebnisses der Interpretation als solches ein, sind aber unerlässlich für die Beantwortung der Frage, ob dieses noch im Rahmen des interpretatorisch Möglichen und Zulässigen liegt, und haben daher maßgeblichen Einfluss auf die Bestimmung der Grenzen einer derartigen Interpretation.“<sup>118</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht benennt in einer etwas jüngeren Entscheidung den „ordnungsgemäßen Gebrauch der anerkannten Auslegungsmethoden“ als Grenze der verfassungskonformen Auslegung.<sup>119</sup> Dem widerspricht HÖPFNER explizit. Vielmehr fungiere gerade die systemkonforme Auslegung als „Korrektiv“.<sup>120</sup> Diese unterschiedliche Darstellungsweise macht jedoch im Ergebnis keinen Unterschied. Auch HÖPFNERS Sicht impliziert, dass durch die verfassungskonforme Auslegung nicht die Grenzen der Auslegung gegenüber einer Auslegung nur nach dem klassischen Auslegungskanon erweitert werden können.

Zu finden ist in diesem Zusammenhang auch die etwas allgemeinere Formulierung, es dürfe nicht contra legem judiziert werden.<sup>121</sup>

Inwieweit der Wortlaut einer Norm eine eigene Auslegungsgrenze statuiert, ist umstritten.<sup>122</sup> Letztlich dreht sich dieser Streit aber weniger um die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung im Speziellen, als vielmehr um die generelle Frage, ob es eine äußere sprachliche Bedeutungsgrenze geben kann. So benennen etwa FRIEDRICH MÜLLER und RALPH CHRISTENSEN den Wortlaut des Normtextes als Grenze der verfassungskonformen Auslegung. Anschließend erläutern sie jedoch: „Weil aber Sprache als einzige Grenze diejenige der Verständlichkeit hat,

---

<sup>117</sup> Michel, JuS 1961, 274-281 (277).

<sup>118</sup> Canaris, Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung, in: Bauer (Hg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, 2006, S. 46; etwas früher sprechen Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 161, noch davon, dass die Grenzen von „möglich[e]m Wortsinn und dem Bedeutungszusammenhang“ nicht überschritten werden dürften, was aber wohl, etwas weniger auf den Punkt formuliert, den gleichen Gedanken ausdrückt. Rieger, NVwZ, 2003, 17-22 (18) spricht von den „Grenzen der klassischen Auslegung“, die nicht überschritten werden dürften.

<sup>119</sup> BVerfGE 138, 64 (93).

<sup>120</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 169.

<sup>121</sup> Schack, JuS 1961, 269-274 (274); Canaris, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Hosell (Hg.), Privatrecht und Methode, 2004, S. 158.

<sup>122</sup> Vom Wortlaut des Normtextes als eigener Grenze sprechen z. B. Park, Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung, 1999, S. 204; Götz, StudZR 2010, 21-43 (23, 29); Geis, NVwZ, 1992, 1025-1031 (1027) spricht gar vom Wortlaut als „strikte[r] Grenze“; Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 29, hält diese Grenze für „funktionell-rechtlich geboten“; Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 121, bezeichnet den Wortlaut jedenfalls als anerkanntes negatives Abgrenzungskriterium in dem Sinne, dass Deutungen ausscheiden, die offensichtlich nicht mehr mit dem Wortlaut vereinbar sind.

muß man folgerichtig die Wortlautgrenze als methodische Grenze verstehen.“ Und weiter: „Um eine Grenze in der Sprache des Rechts ziehen zu können, braucht man alle im Entscheidungsfall aussagekräftigen Konkretisierungselemente.“<sup>123</sup> So zeigt sich die Benennung des Wortlauts als Grenze wiederum nur als eine andere Formulierung für den Gedanken, dass mit der verfassungskonformen Auslegung kein Ergebnis erreicht werden darf, das mit den klassischen Auslegungsmethoden nicht begründbar ist.

Eng damit verbunden ist das Argument, die verfassungskonforme Auslegung dürfe nicht zu Rechtsunsicherheit führen.<sup>124</sup> Die durch Art. 20 Abs. 3 GG garantierte Rechtssicherheit ist insbesondere dann tangiert, wenn die verfassungskonforme Auslegung sich weit von demjenigen Verständnis einer Norm entfernt, das sich beim unbefangenen Lesen einer Vorschrift aufdrängt. Im Bereich des Strafrechts droht dann auch ein Verstoß gegen den speziellen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG. Einen solchen Verstoß sieht beispielsweise MAX-EMANUEL GEIS in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bezüglich einer Bestrafung wegen der fehlenden Anmeldung einer Versammlung, da die Strafbarkeit nach § 26 Nr. 2 VersG von der verfassungskonformen Auslegung des § 14 VersG abhängig sei.<sup>125</sup> In der Entscheidung bestätigt das Bundesverfassungsgericht seine Auffassung, wonach § 14 VersG im Blick auf Art. 8 GG verfassungskonform dahin auszulegen sei, dass Eilversammlungen anzumelden sind, sobald die Möglichkeit dazu besteht.<sup>126</sup> Fraglich war nun, ob die mit § 14 VersG zusammenhängende Strafnorm des § 26 Nr. 2 VersG dann noch den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots genüge. Das Bundesverfassungsgericht nahm dies mit der Begründung an, eine verfassungskonforme Deutung ziehe den Kreis strafbaren Verhaltens enger.<sup>127</sup>

Schon früh wurde außerdem betont, ein eindeutiger Wille des historischen Gesetzgebers dürfe nicht missachtet werden. So formuliert HAAK: „Die verfassungskonforme Auslegung ist also objektiv konstruiert, findet aber an dem subjektiv (historisch) eindeutig festgestellten Gesetzesinhalt ihre Grenzen.“<sup>128</sup> In einer oben bereits zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen der verfassungskonformen Auslegung gab das Gericht einer Verfassungsbeschwerde statt, in der unter Berufung auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 und Art. 103 Abs. 1 GG eine unterlassene Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach

---

<sup>123</sup> Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band 1, 2013, S. 135. Den gleichen Gedanken formuliert Häfelin, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Müller (Hg.), Recht als Prozess und Gefüge, 1981, S. 252, von der anderen Seite, wenn er argumentiert, der Wortlaut stelle dann keine absolute Grenze dar, wenn sich mithilfe der anderen Auslegungskriterien ein anderer Sinn der Norm zeige und nur dieser im Ergebnis nicht umgangen werden dürfe.

<sup>124</sup> Z. B. bei Häfelin, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Müller (Hg.), Recht als Prozess und Gefüge, 1981, S. 257.

<sup>125</sup> Geis, NVwZ, 1992, 1025-1031 (1030).

<sup>126</sup> BVerfGE 85, 69 (69).

<sup>127</sup> BVerfGE 85, 69 (76). S. jedoch auch das abweichende Minderheitenvotum (77 ff.).

<sup>128</sup> Haak, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, 1963, S. 268-269. Für andere Formulierungen s. Eckardt, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, 1964, S. 71; Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, S. 68; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 1978, S. 111, der die Verbindung zu den obigen Argumenten selbst herstellt, indem er den gesetzgeberischen Willen als leitend für Sinn und Zweck eines Gesetzes herausstellt.

Art. 100 Abs. 1 GG gerügt wurde. Das Fachgericht hatte von der Vorlage abgesehen, da es eine verfassungskonforme Auslegung für möglich hielt. Das Bundesverfassungsgericht hielt jedoch die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung für überschritten, da die vom Fachgericht vorgenommene Interpretation sich über den klaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetze.<sup>129</sup>

Auch bei der Benennung dieser Grenze ist fraglich, ob tatsächlich ein zusätzlicher Aspekt neben der Einhaltung des Deutungsrahmens nach den klassischen Auslegungsmethoden gewonnen wird. Denn ein Hinwegsetzen über den klaren Willen des Gesetzgebers sollte grundsätzlich eine Auslegungsgrenze markieren. Allenfalls aus einer Position heraus, die es grundsätzlich erlaubt, sich vom Willen des historischen Gesetzgebers zu entfernen, lässt sich so ein neuer Aspekt gewinnen.

Bei einer Gesamtbetrachtung dieser regelmäßig benannten Grenzen der verfassungskonformen Auslegung fällt auf, dass ein und derselbe Gedanke gleichermaßen zur Voraussetzung und zur Grenze der verfassungskonformen Auslegung gemacht wird. Wenn man aber als erste Stufe der verfassungskonformen Auslegung die Auslegung nach den herkömmlichen Methoden benennt, müsste man diese benannte Auslegungsgrenze streng genommen automatisch einhalten. Die Üblichkeit der Benennung als Grenze könnte aber dadurch erklärt werden, dass die Diskussion über die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung schon begonnen hatte, bevor sich ein solches zweistufiges Vorgehen herauskristallisiert hat. Vor allem aber kann die Benennung dieser Grenze als praktische Erinnerung daran verstanden werden, dass die verfassungskonforme Auslegung nicht als Vorwand genutzt werden soll, aktiv nach weiteren (fernliegenderen) Auslegungsmöglichkeiten zu suchen.

Nicht selten geht die Frage nach den Grenzen der verfassungskonformen Auslegung außerdem mit einer Aufforderung an das Bundesverfassungsgericht einher, von sich aus mehr Zurückhaltung zu üben, um den Spielraum des Gesetzgebers zu achten.<sup>130</sup>

Wie sehr die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung zumindest im Einzelfall auch innerhalb des Bundesverfassungsgerichts umstritten sind, zeigt anschaulich ein Sondervotum, das über die vorgenommene Auslegung als „in der Methode an das Vorgehen des Prokrustes<sup>131</sup> erinnernde Auslegung“ spricht.<sup>132</sup> Es ging in dem Fall um die Gesetzgebungszuständigkeit für eine Regelung gem. § 5 Abs. 1 des Gesetzes zur Überwachung strafrechtlicher und anderer Verbringungsverbote vom 24. Mai 1961, wonach es verboten war, Filme, die als Propagandamittel gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung wirken können, in den Geltungsbereich des Grundgesetzes zu

---

<sup>129</sup> BVerfGE 138, 64 (96,97). Auch in BVerfGE 119, 247 (274) wird die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung u. a. mit der Begründung abgelehnt, das gesetzgeberische Ziel dürfe nicht verfälscht werden.

<sup>130</sup> Statt vieler *Vogel*, NJW 1996, 1505–1511 (1509).

<sup>131</sup> Figur der griechischen Mythologie: „Zwischen Eleusis und Athen tötete der Heros Prokrustes, der alle Reisenden in dasselbe Bett zwängte: Denen, die zu groß waren, hieb er die Glieder ab; die, die zu klein waren, wurden auf die richtige Länge gezwängt.“ *Goldhill*, Griechenland, in: Willis (Hg.), *Mythologie*, 2006, S. 150.

<sup>132</sup> BVerfGE 33, 52 (83). Abweichende Meinung der Richterin Rupp-v. Brünneck und des Richters Simon.

bringen.<sup>133</sup> Das Bundesverfassungsgericht legte die Norm verfassungskonform dahingehend aus, dass eine tatsächliche Gefährdung der genannten Schutzgüter gegeben sein müsse.<sup>134</sup> Laut Sondervotum werde dadurch der gesetzgeberische Wille verfehlt.<sup>135</sup> Der Gesetzgeber habe gerade die Einführung einer präventiven Regelung bezweckt.<sup>136</sup>

#### *d) Tenorierung und Rechtskraft*

Viel Diskussionsstoff bietet außerdem ein Folgeproblem im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung. Wenn das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer (inzidenten) Normenkontrolle eine verfassungskonforme Auslegung vornimmt, stellt sich die Frage, wie es seine Entscheidung tenoriert. Damit einher geht die Frage nach der Reichweite der Rechtskraft einer solchen Entscheidung nach § 31 Abs. 2 BVerfGG.

Beim Bundesverfassungsgericht hat sich keine einheitliche Linie zur Tenorierung des Ergebnisses einer verfassungskonformen Auslegung herausgebildet,<sup>137</sup> was sicher auch damit zusammenhängt, dass die verfassungskonforme Auslegung im Rahmen unterschiedlicher Verfahrensarten angewandt wird. Eine regelmäßig vom Gericht in diesem Zusammenhang verwendete Formulierung ist allerdings diejenige, eine Norm sei „mit dem Grundgesetz vereinbar, soweit ...“.<sup>138</sup>

In einer Entscheidung von 1975 nimmt das Bundesverfassungsgericht selbst zur Bindungswirkung Stellung, enthält sich aber letztlich einer präzisen Positionierung: „Spricht das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer ‚verfassungskonformen Auslegung‘ einer Norm des einfachen Rechts aus, daß gewisse an sich mögliche Interpretationen dieser Norm mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind, so kann kein anderes Gericht diese Interpretationsmöglichkeiten für verfassungsgemäß halten.“<sup>139</sup> Offen bleibt, inwieweit das Bundesverfassungsgericht eine Auslegungsvariante als die einzig verfassungsgemäße vorschreiben kann.

MICHAEL SACHS nimmt ebendiese Entscheidung als Ausgangspunkt, um drei mögliche Bindungsinhalte einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung zur verfassungskonformen Auslegung herauszuarbeiten:

„(1) Die Verbindlichkeit der Feststellung, daß die Norm jedenfalls auch in der vom BVerfG zugrundegelegten verfassungskonformen Auslegung mit der Verfassung vereinbar ist. (2) Die Verbindlichkeit der Verwerfung einer Auslegung der Norm als verfassungswidrig im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung. (3) Die Verbindlichkeit der vom BVerfG zugrundegelegten verfassungskonformen Auslegung, wenn nur diese Auslegung der Norm als der Verfassung gemäß anzusehen ist.“<sup>140</sup> SACHS selbst ist der Auffassung, „daß rechts- und gesetzeskräftig [...] allein

---

<sup>133</sup> BVerfGE 33, 52 (53).

<sup>134</sup> BVerfGE 33, 52 (65).

<sup>135</sup> BVerfGE 33, 52 (83).

<sup>136</sup> BVerfGE 33, 52 (89).

<sup>137</sup> Mit Nachweisen *Seetzen*, NJW 1976, 1997-2001 (1998).

<sup>138</sup> Vgl. exemplarisch BVerfGE 110, 226 (110).

<sup>139</sup> BVerfGE 40, 88 (88).

<sup>140</sup> *Sachs*, NJW 1979, 344-348 (345).

die Feststellung der Vereinbarkeit der geprüften Norm in der zugrunde gelegten verfassungskonformen Auslegung wird<sup>141</sup>.

Die Frage der Bindungswirkung macht erneut die Relevanz der oben angesprochenen Frage deutlich, ob es sich bei der verfassungskonformen Auslegung um eine Auswahl- oder Ausschlussmethode handelt. Die Diskussionspunkte im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung lassen sich nicht isoliert voneinander betrachten.

Schon früh wurde erkannt, dass die Frage der Reichweite der Rechtskraft nach § 31 Abs. 2 BVerfGG bei der verfassungskonformen Auslegung zumindest die formale Macht des Bundesverfassungsgerichts mitbestimmt. JOACHIM BURMEISTER warnt, das Bundesverfassungsgericht dürfe keinesfalls „beliebige allgemeine oder ihm wichtig erscheinende Rechtsfragen durch Aufnahme in den Tenor in Gesetzeskraft erwachsen lassen“.<sup>142</sup> Stattdessen solle nur eine Entscheidung über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit einer Norm mit dem GG dort festgehalten werden.<sup>143</sup>

#### *e) Zwischenfazit*

Zwar hat sich eine relativ einheitliche Definition der verfassungskonformen Auslegung herausgebildet, allerdings bleiben einige Fragen, über die im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung diskutiert wird.

So wird bei genauer Betrachtung deutlich, dass einige davon ausgehen, bei der verfassungskonformen Auslegung werde genau eine verfassungsgemäße Auslegungsvariante einer Norm ausgewählt, andere jedoch die Vorstellung haben, es gehe (lediglich) darum, solche Deutungsvarianten auszuschließen, die mit der Verfassung nicht vereinbar sind.

Zudem wird – für eine Auslegungsmethode ungewöhnlich – diskutiert, welche Gerichte (oder andere Rechtsanwender) überhaupt zur verfassungskonformen Auslegung befugt sind. Etwa wird teilweise angenommen, wegen des Zusammenhangs mit der Frage der Verfassungsgemäßheit einer Norm liege auch für die verfassungskonforme Auslegung ein Monopol beim Bundesverfassungsgericht.

Bei der Diskussion um die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung zeigt sich, dass die meisten Argumente darauf hinauslaufen, dass das Ergebnis der verfassungskonformen Auslegung im Rahmen einer Auslegung nach den klassischen Auslegungsmethoden liegen muss. Dies ergibt sich aber im Grunde genommen auch schon daraus, dass die Auslegungsvarianten, die bei der verfassungskonformen Auslegung zur Auswahl stehen, ihrerseits schon durch klassische Auslegungsmethoden gefunden werden. Theoretisch impliziert eine verfassungskonforme Auslegung nach der herausgearbeiteten Definition somit schon die Wahrung ihrer Grenzen.

---

<sup>141</sup> *Sachs*, NJW 1979, 344-348 (348).

<sup>142</sup> *Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966, S. 115, nochmals bekräftigend auf S. 132.

<sup>143</sup> *Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966, S. 115.

### III. Begriffsverständnis in der Rechtsprechung

Das Verständnis der Rechtsprechung von der verfassungskonformen Auslegung unterscheidet sich auf den ersten Blick nicht von dem in der Literatur beschriebenen. Die typische Formulierung zur Definition der verfassungskonformen Auslegung, die sich in der Literatur erst mit der Zeit als herrschend herausbildet, findet sich schon früh in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen. So formuliert das Bundesverfassungsgericht 1965: „Läßt die Norm mehrere Auslegungen zu, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, so ist die Norm verfassungsmäßig und muß verfassungskonform ausgelegt werden.“<sup>144</sup>

Im folgenden Abschnitt betrachte ich die Verwendung der Methode der verfassungskonformen Auslegung in der Rechtsprechung ausgehend von dieser methodischen Selbstbeschreibung.

Hierbei wähle ich zwei unterschiedliche methodische Zugänge.

Im ersten Abschnitt (1.) beleuchte ich einzelne Entscheidungen im Detail. Dies ist notwendig, um die Vielfalt der Verwendung des Begriffs der verfassungskonformen Auslegung in der Rechtsprechung darstellen zu können. Meine Arbeitshypothese ist dabei, dass die Rechtsprechung bis heute zwar ihre Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung regelmäßig wiederholt, aber kein einheitliches tatsächliches Vorgehen unter dem Begriff zusammenfasst. In der Literatur gibt es ein starkes Bestreben, die verfassungskonforme Auslegung als eine sich aus rechtstheoretischen Überlegungen zwingend ergebende Methode darzustellen. Es liegt jedoch nahe, dass in der Rechtsprechung praktische Bedürfnisse nach der Darstellbarkeit und Begründbarkeit von Entscheidungen ebenfalls eine Rolle bei der Einführung und der Etablierung der verfassungskonformen Auslegung spielten und spielen. Ein Augenmerk liegt daher darauf, inwieweit die verfassungskonforme Auslegung tatsächlich zur Entscheidungsfindung im engeren Sinne eingesetzt wurde und wird.

Im zweiten Abschnitt (2.) nehme ich eine systematische Betrachtung einer Vielzahl von Entscheidungen vor. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des BGH aus einem festgelegten Zeitraum durchsuche ich nach dem Stichwort der verfassungskonformen Auslegung. Dies soll zunächst einen Eindruck von der quantitativen Bedeutung der verfassungskonformen Auslegung geben. Bei einer dann folgenden systematischen Betrachtung der gefundenen Entscheidungen lassen sich aber auch leichter wiederkehrende Argumentationsmuster finden als bei einer punktuellen Auswertung von Entscheidungen, deren Auswahl notwendig immer auch an Zufällen hängt.

Der BGH repräsentiert dabei die ordentliche Gerichtsbarkeit als klassischen Ausgangspunkt von Methodendiskussionen. Das Bundesverfassungsgericht zeichnet sich dadurch aus, häufiger methodische Reflektionen vornehmen zu müssen als andere Gerichte, was sich auch auf die Allgemeinheit der Normen des Grundgesetzes zurückführen lässt.<sup>145</sup> Vor allem aber liegt eine Betrachtung von Ent-

---

<sup>144</sup> BVerfGE 19, 1 (5).

<sup>145</sup> Vgl. auch *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 55.

scheidungen des Bundesverfassungsgerichts besonders nah, weil die verfassungskonforme Auslegung dann angewandt wird, wenn eine Verwerfung der Norm in Betracht gezogen wird.

## 1. Auswertung ausgewählter Rechtsprechung

*a) Entscheidungen des BVerfG, die unter zusätzlicher Betrachtung der Akten im Bundesarchiv in Koblenz ausgewertet wurden*

Als zusätzliche Erkenntnisquelle dienen bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die mehr als 60 Jahre zurückliegen, die im Bundesarchiv in Koblenz einsehbaren Akten.

(1) Notaufnahme-Entscheidung vom 7. Mai 1953<sup>146</sup>

Die Entscheidung zum Notaufnahme-Gesetz ist die erste Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht den Begriff der verfassungskonformen Auslegung verwendet. Es ging um die Aufnahme von Deutschen aus der sowjetischen Besatzungszone in die Bundesrepublik Deutschland. Das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts bei der verfassungskonformen Auslegung im Rahmen dieser Entscheidung wird immer wieder als Grundlage der Methode dargestellt. Leitsatz 4 der Entscheidung besagt: „Ein Gesetz ist nicht verfassungswidrig, wenn eine Auslegung möglich ist, die im Einklang mit dem Grundgesetz steht, und das Gesetz bei dieser Auslegung sinnvoll bleibt.“<sup>147</sup>

Das Landesverwaltungsgericht Braunschweig hatte ein Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt, in dem der Kläger, der bisher in der sowjetischen Besatzungszone gelebt hatte, sich gegen die Versagung einer Aufenthaltsgenehmigung in der Bundesrepublik Deutschland durch das Bundesdurchgangslager Uelzen-Bohldamm gewehrt hatte. Das Gericht sah sich an einer Entscheidung gehindert, da es das Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 28. August 1950 (NAG) wegen eines Verstoßes gegen Art. 11 GG für verfassungswidrig hielt. § 1 dieses Gesetzes lautete:

„(1) Deutsche Staatangehörige und deutsche Volkszugehörige, die Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in der sowjetischen Besatzungszone oder dem sowjetischen Sektor von Berlin haben oder gehabt haben, bedürfen, wenn sie sich ohne Genehmigung im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhalten, für den ständigen Aufenthalt einer besonderen Erlaubnis. Die Freizügigkeit wird nach Art. 11 Absatz 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland insoweit eingeschränkt. (2) Diese besondere Erlaubnis darf Personen nicht verweigert werden, die wegen einer drohenden Gefahr für Leib und Leben, für die persönliche Freiheit oder aus sonstigen zwingenden Gründen die in Absatz 1 genannten Gebiete verlassen mußten.“<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> BVerfGE 2, 266.

<sup>147</sup> BVerfGE 2, 266 (267).

<sup>148</sup> BGBl. 1950, S. 367.

Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Regelung keinen Verstoß gegen Art. 11 GG.<sup>149</sup> „Das Notaufnahmegesetz würde zwar gegen Art. 11 GG verstoßen, wenn nach ihm die Erlaubnis zum dauernden Aufenthalt im Bundesgebiet den nicht unter § 1 Abs. 2 NAG fallenden Zuwanderern versagt werden dürfte, ohne daß im Einzelfall auch geprüft würde, ob ein Versagungsgrund aus Art. 11 Abs. 2 GG vorhanden ist. Das ist jedoch nicht der Fall.“<sup>150</sup>

In der Entscheidungsbegründung wird das methodische Vorgehen des Gerichts nur ansatzweise erläutert. Der Schwerpunkt liegt aus Sicht der Richter offenbar nicht darin, die Einführung einer neuen methodischen Figur zu erklären und zu rechtfertigen. Vielmehr geht es hauptsächlich um die Entstehungsgeschichte des NAG sowie des Art. 11 GG. Fast nebenbei wird erläutert, es sei notwendig, die Vorschrift des § 1 NAG so auszulegen und anzuwenden, dass auch alle anderen Normen über das Recht auf Freizügigkeit im Notaufnahmeverfahren gewahrt werden. Dies sei „um so mehr erforderlich, als schon allgemein der Grundsatz gilt, daß ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären ist, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann; denn es spricht nicht nur eine Vermutung dafür, daß ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sondern das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlangt auch im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes“.<sup>151</sup> Konkret werden also zwei Auslegungen in Betracht gezogen: ein Verständnis, wonach eine Beschränkung der Zuwanderung in die Bundesrepublik Deutschland gegenüber Deutschen aus der sowjetischen Besatzungszone schon allein bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 NAG beschränkt werden kann und eines, wonach in jedem einzelnen Fall zusätzlich die Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 GG zu prüfen sind. Nur letzteres betrachtet das Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform.<sup>152</sup>

Das Bundesverfassungsgericht verweist auf eine Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, der die Figur der verfassungskonformen Auslegung schon vor dem Bundesverfassungsgericht aufgegriffen hatte.<sup>153</sup> Ähnlich wie in der Entscheidungsbegründung des Bundesverfassungsgerichts, findet sich in derjenigen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs nur eine kurze Erläuterung der verfassungskonformen Auslegung, in der diese als nicht weiter begründungsbedürftiges Vorgehen dargestellt wird: „Das Rechtssystem des Staates bildet eine Einheit, die von der Verfassung und den in ihr enthaltenen Grundgedanken beherrscht wird. Mithin ist nur eine solche Auslegung gesetzlicher Bestimmungen zulässig, die mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist, nicht aber eine solche, die ihr widerspricht. Die bindende Wirkung der Entsch. des VerfGH (§ 21 VfGHG) erstreckt sich in einem solchen Falle auch darauf, welche Auslegung der angefochtenen Norm mit der Verfassung vereinbar ist und welche nicht.“<sup>154</sup> Wirkliche Aufschlüsse über die Vorstellung des Bundesverfassungsgericht von der verfassungskonformen Auslegung bietet der Verweis nicht.

---

<sup>149</sup> BVerfGE 2, 266 (272).

<sup>150</sup> BVerfGE, 2, 266 (281).

<sup>151</sup> BVerfGE 2, 266 (282).

<sup>152</sup> BVerfGE 2, 266 (267, 278).

<sup>153</sup> Verweis bei BVerfGE 2, 266 (282); dort wird verwiesen auf die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 13.2.1952 – Vf 3 V 51.

<sup>154</sup> Bayer. VerfGH v. 13.2.1952 – Vf 3 V 51 in DÖV 1952, 374.

MARTIN DRATH, der das Votum im Vorfeld der Entscheidung verfasste, schlug außerdem noch einen Verweis auf drei Entscheidungen des Reichsgerichts vor.<sup>155</sup> Dieser Verweis wurde allerdings nicht in die Entscheidungsbegründung übernommen. Die Entscheidungen des Reichsgerichts befassen sich nicht mit der verfassungskonformen Auslegung im engeren Sinne. Einige Formulierungen des Reichsgerichts erinnern jedoch an heute in diesem Zusammenhang aufgeführte Formulierungen. So beispielsweise in der Entscheidung vom 7. März 1922: „[...] und es muss bei verschiedenen Möglichkeiten der Auslegung im Zweifel diejenige den Vorzug verdienen, die dem Willen des Gesetzgebers am meisten entspricht.“<sup>156</sup> In dem anderen Urteil (vom 13. Dezember 1932) zieht das Reichsgericht eine Parallele zwischen der Auslegung von Gesetzen und der Auslegung von Willenserklärungen gem. § 131 BGB. Im ersten Fall sei ebenfalls der wirkliche Wille zu erforschen, nämlich derjenige des Gesetzgebers, wobei dieser im Gesetz irgendwie Ausdruck gefunden haben müsse.<sup>157</sup> Dies zeigt auch, dass DRATH sich mit seinen Verweisen weniger auf die verfassungskonforme Auslegung im Allgemeinen, als vielmehr auf den Aspekt bezog, dass bei der verfassungskonformen Auslegung nicht der gesetzgeberische Wille außer Betracht gelassen werden dürfe.

Bei einer wohlwollenden Suche nach Parallelen zu dem in der Literatur dargestellten Vorgehen bei der verfassungskonformen Auslegung ist eine Nebeneinanderstellung verschiedener Auslegungsmöglichkeiten des § 1 NAG erkennbar, von denen letztlich die verfassungskonforme Deutungsvariante gewählt wird. Allerdings nimmt das Bundesverfassungsgericht nicht erst eine Auslegung nach dem klassischen Auslegungskanon vor, indem es beispielsweise erörtert, wie die Norm ihrem Wortlaut nach zu verstehen sein könnte. Im Gegenteil wird die letztlich gewählte Auslegung direkt unter Rekurs auf die Verfassung hergeleitet und erst hinterher noch mit systematischen Argumenten gestützt.<sup>158</sup> Ein zweischrittiges Vorgehen, wie es in der Literatur mittlerweile überwiegend beschrieben wird, ist nicht erkennbar.

Eine ergänzende Heranziehung der Akten bringt zur Erläuterung des theoretischen Verständnisses der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht kaum einen weiteren Befund. Allenfalls macht das Votum sprachlich ein wenig deutlicher, dass die Verfassungskonformität des NAG mit dessen Auslegung zusammenhängt („jedenfalls besteht jetzt die Möglichkeit dieser Auslegung, von der [...] die Verfassungsmäßigkeit des NAG abhängt“).<sup>159</sup> Die Passage, in der der Begriff fällt, wurde nahezu wortgleich aus dem Votum DRATHS übernommen.<sup>160</sup> Inwieweit die Passage zu einer nicht dokumentierten Diskussion innerhalb des Senats geführt hat, bleibt selbstverständlich unklar. Gleichwohl spricht die Übernahme der Formulierung jedenfalls nach allgemeiner Lebenserfahrung gegen eine heftige Debatte über ebendiese Passage. Weiterhin fällt auf, dass die eingeholten Stellungnahmen, etwa des Bundesministers für Vertriebene und des Bayerischen Ministerpräsidenten, den Begriff der verfassungskonformen Auslegung nicht verwenden und auch nicht eine entsprechende Lösung vorschlagen und

---

<sup>155</sup> BArch, B 237/91921, 2. Hälfte des Votums, S. 27. Er verweist auf die Entscheidungen RGZ 104, 172 [gemeint ist wohl RGZ 104, 171]; RGZ 133, 383; RGZ 139, 110.

<sup>156</sup> RGZ 104, 171 (173).

<sup>157</sup> RGZ 139, 110 (112).

<sup>158</sup> BVerfGE 2, 266 (283 ff.).

<sup>159</sup> BArch, B 237/91921, 2. Hälfte des Votums, S. 12.

<sup>160</sup> BArch, B 237/91921, 2. Hälfte des Votums, S. 27.

nur anders umschreiben. Beide halten § 1 NAG für mit Art. 11 GG vereinbar, ohne ein Verständnis der Norm vorauszusetzen, wonach eine Prüfung des Vorliegens der Voraussetzung des Art. 11 Abs. 2 GG in jedem Fall zwingend notwendig ist.<sup>161</sup> Der Bundesminister für Vertriebene argumentiert hierbei auch mit außerrechtlichen Erwägungen, indem er anführt, der praktische Anwendungsbereich des § 1 NAG sei ohnehin gering, da die meisten Zuwanderer eine Aufenthaltserlaubnis aufgrund delegierten Besatzungsrechts erhielten.<sup>162</sup>

Insgesamt ist vor allem die Einbettung der Entscheidung in ihr gesellschaftliches und politisches Umfeld eine Betrachtung wert. Wie umstritten das NAG schon bei seiner Verabschiedung war, macht HANS SCHRÖDER in einem Aufsatz von 1951 deutlich, der auch in den Akten zum Verfahren Erwähnung findet. So wurde im Zusammenhang mit dem NAG erstmals der Vermittlungsausschuss einberufen.<sup>163</sup> SCHRÖDER hält das Gesetz für nicht mit der Verfassung vereinbar und mag somit seinen Teil zum Aufflammen des juristischen Streits um das NAG beigetragen haben.

Die Aktenlage zeigt das hohe Interesse von politischer Seite an der Aufrechterhaltung der Norm. In einer Stellungnahme des Leiters des Aufnahmeverfahrens und Beauftragten der Bundesregierung in Uelzen (Han.) vom 15. Dezember 1952 wird dies besonders deutlich: „Das Fehlen einer Lebensgrundlage für einen unkontrollierten Strom von Zuwanderern aus der SBZ mußte also in der Tat dem Gesetzgeber Anlaß bieten, nach Art. 11 Abs. II GG regulierend einzugreifen, um Leben und Bestand der Bundesrepublik zu schützen und zu sichern.“<sup>164</sup> Allerdings wird genau dieser Schriftsatz einen Monat später „voll inhaltlich“ zurückgezogen und stattdessen von einer Stellungnahme abgesehen.<sup>165</sup> Im April 1953 bittet außerdem der Präsident des OVG für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein um eine schnelle Entscheidung, da die Zahl gleichgelagerter Fälle auf nahezu 300 angewachsen sei.<sup>166</sup>

Mehr als zehn Jahre nach der Entscheidung gingen beim Präsidenten des Deutschen Bundestages und dem Bundesministerium für Vertriebene Beschwerdebriefe eines Mannes ein, der schreibt, infolge der Regelung des NAG ein zweites Mal ausgewandert zu sein.<sup>167</sup> Ausführlich führt er aus, auch die vom Bundesverfassungsgericht vertretene Auslegung sei nicht mit Art. 11 GG vereinbar. Beide Briefe lagen offensichtlich auch dem BVerfG vor. Ob es eine Reaktion gab, ist leider nicht ersichtlich. Jedenfalls aber geht aus den Akten hervor, dass dem Schreiben an das Ministerium ein Schriftwechsel mit dem Staatssekretär vorausging.

Insgesamt wird die gesellschaftspolitische Brisanz der Entscheidung deutlich. Das Bundesverfassungsgericht konnte davon ausgehen, dass eine Nichtigerklärung des NAG einige praktische Konsequenzen nach sich ziehen würde. Der mögliche Eingriff in legislative Befugnisse durch das Bundesverfassungsgericht durch eine Nichtigerklärung der Norm wäre wohl von vielen Seiten als besonders stark

---

<sup>161</sup> BArch, B 237/91921.

<sup>162</sup> BArch, B 237/91921, Schreiben des Ministers, S. 9.

<sup>163</sup> *Schröder*, DVBl. 1951, 10-13 (10).

<sup>164</sup> BArch, B 237/91920, Bl. 37.

<sup>165</sup> BArch, B 237/91920, Bl. 39.

<sup>166</sup> BArch, B 237/91920, Bl. 65.

<sup>167</sup> BArch, B 237/91920, Sonderheft.

empfunden worden. Gleichzeitig lässt sich feststellen, wie durch die verfassungskonforme Auslegung eine Möglichkeit präsentiert wurde, die Norm aufrecht zu erhalten, ohne dabei die guten Argumente, die für eine Unvereinbarkeit des Gesetzes mit Art. 11 GG sprachen, gänzlich zu missachten. Somit stellt sich die Entscheidung vor allem als ein Kompromiss zwischen den verschiedenen Beteiligten dar. Diese Feststellung lässt sich auch unabhängig davon treffen, ob sich das Bundesverfassungsgericht bei der Herstellung der Entscheidung nun maßgeblich von scheinbar außerjuristischen Argumenten leiten ließ oder nicht. Jedenfalls deutet auch die Darstellung der Entscheidung darauf hin, dass der Schwerpunkt nicht auf der Einführung einer neuen methodischen Figur liegt. Die verfassungskonforme Auslegung wird kaum erläutert und nicht in einer Weise rechtssystematisch begründet, die ebensolche rechtssystematischen Erwägungen als Leitmotiv darstellt.

(2) Entscheidung zum Benachteiligungsverbot unehelicher Kinder vom 23. Oktober 1958<sup>168</sup>

Die Aufnahme dieser Entscheidung in die Betrachtung hat sich zunächst nicht aufgedrängt, da das Bundesverfassungsgericht selbst den Begriff der verfassungskonformen Auslegung nicht erwähnt. Dieser taucht jedoch in den von der „juris“-Redaktion erstellten<sup>169</sup> Orientierungssätzen auf.<sup>170</sup> Es lässt sich daher anhand der Entscheidung illustrieren, dass ein Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts auch unabhängig von der Erwähnung dieses Begriffs als verfassungskonforme Auslegung wahrgenommen werden kann.

Ein unehelich geborenes Kind beantragte, festzustellen, dass der Beklagte sein Erzeuger sei. Dieser hatte sich bereits in notarieller Urkunde zu Unterhaltszahlungen verpflichtet, gab aber an, dennoch Zweifel an der Vaterschaft und kein Interesse an einer entsprechenden Feststellung zu haben. Das Landgericht setzte das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG aus und legte dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob § 644 ZPO bezüglich einer Klage auf Feststellung der biologischen Vaterschaft mit dem GG vereinbar sei.

§ 644 ZPO lautete in seiner damaligen Fassung: „Die Vorschriften der §§ 640 bis 643 gelten nicht für einen Rechtsstreit, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer unehelichen Vaterschaft zum Gegenstand hat.“<sup>171</sup> § 640 ZPO a. F. wiederum verweist auf Normen zum Verfahren in Ehesachen. So wird etwa in § 622 ZPO a. F. eine Beweisaufnahme von Amts wegen ermöglicht.<sup>172</sup> Das Landgericht ging von einer am Wortlaut orientierten Interpretation des § 644 ZPO aus, wonach durch die Norm jedes Statusverfahren um die uneheliche Vaterschaft

---

<sup>168</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 1958 – 1 BvL 45/56.

<sup>169</sup> [www.juris.de/jportal/portal/page/fshelp.psml?cmsuri=/hilfe/de/r3/dokumentausgabe\\_1/ansicht/ansicht.jsp](http://www.juris.de/jportal/portal/page/fshelp.psml?cmsuri=/hilfe/de/r3/dokumentausgabe_1/ansicht/ansicht.jsp) (abgerufen am 23.1.2022).

<sup>170</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 1958 – 1 BvL 45/56 (Orientierungssatz 4b – juris), nachfolgend zitiert nach BVerfGE 8, 210.

<sup>171</sup> BGBl. 1950, S. 590.

<sup>172</sup> BGBl. 1950, S. 590, 588.

ausgeschlossen sei und hielt die Norm auf dieser Grundlage für mit dem GG unvereinbar.<sup>173</sup>

Das Bundesverfassungsgericht entschied, bei der Auslegung des § 644 ZPO sei dem BGH zu folgen, „der, wenn das Verfahren nicht auf die vermögensrechtlichen Auswirkungen der Vaterschaft beschränkt ist, die Durchführung der Feststellungsklage um die uneheliche Vaterschaft im Statusverfahren trotz des Wortlautes von § 644 ZPO für zulässig und geboten hält“.<sup>174</sup> Weiterhin äußert sich das Bundesverfassungsgericht auch etwas konkreter bezüglich seines Vorgehens bei der Auslegung: „Sind aber zwei verschiedene Deutungen einer Norm möglich, so verdient diejenige den Vorzug, die einer Wertentscheidung der Verfassung besser entspricht.“<sup>175</sup> Diesen Satz kennzeichnet das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht explizit als Definition der verfassungskonformen Auslegung. Die Ausführung weicht auch von der Definition ab, die ich oben als weitgehend konsentiertes Verständnis herausgearbeitet habe. Denn es wird hier nicht thematisiert, ob einzelne Deutungsvarianten verfassungswidrig sind. Vielmehr soll unter mehreren – womöglich ihrerseits jeweils verfassungskonformen – Deutungsvarianten die „bessere“ im Sinne der Vereinbarkeit mit der Verfassung gefunden werden.

Die Funktion der Verfassung als Kontrollmaßstab wird hier von der Funktion der Verfassung als Auslegungsmaßstab gänzlich verdrängt. Es ist gerade nicht davon die Rede, verfassungswidrige Auslegungsvarianten auszusortieren. Das vom Bundesverfassungsgericht in diesem Satz beschriebene Vorgehen entspricht letztlich eher demjenigen, das REIMER gut 60 Jahre später als verfassungsorientierte Auslegung beschreibt, bei der es weniger um Normerhaltung als um Normoptimierung gehe.<sup>176</sup>

Ein Blick in die Entscheidungsbegründung deutet an, warum das Bundesverfassungsgericht den „Umweg“ über die Wertentscheidungen der Verfassung gewählt hat und nicht von einer Unvereinbarkeit einer Deutungsmöglichkeit mit der Verfassung gesprochen hat: Es lässt offen, ob Art. 6 Abs. 5 GG aufgrund seiner Formulierung als Auftrag an den Gesetzgeber eine derogatorische Kraft gegenüber entgegenstehendem Recht besitzt.<sup>177</sup> Jedenfalls aber sei die durch die Verfassungsnorm ausgedrückte Wertauffassung von den Gerichten zu berücksichtigen.<sup>178</sup>

Ein Blick in die Akten zu der Entscheidung liefert deutlichere Hinweise auf die Motive für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. In einem Brief an die Mitglieder des Ersten Senats im Vorlauf der Entscheidung formuliert die Berichterstatterin ERNA SCHEFFLER: „Die essentielle zivilprozessuale Inzidentfrage ist, wie man § 644 ZPO auslegt: (a) als Ausschluß des Statusverfahrens für jedes Verfahren um die uneheliche Vaterschaft oder (b) als Ausschluß des Statusverfahrens für jedes Verfahren um die sogenannte Zahlvaterschaft, während das Statusverfahren zulässig bleibt für die Feststellung der wahren natürlichen Vaterschaft als eines

---

<sup>173</sup> BVerfGE 8, 210 (217).

<sup>174</sup> BVerfGE 8, 210 (217-218).

<sup>175</sup> BVerfGE 8, 210 (221).

<sup>176</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 194.

<sup>177</sup> BVerfGE 8, 210 (216-217).

<sup>178</sup> BVerfGE 8, 210 (217).

umfassenden personenrechtlichen Grundverhältnisses mit verschiedenen Rechtsfolgen. Für beide Ansichten sind gute Gründe vorgebracht worden, so daß es sich bei der Auswahl nahezu um eine Willensentscheidung handelt.<sup>179</sup> Dann legt sie die daraus folgenden Entscheidungsmöglichkeiten dar: „1. Wir erklären nur die Auslegung b) für richtig und § 644 ZPO demgemäß für verfassungsmäßig (so das Votum in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der ihm folgenden seit 1952 herrschenden Meinung) [...] 2. Wir lassen dahingestellt, welche Auslegung von § 644 ZPO zutrifft, weil wir beide für mit dem Grundgesetz vereinbar halten, und erklären demgemäß § 644 ZPO für verfassungsmäßig. Dieser [...] Weg erfordert die [...] Prüfung, ob die Versagung des Statusverfahrens gegenüber dem unehelichen Kind mit Art. 6 Abs. 5 GG vereinbar ist, eine Prüfung, die schwierig und m.E. noch nicht ‚reif‘ ist. Außerdem ist eine Auseinandersetzung mit dem Bundesgerichtshof nötig, der ja seine Interpretation für die allein richtige hält. [...] 3. Wir erklären nur die Auslegung a) für richtig und deshalb § 644 ZPO für verfassungswidrig. Diese vom vorlegenden Gericht vorgetragene Ansicht setzt die gleichen, bisher im Votum nicht enthaltenen Prüfungen wie zu 2) und eine noch schärfere Auseinandersetzung mit dem Bundesgerichtshof über die zivilprozessuale Frage voraus.“<sup>180</sup>

Von einer verfassungskonformen Auslegung wird auch hier nicht gesprochen. Da SCHEFFLER davon spricht, bei der Auswahl zwischen den Deutungsmöglichkeiten handle es sich „nahezu um eine Willensentscheidung“, liegt an dieser Stelle ausnahmsweise tatsächlich die für die verfassungskonforme Auslegung benannte Voraussetzung vor, dass mehrere Deutungsmöglichkeiten einer einfachgesetzlichen Norm nebeneinanderstehen.

SCHEFFLERS Brief an die Senatsmitglieder liefert nun aber ein Zeugnis von den dann offenbar maßgeblichen Entscheidungsgesichtspunkten: keinen Konflikt mit dem BGH einzugehen und eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Norm am Maßstab des Art. 6 Abs. 5 GG zu vermeiden.

Die vom Bundesverfassungsgericht schließlich als richtig herausgestellte Deutung entspricht somit derjenigen, die der IV. Zivilsenat des BGH bereits verwendet hatte<sup>181</sup> und die er auch in seiner Stellungnahme gegenüber dem Bundesverfassungsgericht noch einmal propagiert: „Wie der Senat annimmt, muß die Bestimmung des § 644 ZPO bereits dann in dieser ihren Wortlaut einschränkenden Weise ausgelegt werden, wenn sie in den richtigen Zusammenhang mit den sonstigen die Rechtsstellung der Unehelichen betreffenden Vorschriften gestellt wird und dabei allgemeingültige Rechtsgrundsätze berücksichtigt werden, wie sie einen Ausdruck in Art. 6 Abs. 5 GrundG gefunden haben.“<sup>182</sup> Somit liefert schon der BGH eine an der Verfassung orientierte Begründung, ohne jedoch den Begriff der verfassungskonformen Auslegung zu verwenden. Die Auswahl der Auslegungsvariante, die die wenigsten Folgeprobleme mit sich bringt, wurde schließlich vom Bundesverfassungsgericht unter Rückgriff auf die Verfassung begründet. Womöglich sah man von der Verwendung des Begriffs der verfassungskonformen

---

<sup>179</sup> BArch, B 237/1000935, Bl. 1-2.

<sup>180</sup> BArch, B 237/1000935, Bl. 2-3.

<sup>181</sup> BGHZ 5, 385.

<sup>182</sup> BArch, B 237/92518, Bl. 51.

Auslegung ab, um nicht klarstellen zu müssen, dass eine Deutungsmöglichkeit nicht nur schlechter, sondern gar nicht mit der Verfassung vereinbar ist. Denn auch dies würde eine Prüfung am Maßstab des Art. 6 Abs. 5 GG bedeuten.

Interessant ist schließlich auch ein Ausschnitt aus einem Antwortschreiben des Landgerichts Marburg/Lahn an das Bundesverfassungsgericht auf die Bitte hin, die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Frage noch einmal auszuführen: „Richtig ist allerdings, und das hat die Kammer auch schon erwogen, daß die Nichtigkeit des § 644 ZPO zu einer vielleicht bedenklichen Vermehrung der Rechtsstreitigkeiten aus außerehelichem Verkehr führen würde. [...] Diese Tatsache würde zu einer erheblichen Vermehrung der auf Kosten der Allgemeinheit geführten Armensachen führen. Das aber sind nach Ansicht der Kammer Fragen, die für die Gültigkeit des § 644 ZPO und deren Folgen keine Bedeutung haben.“<sup>183</sup> Das Landgericht hält es somit zumindest für möglich, dass das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen auch von ihrer faktischen Wirkung abhängig macht und möchte darauf hinweisen, dass diese Fragen aus formal-juristischer Sicht unbedeutend sind.

Im Ergebnis stellt sich die Entscheidung wieder als ein Kompromiss dar, der es ermöglicht, unter Vermeidung der Nichtigkeitsklärung einer Norm den Weg für eine mit der Verfassung in Einklang stehende Rechtsanwendung freizumachen. Dass der Begriff der verfassungskonformen Auslegung in der Entscheidung selbst nicht auftaucht, kann hier aber als Indiz gesehen werden, dass das Bundesverfassungsgericht den Begriff nicht bei einer reinen Orientierung einer Auslegung an der Verfassung einsetzt, sondern einen Zusammenhang mit der möglichen Nichtigkeitsklärung einer Norm sieht. Ob Art. 6 Abs. 5 GG als Maßstab gelten kann, der zur Nichtigkeit einer Norm führen kann, wollte man aber gerade offenlassen.

Umgekehrt weist das methodische Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts eine besondere Ähnlichkeit zu dem Vorgehen auf, das als verfassungskonforme Auslegung beschrieben wird. Ausnahmsweise stehen wirklich mehrere vertretbare Auslegungsmöglichkeiten einer Norm nebeneinander. Dies mag die „juris“-Redaktion dazu veranlasst haben, den Begriff in die Orientierungssätze aufzunehmen.

### (3) Entscheidung zur Wahlklage in Rheinland-Pfalz vom 17. März 1959<sup>184</sup>

In der Entscheidung zur Wahlklage in Rheinland-Pfalz aus dem Jahr 1959 hatte das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes nach einer Vorlage des OVG Rheinland-Pfalz zu befinden. Es ging um § 18 Abs. 3 des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 14. April 1950:

„Rechtsbehelfe gegen Anordnungen oder Verfügungen unterer Verwaltungsbehörden

(1) Gegen Anordnungen oder Verfügungen eines Landrates (Oberbürgermeisters) ist Einspruch bei dem Kreisrechtsausschuß (Stadtrechtsausschuß) zulässig.

(2) Gegen Anordnungen oder Verfügungen einer dem Landrat nachgeordneten

---

<sup>183</sup> BArdh, B 237/92518, Bl. 36.

<sup>184</sup> BVerfGE 9, 194.

Behörde ist Verwaltungsbeschwerde bei dem Kreisrechtsausschuß zulässig.

(3) Gegen die Entscheidung des Kreisrechtsausschusses (Stadtrechtsausschusses) nach Abs. 1 und 2 kann wahlweise Verwaltungsbeschwerde an den zuständigen Regierungspräsidenten oder Klage im Verwaltungsstreitverfahren erhoben werden. Der eine Rechtsbehelf schließt den andern aus.

(4) Gegen Anordnungen oder Verfügungen der sonstigen unteren Verwaltungsbehörden ist zunächst Verwaltungsbeschwerde bei der nächsthöheren Verwaltungsbehörde einzulegen. Gegen ihre Entscheidung ist wahlweise weitere Verwaltungsbeschwerde oder Klage im Verwaltungsstreitverfahren zulässig. Abs. 3 Satz 2 gilt entsprechend.<sup>185</sup>

Das OVG sah in der Norm einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG, da durch die Norm in unzulässiger Weise die verwaltungsgerichtliche Anfechtbarkeit der Beschwerdeentscheidung ausgeschlossen werde, wenn man sich für die Verwaltungsbeschwerde entscheidet.<sup>186</sup> Das OVG liest die Möglichkeit zur Wahl also als eine die andere Option jeweils ausschließende Wahl.

Das Bundesverfassungsgericht entschied, § 18 Abs. 3 VGG sei bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar.<sup>187</sup> Die Norm müsse so ausgelegt werden, dass eine „Zweigleisigkeit“ des Vorgehens nur für den ursprünglichen Verwaltungsakt ausgeschlossen werde, eine Beschwerdeentscheidung aber weiterhin auch gerichtlich angegriffen werden könne.<sup>188</sup> Diese Auslegung widerspricht derjenigen des vorliegenden Gerichts sowie, wie das Bundesverfassungsgericht selbst feststellt, der allgemein in der Literatur vertretenen Ansicht.<sup>189</sup> Die Entscheidung ist „vielfach kritisiert“ worden.<sup>190</sup>

Das methodische Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts entspricht zumindest in Teilen der oben herausgearbeiteten Definition. Eine Norm wird erhalten, obwohl nicht alle Deutungsvarianten mit der Verfassung vereinbar sind. Dennoch zeigt die Entscheidung, wie konstruiert die Vorstellung ist, dass zunächst mehrere Deutungsvarianten gleichrangig nebeneinander vorliegen und dann eine Auswahlentscheidung mithilfe der Verfassung getroffen wird. Vielmehr wird nach der Feststellung, dass die zunächst naheliegende Deutung mit der Verfassung unvereinbar ist, nach einer Alternative gesucht, die mit dem Wortlaut noch vereinbar ist und dem erkennbaren Gesetzeszweck nicht zuwiderläuft.<sup>191</sup> Dieses Vorgehen beschreibt, soweit ersichtlich, lediglich REIMER als den üblichen Vorgang bei der verfassungskonformen Auslegung.<sup>192</sup>

Erneut finden sich in den Akten zu der Entscheidung einige außerjuristische Argumente.

---

<sup>185</sup> BVerfGE 9, 194 (195-196).

<sup>186</sup> BVerfGE 9, 194 (196).

<sup>187</sup> BVerfGE 9, 194 (197).

<sup>188</sup> BVerfGE 9, 194 (199-200).

<sup>189</sup> BVerfGE 9, 194 (198).

<sup>190</sup> Mit weiteren Nachweisen *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, Band 2, 2020, S. 214.

<sup>191</sup> BVerfGE 9, 194 (200).

<sup>192</sup> *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, S. 283-284.

So weist das Justizministerium des Landes Rheinland-Pfalz darauf hin, dass die Frage der Auslegung des § 18 VGG sich mit dem Inkrafttreten der VwGO<sup>193</sup> erledigen werde, da dort eine Wahlklage nicht vorgesehen sei und landesrechtliche Regelungen beseitigt würden. Es wird daher um eine Verlängerung der Erklärungsfrist gebeten.<sup>194</sup> Erst zwei Monate später reicht das Ministerium dann eine Erklärung ein, in der es für die Vereinbarkeit des § 18 Abs. 3 GG mit Art. 19 Abs. 4 GG plädiert.<sup>195</sup>

Besonders bemerkenswert ist ein Brief des Präsidenten des OVG Rheinland-Pfalz an das Bundesverfassungsgericht. Er nimmt Stellung gegen den Vorlagebeschluss seines eigenen Gerichts: „Soweit mir bekannt, hat bisher auch keine Neigung bestanden, das bekannte Problem der Wahlklage noch kurz vor der Verabschiedung der bundeseinheitlichen Verwaltungsgerichtsordnung aufzugreifen. In sachlicher Hinsicht halte ich den Vorlagebeschluss für nicht ganz bedenkenfrei, weil er im Ergebnis auf eine Überspitzung des Rechtsschutzes des betroffenen Staatsbürgers hinausläuft. Dem Rechtsgedanken des ‚volenti non fit iniuria‘ [Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht.] dürfte in dem Vorlagebeschluss unseres 1. Senats nicht genug Rechnung getragen worden sein.“<sup>196</sup>

Das Bundesministerium des Innern schlägt – ohne den Begriff der verfassungskonformen Auslegung zu verwenden – letztlich einen Mittelweg als Übergangslösung vor, wenn es formuliert: „Das Bundesverfassungsgericht hat auch schon die Grundgesetzwidrigkeit von Rechtssätzen nach einzelnen Richtungen hin festgestellt, ohne die Bestimmung selbst für nichtig zu erklären [...]“<sup>197</sup>

Insgesamt wird von allen Seiten ein praktisches Interesse daran deutlich, die Norm übergangsweise zu erhalten. Dem wird das BVerfG durch seine verfassungskonforme Auslegung – jedenfalls im Ergebnis – gerecht und findet so einen Kompromiss.

#### *b) Entscheidungen ab 1965*

Bei den folgenden Entscheidungen handelt es sich um Entscheidungen, die jünger als 60 Jahre alt sind, weshalb eine zusätzliche Heranziehung von Archivmaterial nicht möglich war.

Die Entscheidungen habe ich stichprobenartig aus einem sehr großen Zeitraum ausgewählt. Ein gewisses Zufallselement bei der Auswahl lässt sich nicht vollständig ausschließen. Gerade deshalb wird die Auswahl der Entscheidungen jeweils kurz begründet.

---

<sup>193</sup> Die ursprüngliche Fassung der VwGO wurde tatsächlich ein knappes Jahr später, am 25. Januar 1960, verkündet, BGBl. I 1960, S. 18 ff.

<sup>194</sup> BArch, B 237/92539, Bl. 29.

<sup>195</sup> BArch, B 237/92539, Bl. 42.

<sup>196</sup> BArch, B 237/92539, Bl. 40.

<sup>197</sup> BArch, B 237/13539, S. 3 des Schreibens.

(1) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Gebührenfreiheit vom 28. April 1965<sup>198</sup>

Grund für die Aufnahme der Entscheidung zur Gebührenfreiheit ist die vom Bundesverfassungsgericht sogar in den Leitsatz aufgenommene Definition zur verfassungskonformen Auslegung, die dem heute in der Literatur propagierten Verständnis zumindest auf den ersten Blick sehr nahe kommt. Es ging um den § 8 Abs. 1 des Preußischen Gerichtskostengesetzes, wonach unter anderem „Kirchen“ von der Zahlung von Gerichtsgebühren befreit waren.<sup>199</sup> Die Neuapostolische Kirche wandte sich nun in einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung, wonach sie nicht unter den Begriff der Kirche i. S. d. Norm fallen sollte. Das Bundesverfassungsgericht gab der Beschwerde statt und formulierte: „Läßt eine Norm mehrere Auslegungen zu, so kann das BVerfG lediglich prüfen, ob die Norm in der jeweiligen Auslegung mit dem GG vereinbar ist. Widerspricht die Norm in jeder möglichen Auslegung dem GG, so ist sie als solche verfassungswidrig. Läßt die Norm mehrere Auslegungen zu, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, so ist die Norm verfassungsmäßig und muß verfassungskonform ausgelegt werden.“<sup>200</sup>

Das Bundesverfassungsgericht stellt zunächst explizit klar, dass eine Auslegung des Begriffs „Kirche“ notwendig sei.<sup>201</sup> Dann stellt es die „in Rechtsprechung und Schrifttum bisher herrschende[.] Auffassung“ dar, wonach nur die evangelischen Landeskirchen, die römisch-katholische sowie die altkatholische Kirche umfasst wären<sup>202</sup> und stellt die Unvereinbarkeit dieses Verständnisses mit Art. 3 Abs. 1 GG fest. Erst ganz am Ende der Begründung wird eine andere Auslegungsmöglichkeit eingeführt, wonach der Begriff „Kirche“ alle Religionsgesellschaften umfasst, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Diese Auslegung sei auch mit Wortlaut und Sinn der Norm vereinbar und letztlich geboten, „da nur bei dieser Auslegung ein Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 GG nicht besteht“.<sup>203</sup>

(2) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der BRD und der DDR vom 31. Juli 1973<sup>204</sup>

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der BRD und der DDR habe ich aufgrund ihrer politischen Brisanz ausgewählt, die sich auch deutlich aus der Entscheidungsbegründung ergibt.

Ende Mai 1973 beantragte die Bayerische Staatsregierung gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes festzustellen, das den Vertrag zwischen der BRD und der DDR über die Grundlagen der gegenseitigen Beziehungen sowie einige ergänzende Texte ratifiziert. Bemängelt wurden insbesondere ein Verstoß gegen das grundgesetzliche Wiedervereinigungsgebot und ein

---

<sup>198</sup> BVerfGE 19,1.

<sup>199</sup> BVerfGE 19, 1 (1).

<sup>200</sup> BVerfGE 19, 1 (5).

<sup>201</sup> BVerfGE 19, 1 (5).

<sup>202</sup> BVerfGE 19, 1 (5-6).

<sup>203</sup> BVerfGE 19, 1 (16).

<sup>204</sup> BVerfGE 36, 1.

Verstoß gegen die Schutz- und Fürsorgepflicht gegenüber den in der DDR lebenden Deutschen.<sup>205</sup>

Die Bundesregierung wirft der Bayerischen Staatsregierung vor, dass sie „ihre rein politischen Vorstellungen als Rechtssätze in das Grundgesetz hineininterpretiere, weil sie ihre politischen Wertungen auch bei der Auslegung des Vertrags in einseitiger Weise einführe, weil sie die politische Ausgangslage gänzlich außer Betracht lasse und weil sie die mit dem Vertrag in Übereinstimmung mit den elementaren Zielen des Grundgesetzes verfolgten Absichten entgegen dem eindeutigen Inhalt dieses Vertrags leugne“.<sup>206</sup> Es wird somit zumindest mittelbar angezweifelt, ob die Verfassung der Maßstab ist, an dem sich das außenpolitische Handeln gegenüber der DDR sinnvoll messen lässt. An anderer Stelle schreibt das Bundesverfassungsgericht: „Man kann sich in diesem Sinne also politisch mit Realitäten abfinden.“<sup>207</sup>

Die politische Brisanz wird verschärft durch die Rüge des Bundesverfassungsgerichts, es sei wichtig, „daß eine Entscheidung im Normenkontrollverfahren, die einen Vertrag betrifft, vor dessen Inkrafttreten ergeht“.<sup>208</sup> Dieser Grundsatz wurde nicht beachtet. Das Bundesverfassungsgericht betont, „die dafür verantwortlichen Verfassungsorgane“ hätten „für die sich daraus möglicherweise ergebenden Folgen einzustehen“.<sup>209</sup> Gleichzeitig ist dadurch für das Bundesverfassungsgericht die Hürde, das Gesetz tatsächlich für nichtig zu erklären, natürlich deutlich höher.

Diesen Konflikt löst das Bundesverfassungsgericht mit der verfassungskonformen Auslegung. Es gelte „auch für die verfassungsrechtliche Prüfung eines Vertrags der Grundsatz, den das Bundesverfassungsgericht in Rücksicht auf die Verantwortung der anderen Verfassungsorgane im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes allgemein entwickelt hat: Daß unter mehreren möglichen Auslegungen die Auslegung zu wählen ist, nach der der Vertrag vor dem Grundgesetz Bestand hat.“<sup>210</sup> Dies bedeute vor allem, dass er nur als Grundlage für die weitere konkrete Gestaltung des Verhältnisses zwischen BRD und DDR betrachtet werden soll. Die DDR dürfe nicht Ausland geworden sein. Bürger der DDR seien weiterhin als Deutsche im Sinne des Art. 116 Abs. 1 und Art. 16 GG zu betrachten.<sup>211</sup>

Bemerkenswert ist aber vor allem folgende Äußerung: „Deshalb sind schon in diesem Normenkontrollverfahren, soweit übersehbar, die verfassungsrechtlichen Grenzen aufzuzeigen, die für das ‚Ausfüllen‘ des Vertrags durch spätere Vereinbarungen und Abreden bestehen.“<sup>212</sup> Die verfassungskonforme Auslegung dient somit als Vorwand, Aspekte in die Entscheidungsbegründung aufzunehmen, die

---

<sup>205</sup> BVerfGE 36, 1 (8-9).

<sup>206</sup> BVerfGE 36, 1 (11).

<sup>207</sup> BVerfGE 36, 1 (18). Dieser Satz ist offensichtlich aus seinem Kontext gerissen, stützt aber auch als Einzelaussage die These, dass das BVerfG das Gefühl hat, dem Vertrag mit rein rechtlichen Mitteln schlecht beikommen zu können. Dennoch sei auch der Zusammenhang ergänzt: Das BVerfG weist auf den Unterschied hin, ob ein Rechtstitel (das Wiedervereinigungsgebot) aufgegeben wird oder aus politischen Gründen entschieden wird, davon zeitweise keinen Gebrauch zu machen.

<sup>208</sup> BVerfGE 36, 1 (15).

<sup>209</sup> BVerfGE 36, 1 (15).

<sup>210</sup> BVerfGE 36, 1 (14).

<sup>211</sup> BVerfGE 36, 1 (31).

<sup>212</sup> BVerfGE 36, 1 (21).

über die binäre Entscheidung, ob das Gesetz verfassungsgemäß ist oder nicht, hinausgehen.

Von einem zweischrittigen Vorgehen, bei dem zunächst verschiedene Auslegungsmöglichkeiten herausgearbeitet und sodann auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung hin überprüft werden, ist der hier als verfassungskonforme Auslegung bezeichnete Weg jedenfalls weit entfernt.

Offenbar ist es dem Bundesverfassungsgericht selbst ein Bedürfnis, am Schluss offenzulegen, wie sehr rechtspolitische Erwägungen das eigene Vorgehen geleitet haben: „Diese Umstände sind geeignet auch in der völkerrechtlichen Auseinandersetzung, insbesondere auch gegenüber dem Vertragspartner dem Vertrag die Auslegung zu geben, die nach dem Grundgesetz erforderlich ist.“<sup>213</sup>

Die verfassungskonforme Auslegung dient also vergleichsweise explizit als Kompromissformel.

(3) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe vom 21. Juni 1977<sup>214</sup>

Die Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe ist ein illustratives Beispiel für den flexiblen Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit der verfassungskonformen Auslegung. Der Begriff selbst findet, trotz späterer mehrfacher Erwähnung, keinen Einzug in den Leitsatz. Stattdessen konstatiert das Gericht dort: „Die Qualifikation der heimtückischen und der zur Verdeckung einer anderen Straftat begangenen Tötung eines Menschen als Mord gemäß § 211 Abs. 2 StGB verletzt bei einer an dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten restriktiven Auslegung nicht das Grundgesetz.“<sup>215</sup> Das nach Art. 100 Abs. 1 GG vorliegende Landgericht Verden hielt sowohl die Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe grundsätzlich für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 19 Abs. 2 GG als auch die pauschalen Merkmale des Art. 211 StGB für unvereinbar mit Art. 3 GG. Denn der Richter müsse so „unter Umständen eine Strafe verhängen, die über die von ihm selbst als angemessen empfundene Strafe hinausgehe“.<sup>216</sup>

Es sind Details der Entscheidungsbegründung, die andeuten, wie Erwägungen bezüglich der Folgen einer Entscheidung jene beeinflussen. So wird die Stellungnahme der Bundesregierung wiedergegeben, die darauf hinweist, dass noch in der laufenden Legislaturperiode ein Gesetzesvorhaben verfolgt werden soll, das die Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglicht.<sup>217</sup> Dieses Argument ist bei einer formaljuristischen Betrachtung irrelevant für die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Regelung zu jenem Zeitpunkt. Gleichwohl wurde es in der Entscheidungsbegründung zumindest wiedergegeben. Das Gericht macht somit durchaus deutlich, dass es die Frage der möglichen Verwerfung einer Norm selbstverständlich als in den politischen Prozess eingebunden betrachtet.

---

<sup>213</sup> BVerfGE 36, 1 (36).

<sup>214</sup> BVerfGE 45, 187.

<sup>215</sup> BVerfGE 45, 187 (187).

<sup>216</sup> BVerfGE 45, 187 (194).

<sup>217</sup> BVerfGE 45, 187 (198).

Das gilt für Erwägungen über die tatsächliche Anzahl an Begnadigungen bzw. lebenslang Gefangener.<sup>218</sup> Das Bundesverfassungsgericht begnügt sich bezüglich der Entlassungs- bzw. Begnadigungsvoraussetzungen letztlich mit der Anmerkung, das Rechtsstaatsprinzip gebiete eine Verrechtlichung der Entlassungspraxis.<sup>219</sup>

Zu einer eng am Wortlaut orientierten Auslegung der Mordmerkmale führt das Bundesverfassungsgericht aus: „Indessen ist eine solche Auslegung des § 211 StGB und seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale nicht zwingend. Wortlaut und Sinngehalt dieser Bestimmung lassen eine noch engere Auslegung zu, die sicherstellt, daß auch in solchen Grenzfällen keine unverhältnismäßig hohe Strafe verhängt werden muß. [...] Welcher Weg dabei im einzelnen zu beschreiten ist, ist eine Frage der einfachen Gesetzesauslegung und obliegt daher den zuständigen Strafgerichten. Ob die Mordmerkmale ‚heimtückisch‘ und ‚um eine andere Straftat zu verdecken‘ weiter einengend dahin auszulegen sind, daß bei dem ersteren ein verwerflicher Vertrauensbruch verlangt und bei dem letzteren Verdeckungsabsicht nur dann angenommen wird, wenn die Mordtat im voraus geplant ist, oder ob das generell umschriebene Merkmal ‚besondere Verwerflichkeit der Tat‘ wieder eingeführt oder gar eine andere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafandrohung entsprechende Interpretation gefunden wird, darüber zu entscheiden, ist Aufgabe des für die Auslegung der Strafrechtsnormen letztlich zuständigen Bundesgerichtshofs. Bei einer derartigen Auslegung, die mit dem Wortlaut des § 211 Abs. 2 StGB vereinbar ist und der Vorschrift einen vernünftigen, dem erkennbaren Gesetzeszweck nicht zuwiderlaufenden Sinn beläßt, ist die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung zu bejahen.“<sup>220</sup> Das Bundesverfassungsgericht spricht selbst von einer „verfassungskonformen restriktiven Auslegung“ und macht auch dadurch deutlich, dass es von der Notwendigkeit der Verkleinerung des Anwendungsbereichs des § 211 StGB ausgeht.<sup>221</sup>

Zur Kommentierung dieser Entscheidung bietet sich ein Blick auf die Außenperspektive DAVID ROBERTSONS an: „In almost any other jurisdiction it would be unthinkable for a constitutional or any other top court to solve a problem by telling the lower courts to be relaxed in their interpretation of clear statute law.“<sup>222</sup> Die verfassungskonforme Auslegung erscheint ROBERTSON hier offensichtlich nicht als ein Vorgehen, das sich logisch aus dem Stufenbau der Rechtsordnung oder Ähnlichem ergibt. Die verfassungskonforme Auslegung erscheint ROBERTSON als eine solche, bei der man es mit dem Gesetzestext gerade nicht allzu genau nimmt. Er stellt den Kompromisscharakter der Entscheidung heraus: „It is hard to make sense of a result like this unless one takes note of the very high degree of consensus and conflict avoidance that characterises the German political system throughout.“<sup>223</sup>

---

<sup>218</sup> Z. B. BVerfGE 45, 187 (203, 241).

<sup>219</sup> BVerfGE 45, 187 (243).

<sup>220</sup> BVerfGE 45, 187 (267).

<sup>221</sup> BVerfGE 45, 187 (261).

<sup>222</sup> *Robertson*, *The judge as political theorist*, 2010, S. 58.

<sup>223</sup> *Robertson*, *The judge as political theorist*, 2010, S. 58.

(4) Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1985<sup>224</sup>

Die Brokdorf-Entscheidung zeichnet sich in ihrer Rezeption dadurch aus, nicht nur ein beliebtes Beispiel für die verfassungskonforme Auslegung zu sein,<sup>225</sup> sondern vor allem die in der Entscheidung verfassungskonform ausgelegten Normen des VersG so geprägt zu haben, dass Norm und Entscheidung zusammen gedacht und gelehrt werden.<sup>226</sup> In neueren Landesversammlungsgesetzen wurde das Abwägungsergebnis des Bundesverfassungsgericht sogar im Normtext integriert.<sup>227</sup>

Gegenstand der Entscheidung ist ein vom OVG bestätigter Sofortvollzug einer Allgemeinverfügung, die ein generelles Demonstrationsverbot in einem bestimmten zeitlichen und räumlichen Umfang enthielt.<sup>228</sup> Eine Großdemonstration hatte dennoch stattgefunden.<sup>229</sup>

Der hier interessante Teil der Entscheidung betrifft die inzident geprüfte Frage der Verfassungsmäßigkeit der in § 14 Abs. 1 VersG geregelten Anmeldepflicht und des in § 15 VersG enthaltenen Auflösungsstatbestands sowie des Verbotstatbestands.<sup>230</sup> Das Bundesverfassungsgericht legt dar, die §§ 14, 15 VersG würden nur dann den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, wenn sie so verstanden werden, dass die Anmeldepflicht bei Spontanversammlungen nicht gilt und Auflösung und Verbot einer Versammlung „nur zum Schutz gleichwertiger Rechtsgüter unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und nur bei einer unmittelbaren, aus erkennbaren Umständen herleitbaren Gefährdung dieser Rechtsgüter erfolgen dürfen“.<sup>231</sup>

Das Bundesverfassungsgericht führt in seiner Entscheidungsbegründung den Begriff der verfassungskonformen Auslegung erst relativ spät ein. Zunächst formuliert es: „Die für die Ausgangsverfahren maßgeblichen Vorschriften des Versammlungsgesetzes genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn sie unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Bedeutung der Versammlungsfreiheit ausgelegt und angewendet werden.“<sup>232</sup> Weiterhin spricht es bei der Frage der Beurteilung von Spontanversammlungen von einer Anwendung der Vorschriften „im Lichte des Grundrechts der Versammlungsfreiheit“.<sup>233</sup> Diese Formulierung („im Lichte“) wird heute eher mit der verfassungsorientierten Auslegung in

---

<sup>224</sup> BVerfGE 69, 315.

<sup>225</sup> Z. B. bei *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 2018, S. 349.

<sup>226</sup> S. beispielhaft *Dürrig-Friedl/Enders*, Kommentar Versammlungsrecht, 2016, § 14 Rn. 5; *Peters/Janz*, Handbuch Versammlungsrecht, 2015, S. 46, 50; *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2018, S. 354.

<sup>227</sup> Vgl. z. B. § 5 NVersG:

„(4) Die in Absatz 1 Satz 1 genannte Frist [48 Stunden vor Bekanntgabe der Versammlung] gilt nicht, wenn bei ihrer Einhaltung der mit der Versammlung verfolgte Zweck nicht erreicht werden kann (Eilversammlung). In diesem Fall ist die Versammlung unverzüglich anzuzeigen.

(5) Fällt die Bekanntgabe der Versammlung mit deren Beginn zusammen (Spontanversammlung), so entfällt die Anzeigepflicht.“

<sup>228</sup> BVerfGE 69, 315 (317).

<sup>229</sup> BVerfGE 69, 315 (326).

<sup>230</sup> BVerfGE 69, 315 (349).

<sup>231</sup> BVerfGE 69, 315 (315).

<sup>232</sup> BVerfGE 69, 315 (347-348), ähnliche Formulierung auf S. 315, Erwähnung der verfassungskonformen Auslegung erstmals auf S. 352.

<sup>233</sup> BVerfGE 69, 315 (351).

Verbindung gebracht. Das nach der überwiegenden Literatur für die verfassungskonforme Auslegung charakteristische zweistufige Vorgehen ist jedenfalls in der Entscheidungsbegründung nicht erkennbar. Vielmehr werden die Normen in einer Gesamtabwägung mit historischen, teleologischen und verfassungsrechtlichen Argumenten ausgelegt, und es wird ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung festgestellt.

Interessant ist auch die Rezeption der Entscheidung. Zwar wurde sie immer wieder zitiert und besprochen, allerdings steht nicht immer die Auseinandersetzung mit der verfassungskonformen Auslegung als Methode im Vordergrund. HANS SCHNEIDER allerdings macht durch eine kurze Bemerkung zum zweiten Leitsatz deutlich, dass er entweder die verfassungskonforme Auslegung ohne nähere Begründung komplett ablehnt oder eine Auseinandersetzung mit der Methode gar nicht stattgefunden hat: „Die richtige Anwendung einer Rechtsnorm kann nicht zu einer Bedingung erhoben werden („wenn“-Satz), von deren Eintritt die Verfassungsmäßigkeit der Norm abhängt.“<sup>234</sup> Allerdings zeichnet sich die Anmerkung im Übrigen vor allem dadurch aus, dass der Autor seinem Ärger über die stattgefundene Versammlung Luft macht und die versammlungsfreundliche Linie des Bundesverfassungsgerichts als unsachgemäß empfindet. Doch auch weniger tendenziöse Beiträge zeigen eher Interesse an der politischen Dimension der Entscheidung als an der Frage der methodischen Korrektheit des gerichtlichen Vorgehens.<sup>235</sup>

In der Literatur speziell zur verfassungskonformen Auslegung wird die Entscheidung als ein Beispiel für die Überschreitung der Wortlautgrenze bei der Auslegung herangezogen, da die Formulierung des § 14 VersG, wonach man eine Versammlung spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe anzumelden hat, sprachlich keine Ausnahmemöglichkeit andeute.<sup>236</sup>

#### (5) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen vom 3. Juni 1992<sup>237</sup>

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Problemen im Zusammenhang mit der Vollstreckung von Freiheitsstrafen aus dem Jahr 1992 habe ich aufgrund vergleichsweise ausführlicher Äußerungen des Gerichts zu seinem Vorgehen ausgewählt. Zudem nimmt das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung gleich zwei Mal eine verfassungskonforme Auslegung vor.

Die Beschwerdeführer waren beide wegen Mordes verurteilt worden, und es geht um mögliche Grundrechtsverletzungen im Zusammenhang mit dem Vollzug der Freiheitsstrafe. Ein Beschwerdeführer sah sich in seinen Grundrechten aus den Art. 1 Abs. 1 und 3, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 19 Abs. 1, 2 und 4, 20 Abs. 3, 101 und 103 verletzt.<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> *Schneider*, DÖV 1985, 778-785 (783).

<sup>235</sup> Z. B. *Gusy*, JuS 1986, 608-614 (614).

<sup>236</sup> Statt vieler *Götz*, StudZR 2010, 21-43 (29).

<sup>237</sup> BVerfGE 86, 288.

<sup>238</sup> BVerfGE 86, 288 (315).

In technischer Hinsicht ging es vor allem um die Verfassungsgemäßheit des im Jahr 1981 ins StGB eingefügten § 57a:

„(1) Das Gericht setzt die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn

1. fünfzehn Jahre der Strafe verbüßt sind,
2. nicht die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung gebietet und
3. die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 vorliegen.

§ 57 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 gilt entsprechend.

(2) Als verbüßte Strafe im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 gilt jede Freiheitsentziehung, die der Verurteilte aus Anlaß der Tat erlitten hat.

(3) Die Dauer der Bewährungszeit beträgt fünf Jahre. § 56a Abs. 2 Satz 1 und die §§ 56b bis 56g und 57 Abs. 3 Satz 2 gelten entsprechend.

(4) Das Gericht kann Fristen von höchstens zwei Jahren festsetzen, vor deren Ablauf ein Antrag des Verurteilten, den Strafreist zur Bewährung auszusetzen, unzulässig ist.

§ 57 Abs. 1 StGB, auf den § 57a Abs. 1 StGB Bezug nimmt, hat folgenden Wortlaut:

(1) Das Gericht setzt die Vollstreckung des Restes einer zeitigen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn

1. zwei Drittel der verhängten Strafe, mindestens jedoch zwei Monate, verbüßt sind,
2. verantwortet werden kann zu erproben, ob der Verurteilte außerhalb des Strafvollzuges keine Straftaten mehr begehen wird, und
3. der Verurteilte einwilligt<sup>239</sup>

§ 57a StGB war in Reaktion auf eine vorangegangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eingefügt worden, wonach Verurteilte auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe die Chance haben müssen, die Freiheit wiederzuerlangen.<sup>240</sup> „Die Regelung des § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 trägt dem Umstand Rechnung, daß das individuelle Schuldmaß wegen der absolut angedrohten Strafe des lebenslangen Freiheitsentzuges bei der Strafzumessung nicht zum Ausdruck kommt.“<sup>241</sup> Dass die Schwurgerichte sich bei ihrem Urteil nicht mit einer Differenzierung des Schuldvorwurfs befassen, weil es bei einem Mord eine absolute Strafdrohung gibt, ist aber zugleich das verfassungsrechtliche Problem mit der Norm. „Über die Aussetzung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung entscheidet viele Jahre nach Rechtskraft der Verurteilung gemäß § 462a StPO die Strafvollstreckungskammer in dem von § 454 StPO festgelegten Verfahren, das eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß vorsieht. Der Strafvollstreckungskammer obliegt damit die Prüfung aller in § 57a

---

<sup>239</sup> BVerfGE 86, 288 (291).

<sup>240</sup> BVerfGE 86, 288 (312). Es geht um BVerfGE 45, 187, in diesem Abschnitt besprochen unter (3).

<sup>241</sup> BVerfGE 86, 288 (312).

StGB genannter materiellen Voraussetzungen einer bedingten Entlassung.“<sup>242</sup> Das bedeutet, die Vollstreckungsgerichte sind dadurch in der Situation, eine Entscheidung über das Schuldmaß treffen zu müssen. Dies findet aber in einem schriftlichen Verfahren statt, und auch ansonsten hat das Vollstreckungsgericht einen größeren Abstand zu den Tatsachen, anhand derer eine solche Bewertung des Tatgeschehens stattfinden kann.<sup>243</sup>

Dazu hält das Bundesverfassungsgericht fest: „Aus den dargelegten Gründen ist es verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, die nach § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB in Verbindung mit § 454 StPO zu treffende Entscheidung über die Gewichtung der Schuld eines wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten den Vollstreckungsgerichten zu übertragen. Eine Auslegung der Vorschrift des § 462a StPO, die zu diesem Ergebnis führte, wäre verfassungswidrig.“<sup>244</sup> Diese Konsequenz wird jedoch nicht gezogen. Stattdessen macht das Bundesverfassungsgericht nun von einer verfassungskonformen Auslegung Gebrauch – allerdings von der verfassungskonformen Auslegung einer anderen Norm als jener, die vorher zur Diskussion stand: „Eine daraus folgende teilweise Nichtigkeit der in § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB i.V.m. §§ 454, 462a StPO enthaltenen Gesamtregelung würde sie gegenwärtig unvollziehbar machen oder gar auch ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz insgesamt in Frage stellen. So weitgehende Schlußfolgerungen gebietet die oben dargestellte verfassungsrechtliche Ausgangslage jedoch nicht. Vielmehr ist es im Sinne der möglichst weitgehenden Aufrechterhaltung der vom Gesetzgeber [...] angestrebten Regelung möglich und geboten, die die Zuständigkeit der Strafkammern als Schwurgerichte festlegende Norm des § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GVG dahin auszulegen, daß die Schwurgerichte im Falle einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe wegen Mordes die Schwere der Schuld des Täters im Blick auf die von den Strafvollstreckungsgerichten zu treffende Entscheidung nach § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB i.V.m. § 454 StPO im Urteil zu gewichten haben, insoweit also ‚das Gericht‘ im Sinne dieser Vorschriften sind.“<sup>245</sup>

Argumentiert wird hier mit dem gesetzgeberischen Willen. Der „Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt“ erfordere eine „verfassungskonforme Auslegung der Norm“.<sup>246</sup> Allerdings geht es nicht darum, wie der Gesetzgeber die konkrete Regelung gemeint hat, sondern wie er sie mit Blick auf sein „Konzept“ hätte gemeint haben können, um eine verfassungskonforme Regelung herzustellen.<sup>247</sup>

In der Entscheidung wird sehr deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht keineswegs zunächst verschiedene Deutungsmöglichkeiten einer Norm erörtert und dann

---

<sup>242</sup> BVerfGE 86, 288 (316).

<sup>243</sup> S. insb. BVerfGE 86, 288 (319-320).

<sup>244</sup> BVerfGE 86, 288 (320).

<sup>245</sup> BVerfGE 86, 288 (320). In den Leitsätzen (288) formuliert das BVerfG: „Die Regelungen der §§ 454, 462a StPO und des § 74 Abs 1 Satz 1, Abs 2 Satz 1 Nr 4 GVG sind, insoweit sie die Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe wegen Mordes betreffen, mit dem Grundgesetz nur dann vereinbar, wenn die für die Bewertung der Schuld gemäß § 57 a Abs 1 Satz 1 Nr 2 StGB erheblichen Tatsachen im Erkenntnisverfahren vom Schwurgericht festgestellt und im Urteil dargestellt werden, wenn das Urteil darüber hinaus auf dieser Grundlage die Schuld – unter dem für die Aussetzungsentscheidung erheblichen Gesichtspunkt ihrer besonderen Schwere – gewichtet und wenn das Strafvollstreckungsgericht daran gebunden ist.“

<sup>246</sup> BVerfGE 86, 288 (320).

<sup>247</sup> BVerfGE 86, 288 (321).

prüft, welche davon mit der Verfassung vereinbar ist. Zuerst wird die bis dahin praktizierte Deutungsmöglichkeit erläutert, wonach die Vollstreckungsgerichte auch über die Gewichtung der Schuld wegen eines Mordes entscheiden. Dann stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass diese Auslegung zur Verfassungswidrigkeit und somit einer teilweisen Nichtigkeit der genannten Normen führen würde. Im Anschluss daran wird eine als verfassungskonform anerkannte Deutungsmöglichkeit, wonach die Schwurgerichte die Schwere der Schuld zu gewichten haben, eingeführt und erst danach durch weitere Argumente gestützt.<sup>248</sup>

Dass die vorgenommene Auslegung eher fernliegend ist, stellt auch Richter ERNST GOTTFRIED MAHRENHOLZ in seinem Minderheitenvotum fest. Er konstatiert, eine verfassungskonforme Auslegung komme bei mehrdeutigen Normen in Betracht. Eine solche Mehrdeutigkeit liege aber gar nicht vor: „Nun ist aber eine andere Auslegung des § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO als die, daß die Strafvollstreckungskammer für die Entscheidungen zu § 57a StGB zuständig ist, gar nicht möglich, denn so steht es im Gesetz.“<sup>249</sup>

Der gestalterische Charakter der (Auslegungs-)Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird noch an anderer Stelle deutlich. Für Fälle, in denen Schwurgerichte in der Vergangenheit noch keine Bewertung der Schuld getroffen haben, schafft es eine eigene „Übergangsregelung“: Das Vollstreckungsgericht wird „einer strikten Bindung hinsichtlich der im Urteil [des Schwurgerichts] ausdrücklich festgestellten Tatsachen unterworfen“.<sup>250</sup>

Auch die Verfassungsgemäßheit des § 454 Abs. 1 StPO wurde durch die Einführung des § 57a StGB infrage gestellt. Abs. 1 der Vorschrift weist dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung zu, „ob die Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden soll“. Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und auch die Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 2 GG erfordern jedoch, Personen nicht über die Dauer ihrer Freiheitsentziehung im Ungewissen zu lassen. Dies wird in Fällen relevant, in denen es um den Zeitpunkt der Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe geht.<sup>251</sup> Dazu schreibt das Bundesverfassungsgericht: „Im Falle des § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB verwehrt jedoch die herrschende Auslegung des § 454 Abs. 1 StPO dem Vollstreckungsgericht, das den Zeitpunkt der Aussetzung wegen besonderer Schwere der Schuld noch nicht für gekommen hält, bei der Ablehnung der Aussetzung der Strafvollstreckung darüber zu entscheiden, wie lange dem Verurteilten eine besondere Schwere der Schuld als Aussetzungshindernis noch entgegengehalten werden kann.“<sup>252</sup> Das Bundesverfassungsgericht nimmt somit auf eine herrschende Auslegung Bezug. In dieser Lesart wäre die Norm verfassungswidrig. Sie lässt nicht nur den Gefangenen im Unklaren über die Dauer der Haft, sondern auch die Vollzugsbehörden. Letztere können eine Entlassung daher nicht vorbereiten, was diese wiederum verzögern kann.<sup>253</sup>

---

<sup>248</sup> BVerfGE 86, 288 (320).

<sup>249</sup> BVerfGE 86, 288 (349).

<sup>250</sup> BVerfGE 86, 288 (324).

<sup>251</sup> BVerfGE 86, 288 (326-327).

<sup>252</sup> BVerfGE 86, 288 (329).

<sup>253</sup> Vgl. insb. BVerfGE 86, 288 (331-332).

Daraus leitet das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Norm ab: „Die Vorschrift des § 454 Abs 1 StPO ist verfassungskonform dahin auszulegen, daß im Falle der Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe das Strafvollstreckungsgericht nicht nur darüber entscheidet, ob deren weitere Vollstreckung zur Bewährung auszusetzen ist, sondern im Falle der Ablehnung auch, bis wann die Vollstreckung, unbeschadet sonstiger Voraussetzungen und Möglichkeiten ihrer Aussetzung, unter dem Gesichtspunkt der besonderen Schwere der Schuld fortzusetzen ist.“<sup>254</sup>

Auch hier macht das Bundesverfassungsgericht deutlich, wie es eine naheliegende und herrschende Deutung verwirft, um die Nichtigerklärung einer Norm zu vermeiden.

(6) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 1999 zum Kruzifix an bayerischen Volksschulen<sup>255</sup>

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Kruzifix an bayerischen Volksschulen erging im Rahmen einer Revision, bei der Eltern sich gegen die Erfolglosigkeit ihres Widerspruchs gegen das Aufhängen eines Kruzifixes im Klassenzimmer ihrer Tochter gewandt hatten. Nach Art. 7 Abs. 3 des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (Neufassung 1995) war grundsätzlich in jedem Klassenzimmer ein Kreuz anzubringen. S. 4 der Norm lautete: „Gelingt eine Einigung nicht, hat er [der Schulleiter] nach Unterrichtung des Schulamts für den Einzelfall eine Regelung zu treffen, welche die Glaubensfreiheit des Widersprechenden achtet und die religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen aller in der Klasse Betroffenen zu einem gerechten Ausgleich bringt; dabei ist auch der Wille der Mehrheit soweit möglich zu berücksichtigen.“<sup>256</sup>

Diese Regelung war eine Reaktion auf die Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Mai 1995<sup>257</sup>, wonach eine ausnahmslose Regelung, die das Aufhängen von Kreuzen in Klassenzimmern gebietet, nichtig ist.

Das Bundesverwaltungsgericht konstatierte, die Neuregelung sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass „sich dann, wenn eine gütliche Einigung nicht zustande kommt und weniger einschneidende Ausgleichsmöglichkeiten nicht bestehen, der Wille des Widersprechenden, wenn er auf ernsthafte und einsehbare Gründe des Glaubens oder der Weltanschauung gestützt ist, auch gegen eine Mehrheit unter den Eltern durchsetzen muß“.<sup>258</sup>

Bemerkenswert ist die Begründung der Entscheidung. Zwar setzt das Gericht sich kurz mit möglichen Auslegungsvarianten der Norm auseinander. Je nachdem könne man den Willen der Mehrheit stärker oder schwächer gewichten.<sup>259</sup> Vor allem aber macht sich das Gericht über verschiedene alternative Lösungsmöglichkeiten unabhängig von der vom Gesetzgeber gewählten Regelung Gedanken: Etwa könne man

---

<sup>254</sup> BVerfGE 86, 288 (288-289, 331).

<sup>255</sup> BVerwGE 109, 40.

<sup>256</sup> BayGVBl.1995, S. 850.

<sup>257</sup> BVerfGE 93, 1.

<sup>258</sup> BVerwGE 109, 40 (Rn. 9 – juris).

<sup>259</sup> BVerwGE 109, 40 (Rn. 9 – juris).

vor Anbringung des Kreuzes die Wünsche aller Eltern bezüglich einer Aufhängung des Kreuzes erfragen.<sup>260</sup> Es wird allerdings festgestellt: „Eine Lösung, die im Lichte des Neutralitätsgebots einer verfassungskonformen Handhabung der Widerspruchslösung eindeutig und in jeder Beziehung überlegen wäre, vermag der Senat nicht zu erkennen.“<sup>261</sup>

Deutlicher ließe sich kaum ausdrücken, wie bei den Erwägungen des Gerichts zur verfassungskonformen Auslegung weniger eine eng an den Auslegungsmethoden orientierte Arbeit mit der Norm als vielmehr die Suche nach einer praktischen Kompromisslösung im Vordergrund steht.

#### (7) Kopftuch II-Entscheidung des BVerfG vom 27. Januar 2015<sup>262</sup>

Die Kopftuch-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erging in einer Frage, die immer wieder Teil emotional geführter gesellschaftspolitischer Debatten ist. Sie reiht sich in diesem Punkt in die oben vorgestellten Entscheidungen ein.

Es handelt sich um Verfassungsbeschwerden zweier Beschwerdeführerinnen, die sich gegen Kündigungen durch ihren Arbeitsgeber, das Land Nordrhein-Westfalen, richteten. Die Kündigungen wurde aufgrund der Weigerungen ausgesprochen, das islamische Kopftuch bzw. eine alternative Kopfbedeckung während der Dienstzeit abzulegen.<sup>263</sup>

Die im Zentrum des Streits stehende Vorschrift war § 57 Abs. 4 SchulG NRW:

„<sup>1</sup>Lehrerinnen und Lehrer dürfen in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. <sup>2</sup>Insbesondere ist ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülerinnen und Schülern oder den Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrerin oder ein Lehrer gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung nach Artikel 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. <sup>3</sup>Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Artikel 7 und 12 Abs. 6 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1. <sup>4</sup>Das Neutralitätsgebot des Satzes 1 gilt nicht im Religionsunterricht und in den Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen.“<sup>264</sup>

Die Sätze 1 und 2 des § 57 Abs. 4 SchulG NRW sind laut Bundesverfassungsgericht in einer „nach Maßgabe einer der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) gerecht werdenden einschränkenden Interpretation mit dem Grundgesetz vereinbar“.<sup>265</sup> Es sei normtextergänzend eine hinreichend konkrete Gefahr

---

<sup>260</sup> BVerwGE 109, 40 (Rn. 19 – juris).

<sup>261</sup> BVerwGE 109, 40 (Rn. 17 – juris).

<sup>262</sup> BVerfGE, 138, 296.

<sup>263</sup> BVerfGE 138, 296 (299).

<sup>264</sup> BVerfGE 138, 294 (299-300).

<sup>265</sup> BVerfGE 138, 296 (326).

für den Schulfrieden erforderlich.<sup>266</sup> Lediglich Satz 3 der Vorschrift sei mit dem Grundgesetz (konkret mit dem Verbot der Benachteiligung aus religiösen Gründen nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 und Art. 33 Abs. 3 GG) unvereinbar, was jedoch den Bestand der Regelung im Übrigen unberührt lasse.<sup>267</sup>

Das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts entspricht erneut nicht dem in der Literatur beschriebenen Vorgehen. Vielmehr wird die Auslegung der Norm, die wohl auch aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts nach den klassischen Auslegungskriterien geboten ist, als nicht verfassungskonform erkannt und erst dann eine Einschränkung der Norm vorgenommen. Es dürfte sich somit um eine Reduktion der Norm handeln, die im Bereich der Rechtsfortbildung liegt, vom Bundesverfassungsgericht aber dennoch als Auslegung bezeichnet wird. Bemerkenswert ist insbesondere, dass das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont, die Bewertung ergebe sich aus der „vorliegenden Fallgestaltung“ oder „-konstellation“.<sup>268</sup> Gleichzeitig räumt das Gericht ein, gerade das Kopftuchverbot habe dem Gesetzgeber als typischer Anwendungsfall vorgeschwebt.<sup>269</sup> Die Besonderheit der Fallkonstellation leuchtet nicht ein.

Wiederum stellt sich die Entscheidung von außen ohne eine Betrachtung der rechtlichen Details als Kompromisslösung dar, die möglichst vielen Involvierten gerecht werden soll. Die Beschwerdeführerinnen bekommen im Ergebnis Recht, dem gesetzlichen Kopftuch-Verbot für Lehrerinnen wird aber auch keine klare Absage erteilt.

Erwähnenswert aus der Rezeption der Entscheidung ist SACHS' Schlussfolgerung in seiner Entscheidungsanmerkung: „Die Landtage werden prüfen müssen, inwieweit die bestehenden Vorschriften wie in Nordrhein-Westfalen verfassungskonform ausgelegt werden können oder ob ausdrückliche Korrekturen notwendig sind.“<sup>270</sup> Die Schlussfolgerung ist konsequent. Gleichwohl führt sie dazu, den Anspruch aufzugeben, Normen so klar wie möglich zu formulieren und auch trotz der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung anzupassen, wenn dies der Rechtsklarheit dient.

#### (8) Entscheidung des Bundessozialgerichts zum Kindergeld vom 5. Mai 2015<sup>271</sup>

Die Entscheidung des Bundessozialgerichts zum Kindergeld aus dem Jahr 2015 macht den großzügigen Umgang der Rechtsprechung mit dem Begriff der verfassungskonformen Auslegung deutlich.

Gestritten wurde um den Anspruch eines ausländischen, nicht freizügigkeitsberechtigten Kindes auf sozialrechtliches Kindergeld für sich selbst. Diesen Anspruch

---

<sup>266</sup> BVerfGE 138, 296 (327).

<sup>267</sup> BVerfGE 138, 296 (326).

<sup>268</sup> BVerfGE 138, 296 (335, 340, 342-343).

<sup>269</sup> BVerfGE 138, 296 (343-344).

<sup>270</sup> *Sachs*, JuS 2015, 571-574 (574).

<sup>271</sup> BSGE 119, 33.

sprach das Bundessozialgericht dem Minderjährigen zu, „wenn er von Kindesbeinen an in Deutschland aufgewachsen ist, die Schule besucht hat und daher mit einem faktischen Inländer zu vergleichen ist“.<sup>272</sup>

Dieses Ergebnis erreicht das Gericht durch eine „verfassungskonform einschränkend[e]“ Auslegung des § 1 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 BKGG a. F.<sup>273</sup> Die Norm statuierte entsprechend ihrem Wortlaut drei Voraussetzungen für den Bezug von Kindergeld, darunter eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Von diesem Erfordernis sei jedoch abzusehen, „solange es [das Kind] aufgrund seines geringen Alters ohnehin nicht erwerbstätig sein dürfte oder ihn [sic] danach sein Schulbesuch an einer Erwerbstätigkeit hindert“.<sup>274</sup> Dies begründet das Bundessozialgericht mit einer nach den Maßstäben des Art. 3 Abs. 1 GG sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung. Die in der Norm aufgestellten Prognosekriterien für die Frage, ob es zu einem dauerhaften Aufenthalt kommt, seien „evident ungeeignet“.<sup>275</sup> Das Bundessozialgericht setzt sich damit ganz bewusst über den Wortlaut der Vorschrift hinweg, dieser bilde „nicht in jedem Fall eine unüberwindliche Grenze der Auslegung“, es sei Raum für eine „einschränkende Auslegung“.<sup>276</sup> Später spricht das Gericht jedoch von einer „verfassungskonformen teleologischen Reduktion“, nach der nicht alle Kriterien des Gesetzes auf den Fall anzuwenden seien.<sup>277</sup> Offensichtlich ist dem Bundessozialgericht bewusst, dass die Grenzen der klassischen Auslegungskriterien überschritten werden. Der Begriff der verfassungskonformen Auslegung wird also in einem Sinne verwendet, der mit der Definition in der Literatur nur noch wenig gemein hat.

Der Gesetzgeber hat im Jahr 2019 auf die Entscheidung reagiert und § 1 Abs. 3 BKGG um den Hinweis ergänzt, dass ein „minderjähriger nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer [...] unabhängig von einer Erwerbstätigkeit Kindergeld“ erhält.<sup>278</sup>

(9) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum BtMG vom 2. März 2017<sup>279</sup>

Eine Frau, die aufgrund ständiger Schmerzen und der Notwendigkeit dauernder medizinischer Pflege den Wunsch hatte, ihr Leben zu beenden, beantragte beim Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), ihr zum Zweck der Durchführung eines begleiteten Suizids den Erwerb von 15g Natrium-Pentobarbital zu erlauben. Dies wurde ihr unter Berufung auf § 5 I Nr. 6 BtMG versagt, „weil der Erwerb eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung mit dem Zweck des Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, nicht zu vereinbaren sei“.<sup>280</sup>

---

<sup>272</sup> BSGE 119, 33 (33).

<sup>273</sup> BSGE 119, 33 (37).

<sup>274</sup> BSGE 119, 33 (37).

<sup>275</sup> BSGE 119, 33 (38).

<sup>276</sup> BSGE 119, 33 (41).

<sup>277</sup> BSGE 119, 33 (42).

<sup>278</sup> BGBl. I 2019, S. 2488.

<sup>279</sup> BVerwG, Urteil vom 2.3.2017 – 3 C 19/15.

<sup>280</sup> BVerwG, Urteil vom 2.3.2017 – 3 C 19/15.

Das Bundesverwaltungsgericht entschied, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG sei dahingehend im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG auszulegen, „dass der Erwerb eines Betäubungsmittels für eine Selbsttötung mit dem Zweck des Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, ausnahmsweise vereinbar ist, wenn sich der suizidwillige Erwerber wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet“.<sup>281</sup> Das Gericht stellt ausdrücklich fest, die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung würden dadurch nicht überschritten. Erstens könne die Beendigung einer unerträglichen Leidsituation unter den Wortlaut „Therapiezweck“ gefasst werden.<sup>282</sup> Zweitens sei ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers dann nicht erkennbar, wenn die Voraussetzungen, unter denen ein Erwerb des Medikaments zur Selbsttötung erlaubt werden soll, eng gefasst würden.<sup>283</sup>

Das in der Urteilsbegründung geschilderte Vorgehen bei der Auslegung entspricht nicht der Vorstellung der Literatur, wonach zunächst mehrere Auslegungsmöglichkeiten nach den klassischen Auslegungsregeln ermittelt werden. Vielmehr wird die Verfassung früh in den Auslegungsvorgang miteinbezogen und aktiv nach einer Auslegungsmöglichkeit gesucht, die keine Grundrechte verletzt.

Das Bundesverwaltungsgericht hält explizit fest, eine Vorlage der Norm nach Art. 100 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht sei nicht erforderlich.<sup>284</sup>

Die Entscheidung stellt sich insgesamt erneut als eine Kompromisslösung dar. Möglicherweise wollte der Gesetzgeber die Erlaubnis zum Erwerb einer tödlichen Dosis eines Betäubungsmittels generell ausschließen. Ein kategorisches Verbot hält das Bundesverwaltungsgericht für nicht verfassungsgemäß. Die Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts hatten die Folgen einer generellen Nichtigserklärung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG vermutlich zumindest im Hinterkopf. Der Wegfall dieses Versagensgrundes hätte zu einem sehr weiten Anspruch auf eine Erwerbserlaubnis für entsprechende Betäubungsmittel geführt.

(10) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Impfpflicht vom 21. Juli 2022<sup>285</sup>

Die Entscheidung zur Masern-Impfpflicht bietet ein jüngeres illustratives Beispiel für den Einsatz der verfassungskonformen Auslegung zur Begründung eines pragmatischen Ergebnisses. Sie hatte die ins Infektionsschutzgesetz IfSG eingefügten Normen des § 20 Abs. 8 S. 1 Nr.1 und Abs. 9 S. 1 Nr. 1 zum Gegenstand, wonach für bestimmte Personengruppen sowie zur Betreuung in Kindertageseinrichtungen oder in der Kindertagespflege der Nachweise eines ausreichenden Impfschutzes oder einer Immunität gegen Masern erforderlich ist.<sup>286</sup>

---

<sup>281</sup> BVerwG, Urteil vom 2.3.2017 – 3 C 19/15, Rn. 28.

<sup>282</sup> BVerwG, Urteil vom 2.3.2017 – 3 C 19/15, Rn. 37.

<sup>283</sup> BVerwG, Urteil vom 2.3.2017 – 3 C 19/15, Rn. 38.

<sup>284</sup> BVerwG, Urteil vom 2.3.2017 – 3 C 19/15, Rn. 37.

<sup>285</sup> BVerfGE 162, 378.

<sup>286</sup> BVerfGE 162, 378 (379).

Ein reiner Masern-Impfstoff war und ist jedoch in Deutschland nicht verfügbar. § 20 Abs. 8 S. 3 IfSG sagt dazu: „Satz 1 gilt auch, wenn zur Erlangung von Impfschutz gegen Masern ausschließlich Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen, die auch Impfstoffkomponenten gegen andere Krankheiten enthalten.“<sup>287</sup> Soweit man diese Regelung so versteht, dass auch zukünftige Mehrfachimpfstoffe gemeint sind, die womöglich neue Komponenten enthalten, droht eine Kollision mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 bis 3), wonach wesentliche Entscheidungen vom Gesetzgeber selbst zu treffen sind.<sup>287</sup> Die Frage, bei welchen Impfstoffkomponenten die Pflicht zum Nachweis einer Impfung noch gelten soll, lässt sich als eine solche wesentliche Entscheidung einordnen. Das Bundesverfassungsgericht konstatiert deshalb: „Verfassungskonform muss diese Vorschrift so verstanden werden, dass bei ausschließlicher Verfügbarkeit von Kombinationsimpfstoffen, die auch Impfstoffkomponenten gegen andere Krankheiten als Masern enthalten, die Pflicht aus § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSG nur besteht, wenn es sich nicht um andere Impfstoffkomponenten als solche gegen Mumps, Röteln oder Windpocken handelt.“<sup>288</sup> Das Bundesverfassungsgericht beruft sich hierbei unter anderem auf die vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen, die sich explizit auf die zu diesem Zeitpunkt verfügbaren Kombinationsimpfstoffe bezögen.<sup>289</sup>

In diesem Fall hat die verfassungskonforme Auslegung faktisch die Funktion, eine technische Ungenauigkeit bei der Gesetzgebung zu bereinigen. Das Bundesverfassungsgericht stellt sogar ausdrücklich klar, eine verfassungskonforme Auslegung sei „trotz der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Zweifel an der Regelungstechnik“ möglich.<sup>290</sup>

Eine Nichtigerklärung der Norm wäre in der Sache einer Aufforderung an den Gesetzgeber gleichgekommen, das Gesetz nur anders zu formulieren. Gleichzeitig wäre es schwierig gewesen, diese Differenzierung der Öffentlichkeit so zu erläutern, dass nicht nur die Botschaft ankommt, dass Bundesverfassungsgericht habe „die Impfpflicht gekippt“.

#### (11) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verpackungssteuer in Tübingen vom 24. Mai 2023<sup>291</sup>

Auch diese jüngere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Tübinger Verpackungssteuer illustriert, wie durch die verfassungskonforme Auslegung pragmatische Entscheidungen herbeigeführt werden. Die Stadt Tübingen hatte per Satzung eine kommunale Verpackungssteuer auf Einwegverpackungen, -geschirr und -besteck eingeführt. Umstritten war hierbei unter anderem, ob es sich dabei um eine örtliche Steuer i. S. d. Art. 105 Abs. 2 a S. 1 GG handelt. Einweggeschirr etc. sind nach der Satzung „für den unmittelbaren Verzehr an Ort und Stelle oder als mitnehmbares take-away-Gericht oder -Getränk“ gedacht.<sup>292</sup> Es werden beispielhaft als Transportgut „warme Speisen und Getränke, Eis von der Eisdiele, Salat mit

<sup>287</sup> BVerfGE 162, 378 (418).

<sup>288</sup> BVerfGE 162, 378 (417-418).

<sup>289</sup> BVerfGE 162, 378 (419).

<sup>290</sup> BVerfGE 162, 378 (421).

<sup>291</sup> Urteil des BVerwG vom 24. Mai 2023 – BVerwG 9 CN 1.22.

<sup>292</sup> Urteil des BVerwG vom 24. Mai 2023 – BVerwG 9 CN 1.22, Rn. 21.

Soße und Besteck, Getränke to go“ genannt.<sup>293</sup> Da Speisen und Getränke auch außerhalb des Gemeindegebiets gebracht werden könnten, sah die Vorinstanz, der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, den örtlichen Bezug der Steuer nicht gegeben.<sup>294</sup> Das Bundesverwaltungsgericht konstatierte, „die örtliche Radizierung der Steuer“ könne „durch eine verfassungskonforme Auslegung sichergestellt werden“.<sup>295</sup> Konkret bedeute dies: „Erfasst wird das Einwegzubehör vielmehr nur für solche Speisen und Getränke, die typischerweise entweder schon in bzw. an der Verkaufsstelle oder – als ‚take away‘ – zumindest in einem näheren räumlichen Umkreis verzehrt werden.“<sup>296</sup> Nach dieser Lesart werden solche Verpackungen ausgeschlossen, die dafür geeignet und bestimmt sind, Lebensmittel über einen längeren Zeitraum zu transportieren.

Die Beschreibung der Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht liest sich als sehr zielorientiert. Es werden nicht erst verschiedene Auslegungsmöglichkeiten nebeneinandergestellt, sondern es wird gleich nach einer Lesart gesucht, die mit dem Merkmal der Örtlichkeit in Art. 105 Abs. 2a GG vereinbar ist. Da das Bundesverwaltungsgericht insbesondere auch auf die Auflistung von Beispielen in der Satzung Bezug nimmt,<sup>297</sup> hätte in dem konkreten Fall auch eine Berufung auf die Systematik der Norm als alleinige Begründung ausgereicht. Dies zeigt sich beispielhaft auch an einer Entscheidungsbesprechung, die zunächst das ausgewählte Auslegungsergebnis systematisch und anhand der gesetzgeberischen Absicht erläutert und erst hinterher erwähnt, dass die Art der Auslegung vom Bundesverwaltungsgericht als verfassungskonforme Auslegung bezeichnet wurde.<sup>298</sup>

Im Ergebnis wird die verfassungskonforme Auslegung hier erneut in einem Fall verwendet, bei dem eine Norm einengend gelesen wird, also bestimmte Fälle ausgeklammert werden, um die Verfassungsgemäßheit der Norm zu gewährleisten. In praktischer Hinsicht zeigt sie sich als Kompromisslösung.

### *c) Gesamtbetrachtung und Analyse der Auswertung*

Mehr noch als die Darstellung der Verwendung des Begriffs der verfassungskonformen Auslegung in der Literatur, konnte die Auswertung der Rechtsprechung nur stichprobenartig dargestellt werden. Dennoch sollten die folgenden Aspekte deutlich geworden sein:

Das Bundesverfassungsgericht beschreibt sein eigenes Vorgehen mit den gleichen Worten, wie sie sich in der Literatur finden. So formuliert es beispielsweise: „Eine solche verfassungskonforme Auslegung kommt dann in Betracht, wenn eine auslegungsfähige Norm nach den üblichen Interpretationsregeln mehrere Auslegungen zulässt, von denen eine oder mehrere mit der Verfassung übereinstimmen, während andere zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen; solange eine Norm

---

<sup>293</sup> Urteil des BVerwG vom 24. Mai 2023 – BVerwG 9 CN 1.22, Rn. 21.

<sup>294</sup> Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 29. März 2022 – 2 S 3814/20 (Rn. 100 f. – juris).

<sup>295</sup> Urteil des BVerwG vom 24. Mai 2023 – BVerwG 9 CN 1.22, Rn. 18.

<sup>296</sup> Urteil des BVerwG vom 24. Mai 2023 – BVerwG 9 CN 1.22, Rn. 23.

<sup>297</sup> Urteil des BVerwG vom 24. Mai 2023 – BVerwG 9 CN 1.22, Rn. 21.

<sup>298</sup> Homann, KlimR 2023, 278-282 (279).

verfassungskonform ausgelegt werden kann und in dieser Auslegung sinnvoll bleibt, darf sie nicht für nichtig erklärt werden.<sup>299</sup>

Bestimmte Formulierungen, die in der Literatur zur Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung verwendet werden, tauchen ebenfalls in der Rechtsprechung auf, sind dieser häufig auch entnommen. Gleichwohl gehen die Gerichte kaum in der Weise zweischrittig vor, dass erst verschiedene Auslegungsmöglichkeiten nebeneinandergestellt werden und hinterher zwischen ansonsten gleich gut vertretbaren Varianten diejenige ausgewählt wird, die mit der Verfassung in Einklang steht.

Die Entscheidungen, in denen von der verfassungskonformen Auslegung Gebrauch gemacht wird, zeichnen sich häufig durch eine hohe gesellschaftspolitische Umstrittenheit aus. Insgesamt lässt sich von außen feststellen, dass mit der verfassungskonformen Auslegung Ergebnisse begründet werden, die sich für alle am Verfahren (mittelbar) Beteiligten als praktischer Kompromiss darstellen. In vielen der gezeigten Fälle hätte die Nichtigerklärung der verfassungskonform ausgelegten Normen erhebliche praktische Konsequenzen mit sich gebracht, die den Eingriff der Legislative in die Exekutive als besonders groß hätten erscheinen lassen.

Auch ist deutlich geworden, dass keine Stringenz in der Verwendung des Begriffes der verfassungskonformen Auslegung durch die Gerichte erkennbar ist.

## 2. Systematische Rechtsprechungsauswertung

Der intensiven Betrachtung einzelner Entscheidungen stelle ich nun eine systematische Rechtsprechungsauswertung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs gegenüber.

Dies bedeutet, dass Entscheidungen eines bestimmten Zeitraums nach dem Begriff „verfassungskonform\* Auslegung“ durchsucht wurden. Damit soll erstens der Effekt vermindert werden, vor allem Entscheidungen zu betrachten, die ohnehin häufig rezipiert werden. Zweitens soll ein Eindruck entstehen, wie häufig die verfassungskonforme Auslegung tatsächlich angewandt wird. Drittens hilft eine systematische Übersicht über Entscheidungen dabei, Argumentationsmuster zu erkennen.

### a) BVerfGE 100-157

#### (1) Quantitative Auswertung

Die Betrachtung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erstreckt sich auf die Bände BVerfGE 100 bis 157. Die durchsuchten Entscheidungen umfassen den Zeitraum von April 1999 bis Mai 2021. Die Treffer habe ich danach kategorisiert, ob der Begriff der verfassungskonformen Auslegung nur (ggf. im Zitat) erwähnt wird bzw. eine verfassungskonforme Auslegung abgelehnt wird oder ob das Bundesverfassungsgericht selbst eine Norm explizit verfassungskonform auslegt.

---

<sup>299</sup> BVerfGE 48, 40 (45).

Mein Vorgehen bringt zwei Effekte mit sich, die als methodisch nachteilig betrachtet werden können. Erstens stellt die Entscheidungssammlung eine Auswahl an Entscheidungen dar, die nicht repräsentativ ist, sondern sich am Interesse der (Fach-)Öffentlichkeit orientiert.

Zweitens werden bei einer Stichwortsuche solche Fälle nicht erfasst, in denen eine Auslegung bei genauer Betrachtung als „verfassungskonform“ eingeordnet werden kann, vom Bundesverfassungsgericht selbst jedoch nicht entsprechend bezeichnet wird.

Gleichwohl kann die verwendete Methode einen Eindruck der Häufigkeit der Verwendung der verfassungskonformen Auslegung liefern. Dass die am Ende angegebene relative Häufigkeit der Verwendung der verfassungskonformen Auslegung sich nur auf die Entscheidungen aus der Entscheidungssammlung – und somit besonders häufig rezipierten – bezieht, kann umgekehrt auch als Vorteil gesehen werden.

Anzahl der betrachteten Entscheidungen*	Begriff der verfassungskonformen Auslegung taucht auf	Verfassungskonforme Auslegung wird angewandt
691	187	54
100 %	27 %	8 %

\* Sondervoten wurden als Teil einer Entscheidung gezählt.

Die Anzahl von 54 (von 691) Entscheidungen, in denen das Bundesverfassungsgericht eine Norm tatsächlich verfassungskonform auslegt, ist beachtlich. Es handelt sich um ein Vorgehen, das jedenfalls in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen Seltenheitswert besitzt.

Die noch höhere Anzahl der Erwähnungen des Begriffs in Entscheidungen ist zum Teil darauf zurückzuführen, dass in Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG häufig lediglich erwähnt wird, dass das vorliegende Gericht eine verfassungskonforme Auslegung nicht für möglich hält. Seltener erwägt das Bundesverfassungsgericht selbst zunächst eine verfassungskonforme Auslegung, lehnt diese dann aber ab. In Einzelfällen wurde lediglich auf die verfassungskonforme Auslegung in einer vorherigen Entscheidung verwiesen.

## (2) Qualitative Auswertung

Im Anschluss an die oben beschriebene systematische Auswertung, die sich eher als „quantitativ“ beschreiben lässt habe ich alle Entscheidungen aus dem gewählten Untersuchungsausschnitt näher betrachtet, bei denen eine verfassungskonforme Auslegung vom Bundesverfassungsgericht vorgenommen und auch als solche benannt wurde. Auffälligkeiten der Entscheidungen habe ich hierbei zunächst tabellarisch festgehalten. Auf den ersten Blick unterscheidet sich dieses Vorgehen kaum von der unter B. II. 1. betriebenen punktuellen Entscheidungsauswertung. Ein wesentlicher Unterschied liegt jedoch schon in der Auswahl der

durchgesehenen Entscheidungen. Während oben überwiegend besonders illustrative Entscheidungen gewählt wurden, deren Auswahl fast zwangsläufig auch mit der Rezeption der Entscheidungen zusammenfällt, stellt die hier betrachtete Auswahl ein etwas repräsentativeres Abbild der Entscheidungen unter Anwendung der verfassungskonformen Auslegung dar.

Vor allem aber erweist sich die Arbeit der Auswertung als eine vollkommen andere. Das Erstellen einer tabellarischen Übersicht einer größeren Anzahl an Entscheidungen – auch wenn diese nur für eigene (Denk-)Zwecke erstellt wird – lenkt den Blick zwangsläufig weg vom Einzelfall hin zu auftauchenden Mustern.

Insbesondere zwei solcher Muster stechen heraus. Diese hängen wiederum zumindest teilweise miteinander zusammen. Ich erläutere sie anhand von Beispielen, ohne dass es dafür immer geboten oder hilfreich ist, den Sachverhalt jeder der zitierten Entscheidungen zu referieren.

### **Erstens: Die verfassungskonforme Auslegung in der Verwendung durch das Bundesverfassungsgericht ist häufig eine einengende Auslegung.<sup>300</sup>**

Die verfassungskonforme Auslegung wird überwiegend als ein Vorgang der Auswahl zwischen Auslegungsmöglichkeiten einer Norm beschrieben. Daraus ergibt sich jedoch noch nicht zwingend, dass in der Praxis bei der verfassungskonformen Auslegung sehr häufig eine einengende Auslegungsvariante gewählt wird. Dies zeigt erst eine Auswertung der Rechtsprechung.

Die folgenden Beispiele zeichnen sich auch dadurch aus, dass eine Verwerfung der Normen als unbestimmt jeweils durchaus eine überzeugende Alternative dargestellt hätte.

So befasste sich das Bundesverfassungsgericht 2013 mit der Auslegung des Begriffs der „Gewalt“ im § 2 S. 1 Nr. 2 des Antiterrordateigesetzes (ATDG).<sup>301</sup> Infrage kommt hierbei zunächst eine Auslegung wie beim strafrechtlichen Nötigungstatbestandes des § 240 StGB. Das Bundesverfassungsgericht beruft sich bei seiner Auslegung jedoch darauf, dass das Merkmal der „Gewalt“ im Zusammenhang mit dem ATDG „in der Praxis [...] enger verstanden“ wird. Es argumentiert zudem mit dem Zweck des Gesetzes, der nahelege, nur solche Gewalt zu erfassen, die „unmittelbar gegen Leib und Leben gerichtet oder durch den Einsatz gemeingefährlicher Mittel geprägt ist“.<sup>302</sup> Schließlich sei auch nur diese Auslegung vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gedeckt.<sup>303</sup> Die beiden Auslegungsvarianten, zwischen denen entschieden wird, stellen somit keine nebeneinanderstehenden Alternativen dar. Vielmehr lässt eine Variante sich als Teilmenge der anderen beschreiben. Dies ist typisch für die praktische Anwendung der verfassungskonformen Auslegung.

---

<sup>300</sup> Diesen Befund teilt auch *Dreier*, Die Verwaltung 2003, 105-136 (111): „Man bewirkt mit der verfassungskonformen Auslegung letztlich eine verfassungsbedingte teleologische Reduktion der Gesetzesnorm.“

<sup>301</sup> BVerfGE 133, 277 (278, 342).

<sup>302</sup> BVerfGE 133, 277 (342).

<sup>303</sup> BVerfGE 133, 277 (342).

Bemerkenswert ist jedoch insbesondere eine in Gedankenstrichen stehende (Rand-)Bemerkung in einem Abschnitt der Entscheidung, in dem vier Senatsmitglieder ihre abweichende Meinung erläutern: Dort ist die Rede vom „Rückgriff auf die verfassungskonforme Auslegung – mit der im Grunde jede Blankettermächtigung eingegrenzt werden könnte – [...]“.<sup>304</sup>

Ganz ähnlich stellt sich eine Entscheidung aus demselben Jahr dar, bei der es um die Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Therapieunterbringungsgesetz (ThUG)<sup>305</sup> ging.<sup>306</sup>

Das Gericht bezeichnet die eigene Auslegung schon selbst als „verfassungskonforme – restriktive – Auslegung“,<sup>307</sup> und formuliert, die Unterbringung dürfe nur dann erfolgen, wenn eine „hochgradige Gefahr für die Begehung schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist“.<sup>308</sup> Dann prüft das Gericht, ob eine andere Auslegungsmethode diesem Vorgehen entgegensteht. Dies macht einerseits erneut deutlich, dass die künstliche Vorstellung, der Rechtsanwender führe bei der verfassungskonformen Auslegung zunächst eine Auslegung nach den klassischen Auslegungsmethoden durch, die dann kein eindeutiges Ergebnis hervorbringt, nicht der Auslegungspraxis entspricht. Andererseits aber erscheint das Vorgehen jedenfalls mit Blick auf die Wortlautauslegung müßig. Ein engeres Verständnis dürfte denklogisch immer auch von einem weiten Wortlaut erfasst sein. Fraglich ist, ob die Norm verständlich bleibt, ob die Bestimmtheitsanforderungen an die Norm gewahrt bleiben.

Auch in einer Entscheidung von 2016 zum Bundeskriminalamtgesetz (BKAG) a. F. wird eine *einschränkende* verfassungskonforme Auslegung als solche benannt.<sup>309</sup> Dort wird die durch § 20k Abs. 1 S. 2 BKAG eröffnete Möglichkeit, auch schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr Maßnahmen durchzuführen, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall erst drohende Gefahr einer Begehung terroristischer Straftaten hinweisen, so ausgelegt, dass „Maßnahmen nur erlaubt sind, wenn die Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, und wenn erkennbar ist, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann“.<sup>310</sup> Der Anwendungsbereich wird als gegenüber dem Wortlaut verkürzt.

Ein Klassiker der verfassungskonformen Auslegung stellt sich bei genauem Hinsehen eher als teleologische Reduktion dar. Es geht um die Strafbarkeit der

---

<sup>304</sup> BVerfGE 133, 277 (345).

<sup>305</sup> Danach kann die Unterbringung einer Person nur angeordnet werden, wenn „sie an einer psychischen Störung leidet und eine Gesamtwürdigung ihrer Persönlichkeit, ihres Vorlebens und ihrer Lebensverhältnisse ergibt, dass sie infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird“. Zit. nach BVerfGE 134, 33 (35-36).

<sup>306</sup> BVerfGE 134, 33.

<sup>307</sup> BVerfGE 134, 33 (63).

<sup>308</sup> BVerfGE 134, 33 (64).

<sup>309</sup> BVerfGE 141, 220 (305).

<sup>310</sup> BVerfGE 141, 220 (305).

Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB.<sup>311</sup> Die Vorschrift könne „verfassungskonform einengend dahin ausgelegt werden, dass die Honorarannahme durch einen Strafverteidiger nur bei positiver Kenntnis der Herkunft des Honorars strafbare Geldwäsche ist“. Und weiter: „Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sind darüber hinaus verpflichtet, im Rahmen der ihnen zugewiesenen Aufgaben auf die besondere Stellung der Strafverteidiger schon ab dem Ermittlungsverfahren angemessen Rücksicht zu nehmen.“<sup>312</sup>

Bemerkenswert an der Entscheidung ist, wie deutlich das Gericht macht, methodisch gerade nicht so vorzugehen, wie es bei der verfassungskonformen Auslegung vorgesehen sein soll (Mehrdeutigkeit > Auswahl). Stattdessen wird festgestellt, dass „[b]ei Anwendung der herkömmlichen Auslegungsmethoden“ die Annahme eines Honorars grundsätzlich durchaus den Straftatbestand der Geldwäsche erfüllen kann.<sup>313</sup> Diese herkömmliche Auslegung wird auch im Detail erläutert. Eine Unsicherheit bei der Auslegung zeigt sich hier noch nicht. Erst die Feststellung der Verletzung der Grundrechte des Strafverteidigers gibt Anlass, nach einer anderen Auslegungsmöglichkeit zu suchen, konkret, den Anwendungsbereich der Norm so zu verkleinern, dass keine Grundrechte mehr verletzt werden.<sup>314</sup>

Ein inhaltlich ganz anderes, methodisch aber vergleichbares Beispiel entstammt einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 zu § 79 Abs. 1 Bundesberggesetz (BBergG).<sup>315</sup> Nach dieser Norm ist die Grundabtretung „im einzelnen Falle zulässig, wenn sie dem Wohle der Allgemeinheit dient, insbesondere die Versorgung des Marktes mit Rohstoffen, die Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau, der Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur oder der sinnvolle und planmäßige Abbau der Lagerstätte gesichert werden sollen, und der Grundabtretungszweck unter Beachtung der Standortgebundenheit des Gewinnungsbetriebes auf andere zumutbare Weise nicht erreicht werden kann“. Das Bundesverfassungsgericht versteht die Aufzählung der genannten Enteignungszwecke als abschließend, obwohl diese mit dem Wort „insbesondere“ eingeleitet wird.<sup>316</sup> Auch dies stellt ein engeres Verständnis der Norm dar, als es sich aus dem Wortlaut ergibt.

Eine einengende verfassungskonforme Auslegung nimmt das Bundesverfassungsgericht schließlich auch 2018 in einer Entscheidung zu § 18 VwGO<sup>317</sup> vor, der eine zeitweise Abordnung von Beamten ins Richteramt ermöglicht. Die Norm sei verfassungskonform so zu verstehen, „dass die wiederholte Bestellung eines Beamten zum Richter auf Zeit nach Ablauf seiner Amtszeit ausgeschlossen ist“.<sup>318</sup>

---

<sup>311</sup> BVerfGE 110, 226.

<sup>312</sup> Beide Zitate BVerfGE 110, 226 (246).

<sup>313</sup> BVerfGE 110, 226 (248).

<sup>314</sup> BVerfGE 110, 226 (251 f.).

<sup>315</sup> BVerfGE 134, 242.

<sup>316</sup> BVerfGE 134, 242 (303).

<sup>317</sup> „Zur Deckung eines nur vorübergehenden Personalbedarfs kann ein Beamter auf Lebenszeit mit der Befähigung zum Richteramt für die Dauer von mindestens zwei Jahren, längstens jedoch für die Dauer seines Hauptamts, zum Richter auf Zeit ernannt werden. § 15 Absatz 1 Satz 1 und 3 sowie Absatz 2 des Deutschen Richtergesetzes ist entsprechend anzuwenden.“ Zit. nach BVerfGE 148, 69 (73).

<sup>318</sup> BVerfGE 148, 69 (69).

In einer Entscheidung von 2009 bezeichnet das Bundesverfassungsgericht sein Vorgehen zur Beseitigung eines Normwiderspruchs als verfassungskonforme Auslegung.<sup>319</sup> Es ging um die in § 193 Absatz 5 S. 1 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag festgelegte Pflicht für Krankenversicherungen zur Versicherung eines in der Norm aufgezählten sehr großen Personenkreises im Basistarif. Kleine Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit würden dadurch verpflichtet, entgegen satzungsrechtlicher Vorgaben zu handeln.<sup>320</sup> Mit Blick darauf konstatiert das Bundesverfassungsgericht: „Im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 GG sind deshalb § 193 Abs. 5 Satz 1 VVG und § 12 Abs. 1b Satz 1 VAG dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass die kleineren Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit dem allgemeinen Kontrahierungszwang im Basistarif nicht unterworfen sind.“<sup>321</sup> Somit wird auch hier der Anwendungsbereich der Norm eng verstanden. Argumentativ leitet das Gericht dieses Vorgehen erst unter dem Stichwort der systematischen und teleologischen Auslegung her und kommt zuletzt auf den Aspekt der Verfassungskonformität zu sprechen.<sup>322</sup>

Ein einengendes Normverständnis zeigt sich ebenfalls in einer Entscheidung zum Nichtraucherschutzgesetz des Landes Berlin (NRSG) aus dem Jahr 2008.<sup>323</sup> Hierbei ging es um die Frage, inwieweit § 4 Abs. 5 NRSG<sup>324</sup> auf den Schutz der Beschäftigten abzielt, da für den Arbeitsschutz die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG besteht und daher eine Berührung der Bundeskompetenz infrage stand.<sup>325</sup> Die verfassungskonforme Auslegung wurde hier vom Bundesverfassungsgericht genutzt, die Norm so zu verstehen, dass eine Kollision von Bundes- und Landesrecht vermieden wird, die bundesgesetzliche Regelung zum Arbeitsschutz durch die landesrechtliche Norm also nicht berührt wird. Konkret wurde § 4 Abs. 5 NRSG daher so ausgelegt, dass er keinen Schutz der Beschäftigten vor dem Passivrauchen in Raucherräumen bezweckt. Bei dieser Auslegung steht die Zuständigkeit des Landes zum Erlass der Norm nicht infrage.<sup>326</sup>

### **Zweitens: Das Bundesverfassungsgericht benutzt die verfassungskonforme Auslegung, um Normen zu konkretisieren.**

Das zweite Muster, das sich bei der systematischen Entscheidungsdurchsicht beobachten lässt, hängt sehr eng mit dem eben Beschriebenen zusammen. Das Bundesverfassungsgericht nutzt die verfassungskonforme Auslegung regelmäßig, um den Anwendungsbereich einer Norm zu konkretisieren. Dabei handelt es sich also faktisch auch um eine Einengung des Anwendungsbereichs.

Während das oben beschriebene Vorgehen sich aber eher als negative Ausgrenzung bestimmter Konstellationen aus dem Anwendungsbereich einer Norm beschreiben lässt, geht es bei dem hier als „Konkretisierung“ bezeichneten Vorgehen eher um

---

<sup>319</sup> BVerfGE 124, 25.

<sup>320</sup> BVerfGE 124, 25 (40).

<sup>321</sup> BVerfGE 124, 25 (41).

<sup>322</sup> BVerfGE 124, 25 (41).

<sup>323</sup> BVerfGE 121, 317.

<sup>324</sup> „Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen sind bei allen Ausnahmeregelungen auszuschließen.“ Zitiert nach BVerfGE 121, 317 (323).

<sup>325</sup> BVerfGE 121, 317 (348).

<sup>326</sup> BVerfGE 121, 317 (349).

das positive Aufstellen bestimmter Voraussetzungen, um den Anwendungsbereich einer Norm zu öffnen.

Der Begriff der Konkretisierung wird hier nicht in dem Sinne gebraucht, dass jede Anwendung einer Norm die Konkretisierung einer Norm bedeutet. Vielmehr geht es um eine „abstrakte Konkretisierung“, die nicht nur Norm und Einzelfall zusammenführt, sondern die gesetzliche Norm in einer Weise auslegt, die für jeden Einzelfall gültig sein soll.

Beispielhaft hierfür steht die Entscheidung zum Lissabon-Vertrag aus dem Jahr 2009.<sup>327</sup> Das Bundesverfassungsgericht befasst sich hierin mit den Kompetenztiteln der Union und spricht von der drohenden „Uferlosigkeit“ des „die Strafrechtssetzung betreffenden Kompetenztitels“ (Art. 83 AEUV).<sup>328</sup> Die Verfassungsmäßigkeit dieses Kompetenztitels sieht das Bundesverfassungsgericht nur unter bestimmten Umständen gewahrt, die es selbst formuliert. Diese Auslegung bezeichnet das Gericht als „begrenzend“.<sup>329</sup>

Ganz ähnlich geht das Bundesverfassungsgericht 2012 bei seiner Befassung mit dem Stabilisierungsmechanismusgesetz (StabMechG) vor.<sup>330</sup> Dieses Gesetz sieht in besonderen Fällen die Möglichkeit der Delegation einer Entscheidung vom Deutschen Bundestag auf ein Sondergremium vor.<sup>331</sup> Das Bundesverfassungsgericht legt die Norm dahingehend verfassungskonform aus, dass das Sondergremium nach dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit zusammengesetzt sein muss.<sup>332</sup> Diese Voraussetzung ist im Gesetz zumindest nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Es wird somit im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung eine Konkretisierung der Norm durch die Statuierung zusätzlicher Voraussetzungen vorgenommen.

Eine solche faktische Ergänzung einer Norm nimmt das Bundesverfassungsgericht auch in einer Entscheidung von 2009 zum Berliner Ladenöffnungsgesetz (BerlLadÖffG) vor.<sup>333</sup> Eine in § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG vorgesehene Ausnahme von der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen enthielt, anders als vergleichbare Sonderregelungen desselben Gesetzes, keine zeitliche Begrenzung. Das Bundesverfassungsgericht sah darin den Ausnahmecharakter der Regelung verletzt.<sup>334</sup> Durch verfassungskonforme Auslegung interpretiert das Gericht eine zeitliche Begrenzung in die Norm hinein und bezeichnet dies als die für die „vorliegende Fassung [...] schonendere Möglichkeit“ gegenüber einer Verwerfung der Norm.<sup>335</sup> Dies tut es, obwohl es selbst eine alternative Regelungsmöglichkeit nennt, die auch verfassungsgemäß wäre: Man könne auch hohe Voraussetzungen an eine ausnahmsweise Öffnung stellen – „etwa ein herausragend gewichtiges öffentliches Interesse“.<sup>336</sup> Einer Verwerfung der Norm wäre somit jedenfalls insofern schonender für den

---

<sup>327</sup> BVerfGE 123, 267.

<sup>328</sup> BVerfGE 123, 267 (411).

<sup>329</sup> BVerfGE 123, 267 (412).

<sup>330</sup> BVerfGE 130, 318.

<sup>331</sup> § 3 Abs. 3 S. 2 StabMechG lautete: „Die Anzahl der zu benennenden Mitglieder ist die kleinstmögliche, bei der jede Fraktion zumindest ein Mitglied benennen kann und die Mehrheitsverhältnisse gewahrt werden.“ (BGBl. I 2011, S. 1993).

<sup>332</sup> BVerfGE 130, 318 (364, 365).

<sup>333</sup> BVerfGE 125, 39.

<sup>334</sup> BVerfGE 125, 39 (99).

<sup>335</sup> BVerfGE 125, 39 (99).

<sup>336</sup> BVerfGE 125, 39 (99).

Gesetzgeber gewesen, als er selbst hätte entscheiden können, wie eine verfassungsgemäße Regelung aussehen soll.

In einer Entscheidung von 2012 zum Telekommunikationsgesetz (TKG, Fassung vom 22. Juni 2004) legt das Bundesverfassungsgericht § 113 Abs. 1 S. 1 TKG<sup>337</sup> so aus, dass die Norm für sich genommen noch keine Auskunftspflicht der Telekommunikationsunternehmen begründet. Eine Auskunftspflicht bedürfe einer eigenen Ermächtigungsgrundlage.<sup>338</sup> Das Bundesverfassungsgericht formuliert somit zwar selbst keine zusätzlichen Voraussetzungen aus, macht aber deutlich, dass die Verpflichtungen der Telekommunikationsanbieter „normenklar“ begründet werden müssen.<sup>339</sup> Die Norm wird so erhalten, gleichzeitig jedoch die Botschaft an den Gesetzgeber gesandt, dass für bestimmte Zwecke zusätzliche Ermächtigungsnormen geschaffen werden müssen.

Konkretisierungsvorgaben an einen unteren Normgeber statuiert das Bundesverfassungsgericht auch in einer Entscheidung von 2014, die insbesondere § 10a des rheinland-pfälzischen Kommunalabgabengesetzes (KAG RP) zum Gegenstand hatte.<sup>340</sup> Fraglich war hier, ob die Möglichkeit einer pauschalen Heranziehung von Grundstückseigentümern in einem Gemeindegebiet für Abgaben wegen eines Ausbaus von Verkehrsanlagen mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Das Bundesverfassungsgericht legt die Norm insoweit verfassungskonform aus, als es „die Bildung einer einzigen Abrechnungseinheit im gesamten Gemeindegebiet durch Satzung“ nur dann für gerechtfertigt hält, „wenn mit den Verkehrsanlagen ein Vorteil für das beitragsbelastete Grundstück verbunden ist“.<sup>341</sup> Dadurch sei das Satzungsermessen etwa in Großstädten auf Null reduziert, wenn diese Voraussetzung nicht gegeben ist.<sup>342</sup> Abgabeverpflichtete müssten durch eine Verkehrsanlage zumindest einen potentiellen Vorteil haben.<sup>343</sup> Die verfassungskonforme Auslegung dient hier aus praktischer Sicht dazu, die streitgegenständliche Entscheidung des rheinland-pfälzischen Oberverwaltungsgerichts über einen Einzelfall zu kippen, zugleich aber die einfachgesetzliche Norm unangetastet zu lassen.

In einer jüngeren Entscheidung von 2018 nimmt das Bundesverfassungsgericht wiederum eine eigene Normkonkretisierung vor.<sup>344</sup> Es ging um die Reichweite der Informationsmöglichkeiten der Öffentlichkeit durch die Behörden nach § 40 Abs. 1a Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) bei Verstößen gegen das Gesetz.<sup>345</sup> Das Bundesverfassungsgericht leitet aus einer verfassungskonformen Auslegung ab, eine Information der Öffentlichkeit müsse mit Hinweisen darüber

---

<sup>337</sup> Dieser lautete: „Wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, hat im Einzelfall den zuständigen Stellen auf deren Verlangen unverzüglich Auskünfte über die nach den §§ 95 und 111 erhobenen Daten zu erteilen, soweit dies für die Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes oder des Militärischen Abschirmdienstes erforderlich ist.“ Zitiert nach BVerfGE 130, 151 (161).

<sup>338</sup> BVerfGE 130, 151 (200).

<sup>339</sup> BVerfGE 130, 151 (200).

<sup>340</sup> BVerfGE 137, 1.

<sup>341</sup> BVerfGE 137, 1 (26).

<sup>342</sup> BVerfGE 137, 1 (27).

<sup>343</sup> BVerfGE 137, 1 (27).

<sup>344</sup> BVerfGE 148, 40.

<sup>345</sup> In der Fassung nach der Änderung gem. BGBl. I 2012, S. 479.

verbunden werden, wie schnell ein entsprechender Verstoß abgestellt wird.<sup>346</sup> Zudem dürfe nur über Verstöße von hinreichendem Gewicht informiert werden.<sup>347</sup> Somit macht das Gericht Vorgaben für die Handhabung der Norm im Einzelfall. Schon auf abstrakter Ebene wird eine Abwägung von Rechtsgütern vorgenommen, die eigentlich der Behörde für jeden Einzelfall obliegt. Das Bundesverfassungsgericht stellt sogar selbst fest, dass „die der Behörde belassenen Gestaltungsspielräume bei der Darstellung der Publikumsinformation bereits für entsprechende Hinweise genutzt“ wurden.<sup>348</sup> Bemerkenswert ist zudem, dass das Bundesverfassungsgericht die infrage stehende Norm insgesamt aus anderen Gründen für mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar befindet.<sup>349</sup> Der Wille zur Erhaltung einer Norm kann hier also nicht als Begründung für die verfassungskonforme Auslegung herangezogen werden.

Beispielhaft für eine Konkretisierung einer Norm für einen speziellen Fall steht auch eine Entscheidung aus dem Jahr 2002 im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle im Zusammenhang mit dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartDisBG), das vor Einführung der Ehe für alle die Diskriminierung homosexueller Paare beenden sollte.<sup>350</sup> Nach dem Gesetz stand eine eingegangene Lebenspartnerschaft einer Eheschließung zumindest nicht ausdrücklich entgegen. Es war im Gesetz nicht geregelt, welche Folgen das Eingehen einer Ehe für eine bestehende Lebenspartnerschaft hätte. Darin erkannte das Bundesverfassungsgericht eine „Lücke“, die jedoch „verfassungskonform geschlossen“ werden könne.<sup>351</sup> Für verfassungswidrig hielt das Bundesverfassungsgericht ein Nebeneinander von Lebenspartnerschaft und Ehe deshalb, weil der Schutz der Ehe des Art. 6 Abs. 1 GG sonst mangels Exklusivität missachtet werde. Ob die Lebenspartnerschaft mit dem Eingehen einer Ehe aufzulösen wäre oder die Lebenspartnerschaft ein Ehehindernis darstellen soll, ließ das Gericht offen.<sup>352</sup> Die „verfassungskonforme Lückenschließung“ erweist sich insoweit als pragmatischer Umgang mit einer Kritik am Gesetz, die nur einen sehr hypothetischen Fall betrifft. Im Rahmen der abstrakten Prüfung des Gesetzes zeigt das Bundesverfassungsgericht somit bereits eine konkrete Möglichkeit, mit einem solchen Fall umzugehen, falls dieser eintritt, ohne dass dadurch die Verfassungsmäßigkeit der Norm in Frage gestellt werden muss.

### (3) Zusammenfassung

Die detaillierte und systematische Entscheidungsauswertung bestätigt die Beobachtung, dass das in der Literatur überwiegend beschriebene Vorgehen bei der verfassungskonformen Auslegung nicht dem tatsächlichen Vorgehen jedenfalls des Bundesverfassungsgerichts entspricht.

Vielmehr hat die verfassungskonforme Auslegung vor allem die Funktion, die Einengung oder Konkretisierung von Normen zu begründen.

---

<sup>346</sup> BVerfGE 148, 40 (55).

<sup>347</sup> BVerfGE 148, 40 (57).

<sup>348</sup> BVerfGE 148, 40 (55).

<sup>349</sup> BVerfGE 148, 40 (57).

<sup>350</sup> BVerfGE 105, 313.

<sup>351</sup> BVerfGE 105, 313 (343).

<sup>352</sup> BVerfGE 105, 313 (343 f.).

## b) Entscheidungen der BGH-Zivilsenate von 2016 bis 2020

### (1) Quantitative Auswertung

Die Auswertung der BGH-Rechtsprechung umfasst die Entscheidungen des I. bis XIII. Zivilsenats der Jahre 2016 bis 2020.

Anzahl der betrachteten Entscheidungen*	Begriff der verfassungskonformen Auslegung taucht auf	Verfassungskonforme Auslegung wird angewandt
7.962	48	16
100 %	0,6 %	0,2 %

\* Aufgrund der Art der Auswertung wurde nicht berücksichtigt, wenn mehrere Aktenzeichen in einer Entscheidung zusammengefasst sind. Eine Entscheidung entspricht somit einem Dokument aus der Entscheidungs-Datenbank des BGH. Die tatsächliche Anzahl der Entscheidungen ist somit minimal geringer.

Insgesamt zeigt sich, wie gering der Anteil der Entscheidungen ist, in denen die verfassungskonforme Auslegung erwähnt wird. In nur 48 der 7962 ausgewerteten Entscheidungen taucht der Begriff der verfassungskonformen Auslegung auf, in nur 16 Entscheidungen wird eine Norm vom BGH auch verfassungskonform ausgelegt.

Jedenfalls in der Entscheidungsdarstellung ist somit die praktische Bedeutung dieser Auslegungsmethode recht gering.

Dieser Befund verstärkt sich bei einer genaueren Betrachtung derjenigen Entscheidungen, in denen die verfassungskonforme Auslegung tatsächlich angewendet wird. Hierbei wird in einigen Fällen lediglich auf vorangegangene Entscheidungen oder solche des Bundesverfassungsgerichts abgestellt, aber keine eigene verfassungskonforme Auslegung durchgeführt.<sup>353</sup>

### (2) Qualitative Auswertung

Trotz der geringen absoluten Zahl der Entscheidungen, in denen die verfassungskonforme Auslegung erwähnt wird, lassen sich aus der Betrachtung der Zusammenhänge, in denen die verfassungskonforme Auslegung erwähnt wird, Rückschlüsse ziehen.

<sup>353</sup> Z. B. BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – IX ZB 29/19, Rn. 23; BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – IX ZB 26/19, Rn. 9; BGH, Urteil vom 22. Februar 2019 – V ZR 136/18, Rn. 19; BGH, Beschluss vom 1. Juni 2017 – IX ZB 87/16, Rn. 9.

**Erstens: Die verfassungskonforme Auslegung wird als eine Spielart der rangkonformen Auslegung verstanden.**

In 5 der 48 Entscheidungen wird die verfassungskonforme Auslegung nur erwähnt, um einen Vergleich zur richtlinienkonformen Auslegung zu ziehen.<sup>354</sup> Hieran zeigt sich, wie sehr sich das Verständnis der rangkonformen Auslegung als einer letztlich einheitlichen Methode durchgesetzt hat.

**Zweitens: Bei der Erörterung der Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung wird ungewöhnlich ausführlich mit den klassischen Auslegungsmethoden argumentiert.**

An Stellen, an denen der BGH die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung grundsätzlich erörtert, findet häufig eine explizite Auseinandersetzung mit den klassischen Auslegungsmethoden statt, um die möglichen Grenzen einer Auslegung zu markieren. So wird etwa formuliert: „Aber auch eine verfassungskonforme Interpretation muss eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige, insbesondere durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckte Auslegung sein, die nicht dazu führen darf, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird.“<sup>355</sup> In diesem Fall hielt der BGH § 1757 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 i. V. m. § 1767 Abs. 2 S. 1 BGB, wonach auch bei einer Volljährigenadoption der Geburtsname nicht alleine (ohne Beifügung eines neuen Namens) behalten werden kann, für mit Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar. Der Senat sah keinen Spielraum für ein abweichendes Normverständnis bei einem eindeutigen Wortlaut.<sup>356</sup>

Der BGH verwendet zur Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung grundsätzlich die immer wieder anzutreffende Formulierung unter Bezugnahme auf das Bundesverfassungsgericht: „Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelung und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen nur eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diese geboten. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung endet allerdings dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch träte. Das Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung muss demnach nicht nur vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein, sondern auch die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahren. Das gesetzgeberische Ziel darf nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht werden (BVerfGE 138, 64 [...]).“<sup>357</sup> Gestritten wurde in diesem Fall über die Auslegung von § 1762 Abs. 2 BGB, wonach der Antrag auf Aufhebung eines Annahmeverhältnisses nur innerhalb eines Jahres gestellt werden kann, wenn seit der Annahme noch keine drei Jahre verstrichen sind. Die Rechtsbeschwerde machte geltend, die Norm sei „verfassungskonform auszulegen und teleologisch

---

<sup>354</sup> BGH, Urteil vom 18. November 2020 – VIII ZR 78/20, Rn. 29; BGH, Urteil vom 19. April 2018 – I ZR 244/16, Rn. 20; BGH, Urteil vom 18. Oktober 2017 – I ZB 4/17, Rn. 19; BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 – I ZR 229/16, Rn. 19; BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 – I ZR 232/16, Rn. 19; BGH, Urteil vom 28. Juni 2017 – IV ZR 440/14, Rn. 24.

<sup>355</sup> BGH, Beschluss vom 13. Mai 2020 – XII ZB 427/19, Rn. 38.

<sup>356</sup> BGH, Beschluss vom 13. Mai 2020 – XII ZB 427/19, Rn. 39 ff.

<sup>357</sup> BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2017 – XII ZB 371/17, Rn. 19.

dahin zu reduzieren, dass die absolute Ausschlussfrist von drei Jahren dann nicht greife, wenn sie nicht zum Schutz des angenommenen Kindes wirke, sondern jenes Opfer der Handlungsweise seiner arglistig täuschenden Mutter geworden sei“.<sup>358</sup> Dieses Verständnis lehnt der Senat mit einer ausführlichen Bezugnahme auf den Wortlaut der Norm ab: „Der Wortlaut des § 1762 Abs. 2 BGB ist vielmehr eindeutig und gibt keinen Anknüpfungspunkt für die von der Rechtsbeschwerde verfolgte einschränkende Auslegung, nach der einzelne Fälle von dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeschlossen sein sollten. Im Normtext wird bestimmt, dass der Antrag nur innerhalb eines Jahres gestellt werden kann, wenn seit der Annahme noch keine drei Jahre verstrichen sind. Dies lässt für sich genommen keine alternative Deutungsmöglichkeit dahingehend zu, dass besondere Fälle fehlender Anträge und Einwilligungen auch außerhalb der Frist noch in einem Aufhebungsverfahren geltend gemacht werden können.“<sup>359</sup>

Auch zur Begründung der Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung stellt der BGH auf die klassischen Auslegungsmethoden ab. So schließt er sich in einem Streit um eine Vaterschaft der Meinung an, „§ 1598 a BGB [Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung] müsse verfassungskonform dahin ausgelegt werden, dass der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit nur gerechtfertigt sei, wenn auf der anderen Seite das Recht auf Kenntnis der Abstammung ernstlich betroffen sei“.<sup>360</sup> Der Senat verweist hierbei auf den Wortlaut „zur Klärung der leiblichen Abstammung“, der eine „Untersuchung der Abstammung des Kindes mittels naturwissenschaftlicher Methoden“ meine.<sup>361</sup> Außerdem wird mit der Gesetzgebungsgeschichte argumentiert.<sup>362</sup>

### **Drittens: Die Begründung eines Auslegungsergebnisses mit dem Topos der verfassungskonformen Auslegung erscheint austauschbar.**

Im zuletzt genannten Fall bezeichnet der BGH sein Vorgehen nicht nur als verfassungskonforme Auslegung, sondern auch als teleologische Reduktion.<sup>363</sup> Der Begriff der verfassungskonformen Auslegung erweist sich hier als austauschbarer Begründungstopos.

Ähnlich liest sich die Ablehnung der verfassungskonformen Auslegung in einer anderen Entscheidung. Hier schreibt das Gericht, es bestehe „keine Notwendigkeit, die Norm unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte sowie ihres Sinns und Zwecks teleologisch beziehungsweise – im Hinblick auf die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots – verfassungskonform“<sup>364</sup> auszulegen. Die Option der verfassungskonformen Auslegung wird – wenn sie auch hier verworfen wird – nur als eines von mehreren Argumenten dargestellt.

---

<sup>358</sup> BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2017 – XII ZB 371/17, Rn. 17.

<sup>359</sup> BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2017 – XII ZB 371/17, Rn. 20.

<sup>360</sup> BGH, Beschluss vom 30. November 2016 – XII ZB 173/16, Rn. 9.

<sup>361</sup> BGH, Beschluss vom 30. November 2016 – XII ZB 173/16, Rn. 15-16.

<sup>362</sup> BGH, Beschluss vom 30. November 2016 – XII ZB 173/16, Rn. 18.

<sup>363</sup> BGH, Beschluss vom 30. November 2016 – XII ZB 173/16, Rn. 13.

<sup>364</sup> BGH, Urteil vom 17. Mai 2018 – III ZR 195/17, Rn. 43.

Der BGH ist in seinen Begründungen teilweise bemüht, die Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung als entscheidend darzustellen. So formuliert er bei der Frage nach der Auslegung des § 1314 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Eheaufhebung bei Minderjährigen, die im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr vollendet hatten): „Den Ausschlag dafür, dem Familiengericht jedenfalls im Rahmen des § 1314 Abs. 1 Nr. 1 BGB ein Ermessen zuzuerkennen, gibt jedoch das Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes.“<sup>365</sup> Dabei argumentiert der BGH insbesondere mit dem sich aus Art. 2 i. V. m. Art. 1 GG ergebenden Gebot des Schutzes des Kindeswohls.<sup>366</sup> Allerdings stellt der Senat ebenfalls fest, dass eine Auslegung mit Blick auf den Minderjährigenschutz gerade auch der gesetzgeberischen Zielsetzung entgegenkommt.<sup>367</sup> Letztlich erweist sich der Rückgriff auf die verfassungskonforme Auslegung somit auch hier als ersetzbar, verleiht der Begründung des Gerichts aber eine besondere Autorität.

Wie bei der Auswertung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich eine Tendenz, die verfassungskonforme Auslegung dort anzuwenden, wo eine andere Begründung einer Entscheidung sich nicht direkt aufdrängt. Illustrativ ist ein Fall, in dem eine Wohnungseigentümergeinschaft auf Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel in der Teilungserklärung einen Mehrheitsbeschluss fasste, wonach eine kurzfristige Vermietung von Wohnungen verboten werden soll.<sup>368</sup> Hiergegen wehrte sich der überstimmte Eigentümer. Fraglich war nun, ob die Öffnungsklausel einen derart weitgehenden Beschluss erlaubte. Der BGH legte nun die Öffnungsklausel in einer Weise verfassungskonform aus, „die dem Umstand Rechnung trägt, dass das Sondereigentum als echtes Eigentum im Sinne von § 903 BGB und Art. 14 GG ausgestaltet ist“.<sup>369</sup> Dazu verweist der BGH auf einen Zeitschriftenartikel JAN LIEDERS. Dieser wiederum spricht in dem Zusammenhang von einer „mittelbaren Drittwirkung von Art. 14 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG in Form einer verfassungskonformen Auslegung einer einfachen Öffnungsklausel“.<sup>370</sup> Die Argumentation mit der verfassungskonformen Auslegung wurde offenbar vom BGH übernommen und nicht im Rahmen eines mehrstufigen Auslegungsvorgangs hergeleitet. LIEDER erwähnt in seinem Artikel jedoch auch, dass sich Mehrheitsbeschlüsse aufgrund einer Öffnungsklausel als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter erweisen können. Es wirkt somit eher zufällig, dass der BGH nicht zusätzlich oder alternativ auf diese Begründung zurückgegriffen hat.

### *c) Vergleich BVerfG/BGH*

Mit Blick darauf, dass bei der Betrachtung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die amtliche Entscheidungssammlung ausgewertet wurde, beim Bundesgerichtshof jedoch alle Entscheidungen der Zivilsenate im Auswertungszeitraum betrachtet wurden, lassen sich die Zahlen nicht 1:1 vergleichen. Allerdings tauchen die BGH-Entscheidungen, in denen eine verfassungskonforme Auslegung

---

<sup>365</sup> BGH, Beschluss vom 22. Juli 2020 – XII ZB 131/20, Rn. 42.

<sup>366</sup> BGH, Beschluss vom 22. Juli 2020 – XII ZB 131/20, Rn. 47.

<sup>367</sup> BGH, Beschluss vom 22. Juli 2020 – XII ZB 131/20, Rn. 49.

<sup>368</sup> BGH, Urteil vom 12. April 2019 – V ZR 112/18, Rn. 1.

<sup>369</sup> BGH, Urteil vom 12. April 2019 – V ZR 112/18, Rn. 16.

<sup>370</sup> *Lieder*, notar 2016, 283-299 (295).

tatsächlich vorgenommen wird, nicht überdurchschnittlich häufig in der (nicht-amtlichen) Entscheidungssammlung BGHZ auf. Dies spricht tendenziell für eine Vergleichbarkeit der relativen Zahlen. Insgesamt zeigt die verfassungskonforme Auslegung sich somit als eine Methode bzw. ein Begründungsmuster, von dem das Bundesverfassungsgericht deutlich häufiger Gebrauch macht. Dies verwundert wenig, da die verfassungskonforme Auslegung dann zum Einsatz kommen soll, wenn die Verfassungsgemäßheit einer Norm infrage steht.

Die Tendenzen, die sich bei der Betrachtung der Argumentationsmuster zeigen, erklären sich ebenfalls leicht mit dem Zusammenhang zwischen verfassungskonformer Auslegung und der Frage der Verfassungsgemäßheit einer Norm. Es sind häufig Einzelfälle, die die Verfassungsgemäßheit einer Norm fraglich erscheinen lassen. Diese lassen sich dann durch eine einengende Auslegung bzw. eine Konkretisierung der Norm aus dem Normbereich herausinterpretieren. Bei der Auswertung der BGH-Entscheidungen illustrieren die dargestellten Entscheidungen, in denen verfassungskonform ausgelegt wurde, dies ebenfalls. Dieses Muster lässt sich jedoch aufgrund der geringen Zahl der entsprechend eingeordneten Entscheidungen weniger deutlich erkennen als beim Bundesverfassungsgericht.

Der BGH zeigt sich insgesamt mehr bemüht, die Ablehnung bzw. Wahl der verfassungskonformen Auslegung auch durch einen Rückgriff auf andere Auslegungsmethoden zu begründen. Dies lässt sich vermutlich auf die andere Begründungskultur an Fachgerichten zurückführen. Die etwas ausführlichere Darstellung des Auslegungsvorgangs offenbart aber auch stärker die Austauschbarkeit der Argumentation mit der verfassungskonformen Auslegung.

### **III. Ergebnisse und Überlegungen zu Teil B**

Im Bereich der verfassungskonformen Auslegung lässt sich eine erhebliche Diskrepanz des Begriffs- bzw. Methodenverständnisses zwischen Literatur und Rechtsprechung erkennen.

Während sich in der Literatur ein mehr oder minder konsentiertes Begriffsverständnis herauskristallisiert hat, kann in der Rechtsprechung von einem einheitlichen Vorgehen nicht die Rede sein. Dies kann nicht dadurch überspielt werden, Entscheidungen von Gerichten, die dem Begriffsverständnis der Literatur nicht entsprechen, schlicht als solche einzuordnen, in denen lediglich die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung nicht gewahrt wurden.<sup>371</sup>

In der Literatur zeigt sich ein Bestreben, die verfassungskonforme Auslegung rechtstheoretisch zu begründen und ebensolche Gründe auch als Ausgangspunkt für die Entwicklung der verfassungskonformen Auslegung zu betrachten. Dies verkennt die Entwicklung der verfassungskonformen Auslegung aus dem prak-

---

<sup>371</sup> Schon die erste Monographie zur verfassungskonformen Auslegung betrachtet die erste Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 2, 266) dazu als unrichtig, ohne aber grundsätzlich die in der Entscheidung formulierte Konzeption der verfassungskonformen Auslegung ernstlich in Zweifel zu ziehen, *Haak*, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, 1963, S. 5-6, 305.

tischen Bedürfnis der Gerichte heraus, Normen zu erhalten. Dass die Gründe hierfür wiederum wohl nicht nur innerrechtlicher Art sind, wird so leicht übersehen. Es ist erstaunlich, wie unterschiedlich die Entwicklungen des Begriffsverständnisses in Literatur und Rechtsprechung sind, obwohl jedenfalls in der Literatur regelmäßig auf die Rechtsprechung Bezug genommen wird. Umgekehrt geschieht dies im Übrigen kaum, was ein Grund für die geringe Parallelität der Entwicklung sein mag.

Insgesamt zeigt sich die mühevoll von vielen Autorinnen und Autoren herausgearbeitete Methode der verfassungskonformen Auslegung somit als ein Werkzeug, das jedenfalls in dieser Form kaum in der Rechtspraxis benutzt wird. Die Gerichte wiederum nutzen lediglich den Begriff, um gefundene Entscheidungen zu begründen, weniger um sie herzustellen.

Literatur und Rechtsprechung verwenden mittlerweile dieselbe Formulierung, wenn sie über die verfassungskonforme Auslegung sprechen, meinen aber nur scheinbar das Gleiche.

Offenbar wird dies auch an einem Aufsatz von ANDREAS KULICK. Dieser ist der Kategorie „Literatur“ zuzuordnen, den Begriff der verfassungskonformen Auslegung versteht er jedoch „im weiten Sinne einer Auslegung der einfachen Gesetze anhand verfassungsrechtlicher Vorgaben“. Dies entspricht, wie oben ausführlich dargelegt, nicht dem überwiegenden Verständnis des Begriffs. KULICKS insofern unbefleckte Rechtsprechungsanalyse kommt zu dem Ergebnis, dass das Bundesverfassungsgericht im Wesentlichen das, was früher eher unter der „Terminologie der ‚Drittwirkung‘“<sup>372</sup> lief, zunehmend als verfassungskonforme Auslegung betitelt. Bemerkenswert ist aber, dass KULICK dies als „methodologische Entschleierung“<sup>373</sup> betrachtet. Er sieht eine „eindeutigere Methodik, die überdies Klarheit in das Verhältnis von Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit und entsprechend das zulässige Prüfprogramm des BVerfG bringt“.<sup>374</sup> Diese Klarheit schlägt aber spätestens dann in Verwirrung um, wenn in der methodologischen Literatur eine klare Trennung zwischen der verfassungskonformen und der verfassungsorientierten Auslegung propagiert wird.

---

<sup>372</sup> *Kulick*, NJW 2016, 2236–2241 (2234).

<sup>373</sup> *Kulick*, NJW 2016, 2236–2241 (2234).

<sup>374</sup> *Kulick*, NJW 2016, 2236–2241 (2240).

## C. Vorverständnisse

### I. Mit der verfassungskonformen Auslegung verbundene Motive

Im Folgenden werden die üblicherweise vorgebrachten Ziele und Begründungsmuster der verfassungskonformen Auslegung kurz dargestellt. In diesen Punkten herrscht eine erstaunliche Einstimmigkeit zwischen Literatur und Rechtsprechung. So kann auf beide Arten von Quellen gleichermaßen Bezug genommen werden. Die Darstellung soll auch deshalb kurz gehalten werden, weil bereits gute Zusammenschauen der Ziele und Begründungsmuster existieren.<sup>375</sup>

#### 1. Ziele der verfassungskonformen Auslegung

Eine Trennung zwischen Zielen und Begründungsmustern der verfassungskonformen Auslegung ist nur schwer möglich, da einige Aspekte hier eher als Zielvorstellung, dort eher zur Legitimierung der verfassungskonformen Auslegung erwähnt werden.<sup>376</sup> Eine Trennung dieser beiden Aspekte dient hier dem Zweck, einen Aspekt der Sonderstellung der verfassungskonformen Auslegung als Auslegungsmethode herauszustellen: dass es eben nicht nur um die Suche nach dem richtigen Verständnis oder dem wahren Bedeutungsgehalt einer Norm geht. HÖPFNER bezeichnet die systemkonforme Auslegung, worunter auch die verfassungskonforme Auslegung zu fassen sein soll, sogar als „besondere Ausprägung der Normkassation“.<sup>377</sup> Sie „dient nicht der Ermittlung des historischen Normzwecks, sondern der Vermeidung eines Verstoßes gegen höherrangiges oder umzusetzendes Recht“.<sup>378</sup> HÖPFNER stellt den Charakter als Auslegungsmittel so ausdrücklich in Frage bzw. verneint ihn. Dies wirft die Frage auf, warum er mit dem Versuch der Etablierung der systemkonformen *Auslegung* dennoch an der Begrifflichkeit festhält.

Eine so genaue Benennung der Zielvorstellung in einer Weise, die die Frage nach dem Unterschied zur Normenkontrolle zwangsläufig aufwirft, ist jedoch selten.

Wohl am häufigsten wird die Erhaltung von Normen als Ziel der verfassungskonformen Auslegung benannt.<sup>379</sup> Dieses Ziel findet sich, wenn auch sprachlich hier eher als Begründung bzw. Rechtfertigung formuliert, auch schon in der Notaufnahme-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: „Dies ist um so mehr erforderlich, als schon allgemein der Grundsatz gilt, daß ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären ist, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann.“<sup>380</sup>

---

<sup>375</sup> Eine mit kritischen Einordnungen versehene Zusammenschau findet sich bei *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 70 ff.; eine umfangreiche Wiedergabe der üblichen Begründungsmuster bei *Park*, Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung, 1999, S. 58 ff.

<sup>376</sup> Bezeichnend *Götz*, StudZR 2010, 21-43, der die Normerhaltung in einem Aufsatz einmal als „qualitativ höherrangige[s] Ziel“ (S. 35) und einmal als alleinige Legitimierung der verfassungskonformen Auslegung (S. 42) bezeichnet.

<sup>377</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung 2008, S. 159.

<sup>378</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung 2008, S. 157.

<sup>379</sup> Statt vieler *Schack*, JuS 1961, 269-274 (270); *Zippelius*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Starck (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 110 ff.; *Leible/Domröse*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre, 2021, S. 211.

<sup>380</sup> BVerfGE 2, 266 (282). Das „Interesse der Normerhaltung“ betont auch BVerfGE 48, 148 (157).

Aus diesem Ziel leitet sich auch der Gedanke der Schonung des Gesetzgebers ab, der vor der Neuformulierung einer Norm nach einer Nichtigerklärung bewahrt werden soll.<sup>381</sup> Allerdings wird durchaus erkannt, dass diese „Schonung des Gesetzgebers sich schnell ins Gegenteil verkehren“ kann, wenn „das verfassungsrechtlich Zulässige vom Gericht zum wirklich Gewollten erklärt“ wird.<sup>382</sup>

An dieser Stelle soll die Erkenntnis im Vordergrund stehen, wie eng die Verknüpfung zwischen dem Ziel der Normerhaltung und der Rechtfertigung der verfassungskonformen Auslegung ist.<sup>383</sup> Im Folgenden ist daher im Blick zu behalten, ob alle Begründungsversuche sich auf dieses Ziel stützen.

## 2. Begründung der verfassungskonformen Auslegung

Zur Begründung der verfassungskonformen Auslegung werden immer wieder die gleichen Argumentationsmuster verwendet. Meine Wahl der Reihenfolge orientiert sich daran, wie stark die Begründungsmuster ganz direkt an die genannten Ziele anknüpfen.

### a) Vermutung für Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes

Die häufig vorgebrachte Vermutung von der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes geht auf eine Formulierung des Bundesverfassungsgericht in seiner ersten Entscheidung mit Erwähnung der verfassungskonformen Auslegung zurück: „[D]enn es spricht nicht nur eine Vermutung dafür, daß ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sondern das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlangt auch im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes.“<sup>384</sup>

Dennoch ist bei der Wiedergabe dieser Begründung größte Vorsicht geboten. Denn das Bundesverfassungsgericht lässt im Unklaren, was mit einer solchen „Vermutung“ gemeint sein soll,<sup>385</sup> was zu allerhand Spekulationen in der Literatur geführt hat. Insgesamt wurde diese Art der Begründung aber ganz überwiegend in Frage gestellt und abgelehnt.<sup>386</sup> Es sind heute keine Stimmen mehr vernehmbar, die sich zur Begründung der verfassungskonformen Auslegung auf eine wie auch immer zu

---

<sup>381</sup> Vgl. etwa *Canaris*, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Honsell (Hg.), *Privatrecht und Methode*, 2004, S. 141; *Kuhlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 10; *Herresthal*, JuS 2014, 289-298 (296).

<sup>382</sup> *Voßkuhle*, AöR 2000, 177-200 (183); kritisch ebenso *Dawin*, Ungereimtheiten in der verfassungskonformen Auslegung, in: Die Dekanin der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hg.), *Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung*, 2003, S. 15; *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 2008, S. 625; *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, S. 285.

<sup>383</sup> *Henn*, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 27, formuliert dies treffend, wenn er sagt: „Der Gedanke der Schonung wird meist in das Prinzip des favor legis gekleidet.“

<sup>384</sup> BVerfGE 2, 266 (282).

<sup>385</sup> Diesen Befund teilt *Lembke*, *Einheit aus Erkenntnis?*, 2009, S. 75.

<sup>386</sup> *Prümm*, *Verfassung und Methodik*, 1977, S. 272, 108 ff.; mit vielen Nachweisen jeweils dargelegt bei *Lembke*, *Einheit aus Erkenntnis?*, 2009, S. 74 ff.; *Höpfner*, *Die systemkonforme Auslegung*, 2008, S. 184 ff. Auch *Götz*, *StudZR* 2010, 21-43 (25) merkt an, der Vermutung fehle eine „tragfähige empirische Basis“.

verstehende Vermutung stützen, zumal eine Vermutung sich auch gerade durch ihre Widerlegbarkeit auszeichnet.

Die Diskussion um dieses Begründungsmuster, das nur durch eine womöglich nicht bis ins Details durchdachte Formulierung des Bundesverfassungsgerichts aufgeworfen wurde, erweist sich als wenig fruchtbar.

Bezeichnend ist insbesondere, dass die von HÖPFNER<sup>387</sup> und LEMBKE<sup>388</sup> zitierten Entscheidungen zum Nachweis der Berufung der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf das Argument der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm (mit Ausnahme der bereits zitierten Entscheidung) den Begriff der „Vermutung“ überhaupt nicht enthalten. Vielmehr wird hierin nur auf den Gedanken der Normerhaltung rekurriert.

Das Argument, eine Vermutung spreche für die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, wird letztlich zumindest heute nur noch selten ernsthaft als Begründung der verfassungskonformen Auslegung herangezogen.<sup>389</sup> Die Geschichte der Diskussion um die verfassungskonforme Auslegung machte es gleichwohl notwendig, dieses Begründungsmuster nicht unerwähnt zu lassen. Im Folgenden kann eine vertiefte Auseinandersetzung damit jedoch aus den genannten Gründen unterbleiben.

#### *b) Gewaltenteilung*

Unter dem Punkt „Gewaltenteilung“ betrachte ich einen Gedanken, der teilweise auch unter dem Stichwort „Respektierung der gesetzgeberischen Verfassungskonkretisierung“<sup>390</sup> verhandelt wird. Dabei handelt es sich um einen Aspekt, der zugleich herangezogen wird, um die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung herauszuarbeiten. Erneut wird deutlich, wie ein Argument im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung sehr unterschiedlich eingeordnet werden kann und dabei stets ein besonderer Balanceakt erforderlich ist.

Die Idee ist, dass eine verfassungskonforme Auslegung dadurch, dass sie Fälle der Nichtigerklärung einer ganzen Norm reduziert, den Kompetenzbereich der Legislative in besonderer Weise akzeptiert. Denn zur Konkretisierung der Verfassung sei der Gesetzgeber berufen, und die verfassungskonforme Auslegung ermögliche es, ein Maximum der gesetzgeberischen Absicht aufrechtzuerhalten.<sup>391</sup>

Umgekehrt kann die verfassungskonforme Auslegung aber auch gerade als Übergriff der Judikative auf die Legislative gedeutet werden: „Der Vorrang der Verfassung liefert für die sich [...] vollziehende Verschiebung der Gewaltenteilung das gute verfassungsstaatliche Gewissen – ergänzt durch das doch recht bemühte Argument, die Korrektur des Gesetzes im Wege der ‚verfassungskonformen

---

<sup>387</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 184, Fn. 224.

<sup>388</sup> Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 73, Fn. 261.

<sup>389</sup> In der jüngeren Literatur wird das Argument zumindest wiedergegeben, ohne angezweifelt zu werden, Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2020, S. 651.

<sup>390</sup> Park, Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung, 1999, S. 117.

<sup>391</sup> Statt vieler, mit Nachweisen Park, Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung, 1999, S. 117-118.

Auslegung‘ schon den Gesetzgeber, weil die sonst fällige Kassation des Gesetzes die härtere Sanktion darstelle.<sup>392</sup>

Die Gefahr einer zirkulären Argumentation zeigt sich besonders an einem von KONRAD HESSE vorgebrachten Schluss. Er meint, der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung führe zu einer funktionell-rechtlichen Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit, nämlich dass ein Gesetz nicht für nichtig erklärt werden dürfe, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden könne.<sup>393</sup> Somit setzt er den Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung als gegeben voraus und leitet daraus eine Grenze ab, anstatt aus der Pflicht zur Respektierung des legislativen Entscheidungen umgekehrt den Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung zu entwickeln. Gleichzeitig erkennt er selbst, dass unter Umständen durch eine verfassungskonforme Auslegung dem Gesetzgeber „die Hände stärker gebunden“ werden können als durch eine Nichtigerklärung.<sup>394</sup>

HEUN hingegen ist der der Auffassung, „[f]unktionell-rechtliche Argumente können „allenfalls generell bei der Bestimmung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung, nicht bei der positiven Begründung dieser Entscheidungsvariante zum Tragen kommen“.<sup>395</sup>

### *c) Einheit der Rechtsordnung/ Stufenbau der Rechtsordnung*

Mein Entschluss, die Einheit der Rechtsordnung und den Stufenbau der Rechtsordnung als gemeinsamen Unterpunkt zu wählen, mag Widerspruch hervorrufen, da sich hinter den Begriffen nicht die gleiche Idee verbirgt. Allerdings hängen beide Vorstellungen notwendig miteinander zusammen.

Beiden Argumenten ist gemein, dass sie zusammengenommen in der Literatur wohl als die wichtigste Grundlage der verfassungskonformen Auslegung betrachtet werden. Sogar LEMBKE, die der verfassungskonformen Auslegung sehr kritisch gegenübersteht, schreibt: „Damit reicht die rechtfertigende Kraft der Einheit der Rechtsordnung deutlich weiter als die der schon angeführten Prinzipien. Sie sieht sich aber Einwänden ausgesetzt.“<sup>396</sup> PARK sieht die Einheit der Rechtsordnung gar als Rechtfertigung für die „Rolle des Richters als Ersatzgesetzgeber“ im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung,<sup>397</sup> HÖPFNER bezeichnet sie als „zur Begründung der verfassungskonformen Auslegung essentiell“.<sup>398</sup>

Die Einheit der Rechtsordnung ist ein unpräziser Begriff. Den Versuch einer Umschreibung liefert FELIX: „Wenn von der ‚Einheit der Rechtsordnung‘ die Rede ist, geht es immer um die gegenseitige Verknüpfung einzelner Teilrechtsordnungen

---

<sup>392</sup> Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 140.

<sup>393</sup> Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hg.), Recht als Prozess und Gefüge, 1981, S. 268.

<sup>394</sup> Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hg.), Recht als Prozess und Gefüge, 1981, S. 269.

<sup>395</sup> Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 28.

<sup>396</sup> Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 86.

<sup>397</sup> Park, Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung, 1999, S. 229.

<sup>398</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 190.

mit dem Ziel der Harmonisierung der Gesamtrechtsordnung.<sup>399</sup> Letztlich läuft dies darauf hinaus, das Ziel der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung zu beschreiben.<sup>400</sup> Zu diesem Ziel trage die verfassungskonforme Auslegung bei. Gleichzeitig rechtfertige die Einheit der Rechtsordnung die verfassungskonforme Auslegung, da diese auch die Gesetzesanwendung im Einklang mit höheren Normen umfasse.<sup>401</sup>

Die Vorstellung vom Stufenbau der Rechtsordnung hat im Vergleich zu derjenigen der Einheit der Rechtsordnung mehr einen beschreibenden als einen teleologischen Charakter.

Vorstellen kann man sich die Rechtsordnung danach als eine Pyramide. Normen höherer Stufe sind Geltungsgrund für Normen niederer Stufe. Rangniedere Vorschriften müssen sich an ranghöheren Vorschriften messen lassen. HÖPFNER bezeichnet den „Derogationszusammenhang zwischen rangverschiedenen Normen“ als „notwendige [...] Voraussetzung der verfassungskonformen Auslegung“.<sup>402</sup> Soweit man auch individuell-konkrete Rechtssetzungsakte, wie etwa Gerichtsurteile, in das Stufenmodell einbezieht, gilt die Regel des Derogationszusammenhangs zwischen höher- und niederrangigen Normen allerdings nicht mehr uneingeschränkt.<sup>403</sup> „So ist ein (rechtskräftiges) Urteil durch ein Gesetz [...] nicht abänderbar oder aufhebbar, umgekehrt hat aber auch ein Urteil nicht die Kraft, Gesetze (generell) zu derogieren.“<sup>404</sup> Dem kann aber wiederum entgegengehalten werden, dass es dann gerade höherrangige Normen sind, die zum Beispiel die Bestandskraft eines Urteils trotz eines materiellen Verstoßes gegen die Rechtsordnung anordnen.

An dieser Stelle lässt sich der Begründungsansatz für die verfassungskonforme Auslegung wie folgt zusammenfassen: Da die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung anzustreben sei und einfache Gesetze nicht gegen die höherrangige Verfassung verstoßen dürfen, seien sie verfassungskonform auszulegen. Ob dieser Schluss zwingend ist, mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

#### *d) gesetzliche Verankerung*

Ausführlich behandelt PRÜMM die Frage der gesetzlichen Verankerung der verfassungskonformen Auslegung und resümiert, der Gesetzgeber habe die verfassungskonforme Auslegung 1970 durch die Neuformulierung der §§ 31 Abs. 2 und 79 Abs. 1 BVerfGG anerkannt.<sup>405</sup>

§ 79 Abs. 1 BVerfGG ermöglicht die Wiederaufnahme eines Verfahrens nach der StPO auch gegen ein rechtskräftiges Urteil, das auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem GG erklärt worden ist. Hier deutet laut PRÜMM schon der Wortlaut darauf hin, dass die

---

<sup>399</sup> Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 142.

<sup>400</sup> Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 146.

<sup>401</sup> Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 180-181.

<sup>402</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 191.

<sup>403</sup> Von Arnim/Brink, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz, 2001, S. 157-158.

<sup>404</sup> Von Arnim/Brink, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz, 2001, S. 158.

<sup>405</sup> Prüm, Verfassung und Methodik, 1977, S. 271.

Formulierung „Auslegung einer Norm“ sich auf die verfassungskonforme Auslegung bezieht, was er durch eine systematische Auslegung bestätigt sieht.<sup>406</sup>

§ 31 Abs. 2 BVerfGG regelt die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in dem Fall, in dem „das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem GG vereinbar oder unvereinbar oder nichtig erklärt“, sowie die Veröffentlichungspflicht im BGBl. Auch hier leitet PRÜMM aus einer systematischen Auslegung die Anerkennung der verfassungskonformen Auslegung her. Er zieht einen Vergleich zur Formulierung in § 79 Abs. 1 BVerfGG, wo von der Unvereinbarkeit einer Norm, der Nichtigkeit einer Norm und der Unvereinbarkeit einer Auslegung die Rede ist. Es könne unter „Vereinbarkeit“ in § 31 Abs. 2 BVerfGG das Gleiche verstanden werden wie unter „Unvereinbarkeit einer Auslegung“ in § 79 Abs. 1 BVerfGG.<sup>407</sup> Weiterhin deute die „Trennung von Gesetzeskraft und Veröffentlichungspflicht im BGBl.“ auf eine Anerkennung der verfassungskonformen Auslegung hin.<sup>408</sup> Diese Erkenntnisse sieht PRÜMM durch eine Betrachtung der Gesetzgebungsgeschichte der Normen bestätigt.<sup>409</sup>

Auch LEMBKE bestätigt die gesetzliche Anerkennung der verfassungskonformen Auslegung als Verwerfung möglicher Normdeutungen durch das Bundesverfassungsgericht durch den § 79 Abs. 1 BVerfGG für den Bereich des Strafrechts.<sup>410</sup> Allerdings sieht sie in den §§ 31 Abs. 2, 79 Abs. 1 BVerfGG letztlich noch keine ausreichende Grundlage für die Tenorierung einer Unvereinbarkeitserklärung durch das Bundesverfassungsgericht.<sup>411</sup>

## II. Vorstellung von der Rechtsordnung als Ganzer

### 1. Einheit der Rechtsordnung

Wie oben<sup>412</sup> erläutert, wird die verfassungskonforme Auslegung immer wieder mit der Einheit der Rechtsordnung begründet,<sup>413</sup> da die verfassungskonforme Auslegung zur Beseitigung von Widersprüchen beitrage. Diese Argumentation kann wohl auf die bereits erwähnte Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zurückgeführt werden, die eine maßgebliche Quelle bei der Beschäftigung mit der verfassungskonformen Auslegung ist: „Das Rechtssystem des Staates bildet eine Einheit, die von der Verfassung und den in ihr enthaltenen Grundgedanken beherrscht wird. Mithin ist nur eine solche Auslegung gesetzlicher Bestimmungen zulässig, die mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist, nicht aber eine solche, die ihr widerspricht.“<sup>414</sup> Sehr häufig ist zwar auch zu lesen, die Einheit der Rechtsordnung sei keine hinreichende Begründung für die Anerkennung der

---

<sup>406</sup> Prüm, Verfassung und Methodik, 1977, S. 27 ff.

<sup>407</sup> Prüm, Verfassung und Methodik, 1977, S. 31.

<sup>408</sup> Prüm, Verfassung und Methodik, 1977, S. 32-34.

<sup>409</sup> Prüm, Verfassung und Methodik, 1977, S. 35 ff.

<sup>410</sup> Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 99-100.

<sup>411</sup> Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 205-206.

<sup>412</sup> C. I. 2. c).

<sup>413</sup> Dies stellt auch Baldus fest, der seinerseits einige Fundstellen zusammenfasst, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 13, Fn. 14. Ebenso Geis, NVwZ, 1992, 1025-1031 (1026), Fn. 9.

<sup>414</sup> Bayer. VerfGH v. 13.2.1952 – Vf 3 V 51 in DÖV 1952, 374.

verfassungskonformen Auslegung.<sup>415</sup> Argument hierfür ist dann aber wiederum nicht eine Kritik an der Idee der Einheit der Rechtsordnung, sondern die Überlegung, dass die Einheit auch durch eine vollständige Kassation einer Norm gewahrt werden könne.

Die Betrachtung der Vorstellung von der Einheit der Rechtsordnung nehme ich exemplarisch vor. Anhand dieses Beispiels lässt sich gut zeigen, wie ein Begründungsmuster regelmäßig rezipiert, aber wenig hinterfragt wird.

## 2. Begriffsgeschichte, Zusammenhang zur Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz

Schon ein Blick in ein Rechtswörterbuch deutet an, dass sich keine präzise Beschreibung finden lässt, was unter der Einheit der Rechtsordnung zu verstehen ist. Danach bedeutete der Begriff „im 19. Jahrhundert vor allem das Bestreben um Vereinheitlichung des territorial und inhaltlich zersplitterten Rechts in Deutschland (Ergebnis zB StGB 1871, BGB 1896, HGB 1897). Heute meint man damit das Bemühen, trotz ausufernder Gesetzgebung begriffliche und systematische Unterschiede sowie Wertungsunterschiede zwischen verschiedenen Rechtsgebieten zu vermeiden“.<sup>416</sup>

Eine entsprechende Einordnung der noch früheren Verwendung des Begriffs nimmt auch GÖTZ LANDWEHR vor. Er betrachtet unter diesem Stichwort den Umgang mit dem Neben- bzw. Miteinander von göttlichem und weltlichem Recht ab dem 13. Jahrhundert bzw. von Privatrecht und öffentlichem Recht ab dem 17. Jahrhundert.<sup>417</sup>

Eine ausführliche Betrachtung der Entwicklung des Begriffs führt MANFRED BALDUS durch. Er selbst spricht von „Verwendungsanalyse“, um die Möglichkeit deutlich zu machen, auf diesem Wege auch verschiedene unter diesem Begriff versammelte Ideen identifizieren zu können.<sup>418</sup> Man könnte dieses Vorgehen auch als „Wortgebrauchsgeschichte“ bezeichnen.

Als Ausgangsbeobachtung stellt er fest: „Die verwirrende Vielfalt der Bedeutungsvarianten reicht von der Forderung nach Widerspruchsfreiheit und Lückenlosigkeit

---

<sup>415</sup> *Cornelius*, Gesetzesauslegung und verfassungsmäßige Wertordnung, 1968, S. 88; *Dawin*, Ungereimtheiten in der verfassungskonformen Auslegung, in: Die Dekanin der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hg.), Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung, 2003, S. 12 (Er bezieht sich jedoch auf die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.); *Vofskuble*, AöR 2000, 177-200 (183); *Kamanabrou*, Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich, 2021, S. 94.

<sup>416</sup> *Weber*, Rechtswörterbuch, 5. Edition 2021, Stichwort „Einheit der Rechtsordnung“ (beck-online).

<sup>417</sup> *Landwehr*, Die Einheit der Rechtsordnung in der Rechtsgeschichte, in: Schmidt (Hg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 31-60. In diesem Sinn bekommt der Begriff durchaus eine klare Kontur. Soweit mehrere Normgeber nebeneinander auftauchen, kann sich eine Person als Adressatin verschiedener Normgefüge betrachten. Daraus ergibt sich das Bedürfnis, diese Normgefüge in einer Weise „anzuordnen“, die sich insofern als Einheit darstellt, als mehrere Normgefüge für eine Person oder einen Lebenssachverhalt gleichermaßen maßgeblich sein können.

<sup>418</sup> *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 18.

über das Gebot der Gleichbehandlung bis hin zur Deutung als rechtslogisches, axiologisches oder moralisches Postulat.<sup>419</sup>

Hierbei arbeitet auch BALDUS Verwendungen des Begriffs der Einheit im Zusammenhang mit dem Umgang mit konkurrierenden Rechtsordnungen<sup>420</sup> neben Einheitsverständnissen der Rechtsordnung als im weitesten Sinne widerspruchsfreies Ganzes heraus. Für mich ist letztere Deutung von Interesse, da diese für die Begründung der verfassungskonformen Auslegung von Relevanz ist.

Insbesondere zeigt BALDUS einen Zusammenhang zwischen der Verwendung des Terminus der Einheit der Rechtsordnung und der Begründung der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz auf. Diesem dargelegten Zusammenhang gehe ich nach.

Ausgehend von ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUTS Wissenschaftsbegriff, der ein System geordneter Sätze unter einem verbindenden höheren Grundsatz voraussetzt, erläutert BALDUS, wie an der Wende zum 19. Jahrhundert zunehmend der Versuch unternommen wurde, auch Rechtssätze zunächst auf einige Prinzipien, später auf möglichst ein gemeinsames Prinzip zurückzuführen.<sup>421</sup> Dieser Gedanke taucht immer häufiger im Zusammenhang mit dem Begriff „System“ auf, das auf einen höchsten Grundsatz zuläuft. „Diese Einheit des Systems entsteht also, wenn eine Vielzahl von Sätzen in ein hierarchisch bestimmtes Verhältnis gebracht wird.“<sup>422</sup> BALDUS legt einen engen Zusammenhang zwischen dem Versuch, die Rechtsordnung entsprechend zu systematisieren, und der Rechtfertigung der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz dar. „Die fundamentale Bedeutung dieser Vorstellung einer auf den Stoff der Rechtswissenschaft, also an die Unzahl der Rechtssätze herangetragenen Form liegt in ihrer Funktion als Wissenschaftskriterium der Jurisprudenz.“<sup>423</sup>

Dies führt er vor allem auf eine Auseinandersetzung von Philosophen und Rechtswissenschaftlern mit dem Wissenschaftsbegriff IMMANUEL KANTS zurück.<sup>424</sup> BALDUS formuliert, man könne sich kaum mehr der Vermutung entziehen, „daß eine Wurzel des Begriffs der systematischen Einheit des positiven Rechts in den Wissenschaftsbegriff Kants hineinreicht“.<sup>425</sup> KANT selbst schreibt in seiner *Kritik der reinen Vernunft*, es sei die „systematische Einheit“, die „gemeine Erkenntnis allererst zur Wissenschaft“ mache.<sup>426</sup> „Unter der Regierung der Vernunft dürfen unsere Erkenntnisse überhaupt keine Rhapsodie, sondern sie müssen ein System ausmachen, in welchem sie allein die wesentlichen Zwecke derselben unterstützen und befördern können. Ich verstehe aber unter einem Systeme die Einheit der

---

<sup>419</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 13-14.

<sup>420</sup> So beschäftigt sich Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, mit der geforderten „kodifikationserzeugten Einheit des Rechts“ im Kodifikationsstreit zu Beginn des 19. Jahrhunderts, S. 53, bzw. allgemeiner mit dem Umgang mit dem Zustand der Rechtszersplitterung, S. 87-88. Zur Verwendung des Begriffs „im Sinne eines aus der Vielheit der Partikularrechte noch zu bildenden Normenkomplexes“ s. S. 120.

<sup>421</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 24 ff.

<sup>422</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 26.

<sup>423</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 30.

<sup>424</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 37-38. Baldus bezieht sich hier insbesondere auf das vom Felix Meiner Verlag stammende Sachverzeichnis (der hier ebenfalls zitierten Auflage), das jedoch die eigene Formulierung Kants im Wesentlichen wiedergibt.

<sup>425</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 47, s. insgesamt S. 24-49.

<sup>426</sup> Kant, Kritik der reinen Vernunft [1781/1787], 1956, A 832, B860.

mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee. Diese ist der Vernunftbegriff von der Form eines Ganzen, sofern durch denselben der Umfang des Mannigfaltigen sowohl, als die Stelle der Teile untereinander, a priori bestimmt wird.“<sup>427</sup>

Eine Betonung des Zusammenhangs zwischen dem Einheitsbegriff und der expliziten Betonung der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz zeigt BALDUS bei FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY. Die historische Rechtsschule um SAVIGNY habe einen „stoffimmanenten“<sup>428</sup> Einheitsbegriff. Danach werde eine Einheit „nicht erzeugt, sie haftet dem Recht vielmehr qua seiner Existenz, und zwar durch seine in der Geschichte liegenden Wurzeln schon an“.<sup>429</sup> Diese Einheit müsse sichtbar gemacht werden.<sup>430</sup> Später habe SAVIGNY diese Haltung noch ergänzt. Die Einheit müsse nicht nur enthüllt, sondern auch vollendet werden.<sup>431</sup> BALDUS verweist auf ein Kapitel aus SAVIGNYS „System des heutigen römischen Rechts“.<sup>432</sup> Dort beschreibt SAVIGNY die Professionalisierung der Jurisprudenz. Die Tätigkeit werde nach und nach geistiger und bilde sich zur Wissenschaft aus.<sup>433</sup> SAVIGNY erörtert das Verhältnis von Recht und Rechtswissenschaft. Ausgangspunkt sei hier, dass das Recht durch die Rechtswissenschaft dargestellt und „zum Bewußtseyn gebracht“ werde.<sup>434</sup> „In dieser letzten Function erscheint die Wissenschaft der Juristen zunächst als eine abhängige, ihren Stoff von außen empfangende. Indessen entsteht durch die dem Stoff gegebene wissenschaftliche Form, welche eine innenwohnende Einheit zu enthüllen und zu vollenden strebt, ein neues organisches Leben, welches bildend auf den Stoff selbst zurückwirkt, so daß auch aus der Wissenschaft als solcher eine neue Art der Rechtserzeugung unaufhaltsam hervorgeht. Wie wichtig und heilsam diese formelle Rückwirkung der Wissenschaft auf das Recht sein kann, ist auf den ersten Blick einleuchtend; allein sie ist auch nicht ohne Gefahren“.<sup>435</sup>

Diese Worte SAVIGNYS lassen sich aus heutiger Perspektive geradezu so lesen, als seien sie auf die verfassungskonforme Auslegung nach den mittlerweile etablierten Vorstellungen bezogen. Der wissenschaftliche Umgang mit dem Recht, als der zumeist auch der Auslegungsvorgang verstanden wird, soll zur Einheit der Rechtsordnung beitragen und wirkt somit auf diese ein. Die damit einhergehenden Gefahren werden heute mit Blick auf die Gewaltenteilung begründet, doch auch SAVIGNY ging es schon darum, dass der Rechtswissenschaftler aus seiner Rolle als Interpret fallen könnte.

Für das Ende des 19. Jahrhunderts zeigt BALDUS den Zusammenhang zwischen dem Gedanken der Einheit des Rechts und der Behauptung der Rechtswissenschaft als Wissenschaft unter anderem unter Berufung auf ADOLF MERKEL auf.<sup>436</sup> MERKEL beschreibt die „philosophische Arbeit“ als „allgemeines Element der wissenschaftlichen Thätigkeit“ und erläutert die philosophische Arbeit mit dem Recht: „Durch diese [...] werden die causalen Beziehungen dargelegt, welche unter

---

<sup>427</sup> *Kant*, Kritik der reinen Vernunft [1781/1787], 1956, A 832, B860.

<sup>428</sup> *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 61.

<sup>429</sup> *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 61.

<sup>430</sup> *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 62.

<sup>431</sup> *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 69.

<sup>432</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts [1840], 1973, § 14.

<sup>433</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts [1840], 1973, S. 46.

<sup>434</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts [1840], 1973, S. 46.

<sup>435</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts [1840], 1973, S. 46-47.

<sup>436</sup> *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 92.

den Einzelheiten im Umkreis unseres Wissens bestehen, und diese hierdurch für unsere Erkenntnis zu einem lebendigen, nach bestimmten Gesetzen sich entwickelnden Ganzen, verbunden. Dieser Weg zur Einheit geht [...] durch die Trennung, und jenes Aufsteigen vom Besonderen zum Allgemeinen“.<sup>437</sup> MERKEL sieht somit die Aufgabe der Rechtswissenschaft auch darin, eine Einheit durch die Herausstellung systematischer Gemeinsamkeiten der verschiedenen Teildisziplinen herzustellen.<sup>438</sup>

Dieses Einheitsverständnis entspricht nicht demjenigen, welches zur Begründung der verfassungskonformen Auslegung herangezogen wird. Es lässt sich eher unter dem Stichwort „Einheit der Rechtswissenschaft“ als unter „Einheit der Rechtsordnung“ einordnen. Dennoch unterstreicht der Aufsatz MERKELS die gedankliche Verbindung zwischen Überlegungen zur „Einheit“ und zur „Wissenschaft“.

Ähnlich verhält es sich mit den ebenfalls von BALDUS analysierten Erörterungen RUDOLF STAMMLERS.<sup>439</sup> STAMMLER setzt den Begriff der Einheit in einen eindeutigen Bezug zur Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz, bezieht sich aber auch weniger auf den Rechtsstoff als auf das methodische Vorgehen: „Wenn eine wissenschaftliche Betrachtung des Rechts sein soll, so ist das nur möglich, sofern eine einheitliche Art und Weise statthat, in der der so stark zersplitterte und so verschiedene Stoff der geschichtlichen Rechte aufgenommen und begriffen wird. Gäbe es keine gleichmäßige formale Art, jenes wilde, wirre Getümmel zusammenzuziehen und zu sichten, so wäre auch keine geordnete und wissenschaftliche Behandlung des Rechts möglich.“<sup>440</sup> Als Möglichkeit der Vereinheitlichung und Ordnung sieht STAMMLER die Bildung von rechtlichen Grundbegriffen.<sup>441</sup>

Besonders intensiv befasst BALDUS sich mit HANS KELSENS Theorie der Einheit der Rechtsordnung, die sich aus zwei Komponenten zusammensetzt, einer formalen und einer materiellen.<sup>442</sup> Mit der formalen Komponente bezeichnet BALDUS KELSENS bekannten Gedanken, dass alle Normen eines Rechtssystems auf eine (hypothetische) Grundnorm rückführbar sein sollen und somit ein Rechtssystem bilden. Dazu KELSEN: „Da die Grundnorm der Geltungsgrund aller zu einer und derselben Rechtsordnung gehörigen Normen ist, konstituiert sie die Einheit in der Vielheit dieser Normen. Diese Einheit drückt sich darin aus, daß eine Rechtsordnung in Rechtssätzen beschrieben werden kann, die sich nicht widersprechen.“<sup>443</sup> Letzterer Aspekt steht bereits an der Grenze zu dem, was BALDUS als materielle Einheit bei KELSEN bezeichnet.

Die Komponente der materiellen Einheit hänge mit der Frage möglicher inhaltlicher Widersprüche innerhalb einer Rechtsordnung zusammen. Hierzu finde sich, so BALDUS, in KELSENS Werk „ein ganzes Bündel von Aussagen“, diese ließen

---

<sup>437</sup> *Merkel*, Zeitschrift für das Privat- und das öffentliche Recht, 1874, 1-10 (6).

<sup>438</sup> Vgl. *Merkel*, Zeitschrift für das Privat- und das öffentliche Recht, 1874, 1-10 (8).

<sup>439</sup> *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 94 f., insb. S. 95.

<sup>440</sup> *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 183.

<sup>441</sup> *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 184.

<sup>442</sup> *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 160.

<sup>443</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre [1960], 2017, S. 368 (1960: S. 209).

sich jedoch nicht zu einem „in sich kohärenten Theorieelement zusammensetzen“.<sup>444</sup> BALDUS zeigt, wie sich KELSENS Position im Laufe der Zeit gewandelt hat. Lange sei KELSEN der Auffassung gewesen, Widersprüche seien möglichst durch Anwendung von Kollisionsregeln aufzulösen.<sup>445</sup> Hierbei ist jedoch der enge Widerspruchsbegriff KELSENS bei den von BALDUS in Bezug genommenen Stellen zu beachten.

Einen Widerspruch sieht KELSEN in seiner *Reinen Rechtslehre* nur als gegeben, wenn verschiedene Normen nicht gleichzeitig zu befolgende Befehle enthalten, nicht etwa schon, wenn den Normen zugrundeliegende prinzipielle Erwägungen nicht konsistent sind.<sup>446</sup> Dazu schreibt KELSEN: „Da aber die Erkenntnis des Rechts – wie jede Erkenntnis – ihren Gegenstand als sinnvolles Ganze[s] zu begreifen und in widerspruchlosen Sätzen zu beschreiben sucht, geht sie von der Annahme aus, daß Normenkonflikte innerhalb des ihr gegebenen – richtiger, aufgegebenen – Normenmaterials im Wege der Interpretation gelöst werden können und gelöst werden müssen.“<sup>447</sup>

Später, so BALDUS, gehe KELSEN davon aus, Interpretation könne nicht die Lösung eines Normkonflikts leisten, da diese nur Rechtserkenntnis, nicht aber Rechtserzeugung sei.<sup>448</sup> Hierbei beruft BALDUS sich vor allem auf KELSENS „Theorie der Normen“, die 1979 posthum veröffentlicht wurde.<sup>449</sup> Dort schreibt KELSEN: „Keinesfalls kann ein Normenkonflikt – wie das allerdings vielfach angenommen wird – im Wege wissenschaftlicher Interpretation gelöst werden; etwa indem man behauptet, im Falle eines Normenkonfliktes ist jene Norm zu befolgen, durch deren Befolgung ein größeres Übel vermieden wird als jenes, das durch die Befolgung der anderen Norm verursacht wird.“<sup>450</sup> Kurz darauf bestätigend: „Da Interpretation von Rechtsnormen Rechtserkenntnis ist, Erkenntnis des Rechts aber ebenso wenig Rechtsnormen erzeugen, d. h. in Geltung setzen, die Geltung von Rechtsnormen aufheben kann, kann Interpretation die Lösung eines Normenkonfliktes nicht leisten. Was aber das rechtsanwendende Organ im Fall eines Konfliktes zwischen zwei generellen Rechtsnormen tun kann, ist nur: sich in einem Willensakt für die Anwendung der einen oder der anderen der beiden Normen entscheiden, wobei aber der Konflikt zwischen den beiden generellen Rechtsnormen bestehen bleibt.“<sup>451</sup> Die Idee, durch verfassungskonforme Auslegung Einheit durch Interpretation zu erreichen, ist mit dieser Position KELSENS jedenfalls nicht vereinbar.

BALDUS betrachtet auch KELSENS Wissenschaftsbegriff. Hierbei zeigt er die Ähnlichkeit zu IMMANUEL KANTS wissenschaftstheoretischen Ideen: „Die Grundnorm Kelsens hat ebenso wie die Kantische transzendente Idee als Spitze einer

---

<sup>444</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 149.

<sup>445</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 151.

<sup>446</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre [1960], 2017, S. 368 (S. 209).

<sup>447</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre [1960], 2017, S. 369 (S. 210).

<sup>448</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 152-153; Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 179.

<sup>449</sup> Kelsen weist explizit auf die Revision seiner eigenen Position hin, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 169.

<sup>450</sup> Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 168.

<sup>451</sup> Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 179.

stufenweise erzeugten Architektonik des Systems eine einheitsstiftende Funktion.<sup>452</sup> Eine „Einheit juristischer Erkenntnis“ im Sinne eines widerspruchsfreien Systems herzustellen, so BALDUS, erhebe KELSEN sogar zum „Wissenschaftskriterium der Jurisprudenz“.<sup>453</sup> BALDUS bezieht sich hierbei auf eine Äußerung KELSENS aus *Das Problem der Souveränität*. Dort schreibt KELSEN: „Hier genügt die Feststellung, daß die Jurisprudenz in demselben Maße Wissenschaft wird, als sie dem Postulate der Einheit ihrer Erkenntnis genügt, als es ihr gelingt, alles Recht als einheitliches System zu begreifen.“<sup>454</sup> Der Kontext der Äußerung ist hier aber von Bedeutung. Dieser wird von BALDUS nicht erläutert, bestätigt jedoch durchaus seine eigenen Ausführungen. KELSEN wendet sich gegen eine dualistische, bzw. – wie er selbst sagt – pluralistische Konstruktion des Völkerrechts, die „dieses Normensystem als von der staatlichen Rechtsordnung unabhängig, mit dieser gleichzeitig in Geltung stehend behauptet“.<sup>455</sup> Der Begriff der Einheit bezieht sich somit zunächst nur auf die Definition des Gegenstandes der wissenschaftlichen Bearbeitung. Dies zeigt noch einmal besonders die Parallelität zu KANTS Wissenschaftsbegriff.

Zuletzt befasst sich BALDUS mit Vertretern der Weimarer Staatsrechtslehre, die KELSENS Lehren „außergewöhnlich hart kritisiert“ haben, so auch mit HERMANN HELLER.<sup>456</sup> Laut HELLER kann Normativität nicht völlig losgelöst von realen Verhältnissen gedacht werden: „Eine Einheit der staatlichen Rechtsordnung gibt es nur, weil und soweit es eine reale staatliche Herrschaftseinheit gibt, ein Normensystem des Staates gibt es nur, weil und soweit es ein wirkliches Herrschaftssystem des Staates gibt, eine Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung gibt es nur, weil und soweit Widersprüche der Rechtsordnung eine die Herrschaftseinheit bedrohende tatsächliche Unordnung bedeuten würden, und eine ‚spezifische juristisch-normative Einheit‘ des Staates gibt es nur, weil es eine wirkliche soziologische Staatseinheit gibt.“<sup>457</sup> An anderer Stelle bekräftigt er, die „Vorstellung von der Rechtsordnung als einem einheitlichen, geschlossenen, lückenlosen System von Rechtssätzen [...] konnte nicht konzipiert werden, bevor nicht im 16. bis 19. Jahrhundert das Staatsgebiet zum einheitlichen Rechtsgebiet und die Staatsgewalt zur Entscheidungs- und Wirkungseinheit auf ihrem Gebiet geworden war“.<sup>458</sup> Für HELLER lässt sich auch die juristische Dogmatik nur „wirklichkeitswissenschaftlich verstehen und erklären“,<sup>459</sup> methodisch sei sie jedoch „eine Normwissenschaft“.<sup>460</sup> Somit bekommt auch nach HELLERS Vorstellung „der juristische Dogmatiker die Aufgabe, möglichst alle vorhandenen Rechtssätze als den einheitlichen und widerspruchslosen Willensausdruck eines einzigen Gesetzgebers zu denken, mögen diese Rechtssätze auch noch so verschiedenen Quellen und Zeiten entstammen. Niemals aber ist dem Juristen das geschlossene, lücken- und widerspruchslose

---

<sup>452</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 149.

<sup>453</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 150. Die Widerspruchsfreiheit erwähnt Baldus nur im Satz davor, auf den er jedoch Bezug nimmt.

<sup>454</sup> Kelsen, das Problem der Souveränität [1928], 1981, S. 152.

<sup>455</sup> Kelsen, das Problem der Souveränität [1928], 1981, S. 152.

<sup>456</sup> Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 162.

<sup>457</sup> Heller, Staat [1931], in: Gesammelte Schriften III, 1985, S. 20.

<sup>458</sup> Heller, Staatslehre [1934], 1983, S. 300.

<sup>459</sup> Heller, Staatslehre [1934], 1983, S. 298.

<sup>460</sup> Heller, Staatslehre [1934], 1983, S. 297.

Rechtssystem als fertige, vorgefundene Realität gegeben [...]“<sup>461</sup> Die widerspruchsfreie Rechtsordnung im materiellen Sinne, also die auch der verfassungskonformen Auslegung zugrundeliegende Einheitsvorstellung, findet sich bei HELLER demnach durchaus. Allerdings formuliert er sie als Zielvorstellung der juristisch-dogmatischen Arbeit und setzt sie gerade nicht als gegeben voraus.

Den Zusammenhang zwischen der Einheit der Rechtsordnung als solcher – in Abgrenzung zur Einheit juristischer Erkenntnis im Sinne KELSENS – und der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz stellt auch KARL ENGISCH her.<sup>462</sup> Dessen Schrift *Die Einheit der Rechtsordnung* von 1935 kann als maßgeblicher Bezugspunkt gelten, wenn heute über die Einheit der Rechtsordnung im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung gesprochen wird: „[W]enn irgend etwas der Rechtsdogmatik den von ihr begehrten Rang einer echten Wissenschaft – wir dürfen sogar noch anspruchsvoller sagen: den Rang der Wertungswissenschaft par excellence – zu sichern geeignet ist, so ist es die beherrschende Bedeutung des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung, neben dem freilich noch das mit ihm in Beziehung stehende aber auch wieder von ihm zu unterscheidende Prinzip der Geschlossenheit (der normativen – nicht logischen – Lückenlosigkeit) der Rechts- (nicht der Gesetzes)ordnung zu nennen wäre.“<sup>463</sup>

Der Gedanke der Beziehung zwischen der Einheit der Rechtsordnung und der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz verstetigt sich. CLAUS-WILHELM CANARIS meint schließlich, indem man die Jurisprudenz als Wissenschaft betreibt, setze man die Einheit der Rechtsordnung als selbstverständlich voraus.<sup>464</sup>

Und auch jenseits der von BALDUS zusammengetragenen Beispiele finden sich in jüngerer Literatur Beispiele der (selbstverständlichen) Verknüpfung der Einheitsidee mit dem Wissenschaftsbegriff. Auf die Spitze treibt diese Idee HELGE SODAN, wenn er meint, dass „bereits wissenschaftstheoretische Grundsätze das Prinzip der Rechtseinheit als vorpositives Prinzip jeder Verfassung“ erforderten.<sup>465</sup> SODAN führt aus: „Einheit der Wissenschaft erfordert nach dem Schluß vom Allgemeinen auf das Besondere die Einheit der Rechtswissenschaft(en). Die Einheit einer Wissenschaft gebietet die Widerspruchsfreiheit ihrer Positionen und Begriffe.“<sup>466</sup> Daraus ergibt sich für SODAN auch die Einheit der Rechtsordnung im Sinne einer Widerspruchsfreiheit sowie Systemgerechtigkeit aller einzelnen Rechtssätze einer Rechtsordnung“.<sup>467</sup> Diese Argumentation ist leicht angreifbar. Dass die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft sein soll, wird einfach unterstellt. Auch bleibt offen, was überhaupt eine Wissenschaft ist.

SODAN nimmt außerdem keine Differenzierung zwischen den Erkenntnissen einer Wissenschaft und ihrem Gegenstand, nämlich der Rechtsordnung, vor. Die Argumentation mutet an, als wolle man von der Tatsache, dass die Biologie eine Wissenschaft ist, auf Eigenschaften der Natur schließen. Womöglich wurde SODAN

---

<sup>461</sup> Heller, Staatslehre [1934], 1983, S. 300.

<sup>462</sup> Vgl. Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 185.

<sup>463</sup> Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 1.

<sup>464</sup> Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983 [1969], S. 13.

<sup>465</sup> Sodan, JZ 1999, 864–873 (864).

<sup>466</sup> Sodan, JZ 1999, 864–873 (867).

<sup>467</sup> Sodan, JZ 1999, 864–873 (866).

von einem aristotelischen Wissenschaftsbegriff inspiriert, wonach von der Beschaffenheit eines Gegenstandes auf dessen Tauglichkeit als Wissenschaftsobjekt geschlossen wird.<sup>468</sup> Dies ist aber nur eine Theorie unter vielen. Vor allem aber wird vom Gegenstand auf die Wissenschaft geschlossen und nicht umgekehrt. Im Ergebnis ist SODANS Beitrag dennoch ein Hinweis darauf, dass in seiner Vorstellung ein Zusammenhang zwischen der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz und der Einheit der Rechtsordnung besteht.

Zusammenfassend zeigt BALDUS' Wortgebrauchsgeschichte, dass unter dem Stichwort der „Einheit der Rechtsordnung“ verschiedene Probleme diskutiert wurden, sich jedoch mit der Zeit eine Tendenz abzeichnet, darunter eine Einheit im Sinne einer widerspruchlosen Rechtsordnung zu verstehen. Für diese Arbeit interessierte dabei vor allem die umfangreiche Zusammenstellung von Quellen, die nachvollziehbar dieses „moderne“ Einheitsverständnis darlegen.

Bemerkenswert ist insbesondere der von BALDUS beobachtete Zusammenhang zwischen der Befassung mit der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz und der Befassung mit dem Einheitsbegriff. Diesen Zusammenhang sehe ich bestätigt.

Dabei ist eine Differenzierung besonders wichtig. Der Einheitsbegriff bezieht sich – soweit er auch zur Begründung der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz dient – überwiegend auf die Betrachtung des Rechts, die nach einer bestimmten Systematik ablaufen soll. Gleichwohl bleibt der Bezug zwischen der Begründung der Wissenschaftlichkeit und dem Einheitsbegriff auch dort erhalten, wo letzterer sich wirklich auf die Rechtsordnung als solche und nicht mehr nur auf die Betrachtung derselben bezieht. Dass die genannte Differenzierung regelmäßig nicht genau betrieben wird, könnte gerade die Ursache für diese Ausweitung des „wissenschaftlichen“ Einheitsverständnisses sein.

Diese Beobachtung ist für die Betrachtung der verfassungskonformen Auslegung interessant, die unter anderem unter Berufung auf die Einheit der Rechtsordnung gerechtfertigt wird. Durch die Herausstellung der verfassungskonformen Auslegung als formaler<sup>469</sup> Vorgang werden eine besondere Objektivität und – damit verbunden – eine besondere Wissenschaftlichkeit suggeriert. Die Betonung der Einheit eines Gegenstandes und des formalen Umgangs mit demselben sowie die Herausstellung des eigenen Vorgehens als wissenschaftlich sind eng miteinander verknüpft.

### 3. Methodische Folgerungen

Schon die Ausführungen zur Begriffsgeschichte weisen darauf hin, dass die konkreten methodischen Forderungen, die sich aus der Idee der Einheit der Rechtsordnung ergeben sollen, kaum benannt werden. Als Versuch, diese herauszuarbeiten, kann CANARIS' Schrift *Systemdenken und Systembegriff in der*

---

<sup>468</sup> Vgl. Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, in: Kaufmann et al. (Hg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2011, S. 387. Nach Neumann kann die Rechtswissenschaft jedoch „diesem Begriff nur genügen, soweit sie von der Idee einer vorgegebenen Ordnung unwandelbarer Rechtsprinzipien ausgeht“.

<sup>469</sup> S. zur Beschreibung eines Vorgehens als „formal“ insb. D. II.

*Jurisprudenz* eingeordnet werden. Aus diesem Werk stammt auch die gerne zitierte<sup>470</sup> pauschale Aussage, der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung gehöre „zum gesicherten Bestand rechtsphilosophischer Einsichten“,<sup>471</sup> die aber noch keine Hinweise auf den Inhalt dieses Gedankens liefert.

CANARIS benennt die Merkmale „Ordnung“ und „Einheit“ als diejenigen, die allen Definitionen des Begriffs „System“ gemein sind.<sup>472</sup> Die Ordnung beschreibe eine „begründete Folgerichtigkeit“.<sup>473</sup> „Was sodann die Einheit angeht, so modifiziert dieses Element das der Ordnung dahingehend, daß jene nicht in eine Fülle unzusammenhängender Einzelheiten zerfallen darf, sondern sich auf wenige tragende Grundprinzipien zurückführen lassen muß.“<sup>474</sup> Diese einheitsstiftenden Grundprinzipien sollen dann dazu dienen, Normen daran orientiert auszulegen, Wertungswidersprüche zu erkennen und Lücken festzustellen.<sup>475</sup> Die Aufgabe des Rechtsanwenders bestehe damit dann vor allem darin, über die Einheit „zu wachen“.<sup>476</sup>

Dass die Rechtsordnung selbst schon geschlossen, vollständig und einheitlich bzw. widerspruchsfrei ist, wird selten angenommen.<sup>477</sup> Vielmehr wird immer wieder betont, die Rechtsordnung sei so, wie sie ist (gemeint ist dann meistens die geschriebene Rechtsordnung), eben nicht vollkommen einheitlich und widerspruchsfrei.<sup>478</sup> Es werde deshalb zur Aufgabe des Rechtsanwenders, auf eine Einheit hinzuwirken. ROLF WANK etwa versteht unter einer Auslegung im Sinne der Einheit der Rechtsordnung, dass „Vorschriften inhaltlich so ausgelegt werden

---

<sup>470</sup> S. etwa *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 8; *Peine*, Das Recht als System, 1983, S. 17, *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 15.

<sup>471</sup> *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983 [1969], S. 16.

<sup>472</sup> Dieses methodische Vorgehen kritisiert *Peine*. *Canaris* habe nicht hinreichend dargelegt, ob die Elemente „Einheit“ und „Ordnung“ in verschiedenen Systemdefinitionen auch dieselbe Bedeutung haben; *Peine*, Das Recht als System, 1983, S. 20-21. Vor allem aber seien die beiden Begriffe einer abstrakten Inhaltsbestimmung gar nicht zugänglich, da sie stets von einem Prinzip anhängig seien, durch das Einheit oder Ordnung gestiftet werden soll; *Peine*, Das Recht als System, 1983, S. 22. Auch *Wieacker*, Rechtstheorie 1970, 107-119 (119) meint, *Canaris*' Systembegriff sei „schlechthin und ausschließend nicht verifizierbar“.

<sup>473</sup> *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983 [1969], S. 12.

<sup>474</sup> *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983 [1969], S. 12-13; auf S. 46 spricht *Canaris* von „Grundgedanken“.

<sup>475</sup> Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983 [1969], S. 86 f., 157.

<sup>476</sup> So die Formulierung bzw. Interpretation *Wieackers*, Rechtstheorie 1970, 107-119 (119), der dieser Forderung grundsätzlich zustimmt, allerdings meint, man müsse über das Ausmaß diskutieren.

<sup>477</sup> Anders lässt sich allenfalls *Esser*, *RabelsZ* 1969, 757-761 (761), verstehen, wenn er meint, „das System als ‚wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit der Rechtsordnung‘“ lasse sich „auch im reinen Spruchrecht nachweisen“ oder wenn er formuliert: „In historischer Sicht sind es die auch von *Canaris* als systemtragend dargestellten Rechtsgrundsätze oder Prinzipien, welche diese Einheit verbürgen.“, *RabelsZ* 1969, 757-761 (758). An anderer Stelle spricht aber auch *Esser* nur von einer „Rücksicht [des Rechtsanwenders] auf die notwendige Einheit des Ordnungswerkes als eine solche Einheit postulierenden Rechtssystems“, *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 122.

<sup>478</sup> *Grimm*, *AcP* 1971, 266-269 (267) meint in seiner Rezension zu *Canaris*' „Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz“, dieser begegne „der Schwierigkeit, seine Prämisse von der Einheit der Rechtsordnung bestätigen zu müssen, ohne diese doch im positiven Recht nachweisen zu können“. *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 2016, S. 95, 173, 474 f. betonen gleich mehrfach, die Rechtsordnung sei in der Realität nicht einheitlich und widerspruchsfrei. Auch *Peine*, *Das Recht als System*, 1983, S. 26, meinte, es gebe keine „innere Einheit der Rechtsordnung“; ähnlich *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, S. 25.

müssen, dass sie mit den Wertungen der anderen Vorschriften im Rahmen der Gesamtrechtsordnung übereinstimmen“,<sup>479</sup> Widersprüche müssten wegen des Gedankens, „dass alle Vorschriften der Rechtsordnung in einem inneren Zusammenhang stehen“, vermieden werden.<sup>480</sup>

RÜTHERS/FISCHER/BIRK bemühen sich, zumindest die Folgen aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung für die Auslegung etwas konkreter zu machen, und meinen, es könnten so „Konflikte den inneren Systems der Rechtsordnung“<sup>481</sup> beseitigt werden. Letztlich bleibt dennoch unklar, worin nun der originäre Gehalt des Gedankens liegt. Die Einheit wird als „ideal gedachter, gesuchter, nicht aber real vorhandener Orientierungspunkt der Interpretation“<sup>482</sup> beschrieben, als „methodischer Hilfsbegriff des Rechtsanwenders, mit dem festgestellte Wertungswidersprüche überwunden oder ‚Gesetzeslücken‘ ausgefüllt werden können“,<sup>483</sup> sie sei durch „eine harmonisierende Interpretation erst herzustellen“.<sup>484</sup> Schließlich wird aber faktisch eingeräumt, dass es sich nicht wirklich um ein inhaltliches Argument bei der Rechtsanwendung handelt: „Aus dem Gesagten folgt, daß die Argumentation mit der ‚Einheit‘ einer gesetzlichen Regelung häufig keinen objektiv vorhandenen Wertmaßstab angibt, sondern auf die in Anspruch genommene Kompetenz des Gerichts hinweist, vorhandene Widersprüche und Kollisionslücken nach dem eigenen richterlichen Verständnis- und Vorverständnis-horizont auszuräumen.“<sup>485</sup>

ENGISCH bezeichnet die Idee der Einheit der Rechtsordnung als „Axiom“ und als „Postulat“ juristischer Arbeit. „Als Axiom fungiert unser Prinzip dort, wo die Einheit bewußt oder versteckt als vorhanden unterstellt und juristischen Erwägungen zugrunde gelegt wird. [...] Als Postulat dagegen fungiert das Einheitsprinzip dort, wo die Einheit zunächst vermißt und erst in der juristischen Arbeit hergestellt wird [...].“<sup>486</sup> An anderer Stelle formuliert er: „Sie [die These, dass man immer das ganze Gesetzbuch anwendet, sobald man einen Paragraphen anwendet] bringt aber den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung zum Ausdruck, der sich in unserem Zusammenhang dahin auswirkt, dass die juristischen Obersätze aus dem ganzen Gesetz, ja darüber hinaus auch unter Zuhilfenahme anderer Gesetze aufzubauen sind. Es ist dabei vorausgesetzt, dass die Rechtssätze innerhalb einer Rechtsordnung einen homogenen und harmonisch zusammenhängenden Komplex von Rechtsgedanken enthalten.“<sup>487</sup>

Insgesamt lassen sich die methodischen Anweisungen, die aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung resultieren sollen, so zusammenfassen, dass Normen so ausgelegt werden sollen, dass Widersprüche innerhalb der Rechtsordnung vermieden werden.

---

<sup>479</sup> *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 252.

<sup>480</sup> *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 253.

<sup>481</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2016, S. 169.

<sup>482</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2016, S. 173.

<sup>483</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2016, S. 174.

<sup>484</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2016, S. 477.

<sup>485</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2016, S. 476.

<sup>486</sup> *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 69.

<sup>487</sup> *Engisch*, Einführung in das juristische Denken [1956], 2010, S. 119.

Dies ergibt sich aber in gewissem Maße auch aus der Verfassung, namentlich aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG. Welcher eigenständige methodische Gehalt sich aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung herleiten lässt, ist nicht ersichtlich.

#### 4. Karl Engisch als Hauptbezugspunkt

Bei der Auseinandersetzung mit methodischen Folgerungen aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung führen die Wege immer wieder zu KARL ENGISCH und seiner *Einheit der Rechtsordnung*, seiner Antrittsvorlesung in Heidelberg von 1935.<sup>488</sup> ENGISCH selbst hat später an anderer Stelle auch einen Zusammenhang zwischen der verfassungskonformen Auslegung und der Einheit der Rechtsordnung hergestellt: „Dieser eigentümliche Auslegungskanon lässt sich wohl am ehesten verständlich machen und legitimieren als Anwendungsfall des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung und der mit ihm in Zusammenhang stehenden ‚systematischen Auslegung‘.“<sup>489</sup>

Bei intensiverer Auseinandersetzung mit der Literatur zur Einheit der Rechtsordnung im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung zeigt sich (vor allem bei der älteren Literatur), dass ENGISCH als zentrale Quelle der theoretischen Grundlage dient.<sup>490</sup> Dies gilt auch für die Autorinnen und Autoren, die die Einheit der Rechtsordnung deshalb nicht als hinreichendes Argument zur Begründung der verfassungskonformen Auslegung betrachten, weil diese Einheit auch durch eine Teilkassation gewahrt werden könne (so eher jüngere Werke).<sup>491</sup> Auch diese Argumentation erkennt implizit zumindest die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung als eine Funktion der verfassungskonformen Auslegung an.

---

<sup>488</sup> Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 2016, S. 173, Fn. 372; Sodan, *JZ* 1999, 864–873 (864); Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2020, S. 166, stellt fest, der „Topos“ sei „durch Karl Engisch berühmt geworden“. Besonders bemerkenswert ist der nicht weiter kommentierte Verweis in Rütters, *JZ* 2006, 53–60 (53), da Rütters in diesem Artikel gerade die Bedeutung der Methodenlehre bei politischen Systemwechseln hervorhebt und auf die Gefahren einer sich vom Gesetz entfernenden Auslegung hinweist.

<sup>489</sup> Engisch, *Einführung in das juristische Denken* [1956], 2010, S. 119.

<sup>490</sup> Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, 1963, S. 229; Bogs, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, 1966, S. 22, spricht von Engischs „grundlegende[m] Werk“; Spanner, *AöR* 1966, 503–536 (503); Göldner, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, 1969, S. 53 f.; Campiche, *Die verfassungskonforme Auslegung*, 1978, S. 12, wenn er auch die Einheit der Rechtsordnung nicht als hinreichendes Argument betrachtet; Eckardt, *Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung*, 1964, S. 40, zitiert Engisch, kurz bevor er die Einheit der Rechtsordnung als Rechtfertigung zur Schließung von Gesetzeslücken anführt, S. 44, weshalb durchaus ein Zusammenhang hergestellt werden kann; Park, *Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung*, 1999, S. 100, bezieht sich im Zusammenhang mit der Einheit der Rechtsordnung auf Engischs „Einführung in das juristische Denken“. Auch Baldus, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1995, S. 22–23, stellt fest, dass Engischs Schrift „ein Bedeutungsgelbalt zuwuchs, an dem sich selbst noch die gegenwärtige Rechtswissenschaft orientiert“ und zitiert hierbei vor allem Autoren, die in der Auseinandersetzung mit der verfassungskonformen Auslegung auf Engisch verweisen, Fn. 6, die wiederum auf Fn. 14 und 16 verweist.

<sup>491</sup> Voßkuhle, *AöR* 2000, 177–200 (183) bezeichnet Engischs Werk ebenfalls als „[g]rundlegend“; anders etwa Kamanabrou, *Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich*, 2021, S. 94, die Engischs „Einheit der Rechtsordnung“ nicht erwähnt, obwohl sie das Begründungsmuster aufgreift.

Dass ein möglicher Ursprung eines Gedankens immer wieder auftaucht, ist für sich genommen nicht problematisch. Gleichwohl besteht die Gefahr einer ständig weitergeführten Rezeption, die ihren Ursprung weder identifiziert noch kritisch befragt.

Neben dieser grundsätzlichen Erwägung sollte zumindest das Erscheinungsjahr von ENGISCHS *Einheit der Rechtsordnung*, nämlich 1935, Anlass einer genaueren Betrachtung sein.

KARL ENGISCHS Rolle im Nationalsozialismus seriös zu beurteilen, bedürfte einer vertieften Untersuchung. Das ist hier aber nicht der entscheidende Punkt. Allgemein wird ihm eine verhältnismäßig (als Maßstab dürfte hier die Gruppe der deutschen Rechtslehrer insgesamt gelten) große Distanz zur nationalsozialistischen Ideologie<sup>492</sup> attestiert. Wie vorsichtig dieser Aspekt behandelt wird, hängt von der Quelle ab, die man heranzieht. So ist an einer Stelle von einer „kritische[n] Distanz zur neuen Rechtsordnung und zum politischen System“<sup>493</sup> die Rede, während ARTHUR KAUFMANN urteilt: „Gewiß war er keine politische Natur, und er hat den Nationalsozialismus nicht von Anfang an als das durchschaut, was er war. Aber er war ein wissenschaftlicher Geist hohen Grades, so daß ihm nichts in die Feder geflossen ist, dessen er sich hinterher hätte schämen müssen.“<sup>494</sup>

Ganz konkret zu ENGISCHS *Einheit der Rechtsordnung* äußert sich KARSTEN SCHMIDT, der meint, die Schrift sei „trotz des verfänglichen Entstehungszeitpunkts wahrhaftig kein Aufruf zu nationalsozialistischem Gleichschritt des Rechts.“<sup>495</sup>

So mögen Sätze wie „aber verkehrt wäre es, darum dem gerichtlichen Urteil einen stärkeren Anspruch auf den Titel ‚Recht‘ zuzuerkennen als etwa dem Gesetze, das man für die neue staatsrechtliche Situation treffend als Führerbefehl auffaßt und schon aus diesem Grunde mit besonderem Ansehen ausstatten muß“ aus Gründen der Opportunität in den Vortrag eingeflossen sein, ohne jedoch den Inhalt maßgeblich zu prägen. Sie vollständig zu ignorieren, fällt dennoch schwer.

Eine grundlegende Frage in der Antrittsvorlesung ist außerdem, „wie das alte, von liberal-rechtsstaatlichem Staatsverständnis getragene, Recht im autoritären Führerstaat zu handhaben sei“.<sup>496</sup> Dies spricht dafür, dass das Datum der Rede keinesfalls beliebig ist, also die Rede in dieser Form eben nicht genauso gut zu einem anderen Zeitpunkt hätte gehalten werden können.

Umso interessanter ist es, dass ENGISCH später unter Geltung des Grundgesetzes anmerkt: „Eine weniger weitgehende Gestalt der Anpassung des alten Rechts an die neue Gesamtrechtssituation wäre die [...] ‚verfassungskonforme Auslegung‘, soweit diese sich auf ‚vorkonstitutionelles Recht‘ bezieht und dieses nicht nur im engeren Sinne ‚auslegt‘, sondern auch ‚fortbildet‘ mit dem Ziel, es inhaltlich mit den

---

<sup>492</sup> Dieser Begriff ist in diesem Zusammenhang mit Vorsicht zu verwenden, da er ein gewisses Maß an Kohärenz und eine breite gemeinsame „Wertbasis“ suggeriert.

<sup>493</sup> *Engisch*, Einführung in das juristische Denken [1956] (Nachwort der Herausgeber), 2010, S. 335. „Anders als die meisten Kollegen scheute er sich nicht, weiterhin jüdische Autoren in seinen Werken zu zitieren.“

<sup>494</sup> *Kaufmann*, JZ 1991, 30-31 (31); voll des Lobes auch in ARSP, 267-269 (267).

<sup>495</sup> *Schmidt*, Einheit der Rechtsordnung – Realität? Aufgabe? Illusion?, in: Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 9.

<sup>496</sup> *Maschke*, Gerechtigkeit durch Methode, 1993, S. 176.

Grundsätzen der jetzt geltenden Verfassung und der im Einklang mit ihr interpretierten Gesetze in Übereinstimmung zu bringen.“<sup>497</sup>

HÖPFNER leitet seine Ausführungen zur verfassungskonformen Auslegung mit einem Hinweis auf den möglichen Missbrauch der Grundidee ein und stellt dar, wie besonders im nationalsozialistischen Staat systemkonforme Auslegung gefordert wurde.<sup>498</sup>

Sowohl der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung als auch das Konzept der verfassungskonformen Auslegung können bei einem Systemwechsel herangezogen werden, um eine schnelle Durchdringung der gesamten Rechtsordnung mit neuen Grundsätzen zu bewirken. Dies kann aber noch nicht Grund genug für eine Ablehnung sein.

In einer pluralistischen und demokratischen Gesellschaft muss nicht nur die Möglichkeit des Missbrauchs Zweifel an der Idee der Einheit der Rechtsordnung aufkommen lassen. Eine vollkommene Widerspruchsfreiheit kann kaum anzustreben sein, wenn die Grundprinzipien (Gerechtigkeit, Gleichheit etc.) so abstrakter Natur sind, dass eine Abwägung im Einzelfall (bzw. in der einfachgesetzlichen Regelung) jeweils völlig unterschiedlich ausfallen kann.

Eine solche Kritik ist bereits herausgearbeitet worden. OLIVER LEPSIUS hat eine sehr zutreffende, pointierte Kritik der Ausrichtung rechtswissenschaftlichen Arbeitens an der Einheitsidee formuliert:

„Die Einheit der Rechtsordnung kann kein sinnvolles Ziel wissenschaftlicher Arbeit mehr sein, weil sie dem Relativismus, der Kompromißhaftigkeit, der institutionellen Differenzierung und dem Zeitbezug zuwider läuft. Von einer demokratischen Rechtsordnung darf eine Einheit oder Widerspruchsfreiheit in der Rechtserzeugung nicht erwartet werden – jedenfalls nicht im Sinne einer materiellen Einheit, wie es in der Regel in Deutschland verstanden wird. Nur als Kompetenzordnung ist in der Demokratie eine Einheit in der Rechtsordnung denkbar. Wenn gar von der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung die Rede ist – das Bundesverfassungsgericht hat sich einmal zu dieser Formel verstiegen und meinte sogar, sie dem Grundgesetz entnehmen zu können – dann sollte die Wissenschaft derlei Erwartungen oder Interpretationen entgegentreten. [...] Nicht Rechtsharmonisierung, materielle Rechtseinheit oder Systemgerechtigkeit sollten dann wissenschaftliche Ziele sein, sondern ein dynamisches Verständnis des positiven Rechts, das den Pluralismus der Rechtserzeugungsorgane und ihrer Rechtsdeutungen ernst nimmt und eine kohärente Systematik nicht erwartet.“<sup>499</sup>

Auch FRANZ REIMER weist auf eine Notwendigkeit der inneren Pluralität der Rechtsordnung hin, weshalb das „Einheitspostulat“ nur „mit größter Vorsicht“ zu gebrauchen sei.<sup>500</sup>

---

<sup>497</sup> *Engisch*, Einführung in das juristische Denken [1956], 1983 (8. Auflage), in jüngeren Auflagen findet sich dieser Passus nicht mehr.

<sup>498</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung 2008, S. 173-175.

<sup>499</sup> *Lepsius*, Der Staat 2013, 157-186 (184). Gegen die Vorstellung einer materiellen Einheit der Rechtsordnung wendet er sich bereits früher in *Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 36-37.

<sup>500</sup> *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 166.

DAGMAR FELIX fasst das Ergebnis ihrer intensiven Befassung mit der Figur der Einheit der Rechtsordnung zusammen: „Das Ergebnis der vorangegangenen Untersuchungen legt den Verzicht auf die Argumentationsfigur der Einheit der Rechtsordnung nahe. Sie postuliert eine durchgehende Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung, die von der Verfassung so nicht gefordert ist, und verwischt damit die Grenze zwischen normorientierter und normgelöst rechtspolitischer (oder rechtsästhetischer) Argumentation.“<sup>501</sup>

Insgesamt zeigt sich, dass schon die Vorstellung, dass eine vollkommene Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung anzustreben sei, nicht haltbar ist.

## 5. Konsequenzen

Welche Konsequenzen ergeben sich aus den vorangegangenen Ausführungen für die Beschäftigung mit der verfassungskonformen Auslegung?

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Anwendung der verfassungskonformen Auslegung nicht überzeugend mit der Berufung auf die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung begründet werden kann.

Zwar ist zu konstatieren, dass in der moderneren Literatur (und auch Rechtsprechung) dieser Begründungsansatz nicht mehr der einzige ist. Gleichwohl erkennt man auch mit der Aussage, die Einheit der Rechtsordnung sei keine hinreichende Begründung für die verfassungskonforme Auslegung, die Einheit der Rechtsordnung zumindest als einen Baustein zur Begründung der verfassungskonformen Auslegung an.

Der Umgang mit dem Topos der Einheit der Rechtsordnung ist prototypisch für die Literatur (und in Teilen auch Rechtsprechung) zur verfassungskonformen Auslegung. Erklärungsmuster werden reproduziert, häufig ergänzt, aber selten hinterfragt.

Dies gilt umso mehr, als die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung auch als eine *Funktion* der verfassungskonformen Auslegung beschrieben wird. Die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung zeigt sich jedoch als ein Ziel, das sich bei genauer Betrachtung als wenig konkret und als nicht erstrebenswert erweist.

Eine rechtstheorieimmanente Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung steht an dieser Stelle somit auf tönernen Füßen. Die exemplarische Befassung mit der Einheit der Rechtsordnung als einer Funktionsbeschreibung der verfassungskonformen Auslegung liefert somit einen deutlichen Hinweis auf die Notwendigkeit, den Blick zu weiten. Welche Funktionen die verfassungskonforme Auslegung erfüllt, warum sie angewendet wird, lässt sich nicht ohne rechtstatsächliche Überlegungen beantworten.

---

<sup>501</sup> Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 404.

### III. Vorstellung vom Auslegungsvorgang

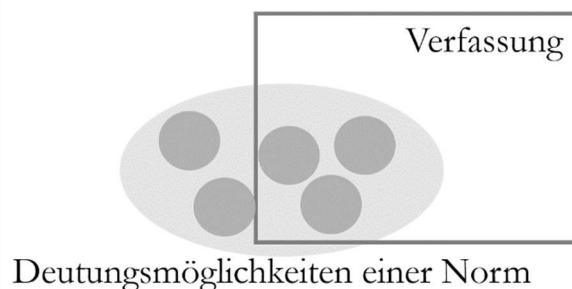
Eine latente Vorstellung von einer Einheit des Rechtssystems schwingt somit bei der Verteidigung der verfassungskonformen Auslegung mit. Doch auch weitere Vorstellungen, die nicht explizit benannt werden, lassen sich als Hintergrundannahmen herausarbeiten.

Ich widme mich daher einer weiteren, näheren Untersuchung der Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung durch Literatur und Rechtsprechung. Hierbei nehme ich in den Blick, welche generelle Vorstellung vom Auslegungsvorgang von Normen vorausgesetzt wird:

Welche Grundannahmen bezüglich der Auslegung von Normen oder – allgemeiner gesprochen – der juristischen Entscheidungsfindung sind mit der Anerkennung der gängigen Vorstellung von der verfassungskonformen Auslegung zwingend bzw. logisch verknüpft?

Dabei sei zunächst noch einmal an die übliche Definition erinnert, wonach bei der verfassungskonformen Auslegung nach Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden diejenigen Auslegungsvarianten ausgeschlossen werden, die nicht mit der Verfassung in Einklang stehen.

Diese Vorstellung lässt sich folgendermaßen bildlich darstellen:



Diese schematische Darstellung wähle ich ganz bewusst. Sie impliziert selbstredend schon eine Interpretation, wenn nicht gar eine Wertung: dass der verfassungskonformen Auslegung eine sehr schematische Vorstellung des Auslegungsvorgangs zugrunde liegt. In dieser schematischen Vorstellung erscheint die Verfassung als ein fester Rahmen, der auf verschiedene Deutungsmöglichkeiten gelegt werden kann, um ihre Passgenauigkeit zu überprüfen.

Im Folgenden untersuche ich, welche impliziten Hintergrundannahmen mit dieser schematischen Vorstellung von der verfassungskonformen Auslegung verknüpft sind.

#### 1. Herstellung oder Darstellung der Entscheidung

Die erste Möglichkeit, mit einer Auslegungsmethode verbundene Vorstellungen aufzudecken, liegt in der Frage, ob sie der Herstellung oder Darstellung einer Entscheidung zu dienen bestimmt ist.

Mit Entscheidungsherstellung meine ich hierbei den inneren Vorgang des Entscheidens. Mit dem Begriff der Entscheidungsdarstellung bezeichne ich die Präsentation bzw. Erklärung der Entscheidung nach außen.

Diese Frage der Trennung von Entscheidungsherstellung und -darstellung wird in der hier betrachteten rechtstheoretischen Literatur der Bundesrepublik Deutschland gerne und häufig abstrakt aufgeworfen. Allerdings kann sie sinnvollerweise in einen sehr engen Zusammenhang mit der Konzeption einer konkreten Auslegungsmethode gebracht werden. Mag man auch argumentieren, dass schon der Begriff der „Auslegungsmethode“ eine Einordnung als reines Erkenntnismittel impliziert,<sup>502</sup> so muss dies dennoch nicht für alle Auslegungsmethoden in gleicher Weise gelten.

Als Ausgangsposition darf noch gelten, dass die Auslegungsmethoden der „Rechtsgewinnung, der Rechtserkenntnis“ dienen.<sup>503</sup> CHRISTIAN FISCHER formuliert: „Die herkömmlichen Methodenlehren sind [...] ganz der Rechtsfindung gewidmet. Sie gehen traditionell der Frage nach, wie das Recht gefunden und zutreffend angewendet wird. Fragen der Begründung der Entscheidung werden von der klassischen ‚Entscheidungsfindungsmethodik‘ allenfalls am Rande behandelt.“<sup>504</sup> FISCHER differenziert bei seiner Betrachtung des Verhältnisses von Entscheidungsfindung und -begründung zwischen verschiedenen Entscheidungsfindungsmodellen. Die Rolle der Begründung sei davon abhängig, ob man die Entscheidungsfindung eher deterministisch (die Entscheidung ist durch die Norm vorherbestimmt) oder dezisionistisch (der Richter entscheidet) verstehe.<sup>505</sup> Selbstverständlich bekommt eine Begründungslehre dort eine ganz eigene Bedeutung, wo das dezisionistische Element hervorgehoben wird. Denn die den Richter individuell bewegenden Gründe müssen dann überzeugend und möglichst rational dargestellt werden. Bei einer vollständig normativ determinierten Entscheidung würde es an sich genügen, den Entscheidungsfindungsprozess wiederzugeben. Zur Entscheidungsherstellung und Entscheidungsdarstellung könnte man sich dann weitgehend der gleichen Methoden bedienen.

Dass die Rolle der Begründung einer Entscheidung mit der Frage zusammenhängt, ob ein tatsächlicher Entscheidungsspielraum besteht und wie groß dieser ist, leuchtet unmittelbar ein.

Rechtstheoretiker wollen sich heute kaum dem Verdacht aussetzen, naiv vor der psychologischen Tatsache die Augen zu verschließen, dass dort, wo Menschen Entscheidungen treffen, eine genaue Konstruktion der Einflüsse auf die Entscheidungsfindung nicht möglich ist.<sup>506</sup> Man löst sich von der Vorstellung, eine Begründung könne in einer schlichten Nachzeichnung des Entscheidungsfindungsprozesses bestehen.

---

<sup>502</sup> Nowroussian, „Letzte Instanz“, in: Raspe et al. (Hg.), *Praxis und Wissenschaft*, 2020, S. 98.

<sup>503</sup> Statt vieler *Jestaedt*, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, in: *Jestaedt* (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 189.

<sup>504</sup> *Fischer*, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, 2007, S. 444.

<sup>505</sup> *Fischer*, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, 2007, S. 445-446.

<sup>506</sup> S. a. Kapitel E. I. 1.

Es wird betont, „daß es nicht um den Versuch geht herauszufinden, was die tatsächlichen Determinanten juristischen Entscheidens sind“, sondern das Ziel sei, „zu beschreiben, was gute Gründe für juristische Entscheidungen sein könnten“.<sup>507</sup>

Noch schärfer kritisiert WINFRIED HASSEMER die Grundhaltung der Methodenlehre: „Am wichtigsten ist in meinen Augen der Unterschied von Herstellung und Darstellung auf dem Gebiet der Methodenlehre selbst. Hier ist mit Händen zu greifen, daß die Hoffnungen auf Regeldurchsetzung, wie sie die juristische Methodenlehre hegt, in der Phase der Herstellung das reine Wunschdenken sind.“<sup>508</sup> Sein Fazit lautet daher: „Das bedeutet, daß die juristische Methodenlehre eine Lehre nicht des Findens, sondern des Begründens von richterlichen Entscheidungen unter dem Gesetz ist.“<sup>509</sup>

Die Frage, ob juristische Auslegungsmethoden tatsächlich nur der Entscheidungsbegründung dienen und die Frage, ob dies auch deren intendierte Funktion ist, sind allerdings voneinander zu trennen. Mit Blick auf die Praxis zitiert BERND RÜTHERS die Erfahrungen eines seiner Schüler in der Justiz eher kritisch: „Methodische Argumente, wenn sie überhaupt vorkommen, dienen in der Regel nur als Fassade, um das vorgefaßte Ergebnis mit einem rationalen Entscheidungsweg zu tarnen.“<sup>510</sup> Hier klingt zumindest der Anspruch durch, die Auslegungsmethoden stärker schon bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.

Was bei RÜTHERS einen mehr als kritischen Unterton trägt, wird von FISCHER als gewollte Entwicklung in Teilen der rechtstheoretischen Literatur beschrieben. So werde zunehmend gefordert, Entscheidungsfindung und -begründung voneinander zu „entkoppeln“.<sup>511</sup> FISCHER selbst sieht diese Entwicklung aber ebenfalls kritisch und betont, die „Isolation der Begründung“ dürfe „nicht zum Prinzip erhoben werden“.<sup>512</sup>

Es finden sich aber auch ausgleichende Formulierungen: „Der Begründungszwang bringt es auf jeden Fall mit sich, dass die späteren Möglichkeiten der Darstellung die Herstellung beeinflussen, kanalisieren und motivieren.“<sup>513</sup> Diese Deutung beschreibt den tatsächlichen Entscheidungshergang, soweit dies möglich ist, wohl recht gut: Genaueres weiß man nicht, zumindest jeder Aspekt, den die entscheidende Person sich bewusst macht, beeinflusst den Denk- und Entscheidungsvorgang.

Trotz dieses Zusammenhangs zwischen Entscheidungsherstellung und Entscheidungsdarstellung ist eine Differenzierung dieser beiden Ebenen unumgänglich. Für jede einzelne Auslegungsmethode ist es – jenseits einer allgemeinen Debatte um die Funktion der Auslegungsmethoden – sinnvoll, ihre Bedeutung sowohl für die Entscheidungsherstellung als auch für die Entscheidungsdarstellung zu betrachten.

---

<sup>507</sup> Koch/Rießmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 1.

<sup>508</sup> Hassemer, Rechtstheorie 2008, 1-22 (18).

<sup>509</sup> Hassemer, Rechtstheorie 2008, 1-22 (19).

<sup>510</sup> Rütters, JZ 2006, 53-60 (54).

<sup>511</sup> Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 452.

<sup>512</sup> Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 461.

<sup>513</sup> Schroth, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: Kaufmann et al. (Hg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, 2011, S. 296. Auch Nowroussian, „Letzte Instanz“, in: Raspe et al. (Hg.), Praxis und Wissenschaft, 2020, S. 98, meint, die Wahrheit liege „dazwischen“.

Der verfassungskonformen Auslegung liegt – wie oben dargelegt – eine sehr schematische Vorstellung des gesamten Auslegungsvorgangs zugrunde: Auf einer bestimmten Stufe der Rechtsfindung sollen verschiedene plausible Auslegungsmethoden auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung hin überprüft werden. Dadurch soll die richtige Auslegungsvariante einer Norm identifiziert werden.

Die verfassungskonforme Auslegung ist nach ihrer Beschreibung in der rechtstheoretischen Literatur also sehr stark auf den Herstellungsprozess ausgerichtet.

Das bedeutet aber nicht, dass eine Anerkennung dieser Vorstellung der verfassungskonformen Auslegung eine Verweigerung der Annahme außerrechtlicher (oder überhaupt außerhalb unseres Bewusstseins liegender) Entscheidungsgesichtspunkte bedeutet.

So hebt FRANZ REIMER die Funktion der Auslegungsmethoden als „Reservoir prozeduraler Einsichten zur Rechtsanwendung“ hervor, unter anderem um „Abläufe [zu] strukturieren“.<sup>514</sup> Genau diese Funktion lässt sich auch bei der verfassungskonformen Auslegung hervorheben. Indem sie den Auslegungsvorgang künstlich in Stufen aufspaltet, könnte sie dazu beitragen, beim tatsächlichen Auslegungsvorgang zumindest eine Annäherung an dieses Schema zu bewirken.

Soweit man den Fokus jedoch auf die Begründungsfunktion der verfassungskonformen Auslegung legt, zwingt sie fast schon dazu, eine kleinteilige Konstruierbarkeit des Herstellungsprozesses auch dort zu suggerieren, wo dies gar nicht dem tatsächlichen Vorgehen des Rechtsanwenders entsprach.

HASSEMER weist zurecht auf die „Differenz des kognitiven Zugangs“<sup>515</sup> zu Herstellung und Darstellung einer Entscheidung hin. Zur Darstellung besteht ein öffentlicher Zugang, zur Herstellung in mehrfacher Hinsicht eben nicht. Je mehr zur Darstellung einer Entscheidung aber nur Methoden zur Verfügung stehen, die den tatsächlichen Herstellungsprozess gar nicht abbilden können, desto weniger zugänglich wird die Herstellung einer Entscheidung.

Die mögliche Stärke der verfassungskonformen Auslegung, dem Auslegungsprozess eine Struktur zu geben, erweist sich somit zugleich als Schwäche. Eine künstliche Strukturgebung, die einen formalisierten Herstellungsprozess suggeriert, kann auch auf Ebene der Entscheidungsbegründung zu Verzerrungen führen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die gängige Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung theoretisch stark auf den Herstellungsprozess einer Entscheidung zugeschnitten ist. Es wird suggeriert, durch ein schrittweises Vorgehen zur Entscheidungsfindung zu gelangen. Dass dies keine adäquate Beschreibung der Praxis der verfassungskonformen Auslegung ist, hat sich bei der oben vorgenommenen Rechtsprechungsauswertung schon gezeigt. Es bleibt aber die Frage nach der tatsächlichen Funktion der verfassungskonformen Auslegung.<sup>516</sup>

---

<sup>514</sup> Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2020, S. 28.

<sup>515</sup> Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, in: Müller-Dietz (Hg.), *Festschrift für Heike Jung*, 2007, S. 254.

<sup>516</sup> S. insb. D. III.

## 2. Mehrdeutigkeit einer Norm

Die Mehrdeutigkeit einer Norm wird als eine Voraussetzung der Anwendbarkeit der verfassungskonformen Auslegung benannt.

Dass auch dies schon eine eigenständige Vorannahme ist, wird jedoch kaum erwähnt. Eine Ausnahme bildet hier ein kurzer Einwurf OLAF MUTHORSTS: „Diese Grenze der Auslegung, die der verfassungskonformen Auslegungshypothese den Vorrang gibt, setzt freilich voraus, dass es überhaupt mehrere Möglichkeiten für das Verständnis einer Rechtsnorm gibt. Nimmt man an, dass eine Rechtsnorm genau einen zutreffenden Inhalt hat, stellt sich die Frage nach Vorrangregeln für Auslegungshypothesen nicht mehr.“<sup>517</sup>

Letzteres dürfte die Position MATTHIAS JESTAEDTS beschreiben, der meint, die „Prämisse, dass eine Rechtsnorm mehrfacher Auslegung zugänglich sei“, bedeute nichts anderes, „als dass eine Rechtsnorm mehrere inkompatible Normbefehle aussenden könne; darin erweist sich die verfassungskonforme ‚Auslegung‘ als Produkt der fehlenden Trennung von Rechtserkenntnis- und Rechtserzeugungselementen im Akt der Rechtsanwendung“.<sup>518</sup> Dieses Argument besagt, dass nur weil bei der Rechtserzeugung mehrere Möglichkeiten bestehen, dies nicht zwingend bei der Rechtserkenntnis (also der Auslegung der Norm vor deren Anwendung) auch der Fall sein muss. Ob eine solche strikte Trennung zwischen Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung möglich und sinnvoll ist, ist jedoch fraglich.

Dies ist einer der Angriffspunkte ULRIKE LEMBKE, die aus einem streng subjektivistischen Verständnis heraus meint, eine Norm könne gar „nicht mehrere Inhalte haben, die entweder verfassungsgemäß oder verfassungswidrig sein könnten“.<sup>519</sup> Nach LEMBKE gibt es nur ein richtiges Auslegungsergebnis, aber mehrere mögliche zulässige „Ergebnisse der darauf folgenden individuellen Rechtsetzung“.<sup>520</sup>

Eine ähnliche Kritik äußert EKKEHART STEIN: „Irreführend ist es, verfassungskonforme Auslegung als eine Auswahl unter mehreren Auslegungsalternativen mit Hilfe verfassungsrechtlicher Kriterien zu bezeichnen. Denn als Ergebnis der Interpretation des einfachen Gesetzes darf es nicht mehrere Auslegungsalternativen geben, sondern nur einen Sinn; andernfalls wäre in diesem Ergebnis ein dezisionistisches Element enthalten, was ihrem Ziel widerspräche, den Sinn zu ermitteln, auf den der Interpret durch eine Norm festgelegt ist.“<sup>521</sup> Diese Argumentation ist stark normativ geprägt. Zugespielt wird hier behauptet, weil Normen eindeutig sein sollen, seien sie auch eindeutig.

Dieser Gedanke wird, wenn auch in anderer Form, im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung von PESTALOZZA formuliert. Er äußert sich zur verfassungskonformen Auslegung so: „Es handelt sich [...] darum, daß von mehreren möglichen Auslegungen derjenigen der Vorzug gegeben werden muß, die

---

<sup>517</sup> Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2019, S. 116.

<sup>518</sup> Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein..., 2006, S. 49-50.

<sup>519</sup> Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 228.

<sup>520</sup> Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 279.

<sup>521</sup> Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hg.), Kommentar zum GG, Band 1 (Stand 8/2002), Einleitung II, Rn. 85.

dem Maßstab entspricht. Tut dies keine, ist die Norm rechtswidrig. Tun dies mehrere, ist sie wegen Unbestimmtheit verfassungswidrig.<sup>522</sup> PESTALOZZAS Deutung macht die Anwendung der verfassungskonformen Auslegung nicht unmöglich, reduziert sie aber auf einen so kleinen Anwendungsbereich (eine verfassungskonforme Auslegungsvariante steht einer oder mehreren nicht verfassungskonformen Auslegungsvarianten gegenüber), dass sie letztlich zum methodischen Glasperlenspiel wird.

CLEMENS HÖPFNER hingegen, dessen Auslegungsverständnis sich als subjektivistisch beschreiben lässt, findet einen Weg, eine Mehrdeutigkeit einer Norm anzunehmen, verkleinert aber durch sein Verständnis ebenfalls den Anwendungsbereich der verfassungskonformen Auslegung. Eine Mehrdeutigkeit sei gegeben, „wenn sich die historische ratio legis nicht zweifelsfrei feststellen läßt“, „wenn die Regelungsabsichten der Normsetzer nicht eindeutig festgestellt werden können“.<sup>523</sup> Hier bliebe dann ein Anwendungsbereich für die verfassungskonforme Auslegung.

Obwohl HÖPFNER, wenn er die Mehrdeutigkeit einer Norm als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der verfassungskonformen Auslegung benennt, scheinbar ein konsentiertes Verständnis wiedergibt, verstehen die meisten Autoren unter einer Mehrdeutigkeit wohl das Vorliegen mehrerer Auslegungsoptionen nach Anwendung aller klassischen Auslegungsmethoden.

Bei genauerem Hinsehen zeigt sich an diesem Beispiel, dass verschiedene Autoren – trotz der Verwendung derselben Formulierung zur Definition der verfassungskonformen Auslegung – unterschiedliche Vorstellungen im Detail haben.

Der dargestellte Streit über das Zusammenspiel der Mehrdeutigkeit einer Norm mit der verfassungskonformen Auslegung bezieht sich auch auf praktischere Überlegungen zum Auslegungsvorgang.

So merkt HÖPFNER an: „Methodisch unzulässig wäre es, in diesem Fall [wenn die Regelungsabsichten der Normsetzer eindeutig feststellbar sind] erneut in eine Prüfung der Stufe der Auslegung im eigentlichen Sinne einzutreten und dabei zu untersuchen, ob die ‚klassischen‘ Auslegungskriterien im Lichte des Gebots systemkonformer Auslegung nicht doch den erforderlichen Spielraum für eine solche hergeben würden.“<sup>524</sup> Ein solches „methodisch unzulässiges“ Vorgehen beschreibt aber FRANZ REIMER, wenn er versucht, das tatsächliche Vorgehen bei der verfassungskonformen Auslegung auf den Punkt zu bringen: „Erscheint das einfachrechtliche Zwischenergebnis [bei einem Auslegungsvorgang] als verfassungskonform, besteht kein Handlungsbedarf; erscheint es als verfassungswidrig, prüft der Rechtsanwender, ob im Rahmen des Zulässigen eine verfassungskonforme Lesart der Norm möglich ist.“<sup>525</sup> Hier prallen wohl nicht nur verschiedene Vorstellungen von der Mehrdeutigkeit einer Norm aufeinander. Auch erkennt REIMER die Notwendigkeit, die Realität der Rechtsfindung mit der methodischen Theorie in Einklang zu bringen, stärker an.

---

<sup>522</sup> Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 1991, S. 339.

<sup>523</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 164.

<sup>524</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 169.

<sup>525</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 283-284.

Denn „sämtliche Auslegungsmöglichkeiten“ sind wohl zumindest „nicht zu überblicken“ und können daher auch nicht an einem Punkt der Rechtsfindung gleichwertig nebeneinanderstehen.<sup>526</sup>

Diesem Problem kann man entgehen, indem man nicht verlangt, dass die verschiedenen zusammengetragenen Deutungsvarianten gleich plausibel sein müssen. So lassen sich die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts verstehen, wonach eine Norm nicht für nichtig erklärt werden darf, solange sie „verfassungskonform ausgelegt werden kann und in dieser Auslegung sinnvoll bleibt“.<sup>527</sup> Oder: „Eine Norm kann vom Bundesverfassungsgericht nur dann für nichtig erklärt werden, wenn eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige, mit der Verfassung vereinbare Auslegung nicht möglich ist.“<sup>528</sup>

Danach kann wohl auch eine aus Sicht des Rechtsanwenders in methodischer Hinsicht weniger überzeugende Auslegungsvariante gewählt werden, wenn diese im Gegenzug mit der Verfassung übereinstimmt.

Müssen also erst einmal alle möglichen Deutungsvarianten zusammengetragen werden? Dies dürfte kaum dem tatsächlichen Prozess des Verstehens eines Textes entsprechen, bei dem man sich einem Verstehen annähert, Ideen verwirft und neue Verständnismöglichkeiten entwickelt.

Vor dem Hintergrund der Vorstellung, dass bei der Auslegung tatsächlich an einem Punkt verschiedene Deutungsvarianten nebeneinandergestellt werden, überrascht es wenig, dass BURMEISTER bei seiner Befassung mit der verfassungskonformen Auslegung in beinahe buchhalterischer Weise danach fragt, ob eine Norm überwiegend verfassungswidrige oder überwiegend verfassungsmäßige Deutungen zulässt.<sup>529</sup>

Insbesondere beißt sich die Idee der Mehrdeutigkeit einer Norm aber mit der schematischen Vorstellung der verfassungskonformen Auslegung. Wie soll eine Norm zunächst unter Ausblendung der Verfassung ausgelegt werden, bevor dann plötzlich eine Kontrolle anhand der Verfassung durchgeführt wird? Es erscheint mir praktisch kaum möglich, die verfassungsmäßigen Wertungen in einem ersten Auslegungsschritt vorübergehend auszublenden.

Dass an einem Punkt des Auslegungsvorgangs vor Berücksichtigung der Verfassungsgemäßheit einer Deutungsvariante mehrere für einen Rechtsanwender gleich plausible Deutungsvarianten nebeneinanderstehen, ist daher in doppelter Hinsicht konstruiert. Sieht man sich die konkrete Vorstellung der „Mehrdeutigkeit“ im Detail an, so zeigt sie sich als realitätsfern. Jedenfalls beschreibt sie viel mehr als die anerkannte Tatsache, dass sich zumeist mehrere Entscheidungsmöglichkeiten gut begründen lassen.

Insgesamt zeigt sich am Beispiel der Diskussion um die Mehrdeutigkeit einer Norm als Voraussetzung für die verfassungskonforme Auslegung erneut, wie künstlich die

---

<sup>526</sup> *Sachs*, NJW 1979, 344-348 (346).

<sup>527</sup> BVerfGE 48, 40 (45).

<sup>528</sup> BVerfGE 86, 288 (320).

<sup>529</sup> *Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966, z. B. S. 24.

im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung transportierte Vorstellung vom Auslegungsvorgang ist.

### 3. Norm und Einzelfall

„[D]ie Kluft zwischen Allgemeinheit und Singularität“ bezeichnet ULFRID NEUMANN als das „hermeneutische Problem der Jurisprudenz“.<sup>530</sup> „Zentral für die Verstehensleistungen der Juristen ist nämlich nicht nur die Überbrückung des Zeitabstandes zwischen Gestern und Heute bei der Norminterpretation, sondern auch die Überwindung der Differenz zwischen der Allgemeinheit der Norm und der Singularität des Einzelfalls.“, so ULRICH SCHROTH.<sup>531</sup>

Wie Norm und Einzelfall zueinanderstehen, wirkt sich auf die Frage aus, welche methodischen Anweisungen an den Rechtsanwender gerichtet werden sollten. Eine gewisse Hilflosigkeit drückt sich in der Literatur zur Methodenlehre nicht zuletzt darin aus, immer und immer wieder KARL ENGISCHS Formel vom „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Norm und Sachverhalt“ zu zitieren.<sup>532</sup>

In der Theorie kristallisieren sich zwei entgegengesetzte Sichtweisen heraus, das Verhältnis zwischen Norm und Einzelfall zu begreifen.

Einerseits kann man die „Ermittlung des Sinnes und der Tragweite einer Norm“ und die „Ermittlung des Sachverhalts“ als „streng voneinander getrennte Akte“ betrachten.<sup>533</sup>

Diese Herangehensweise kritisiert aber beispielsweise MARTIN KRIELE: „Man sieht den juristischen Denkvorgang zweistufig: Erst wird der Textsinn geklärt, alsdann wird das interpretierte Gesetz durch Subsumtion angewendet, falls ein Fall auftaucht, der das nötig macht. In Wahrheit läßt sich der Text nicht interpretieren, wenn man ihn nicht zu (wirklichen oder erdachten) konkreten Rechtsproblemen in Beziehung setzt; ihn gewissermaßen als ein Mittel behandelt, das konkrete Rechtsproblem zu lösen.“<sup>534</sup>

Ob die Norm mit „Blick auf die Sachverhalte innerhalb der normativen Bestandteile ermittelt“ wird oder „durch den Sachbezug überhaupt erst konstituiert“<sup>535</sup> wird, ist die sich daran anschließende Frage.

---

<sup>530</sup> Neumann, Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, in: Hassemer (Hg.), Dimensionen der Hermeneutik, 1984, S. 51.

<sup>531</sup> Schroth, Philosophische Hermeneutik und interpretationsmethodische Fragestellungen, in: Hassemer (Hg.), Dimensionen der Hermeneutik, 1984, S. 86.

<sup>532</sup> Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung [1943], 1963, S. 15; Burmeister, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966, S. 57; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung [1967], 1976, S. 161; Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 63. Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 3, merkt seinerseits an, der Hinweis auf diese Formel fehle in keinem Methodenlehrbuch.

<sup>533</sup> Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 69.

<sup>534</sup> Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung [1967], 1976, S. 160. Ähnlich von Arnim/Brink, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz, 2001, S. 208: „Die Ermittlung des rechtlichen ‚Rahmens‘ kann nicht losgelöst vom Sachverhalt und ohne wertenden Einfluß des Rechtsanwenders erfolgen.“

<sup>535</sup> Maus, KritV 1991, 107-122 (117-118). Letzteres kennzeichnet Maus als die Position der juristischen Hermeneutiker.

Ich möchte hier nur danach fragen, ob mit der Anwendung der oben herausgearbeiteten Definition der verfassungskonformen Auslegung eine Festlegung auf eine bestimmte Verständnisweise des Verhältnisses von Norm und Einzelfall oder zumindest eine entsprechende Tendenz einhergeht.

Wann Elemente des zu bearbeitenden Einzelfalls bei der verfassungskonformen Auslegung miteinbezogen werden, wird in Literatur und Rechtsprechung kaum konkretisiert. Insoweit nimmt die verfassungskonforme Auslegung allerdings keine Sonderstellung ein, da die Debatte grundsätzlich erstaunlich entkoppelt von der Betrachtung einzelner Auslegungsmethoden geführt wird.

BURMEISTER stellt einen Zusammenhang zwischen Problemen mit der verfassungskonformen Auslegung und dem Verhältnis zwischen Norm und Einzelfall her. Er kritisiert, herkömmliche Auslegungsmethoden gingen von einem vorgefassten Normverständnis aus und richteten sich bei der „Normdeutung auf die Erkenntnis dieses bereits Vorhandenen“ aus.<sup>536</sup> Dieses Verständnis hält er für unflexibel bezüglich der Anpassung von Normen an veränderte Umstände. Daraus leitet er eine Schwäche der verfassungskonformen Auslegung ab, die wegen ihres „zwingenden Vorrangigkeitsanspruches“ eine „sachbezogene Abwägung“ erschwere.<sup>537</sup>

Eine Differenzierung nimmt KUHLEN vor. Er unterscheidet zwischen der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen, die er für den Normalfall der verfassungskonformen Auslegung hält und der „verfassungskonforme[n] Anwendung des Rechts auf den Einzelfall“<sup>538</sup>, die er ebenfalls für möglich hält. Leider begründet er nicht weiter, warum er meint, letztere wirke „auf die allgemeine Auslegung des Gesetzes“ nicht zurück.<sup>539</sup>

Auch HÖPFNER möchte Norm und Sachverhalt erst sehr spät zusammenbringen: „Ziel der Auslegung von Gesetzen ist, deren Bedeutung zu erkennen, um sie anschließend auf konkrete Lebenssachverhalte anzuwenden.“<sup>540</sup>

Diese Auffassung kann nicht ohne Weiteres auch denjenigen unterstellt werden, die sich zu der Frage nicht äußern.

Immerhin wird aber, wie zuvor erläutert, die Mehrdeutigkeit einer *Norm* als Voraussetzung für die verfassungskonforme Auslegung benannt. Diese Formulierung wäre zumindest irreführend, wenn sie die Möglichkeit beinhalten soll, dass bereits zu diesem Zeitpunkt ein intensiver Abgleich mit dem konkreten Sachverhalt stattgefunden hat. Denn dann läge es näher, von verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten als von der Mehrdeutigkeit einer *Norm* zu sprechen.

Auch in der gerichtlichen Praxis wird die verfassungskonforme Auslegung in einer Weise auf eine Norm bezogen, die nahelegt, dass diese Auslegung auch losgelöst vom Einzelfall hätte stattfinden können.

---

<sup>536</sup> *Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966, S. 56.

<sup>537</sup> *Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966, S. 129.

<sup>538</sup> *Kuhlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 6.

<sup>539</sup> *Kuhlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 7.

<sup>540</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 144.

Beispielhaft sei folgender Leitsatz des Bundesverfassungsgerichts betrachtet. Auf die genaue Gestaltung des Sachverhalts kommt es hier nicht an:

„Werden einem Staatsbürger (hier: einem Rechtsanwalt) in großem Umfang Vormundschaften und Pflegschaften über mittellose Personen übertragen und kann dieser die damit verbundenen Aufgaben nur als Teil seiner Berufsausübung wahrnehmen, so sind ihm in verfassungskonformer Auslegung des BGB § 1835 Abs. 2 und BGB § 1835 Abs. 3 als Aufwendungen auch Zeitaufwand und anteilige Bürokosten zu erstatten.“<sup>541</sup>

Die Formulierung wird möglichst allgemein gehalten („einem Staatsbürger“), gleichwohl wird deutlich gemacht, wer Anlass der Entscheidung war (ein „Rechtsanwalt“).

Insgesamt zeigt sich, dass die gängige Definition der verfassungskonformen Auslegung in der Theorie eher von einer Trennung bzw. Trennbarkeit von Norm und Einzelfall innerhalb des Auslegungsvorgangs ausgeht. Diese Theorie stößt in der Praxis aber an ihre Grenzen.

#### 4. Objektive und subjektive Auslegung

Obleich ARTHUR KAUFMANN konstatiert, eine Alternative zwischen objektiver und subjektiver Auslegung gebe es nicht,<sup>542</sup> beschreiben die beiden Begriffe doch unterschiedliche Grundhaltungen, die als solche Relevanz bei der Beschreibung verschiedener Vorstellungen des Auslegungsvorgangs haben. REIMER betont gar, es handele sich „allen Relativierungen zum Trotz immer noch um eine der Gretchenfragen der Methodenlehre“.<sup>543</sup>

Während Vertreter der objektiven Auslegungslehre nach einer aktuellen Bedeutung des Gesetzes fragen, geht es nach der subjektiven Auslegungslehre grundsätzlich darum, den Willen des historischen Gesetzgebers zu erfassen. Damit hängt die Frage bzw. die Formulierung zusammen, ob geltungszeitlich oder entstehungszeitlich ausgelegt wird.<sup>544</sup>

Dies beschreibt nur die Pole des Meinungsspektrums, die jedoch wichtige Orientierungspunkte darstellen.

Der Begriff „objektiv“ wird in diesem Zusammenhang berechtigterweise kritisiert, da er suggeriert, ein besser nachprüfbares Ergebnis zu erzielen, obwohl die Auslegungsmethode in besonderer Weise eine Prägung des Ergebnisses durch den Ausleger zulässt.<sup>545</sup>

Die Begrifflichkeit ändert jedoch nichts an den damit verbundenen Kernfragen wie etwa der Überlegung, inwieweit Normen dynamisch sind, ihr Sinngehalt sich also im Laufe der Zeit ändern kann.

---

<sup>541</sup> BVerfGE 54, 251 (251).

<sup>542</sup> Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 82.

<sup>543</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 125.

<sup>544</sup> Vgl. Reimer, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 125 f.

<sup>545</sup> Rütters, JuS 2011, 865-870 (868); Reimer, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 132-133.

Ein Zusammenhang zwischen der Anerkennung der verfassungskonformen Auslegung in der Literatur und einer objektivistischen bzw. subjektivistischen Grundhaltung ist zunächst nicht erkennbar. Im Gegenteil: LEMBKE und HÖPFNER haben als Ausgangspunkt ihrer umfangreichen Ausführungen beide einen stark subjektivistisch geprägten Ansatz,<sup>546</sup> kommen aber zu gegensätzlichen Ergebnissen. Während LEMBKE die verfassungskonforme Auslegung unter den gegebenen Voraussetzungen ablehnt, sieht HÖPFNER sie als eine wichtige Spielart der systemkonformen Auslegung.

Einen ungewöhnlichen Zusammenhang stellt HASSEMER zwischen der „objektiv-teleologischen Methode“ (damit meint er die Bestimmung des objektiven Sinns der Norm) und der verfassungskonformen Auslegung her. Beide entzögen ihre Ergebnisse der „Falsifizierung“.<sup>547</sup> Ergebnisse der grammatikalischen, systematischen und historischen Auslegung für falsifizierbar zu halten (man könne, so HASSEMER, etwas „falsch verstanden“ haben),<sup>548</sup> ist sicher angreifbar. HASSEMER macht durch seine Aussage aber vor allem auch deutlich, dass er die objektive Auslegungsmethode als eine Methode neben der verfassungskonformen Auslegung betrachtet und letztere nicht einem objektiven oder subjektiven Verständnis zuordnet.

Überzeugender ist REIMERS Aussage, die Entscheidung zwischen objektiver und subjektiver Auslegung müsse „der Anwendung der einzelnen Auslegungskanonens vorausgehen, weil – beispielsweise – Wortlaut oder Systematik des Gesetzes mit den Augen des historischen Gesetzgebers oder aber – mit ganz anderem Ergebnis – des aktuellen Interpreten betrachtet werden können“.<sup>549</sup> Hierbei wird deutlich, dass ein entsprechender Perspektivwechsel, jedenfalls bei älteren Gesetzen, bei der Anwendung aller Auslegungsmethoden von Bedeutung sein kann.

Auch ohne LEMBKES Argumentation im Detail zu folgen, ist es plausibel, dass es Kompatibilitätsprobleme einer streng subjektiv-historischen Auslegungsauffassung mit der Anerkennung der verfassungskonformen Auslegung gibt. Denn die Auslegung wäre dann abgeschlossen, wenn der Wille des historischen Gesetzgebers ermittelt ist. Stimmt das ermittelte Normverständnis dann nicht mit dem Grundgesetz überein, ist die Norm verfassungswidrig. Eventuelle Unklarheiten an einer (sich womöglich seit Erlass der Norm veränderten) Verfassung zu messen, ist somit zwangsläufig ein Schritt in Richtung der Anerkennung objektiver bzw. geltungszeitlicher Gesichtspunkte im Auslegungsvorgang. Die verfassungskonforme Auslegung betrachtet eine Norm als in eine sich wandelnde Rechtsordnung eingebettet.

Diese Argumentation dreht ERNST-WERNER FUB um. Er nimmt Bezug auf das Argument, die verfassungskonforme Auslegung sei deshalb gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber im Zweifel die Aufrechterhaltung der Norm wolle. Dieses Argument verlagere den Akzent auf die subjektive Auslegung.<sup>550</sup> FUB‘ Betrachtung überspannt

---

<sup>546</sup> *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, insb. S. 276 f.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, insb. S. 147 f. Allerdings ist zu ergänzen, dass Lembkes Verständnis streng subjektiv-historisch ist, während Höpfner die Ermittlung des historischen Normzwecks als Ausgangspunkt des Auslegungsvorgangs betrachtet.

<sup>547</sup> *Hassemer*, Rechtstheorie 2008, 1-22 (11).

<sup>548</sup> *Hassemer*, Rechtstheorie 2008, 1-22 (10-11).

<sup>549</sup> *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 125.

<sup>550</sup> *Fuß*, Zur richterlichen Prüfung von Gesetz und Gesetzesanwendung, in: Ipsen (Hg.), Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, 1966, S. 16.

aber die Vorstellung der subjektiven Auslegung. Diese stellt ja gerade darauf ab, welche konkrete Regelung der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes aufstellen will, und nicht, welche Entwicklung er sich prinzipiell für Normen wünscht.

Das Bundesverfassungsgericht erteilt einer rein subjektiv-historischen Auslegung ganz explizit eine Absage: Es könne bei der verfassungskonformen Auslegung „nicht entscheidend darauf ankommen, ob dem subjektiven Willen des Gesetzgebers eine weitergehende als die nach der Verfassung zulässige Auslegung des Gesetzes eher entsprochen hätte“.<sup>551</sup> Dies gilt auch für die Wendung der Aufrechterhaltung des „Maximum[s] dessen, [...] was der Gesetzgeber gewollt hat“,<sup>552</sup> die ebenfalls starke Abstriche bei der Orientierung am Willen des historischen Gesetzgebers deutlich macht.

Dass die verfassungskonforme Auslegung indes mit einem objektiven Auslegungsverständnis verknüpft ist, wurde auch schon in der frühen Literatur herausgearbeitet. „Die verfassungskonforme Auslegung führt also insgesamt zu einer Gewichtsverlagerung; dem subjektiv-historischen Verständnis wird heute ein objektiv-rechtsprinzipielles Normverständnis vorgezogen“,<sup>553</sup> stellt BOGS völlig richtig schon 1966 fest. Die Aussage ist auch heute noch gültig.

Auch von Seiten einer solchen objektiven – die Dynamik der Normentwicklung in besonderer Weise hervorhebenden – Perspektive können theoretische Bedenken vorgebracht werden.

Eine verfassungskonforme Auslegung entfaltet Gesetzeswirkung gem. § 31 Abs. 2 BVerfGG, wenn sie durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommen wird. Ob eine bestimmte Norm nun vom Bundesverfassungsgericht oder einem anderen Gericht zuerst verfassungskonform ausgelegt wird, kann durchaus vom Zufall abhängen.<sup>554</sup> Daraus lässt sich ableiten, dass unter Umständen die weitere Entwicklung der Norm auch vom Zufall abhängt. Denn der Norm kommt bei der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht eine „Unangreifbarkeit und Dauerhaftigkeit“<sup>555</sup> zu, wie dies normalerweise bei der Auslegung einer Norm nicht der Fall ist. „Pro futuro wird eine andere Normexegese ausgeschlossen, der Norminhalt ist ‚festgeschrieben‘.“<sup>556</sup> Es besteht zumindest die theoretische Gefahr eines Konflikts zwischen dem im Moment der verfassungskonformen Auslegung „festgeschriebenen“ Auslegungsergebnis, das sodann Gesetzesrang erlangt, und einer späteren Auslegung (z. B. nach einer Verfassungsänderung oder anderen Entwicklungen, die eine neue Auslegungsvariante der Norm näher legen).

---

<sup>551</sup> BVerfGE 49, 148 (157).

<sup>552</sup> BVerfGE 86, 288 (320); ebenso BVerfGE 49, 148 (157).

<sup>553</sup> *Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, S. 89.

<sup>554</sup> Dieses Problem klingt, wenn auch nur im Ansatz, an bei *Steiner*, Zum Entscheidungsausspruch und seinen Folgen bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, in: Isensee (Hg.), Freiheit und Eigentum, 1999, S. 575.

<sup>555</sup> *Dawin*, Ungereimtheiten in der verfassungskonformen Auslegung, in: Die Dekanin der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hg.), Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung, 2003, S. 15.

<sup>556</sup> *Berkemann*, AöR 1974, 54-71 (58). Berkemann stützt sich auf die in der Literatur vertretene Position, die Bindungswirkung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung solle sich auch auf die entscheidungserhebliche Auslegung einfachen Rechts beziehen (55).

Wie stark man dieses Problem gewichtet, hängt auch von der Tenorierung und dem Verständnis von der Reichweite der Rechtskraft ab. Es dürfte sich verschärfen, wenn eine Tenorierung bevorzugt wird, die die genaue verfassungskonforme Gesetzesauslegung durch das Bundesverfassungsgericht enthält.<sup>557</sup>

## 5. Zusammenfassung

Die immer wieder genannte Definition der verfassungskonformen Auslegung legt eine sehr schematische Vorstellung von ebendieser nahe: Zunächst wird eine Norm nach den klassischen Auslegungskriterien ausgelegt, wobei mehrere Auslegungsmöglichkeiten herauskommen. Erst dann wird überlegt, welche Auslegungsmöglichkeiten wegen ihrer Verfassungswidrigkeit ausgeschlossen werden können, bzw. welche (einzige) Auslegungsmöglichkeit verfassungsgemäß ist.

Mit dieser Definition der verfassungskonformen Auslegung sind Hintergrundannahmen zum Auslegungsvorgang im Allgemeinen bzw. zu den Auslegungsmethoden im Allgemeinen implizit verknüpft. Diese habe ich herausgearbeitet.

Zunächst einmal liegt der Definition die Annahme zugrunde, dass die Auslegungsmethoden vor allem der Herstellung einer Entscheidung dienen sollen und können. Der Auslegungsvorgang wird als ein mehrschrittiger, nach festgelegten Kriterien durchzuführender Vorgang imaginiert.

Außerdem wird davon ausgegangen, eine Norm könne in einer Weise mehrdeutig sein, dass mehrere Auslegungsvarianten zunächst gleichwertig nebeneinanderstehen.

Norm und Einzelfall werden eher getrennt voneinander gedacht.

Wenn man ein subjektives und ein objektives Auslegungsverständnis gegenüberstellt, verträgt die Definition der verfassungskonformen Auslegung sich nur mit letzterem, da jedenfalls die Verfassung als Maßstab der Veränderung unterworfen ist.

## D. Funktionsorientierte Betrachtung

Ich habe bereits angedeutet, dass die in der Theorie von der verfassungskonformen Auslegung zu erfüllenden Funktionen nicht dem Blick auf die tatsächliche (gerichtliche) Praxis standhalten.

In diesem Kapitel stelle ich daher die Funktionen der verfassungskonformen Auslegung in den Mittelpunkt. Dies geschieht aus zwei Perspektiven und folgt

---

<sup>557</sup> So etwa *Bogs*, DVBl. 1965, 633-637 (636); *Seetzen*, NJW 1976, 1997-2001 (1998); *Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2005, S. 1419. *Prümm*, Verfassung und Methodik, 1977, S. 272, konkludiert: „[D]ie Bindungswirkung des § 31 I kommt einer bundesverfassungsgerichtlichen verfassungskonformen bzw. verfassungswidrigen Auslegung nur dann zu, wenn sie im Tenor zu finden ist.“

erneut dem Grundsatz, den Blick langsam von einer intern rechtstheoretischen Betrachtung hin zu einer eher distanzierteren bzw. beobachtenden Perspektive zu lenken.

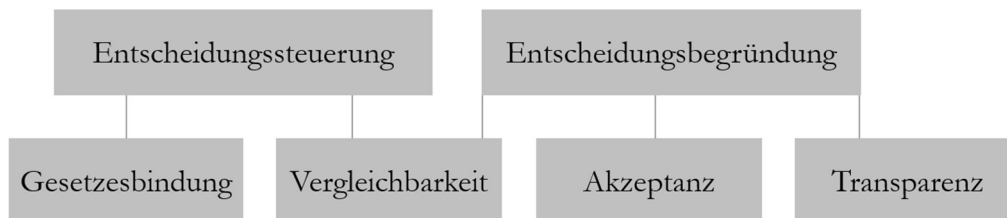
Zunächst frage ich danach, welche Funktionen eine Auslegungsmethode nach herkömmlicher Funktion erfüllen sollte (I.), um dann anhand der Aspekte der Entscheidungssteuerung (II.) und der Entscheidungsbegründung (III.) zu überlegen, inwieweit die verfassungskonforme Auslegung diese Funktionen erfüllen kann.

Am Schluss wechsele ich die Perspektive und frage ausgehend von der verfassungskonformen Auslegung in der Praxis, welche Funktionen sie tatsächlich erfüllt bzw. erfüllen soll (IV.).

## I. Konfligierende Anforderungen an Auslegungsmethoden

Schon oben habe ich die Notwendigkeit der Differenzierung zwischen der Herstellung und der Darstellung von Entscheidungen angesprochen. Sosehr man sich über die Gewichtung dieser Aspekte streiten kann, stellen sie doch die beiden klassischen Funktionen juristischer Auslegungsmethoden dar. Die Termini „Entscheidungssteuerung“ und „Entscheidungserklärung“ beschreiben ebenfalls beide Seiten derselben Medaille und sind in diesem Zusammenhang etwas greifbarer.

Hier eine vereinfachende Übersicht der verschiedenen klassischen Funktionen der Auslegungsregeln:



Die Entscheidungssteuerung ist die ursprüngliche Funktion der Methodenlehre. Sie soll die Gesetzesbindung gewährleisten.

Gleichzeitig wird der Auslegungskanon auch als notwendig für die Begründung der Entscheidung angesehen.

Ein bis zur Polemik ausgetragener Streit zwischen WINFRIED HASSEMER und BERND RÜTHERS steht stellvertretend für den Konflikt um die Suche nach der Rolle und den Aufgaben der Methodenlehre und dient hier als Ausgangspunkt.

Beide Autoren teilen zunächst die gleiche Beobachtung. „Es wird verkannt, in welchem Maße die geschickte Methodenwahl oder auch Methodenmanipulation ein politisches Machtinstrument ist, das zur Perversion der geschriebenen Rechtsordnung missbraucht werden kann.“<sup>558</sup>, beschreibt RÜTHERS seinen Befund. Im Ergebnis ähnlich formuliert HASSEMER: „Mit der Wahl einer bestimmten Auslegungsmethode ist deshalb typischerweise auch ein bestimmtes Ergebnis

<sup>558</sup> Rütters, JuS 2011, 865-870 (866).

gewählt, ein anderes ist abgewiesen; und wer sein Fach beherrscht, kann dies voraussehen und strategisch einsetzen.<sup>559</sup>

Beide Autoren sind sich also einig, dass die Auslegungsregeln auch dazu genutzt werden können, zu suggerieren, es werde eine vollständig normativ gesteuerte Entscheidung getroffen, während man jedoch in Wirklichkeit vom gewünschten Auslegungsergebnis her arbeitet.

Sowohl RÜTHERS<sup>6</sup> als auch HASSEMERs Aussagen lassen sich auch so interpretieren, dass der Gesetzesanwender sich scheinbar ein Stück weit der Verantwortung für die Entscheidung entziehen kann. Dies geschieht, indem der tatsächlich vorhandene „freie“ Entscheidungsspielraum nicht deutlich aufgezeigt wird.

Uneinigkeit besteht jedoch darin, welche Konsequenzen aus dem Befund zu ziehen sind.

RÜTHERS macht die Position der Methodenlehre eher stark, bezeichnet sie als „ein notwendiges Mittel zur Offenlegung der rechtspolitischen Funktion der Justiz und damit der Richtermacht“.<sup>560</sup> Insbesondere arbeitet er ihre Funktion für die Selbstkontrolle des Rechtsanwenders heraus, der bei einem bewussten Umgang mit den Methoden durchaus erkennen könne, wo eine Umdeutung des Gesetzes beginnt.<sup>561</sup>

Hingegen betont HASSEMER eher die Notwendigkeit, ein Bewusstsein für die Schwächen juristischer Auslegungsmethoden zu schaffen: „Die Regeln der Methodenlehre sind zwar vernünftig und in kodifizierten Systemen gar zwingend; sie werden der Komplexität richterlichen Handelns aber nicht gerecht.“<sup>562</sup> An anderer Stelle formuliert er: „Eine juristische Methodenlehre, die, wie die unsere, von richterlicher Pragmatik nichts weiß und nichts wissen will, wird ihre Regulierungskraft am Ende ganz einbüßen, angefangen beim richterlichen Umgang mit dem Gesetz und beschlossen bei der Juristenausbildung – und das mit Recht und wahrscheinlich mit Folgen für das Verfassungsgebot der Bindung des Richters an das Gesetz.“<sup>563</sup>

Letztlich dreht sich der Streit somit nicht darum, ob mehr Transparenz bei der richterlichen Entscheidungsbegründung geschaffen werden soll, sondern wie dies geschieht. Sollen Aspekte der Entscheidungsfindung, die über die Anwendung der Auslegungsmethoden hinausgehen, stärker betont werden? Oder gilt es, den Methodenkanon zu verfeinern und vor allem stringenter damit zu argumentieren?

Jedenfalls zeigt sich: Die genannten Funktionen der Auslegungsmethoden können miteinander in Konflikt stehen. Auch stellt sich die Frage, ob Entscheidungssteuerung und Entscheidungsdarstellung mit Hilfe derselben Methoden betrieben

---

<sup>559</sup> Hassemer, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Müller-Dietz (Hg.), Festschrift für Heike Jung, 2007, S. 247.

<sup>560</sup> Rütters, JuS 2011, 865-870 (869).

<sup>561</sup> Vgl. Rütters, JuS 2011, 865-870 (869); Rütters, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 167.

<sup>562</sup> Hassemer, Rechtstheorie 2008, 1-22 (21).

<sup>563</sup> Hassemer, Rechtstheorie 2008, 1-22 (14).

und beschrieben werden können. An dieser Stelle dienen diese klassischen Funktionen der Auslegungsmethoden aber zunächst als Grundlage der folgenden Analyse.

Der Blick richtet sich nun langsam weg von der theoretischen Konzeption der verfassungskonformen Auslegung, hin zu ihrer Bedeutung und Verwendung in der Praxis. Ich frage für die verschiedenen Funktionen der Auslegungsmethoden jeweils, inwieweit die verfassungskonforme Auslegung diese tatsächlich erfüllen kann.

## II. Entscheidungssteuerung – formal oder materiell?

Es geht nun um die Ausgestaltung der (verbleibenden) tatsächlichen Steuerungsmöglichkeit durch Methoden.

Denn auch soweit man den Blick noch nicht über die Auslegungsmethoden selbst hinauslenkt (also fragt, welche Gesichtspunkte *eigentlich* oder *außerdem* die Entscheidung steuern), stellt sich die Frage, wie die Rechtswissenschaft sich die Entscheidungssteuerung durch Auslegungsmethoden vorstellt. Ich werfe den Blick hierbei vor allem auf die Frage, ob eine formale oder eine materielle Steuerung intendiert ist. Anders formuliert geht es also darum, zu klären, inwieweit methodische Argumente ihrerseits rein formaler Natur sein sollen und können.

Für den Begriff „formal“ findet sich im Duden-Fremdwörterbuch als eine Bedeutung: „die äußere Form betreffend; auf die äußere Form, Anlage o. Ä. bezüglich.“<sup>564</sup> Ich benutze diesen Begriff bewusst in Abgrenzung von der Bezeichnung „formell“ i. S. v. „der Vorschrift nach“ oder i. S. v. „aufgrund festgelegter Ordnung, aber nur äußerlich, ohne eigentlichen Wert“.<sup>565</sup> Ein formales Argument betrifft nur die äußere Form insofern, als es sich theoretisch auf jeden beliebigen Gegenstand beziehen kann. Es ist ein solches Argument, dass seinen Sinn nicht dadurch verliert, dass die Attribute, auf die es sich bezieht, ausgetauscht werden.

### 1. Trennung zwischen formalen und materiellen Gesichtspunkten

Die formale Anmutung der verfassungskonformen Auslegung habe ich bereits herausgearbeitet und oben als „schematisch“ beschrieben.<sup>566</sup> Es entsteht der Eindruck, die Verfassung sei ein festgelegter (und nicht: immer neu festzulegender) Rahmen, der lediglich mit verschiedenen Deutungsvarianten abgeglichen werden muss.

Doch auch die klassischen Auslegungsregeln zeichnen sich dadurch aus, selbst – zumindest scheinbar – noch keine inhaltlichen Vorgaben zu machen. So kann etwa eine Orientierung am Zweck eines Gesetzes unabhängig davon erfolgen, um welche Art von Zweck es sich handelt. REGINA OGOREK formuliert dies noch allgemeiner, wobei sie hierbei einen kritischen Ton anschlägt: „Methodenlehre ist also jedem

---

<sup>564</sup> Dudenredaktion (Hg.), Das Fremdwörterbuch, 2020, S. 380.

<sup>565</sup> Dudenredaktion (Hg.), Das Fremdwörterbuch, 2020, S. 381.

<sup>566</sup> S. C. III.

Inhalt dienstbar. Wertentscheidungen werden nicht von ihr getroffen, aber mit ihr kann jedes Werturteil begründet werden.<sup>567</sup>

MATTHIAS JESTAEDT betont die Wichtigkeit der Einordnung methodischer Argumente als solche formaler Natur: „Während es dem Methodenargument um die formale oder auch prozedurale Rationalität geht, hat das Sachargument die materiale Rationalität im Blick; sosehr beide zusammenhängen und in Bezug zueinander zu setzen sind, sosehr können sie doch analytisch und müssen sie auch operativ getrennt werden.“<sup>568</sup> Daraus lässt sich ableiten, dass er die Einordnung eines Arguments als rein formal grundsätzlich für möglich hält.

Ein ähnliches Grundverständnis lässt sich auch HASSEMERS allgemeiner Funktionsbeschreibung der Methodenlehre entnehmen: „Wenn das Gesetz die Bindung des Richters also nicht herstellen kann, weil es die für die Entscheidung wichtigen Fragen weder eindeutig noch vollständig bereithält, so muß nach einer Methode gesucht werden, die – vielleicht weniger stringent als das Gesetz selbst – inhaltliche richterliche Beiträge zum Entscheidungsergebnis ausschließt oder doch minimiert und jedenfalls kontrollierbar macht. Ergebnis dieser Suche ist die juristische Methodenlehre.“<sup>569</sup>

In diesen beispielhaft ausgewählten Zitaten zeigt sich ein Wunsch nach einer klaren Trennung zwischen prozeduralen Argumenten und inhaltlichen Argumenten. Dies ist die Unterscheidung, die ich als Trennung zwischen formalen und materiellen Argumenten bezeichne.

Eine solche Differenzierung ist zur Untersuchung der Auslegungsmethoden grundsätzlich sinnvoll. Die Möglichkeit einer besonderen Trennschärfe dieser Unterscheidung zu suggerieren, birgt jedoch die Gefahr, den tatsächlichen materiellen Gehalt formaler Argumente aus den Augen zu verlieren. Darauf liegt daher im Folgenden ein besonderes Augenmerk.

Zum Beispiel ist die Frage nach der Bedeutung des Wortlauts einer Norm eine scheinbar formale Frage. Aber auch soweit man auf ein allgemeines Verständnis der Bevölkerung o. Ä. abstellt, wird dies eine Wertung enthalten. Denn auch das allgemeine Verständnis eines Begriffs wird kaum genau empirisch zu ermitteln sein, bzw. man wird eine solche Untersuchung (sinnvollerweise) nicht jedes Mal vornehmen. Das allgemeine Verständnis dürfte sich somit vor allem aus dem sozialen Umfeld des Rechtsanwenders speisen. Auf den gleichen Aspekt, wenn auch anhand eines anderen Beispiels, weisen Vertreterinnen der feministischen Rechtswissenschaft hin, wenn sie konstatieren, die Macht, Begriffe definieren zu können, liege häufig bei Männern.<sup>570</sup>

Von Seiten der feministischen Rechtswissenschaft kommt auch der – sonst selten explizit ausgesprochene – Vorschlag, Fragen der Gleichstellung bereits in den Bereich der juristischen Methodik einzubeziehen: „Aufgabe der feministischen

---

<sup>567</sup> *Ogorek*, Gefährliche Nähe? Richterliche Rechtsfortbildung und Nationalsozialismus, in: Herzog (Hg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 170.

<sup>568</sup> *Jestaedt*, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 194.

<sup>569</sup> *Hassemer*, Rechtstheorie 2008, 1-22 (8-9).

<sup>570</sup> Vgl. *Greif/Schobesberger*, Einführung in die feministische Rechtswissenschaft, 2007, S. 129.

Rechtswissenschaft ist es [...], die rechtlich relevanten Interessen zu vervollständigen, indem auch das Interesse an der Förderung tatsächlicher Gleichstellung von Frauen und Männern als Prämisse der Rechtsauslegung anerkannt wird. Die Auslegung von Generalklauseln und unbestimmten Gesetzesbegriffen hat daher immer auch im Hinblick auf das Ziel einer geschlechtsbezogenen Gleichstellung zu erfolgen.<sup>571</sup> Dieses Vorgehen entspricht für sich genommen auch einer an Art. 3 Abs. 2, 3 GG orientierten Auslegung. Diese wird hier aber nicht als formaler Akt – einer grundsätzlichen Orientierung an der Verfassung, ohne Nennung der konkret zugrunde gelegten Wertvorstellungen – getarnt. Der materielle Steuerungswunsch durch die Auslegung selbst wird als solcher benannt. Das Beispiel ist also deshalb interessant, weil ausnahmsweise deutlich gemacht wird, wie durch eine an der Verfassung orientierte Auslegung bestimmte Ziele durchgesetzt werden sollen. Man muss ihren Einsatz als grundsätzliche Programmatik nicht guthießen. Jedenfalls wird aber der Schein des formalen Arguments an dieser Stelle aufgegeben. Dieses Beispiel stellt insofern aber eine seltene Ausnahme dar.

Insgesamt meine ich, den in der Rechtswissenschaft bestehenden Wunsch der Trennung zwischen formalen und materiellen Argumenten sowie die Einordnung des methodischen Arguments als ein solches formaler Natur deutlich gemacht zu haben.

All dies liefert aber noch keine Antwort auf mögliche Motive dieser in der Rechtswissenschaft erkennbaren Tendenz.

## 2. Das methodische Argument als formales Argument

Welche Gründe gibt es, methodische Argumente als solche rein formaler Natur einzuordnen?

Zunächst liegt es nah, darin – wie auch in der Darstellung der juristischen Methodik als logisches Verfahren – das Motiv der Herausstellung der eigenen Wissenschaftlichkeit zu erblicken.<sup>572</sup> Ein streng formalisiertes Verfahren wird mit einer besonderen Objektivität in Verbindung gebracht. Gerade weil es keine genuin rechtswissenschaftlichen Methoden gibt, tendiert die Rechtswissenschaft stark dazu, sich über den Auslegungskanon als Methodenkanon zu definieren. Durch diesen sollen daher Argumente generiert werden, die unabhängig vom persönlichen Standpunkt einleuchtend sind. Formale Argumente erfüllen dieses Kriterium zumindest auf den ersten Blick stärker.

Infrage kommen als Motiv für die grundsätzliche Einordnung methodischer Argumente als solche formaler Natur aber auch historische Betrachtungen der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, von der eine klare Abgrenzung erfolgen soll. Die nationalsozialistische Weltanschauung<sup>573</sup> wurde nicht maßgeblich

---

<sup>571</sup> Greif/Schobesberger, Einführung in die feministische Rechtswissenschaft, 2007, S. 127.

<sup>572</sup> Vgl. zum Motiv der „Logifizierung der Jurisprudenz“ Gröschner, Richter schließen nicht; sie urteilen, in: Frick/Lembcke/Lhotta (Hg.), Politik und Recht, 2017, S. 115.

<sup>573</sup> Soweit man von einer Weltanschauung (dem auch von Hitler gewünschten Begriff) im Sinne einer geschlossenen Ideologie bzw. eines auf Kohärenz angelegten Systems sprechen möchte. Dazu Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 1988, S. 101, 102: „Der Inhalt dieser Weltanschauung, der

durch die Veränderung von Normen implementiert. Vielmehr ging es auch darum, die vorhandene Rechtsordnung umzudeuten. Hierfür erschien – neben einer „allgemeinen Tendenz zur Loslösung vom Gesetzestext und zu freierer Entscheidungsfindung“<sup>574</sup> – auch eine angepasste Auslegung der Normen als geeignetes Instrument. „Zunächst hatte der Nationalsozialismus in Ermangelung eines Ersatzsystems ohnehin keine andere Wahl, als mit dem überlieferten Recht weiterzuarbeiten und auf eine politisch gelenkte Auslegung zu vertrauen.“<sup>575</sup>

Eine „Arbeitstagung der Reichsfachgruppen Richter und Staatsanwälte und Rechtspfleger“ unter der Leitung von HANS FRANK verkündete im Jahr 1936 Leitsätze, die auch die Auslegung von Normen betrafen. „Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen ist die nationalsozialistische Weltanschauung, wie sie insbesondere in dem Parteiprogramm und in Äußerungen des Führers ihren Ausdruck findet.“<sup>576</sup>

CARL SCHMITT formulierte 1933 „neue Leitsätze für die Rechtspraxis“. Hierin betonte er, dass die Bindung des Richters an das Recht und das Gesetz eine Bindung an Recht und Gesetz eines bestimmten Staatswesens sei.<sup>577</sup> Dies schlage sich in der Auslegung nieder. „Für die Anwendung und Handhabung der Generalklauseln durch den Richter, Anwalt, Rechtspfleger oder Rechtslehrer sind die Grundsätze des Nationalsozialismus unmittelbar und ausschließlich maßgebend.“ Dazu erläutert SCHMITT: „Die herrschenden Wertanschauungen und -auffassungen eines Volkes prägen sich stets in den Anschauungen und Auffassungen einer bestimmten führenden oder maßgebenden Gruppe oder Bewegung aus.“<sup>578</sup> Dies dürfte deutlich machen, dass eine Anpassung der Normen nicht immer als notwendig erachtet wurde.

In seiner ausführlichen Monographie setzt BERND RÜTHERS sich mit dem „Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus“ auseinander.<sup>579</sup> Er zeigt, dass die entsprechenden rechtmethologischen Bemühungen nicht immer versuchten, den weltanschaulichen Einfluss auf die Auslegung durch formale Gesichtspunkte zu tarnen. So sei es der maßgeblich von PHILIPP HECK entwickelten Interessenjurisprudenz vonseiten der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft zum Vorwurf gemacht worden, dass ihre Grundlage ein „weltanschaulich wertneutraler, formaler Rechtsbegriff“ war.<sup>580</sup> KARL LARENZ etwa verwendet in einer Erwiderung auf die Position HECKS den Begriff „technisch“ im Sinne von „formalistisch“. Dieser ist bei ihm negativ konnotiert: „Die ‚Jurisprudenz‘ dagegen in dem Sinne, wie ich sie als Gegensatz zur Rechtswissenschaft aufgefaßt habe, begnügt sich mit einer

---

Ideengehalt des Nationalsozialismus, blieb ungewiß und unklar, ohne Systematik und Geschlossenheit. Lediglich die Rassenideologie der arisch-nordischen Vorherrschaft, der hemmungslose Judenhaß, die Vergötzung des biologischen Auslesekampfes mit der Absage an alle humanen Gesichtspunkte und das schrankenlos vertretene Führerprinzip konnten als gesicherte NS-Dogmen gelten. Im übrigen hielt Hitler von ideologischer und programmatischer Festlegung nichts.“

<sup>574</sup> *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, S. 88.

<sup>575</sup> *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, S. 85.

<sup>576</sup> O. V., DJZ 1936, 179-180 (180).

<sup>577</sup> *Schmitt*, JW 1933, 2793-2794 (2793).

<sup>578</sup> Beide Zitate *Schmitt*, JW 1933, 2793-2794 (2794). Die Zusammenstellung beider historischer Quellen ist übernommen von *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, S. 92, dem es im Speziellen um den Eingang des Gemeinwohlprinzips in die Rechtsordnung über Generalklauseln geht.

<sup>579</sup> *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1988 (Untertitel).

<sup>580</sup> *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1988, S. 273.

äußeren Stoffordnung und einer bloß technischen Handhabung der Normen und stellt darum in Wahrheit gerade keine geistige Bewältigung des Rechts, sondern einen Verzicht auf diese dar.<sup>581</sup>

RÜTHERS fasst die Position nationalsozialistischer Rechtswissenschaftler zu HECK zusammen: „Das völkisch-rassistische Rechtsdenken strebte im Gegensatz zur Auffassung HECKS, der eine solche Hoffnung als Utopie bezeichnet hatte, gerade danach, die nationalsozialistische Weltanschauung für alle Rechtsanwender zur verbindlichen philosophischen Grundlage ihrer juristischen Praxis zu machen. Der dieser [Hecks] Methodenlehre zugrunde liegende positive und wertneutrale Rechtsbegriff mußte dem nationalsozialistischen Rechtsdenken als Verbiegung, Verfälschung und Eingriff in die Substanz der reinen Idee erscheinen.“<sup>582</sup>

Abschließend konstatiert RÜTHERS jedoch: „Im Ergebnis war der Methodenstreit für die politische Umwertung der Rechtsordnung ohne Belang. Alle methodischen Richtungen in jener Diskussion empfahlen sich mit dem Hinweis, für diese Umwertung besonders geeignete Instrumente und Techniken zu bieten.“<sup>583</sup> Dies begründet er mit dem Totalitätsanspruch der nationalsozialistischen Weltanschauung, die mögliche rechtsstaatliche Schranken überschreiten könne.<sup>584</sup> „Die angestrebte Ausrichtung der Judikatur auf die jeweiligen politischen Zwecke zeigt sich besonders in der Lockerung der Gesetzesbindung des Richters.“<sup>585</sup>

Gleichwohl beschreibt RÜTHERS das Selbstverständnis der Richter im Nationalsozialismus wie folgt: „Den Gerichten war es recht, wenn ihre Rechtsanwendungsmethoden als rein wissenschaftlich und völlig unpolitisch erschienen. [...] Das Ausblenden der historischen und politischen Zusammenhänge der Rechtsanwendungsmethoden läßt die Judikate der letzten Instanzen unter dem Etikett einer vermeintlich ‚objektiven‘ Auslegung als rein wissenschaftlich gewonnene Erkenntnisprodukte erscheinen.“<sup>586</sup> Dies wirkt nur auf den ersten Blick widersprüchlich. Selbst wenn eine Implementierung ideologischer Elemente in den Auslegungsvorgang angestrebt wurde, kann es das Ziel der Richter gewesen sein, dies für den Bereich der „rechtlichen Entscheidung“ wenig kenntlich zu machen.

Es lassen sich mit Blick auf die Geschichte der Rechtswissenschaft in Deutschland also durchaus gute Argumente finden, eine klare Trennung zwischen materiellen und formalen Argumenten bei der Auslegung anzustreben.

Gleichzeitig und vor allem zeigt sich aber auch, dass diese Trennung nur in Grenzen möglich ist und die Gefahr einer „Tarnung“ materieller Argumente als solche formaler Natur besteht.

MICHAEL STOLLEIS spannt den Bogen von der Implementierung der nationalsozialistischen Weltanschauung in die Rechtsordnung bis zur Entfaltung der Grundrechte in der heutigen Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland. „Die Aufhebung der Spannungen zwischen den neu verstandenen Grundrechten

---

<sup>581</sup> Larenz, AcP 1937, 257-281 (259). Auf diese Quelle nimmt auch Rütters a. a. O. Bezug.

<sup>582</sup> Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 1988, S. 274.

<sup>583</sup> Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 1988, S. 276.

<sup>584</sup> Vgl. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 1988, S. 276.

<sup>585</sup> Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 1988, S. 276.

<sup>586</sup> Rütters, JZ 2006, 53-60 (56).

und den älteren Gesetzestexten konnte aber auch dadurch gelöst werden, dass die Gesetze bzw. ihre Anwendung ‚grundrechtskonform‘ ausgelegt wurden.<sup>587</sup> Dazu führt er aus: „Nur wenigen kritisch eingestellten Beobachtern fiel auf, dass dies – nun freilich unter ‚guten‘ demokratischen Vorzeichen – eine methodische Reprise der Umwertungen von 1933 war. Auch damals wurde [...] mit Hilfe von ‚Leitsätzen‘ dekretiert, die gesamte Rechtsordnung habe einen neuen Geist anzunehmen und die Gerichte seien verpflichtet, in diesem Geist zu entscheiden.“<sup>588</sup> Zuspitzend formuliert RÜTHERS: „Die juristische Manipulation an Grundbegriffen ist nicht nur ein Vergangenenheits-, sondern ein Gegenwartsproblem.“<sup>589</sup>

Im „Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über die vorläufige Einrichtung der Republik Österreich (Vorläufige Verfassung)“ wurde das Ziel der Umsteuerung der bestehenden Rechtsordnung von oben sogar explizit festgelegt: „§ 1 (2) Alle Rechtsvorschriften sind im Einklang mit den Grundsätzen der Staatsform einer demokratischen Republik zu gestalten und im Sinne dieser maßgebenden Grundsätze auszulegen.“<sup>590</sup> Dies unterstreicht den von STOLLEIS herausgestellten Punkt, dass der Versuch einer Umdeutung der Rechtsordnung eben unter verschiedenen Vorzeichen erfolgen kann.

Für die verfassungskonforme Auslegung spricht HÖPFNER damit einhergehende Gefahren klar an: „Was in staatspolitischen Umbruchzeiten, insbesondere nach vollständigen Systemwechseln, als Mittel der neuen Machthaber, ihre gewonnene Machtposition rasch und ohne langwierige Gesetzgebungsverfahren zu festigen, möglicherweise legitim ist, birgt in der ‚staatlichen Normallage‘ einer gewaltenteilenden Demokratie Gefahren, die bei der Verwendung des Instituts der systemkonformen Auslegung in all seinen Ausprägungen nicht vernachlässigt werden dürfen.“<sup>591</sup>

Eine starke Steuerung der gesamten Rechtsordnung „von oben“ macht die Rechtsordnung flexibler und anpassungsfähiger, wird aber immer auf Kosten der Rechtssicherheit gehen.

Je allgemeiner die leitenden Prinzipien formuliert sind, desto größer ist außerdem der Auslegungsspielraum für diese Prinzipien.

So beschreibt ULRICH VOSGERAU die Durchdringung der Rechtsordnung durch die Verfassung als positiv. Er steht als Jurist selbst für ein Verfassungsverständnis, das im (zu einer differenzierten Beschreibung selbstredend ungeeigneten) politischen Rechts-Links-Schema dem rechten Rand zuzuordnen ist.<sup>592</sup> VOSGERAUS Formulierung in diesem Zusammenhang ist bemerkenswert: „Die Betrachtungsweise von Grundrechten (und ggf. auch sonstigem Verfassungsrecht) als objektive Prinzipien oder Wertentscheidungen, die die gesamte Rechtsordnung prägen, ermöglicht es,

---

<sup>587</sup> *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 4, S. 217.

<sup>588</sup> *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 4, S. 218.

<sup>589</sup> *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 90.

<sup>590</sup> Zu finden in Fischer/Silvestri (Hg.), Texte zur österreichischen Verfassungs-Geschichte, 1970, S. 300. Dieses illustrative Beispiel ist übernommen von *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung 2008, S. 172.

<sup>591</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung 2008, S. 175.

<sup>592</sup> Leserinnen und Leser mögen zu einer eigenen Einschätzung kommen. Siehe hierzu das Schriftenverzeichnis Vosgeraus, [www.ulrich-vosgerau.de/veroeffentlichungen/](http://www.ulrich-vosgerau.de/veroeffentlichungen/) (abgerufen am 10.11.2023).

jeden Naturrechts- oder Gerechtigkeitsstopos nunmehr als Auslegung positiven Verfassungsrechts auszuweisen.<sup>593</sup> Dies bringt das methodische Vorgehen auf den Punkt und macht zugleich die Gefahr einer Bezugnahme auf die Verfassung bei der Auslegung deutlich. Gerechtigkeitsabwägungen, also materielle Gesichtspunkte, stehen spätestens durch diesen methodischen „Kniff“ nicht mehr neben formalen Gesichtspunkten. Sie werden in den Auslegungskanon integriert. Damit kann ein sehr breites Wertspektrum als Grundlage der Auslegung dienen und als „verfassungskonform“ oder Ähnliches deklariert werden. Dass eine Debatte über dieses Auslegungsergebnis auch auf dieser Wertebene ansetzen muss, ist zumindest auf den ersten Blick nicht immer ersichtlich.

Die hier dargestellten Befunde erscheinen zunächst widersprüchlich. Ich behaupte einerseits, die Rechtswissenschaft versuche, den Auslegungsvorgang als rein formal darzustellen, zeige aber gleichzeitig, wie die Integration von materiellen Verfassungswerten in den Auslegungsvorgang postuliert wird. Der entscheidende Punkt liegt jedoch darin, dass auch eine Bezugnahme auf die Verfassung regelmäßig als formales Argument dargestellt wird. Dies gilt umso mehr, als in der rechtswissenschaftlichen Literatur häufig ein Konnex zwischen den Begriffen „formal“ und „rein rechtlich“ sowie „materiell“ und „außerrechtlich“ mitschwingt. Einen ähnlichen Aspekt beschreibt aus historischer Perspektive NILS JANSEN. Er stellt dar, wie auch die Frage der Verbindlichkeit des Rechts durch die Positivierung der Verfassung zu einer Rechtsfrage wird.<sup>594</sup> Die fließenden Grenzen zwischen formalen, (außer)rechtlichen und materiellen Argumenten werden hierbei deutlich. Dies möchte ich im Folgenden für die verfassungskonforme Auslegung im Speziellen konkretisieren.

An dieser Stelle ist die Aufrechterhaltung der Differenzierung zwischen formalen und materiellen Aspekten jedenfalls notwendig, um zu zeigen, wie materielle Argumente als solche formaler Art dargestellt werden.

### **3. Konsequenzen für die verfassungskonforme Auslegung**

Die verfassungskonforme Auslegung bildet ein Musterbeispiel der Etikettierung materieller Argumente als solche formaler Natur.

In Kapitel B habe ich eine Entwicklung der Beschreibung der verfassungskonformen Auslegung in Literatur und Rechtsprechung herausgearbeitet. Dabei ließ sich für die Literatur zeigen, dass anfangs eine materielle Orientierung des Auslegungsvorgangs an der Verfassung durchaus als Aspekt der verfassungskonformen Auslegung genannt wird.

1979 macht das Bundesverfassungsgericht für seine Verhältnisse präzise Ausführungen zum methodischen Vorgehen: „Von mehreren Auslegungsmöglichkeiten einer Bestimmung ist diejenige auszuschließen, die der Verfassung zuwiderläuft. Denn das Grundgesetz ist als ranghöchstes innerstaatliches Recht nicht nur Maßstab für die Gültigkeit von Rechtsnormen aus innerstaatlicher Rechtsquelle;

---

<sup>593</sup> Vosgerau, *Rechtswissenschaft als Theorie der Theorie*, in: Funke/Lüdemann (Hg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 208.

<sup>594</sup> Jansen, *Recht und gesellschaftliche Differenzierung*, 2019, S. 258 f.

auch inhaltlich ist jede dieser Rechtsnormen im Einklang mit dem Grundgesetz auszulegen. Sie empfängt daraus im Rahmen ihres Wortlauts gegebenenfalls einen ergänzenden Sinn oder ist, wenn die übrigen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind, im Einklang mit dem Grundgesetz fortzubilden. Auch das Grundgesetz ist Teil der Gesamtrechtsordnung, die als Sinnganzes verstanden werden muß und jeglicher Auslegung innerstaatlichen Rechts zugrunde zu legen ist.<sup>595</sup> Zwar fällt hier der Begriff der verfassungskonformen Auslegung nicht explizit. Dennoch ergibt sich aus der Entscheidung, dass die verfassungskonforme Auslegung hier beschrieben wird. Bei der Bezugnahme auf die Stellungnahme des die fragliche Norm vorlegenden Gerichts fällt der Begriff der verfassungskonformen Auslegung auch explizit (diese „scheide aus“).<sup>596</sup> In der Entscheidungsformel verwendet das Bundesverfassungsgericht den Begriff wiederum nicht und formuliert, die fragliche Norm sei „in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar“.<sup>597</sup> Ob der Terminus nun an entscheidender Stelle bewusst vermieden wird, ist nicht klar. Anhaltspunkte bestehen dafür keine. Jedenfalls aber wird deutlich, dass das Gericht zumindest zu diesem Zeitpunkt die verfassungskonforme Auslegung als Mittel begreift, die Auslegung der einfachen Norm materiell von der Verfassung lenken zu lassen.

Die Definition formalisiert sich jedoch vor allem in der Literatur immer stärker. Die heute gängige Definition der verfassungskonformen Auslegung kommt als inhaltlich neutrale Schritt-für-Schritt-Anleitung daher.

Dieser Befund gilt mit Einschränkungen. FRITZ OSSENBÜHL ordnet beispielsweise noch 1988 die verfassungskonforme Auslegung eindeutig als Mittel ein, eine Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu erzielen. Diese „Radioaktivität der Grundrechte“ sei „nicht weniger gefährlich als die Radioaktivität der Nuklide“.<sup>598</sup> Dennoch ist insgesamt eine starke Tendenz in der Literatur erkennbar, eben diesen Aspekt der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte nicht mehr so deutlich der verfassungskonformen Auslegung zuzuordnen wie in der Anfangszeit der Bundesrepublik.

Hiermit schließt sich der Kreis. Denn letztlich hat für die Aspekte, die anfangs gemeinsam unter dem Begriff der verfassungskonformen Auslegung zusammengefasst wurden, eine begriffliche Ausdifferenzierung zwischen verfassungsorientierter und verfassungskonformer Auslegung stattgefunden. Dies habe ich oben bereits ausgeführt.<sup>599</sup> Es ist allerdings bemerkenswert, wie nah diese Ausdifferenzierung entlang der Trennlinie zwischen formalen und materiellen Aspekten verläuft. Bei der verfassungsorientierten Auslegung wird mehr oder weniger deutlich gemacht, dass es sich um eine Form der materiellen Steuerung handelt. Bei der verfassungskonformen Auslegung wird dieser Aspekt kaum noch explizit benannt.

So formuliert z. B. REIMER: „Die verfassungsorientierte Auslegung ist im Gegensatz zur verfassungskonformen Auslegung eine Interpretation des einfachen

---

<sup>595</sup> BVerfGE 51, 304 (323).

<sup>596</sup> BVerfGE 51, 304 (309).

<sup>597</sup> BVerfGE 51, 304 (304).

<sup>598</sup> *Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, S. 15.

<sup>599</sup> Z. B. Kapitel B. I. 2.

Rechts, die die Wertungen der Verfassung – insbesondere der Grundrechte, aber auch des objektiven Verfassungsrechts – im einfachen Recht entfaltet, ohne die einfachrechtliche Norm damit vor der Verfassungswidrigkeit bewahren zu müssen.<sup>600</sup>

Die Formulierung ist insofern doppeldeutig, als man den Schwerpunkt herauslesen kann, dass insbesondere die verfassungsorientierte Auslegung die Wertungen der Verfassung berücksichtigt oder dass als einziger Unterschied die Frage nach einer möglichen Verfassungswidrigkeit hervorgehoben wird. Jedenfalls aber wird die Einbeziehung der Wertungen hier für die verfassungsorientierte Auslegung besonders herausgestellt. Dies betont REIMER kurz darauf für die verfassungsorientierte Auslegung noch einmal: „Hinter der Figur steht das Dogma von den Grundrechten als objektiver Werteordnung, die die ganze Rechtsordnung durchdringt und prägt.“<sup>601</sup>

ROLF WANK hingegen schließt sich der kategorischen Trennung zwischen verfassungskonformer und verfassungsorientierter Auslegung nicht vollständig an. Er behält jedoch auch die begriffliche Trennung bei und sieht die verfassungsorientierte Auslegung als Unterfall der verfassungskonformen Auslegung. Die verfassungsorientierte Auslegung bezeichnet er dann als „verfassungskonforme Auslegung als Inhaltsbestimmung“.<sup>602</sup> Kurz darauf wird anhand seiner Erläuterung unter der Überschrift der „verfassungsorientierten Auslegung“ jedoch deutlich, wie er bei dieser die Werte der Verfassung in den Auslegungsvorgang mithilfe der juristischen Methoden einbeziehen möchte: „Im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung ist auf die Einheit der Rechtsordnung und auf die Ausrichtung des einfachen Rechts am Verfassungsrecht einzugehen. Zu den Gesetzeszwecken jeder einzelnen Norm des einfachen Rechts gehört auch die Konformität mit dem Verfassungsrecht.“<sup>603</sup> Hier taucht auch der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung wieder auf. Die Verfassung wird in dieser Lesart weniger als äußerer Rahmen, sondern vielmehr als Zielvorgabe verstanden, auf die bei jeder Auslegung hinzuwirken ist. Daneben stellt WANK die (eigentliche) verfassungskonforme Auslegung als „Inhaltskontrolle“.<sup>604</sup> Schon der Begriff suggeriert, dass auf den Inhalt nicht mehr eingewirkt wird, sondern nur geprüft wird, ob der Inhalt so stehen bleiben kann, mit anderen Worten, ob die Norm verworfen werden muss (oder eben dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden muss).

Noch expliziter konstatiert HÖPFNER für die systemkonforme Auslegung, diese diene nicht der Ermittlung des Norminhalts, sondern sei eine besondere Ausprägung der Normverwerfung.<sup>605</sup> Er suggeriert damit, bei der systemkonformen (also auch der verfassungskonformen) Auslegung habe die Einbeziehung der Verfassung in den Auslegungsvorgang keinen Einfluss auf das (Auslegungs-)Ergebnis. Es zeigt sich hier erneut eine sehr mechanische Vorstellung des Auslegungsvorgangs.

---

<sup>600</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 194.

<sup>601</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 194.

<sup>602</sup> Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 275.

<sup>603</sup> Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 276.

<sup>604</sup> Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 276.

<sup>605</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung 2008, S. 171; s. a. S. 159.

Insgesamt wird deutlich, wie konsequent die verfassungskonforme Auslegung in der Literatur als formaler Vorgang dargestellt wird.

Ob dies in der Praxis tatsächlich hilfreich ist, ist jedoch höchst zweifelhaft.

Schon die dieser Vorstellung zugrundeliegenden Grundannahmen sind angreifbar. Die verfassungskonforme Auslegung, wie sie heute überwiegend in der Literatur dargestellt wird, setzt eine sehr formale Vorstellung von Entscheidungssteuerung in mehreren Schritten voraus. Sie geht von einer hohen Flexibilität der Rechtsordnung aus.

Vor allem die Auswahl derjenigen Auslegungsvariante, die mit der Verfassung vereinbar ist, ist kein rein formaler Schritt, es kann keine Schablone angelegt werden, die den von der Verfassung vorgegebenen Rahmen markiert. Die Hauptaufgabe liegt in der Definition dieses Rahmens sowie in der Auslegung der Verfassung und damit in der Abwägung materieller Wertungsgesichtspunkte. Dass dies grundsätzlich erkannt wird, zeigt schon die Debatte um die Zuständigkeit für die verfassungskonforme Auslegung.<sup>606</sup> Denn das Problem der Zuständigkeit für die verfassungskonforme Auslegung stellt sich deshalb, weil die verfassungskonforme Auslegung eine Auslegung der Verfassung beinhaltet. So warnt ANDREAS VOßKUHLE, dass eine „eigenständige[n] Konkretisierung der Verfassung [durch die Fachgerichte], die jeder verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts vorausgeht, wegen der Offenheit und Weite des Grundgesetzes ein besonders schwieriges Geschäft darstellt“.<sup>607</sup>

Das Messen der Auslegungsvariante einer Norm an der Verfassung bildet faktisch den Kern und die besondere Schwierigkeit der verfassungskonformen Auslegung. Gleichzeitig spielt dieser Aspekt in der Diskussion um die verfassungskonforme Auslegung nur eine untergeordnete Rolle.

In der Rechtsprechungspraxis erweist sich das konsequente Festhalten an der Unterscheidung zwischen formalen Schritten und materiellen Überlegungen als unmöglich. So wird auch eine Unterscheidung zwischen verfassungskonformer Auslegung und verfassungsorientierter Auslegung nicht konsequent durchgehalten.<sup>608</sup> Soweit man dies nicht ausschließlich auf ein ungenaues methodisches Arbeiten der Richter zurückführen möchte, darf dies als weiteres Argument dafür gelten, die entsprechende Trennung als wenig praktikabel anzusehen. UWE SEETZEN (zu dem Zeitpunkt selbst Richter am Landgericht) betont, verfassungsorientierte und verfassungskonforme Auslegung ließen sich in der Praxis gar nicht sauber voneinander trennen.<sup>609</sup>

Das Ausblenden materieller Aspekte aus der Definition der verfassungskonformen Auslegung ist daher im Ergebnis nicht zielführend. „[D]ie Reduktion der juristischen Auslegung auf Techniken macht blind für Sachgründe und Prinzipien, die letztlich die Wahl des jeweiligen Auslegungselements oder Schlußverfahrens

---

<sup>606</sup> S. Kapitel B I. 1. b).

<sup>607</sup> Voßkuhle, AöR 2000, 177-200 (188). Voßkuhle selbst hingegen kaschiert das Element materieller Steuerung durch die verfassungskonforme Auslegung im Gegensatz zu vielen anderen aber auch kaum. Etwa ordnet er die verfassungskonforme Auslegung als Unterfall der verfassungsorientierten Auslegung ein (180).

<sup>608</sup> Mit Nachweisen und Beispielen Voßkuhle, AöR 2000, 177-200 (190-191).

<sup>609</sup> Seetzen, NJW 1976, 1997-2001 (2001).

unvermeidlicherweise bestimmen müssen.“<sup>610</sup> „Die Fiktion, das rechtspolitische Element lasse sich aus dem juristischen Denken herausdrängen, führt zu nichts anderem, als dazu, daß diese Aufgabe nicht gesehen wird. Die Fiktion fördert gerade, was sie verhindern wollte: Die Möglichkeit unkontrollierbarer Richterwillkür.“<sup>611</sup> formuliert KRIELE jeweils zutreffend, wenn auch ohne Bezug zur verfassungskonformen Auslegung. Seine Gedanken lassen sich aber sinnvoll auf die hier angeführten Überlegungen übertragen.

#### **4. Zwischenergebnis**

Es gibt eine lange Tradition, bei der Auslegung von Normen zwischen formalen und materiellen Argumenten zu unterscheiden. Häufig wird auch zwischen rein rechtlichen und außerrechtlichen Argumenten unterschieden. Diese Begriffspaare sind nicht deckungsgleich, überschneiden sich aber. Rein rechtliche Argumente lassen sich häufig scheinbar aus formalen Argumentationsschritten herleiten.

Diese Differenzierung lässt sich gewinnbringend auf die verfassungskonforme Auslegung anwenden. Denn es hat sich vor allem in der Literatur eine Definition der verfassungskonformen Auslegung herausgebildet, die suggeriert, es gebe von materiellen Erwägungen zunächst abgekoppelte formale Schritte, die einen wesentlichen Beitrag zum Auslegungsvorgang leisten.

Diese formalen Schritte können aber realistisch betrachtet in dieser Form gar nicht durchgeführt werden, da sie der Komplexität des Auslegungsvorgangs nicht gerecht werden. Die Definition der verfassungskonformen Auslegung folgt einer sehr mechanischen und zu stark vereinfachenden Vorstellung des Auslegungsvorgangs. Zur Entscheidungsfindung ist die verfassungskonforme Auslegung nach der hier zugrunde gelegten Definition daher kaum geeignet.

Die Trennung zwischen formalen und materiellen Gesichtspunkten wird bei der verfassungskonformen Auslegung übertrieben. Sich dieser Differenzierung bewusst zu werden, kann dennoch dabei helfen, zu erkennen, wie sehr materielle Erwägungen auch bei der verfassungskonformen Auslegung maßgeblich sind.

### **III. Entscheidungsbegründung**

Die Auslegungsmethoden erfüllen nicht nur, aber auch eine Begründungsfunktion. Insbesondere kommt ihnen die Rolle zu, die Transparenz und Akzeptanz der Entscheidungen zu erhöhen. Außerdem lassen sich nur gut begründete und hergeleitete Entscheidungen nach sinnvollen Kriterien miteinander vergleichen. Schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts wurde im Zuge der Diskussion um die Einführung einer Begründungspflicht für gerichtliche Urteile schließlich erwogen, die Begründung könne der Selbstkontrolle des Richters dienen.<sup>612</sup>

---

<sup>610</sup> Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, 1979, S. 71.

<sup>611</sup> Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* [1967], 1976, S. 96.

<sup>612</sup> *Günzel*, *Eine andere Geschichte der Begründungspflicht*, 2021, S. 244.

Wie sehr die klassischen Auslegungsmethoden einen Beitrag zur Begründung der Entscheidung leisten können, ist wiederum notwendigerweise mit der Frage verknüpft, wie hoch der Einfluss der Auslegungsmethoden auf die tatsächliche Entscheidungsfindung ist.

Es gibt daher Ansätze, den Begriff der Begründungslehre weiter bzw. offener zu verstehen als den der Methodenlehre. So definiert UWE KISCHEL: „Gegenstand der Begründung sind diejenigen Gründe, die den Richter oder Verwaltungsbeamten nach seiner eigenen Auffassung zu seiner Entscheidung gebracht haben. Der Entscheidungsträger erläutert, warum er so und nicht anders entscheidet, unabhängig davon, ob er dabei auf den klassischen Auslegungskanon, Präjudizien oder allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen zurückgreift, eine verfassungskonforme Auslegung vornimmt oder die topische Methode anwendet.“<sup>613</sup> Nach dieser Definition bleibt die Bedeutung der Methodenlehre für die Entscheidungsbegründung nur potentiell, wird aber auch nicht vollständig negiert.

So oder so ist die Frage interessant, ob der Begriff der verfassungskonformen Auslegung bei der Begründung einer Entscheidung in der Praxis eine besondere Rolle spielt.

## 1. Wunsch nach Transparenz

Der Wunsch ist nicht neu, das Zustandekommen gerichtlicher Entscheidungen transparent zu gestalten. Er mag mit einem Staats- und Demokratieverständnis einhergehen, das sowohl Richter als auch von der Entscheidung betroffene Personen verstärkt als handelnde Akteure begreift.

Entscheidungen sollen einerseits gut und nachvollziehbar begründet werden. Andererseits schafft eine gewisse Struktur der Begründung eine höhere Vergleichbarkeit von Entscheidungen. Entscheidungsgründe sollen „für Kritik und Kontrolle“ geöffnet werden.<sup>614</sup>

Beispielhaft lässt sich die Entwicklung zu einer höheren Transparenz gerichtlicher Entscheidungen anhand einer Diskussion um das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) nachvollziehen. Zunächst entschied man sich dagegen, abweichende Voten einzelner Richter zu veröffentlichen. Dahinter stand das Ziel, den Anschein „einer einheitlichen Rechtsauffassung“ aufrechtzuerhalten.<sup>615</sup> Man sah die Autorität des Bundesverfassungsgerichts gefährdet, wenn der Eindruck vollkommener Geschlossenheit angetastet würde.<sup>616</sup> Später setzte sich dann – unter einer SPD-geführten Bundesregierung – eine Linie durch, die eine höhere Transparenz der Entscheidungsgründe und -wege stärker betonte: Mit dem Vierten Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht wurde 1970 in § 30 Abs. 2 BVerfGG die Möglichkeit für die Richter eingeführt, eine abweichende Meinung zu der Entscheidung oder zu deren Begründung in einem Sondervotum

---

<sup>613</sup> Kischel, Die Begründung, 2003, S. 6.

<sup>614</sup> Müller, Recht – Sprache – Gewalt [1975], 2008, S. 29.

<sup>615</sup> Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S. 108.

<sup>616</sup> Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S. 127.

niederzulegen.<sup>617</sup> In der Praxis sind diese Sondervoten gleichwohl „sorgfältig kalkulierte Ausnahmen“.<sup>618</sup>

Die Diskussion um das Sondervotum ist Ausdruck des möglichen Spannungsfeldes zwischen dem Anspruch, den Entscheidungsvorgang transparent zu gestalten, und der Befriedungsfunktion des Rechts bzw. der richterlichen Entscheidung.

Die Befriedungsfunktion ist eng mit der Frage der Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen verbunden. Die Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen hängt auch mit der Stärke ihrer Begründung zusammen.<sup>619</sup> Gleichwohl konstatiert JUTTA LIMBACH noch 1997: „Der gegenwärtig auch in der Jurisprudenz gern gebrauchte Begriff der Akzeptanz ist in dieser Kunst- und Entscheidungslehre bisher wenig beheimatet. In keiner Methodenlehre taucht er auf.“<sup>620</sup> Ein Unbehagen seitens der Jurisprudenz, die Akzeptanz von Entscheidungen zum eigenen Thema zu machen, ist nicht verwunderlich. Die Legitimität von Entscheidungen soll eben nicht von deren Wirkung abhängen. Wer juristische Methoden als reine Instrumente der Entscheidungssteuerung betrachtet, wird alles, was auf die Entscheidung folgt, gerne den Sozialwissenschaftlern überlassen.

Gut begründete Entscheidungen werden allgemein sicherlich besser akzeptiert als schlecht begründete. Fraglich ist aber, inwieweit dies auch dann noch gilt, wenn Richter bemüht sind, ihre tatsächlichen Entscheidungsgründe offenzulegen. Diese könnten persönlicher oder (soweit man dies unterscheiden möchte) politischer Art sein. Jedenfalls wäre zu zeigen, dass eine Entscheidung weder durch das Gesetz noch durch objektive Gesichtspunkte vollständig steuerbar ist. Es ist denkbar, dass darunter die Befriedungsfunktion der Entscheidung leidet.

Diesen Gedanken formuliert auch KRIELE: „[Es] lässt sich das Verschweigen der entscheidenden Erwägungen unter Umständen sogar pragmatisch rechtfertigen: es erhöht unter Umständen die Befriedungswirkung der Rechtsprechung. Ist die Entscheidung einerseits unparteilich-vernünftig, andererseits aber scheinbar rein deduktiv aus dem Gesetz gewonnen, so hat das Gericht es allen recht gemacht: Sowohl denen, die die gerechte, als auch denen, die die gesetzmäßige Entscheidung wollen.“<sup>621</sup> Für ihn ist dieser Einwand letztlich aber nicht überzeugend: „Eine Methodenlehre, die sich mit der Analyse der offenen Urteilsgründe begnügt, kann beim heutigen Stand der rechtstheoretischen Einsicht den Ansprüchen nicht mehr genügen. Es kommt vielmehr darauf an, die verdeckten, nämlich die eigentlichen Entscheidungsgründe ans Licht zu ziehen und rational kontrollierbar zu machen.“<sup>622</sup>

Bei KRIELE klingt insbesondere auch die Gefahr der Selbsttäuschung des Rechtsanwenders an: „Es wird also ganz bewußt so getan, als hätten sich die juristischen Folgerungen aus rein deduktiver Logik oder aus logischer, systematischer

---

<sup>617</sup> BGBl. 1979, I S. 1766.

<sup>618</sup> *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 241.

<sup>619</sup> Für das BVerfG vgl. *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, S. 14.

<sup>620</sup> *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, S. 5.

<sup>621</sup> *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung [1967], 1976, S. 171.

<sup>622</sup> *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung [1967], 1976, S. 197.

Auslegung usw. ergeben. Sobald sich der Jurist aber zur theoretischen Betrachtung seines eigenen Tuns erhebt, läßt er sich leicht davon verblüffen oder er fühlt sich versucht, geflissentlich von der Wirklichkeit abzusehen.<sup>623</sup>

Mit Blick auf die Akzeptanz der Entscheidung spricht sich KAUFMANN dafür aus, die entscheidende Person nicht scheinbar hinter dem Gesetz verschwinden zu lassen: „Es schadet der Glaubwürdigkeit nicht, wenn in den Gerichtsurteilen (wenigstens in Strafsachen) neben den Gesetzesgründen auch die persönlichen Gründe der Richter ausgewiesen würden.“<sup>624</sup>

## 2. Einordnung der verfassungskonformen Auslegung

Oben habe ich untersucht, welche Vorannahmen mit der Konzeption der verfassungskonformen Auslegung verknüpft sind. Dazu gehört die Vorstellung einer starken Lenkungsmöglichkeit des Auslegungsvorgangs durch rationale Regeln (Auslegungsmethoden). Ihrer theoretischen Konzeption nach dient die verfassungskonforme Auslegung vornehmlich der Herstellung einer Entscheidung. Wer von einer starken Steuerbarkeit der Auslegung nur durch Auslegungsmethoden ausgeht, hat mit weniger Folgeproblemen zu kämpfen. Die Transparenz einer Entscheidung könnte in dem Fall leicht dadurch hergestellt werden, die Anwendung der Methoden zu erläutern. Dies dürfte dann auch zu einer hohen Akzeptanz der Entscheidung führen.

Wie aber ordnen sich die Entscheidungen, in denen von der verfassungskonformen Auslegung Gebrauch gemacht wurde, tatsächlich zwischen Transparenz und Akzeptanz einer Entscheidung ein?

Dieses Spannungsfeld dürfte gerade bei den einschlägigen Entscheidungen besonders deutlich hervortreten. Dass es „menschelt“ und der Richter persönliche Beweggründe offenlegt, mag häufig das Verständnis einer Entscheidung und somit auch deren Akzeptanz erhöhen. Sobald die Vereinbarkeit einer Norm mit der Verfassung infrage steht sowie grundlegende politische oder auch ethische Richtungsentscheidungen den Ausschlag geben können, lässt sich aber zumindest bezweifeln, ob dieser Effekt noch spürbar ist oder sich gar ins Gegenteil verkehrt, weil Entscheidungen als willkürlich empfunden werden.

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE zieht einen Vergleich zum Supreme Court in den USA, wenn es um das personale Element bei der Entscheidungsfindung geht. Er hält es durchaus für möglich, dass die Akzeptanz der Entscheidungen durch die Betonung des personalen Elementes weiter erhöht werden kann. Dazu führt er aus: „Wir beauftragen bestimmte eigens dazu ausgewählte Personen mit dieser wichtigen, aber auch schwierigen und politisch notwendigen Aufgabe der Gewährleistung der Verfassung. Und das ist nicht einfach bloße Anwendung des Gesetzes oder der Verfassung, sondern da sind bestimmte Personen mit einem bestimmten Profil, die mit Argumenten darlegen, wie sie die Verfassung sehen in diesem und

---

<sup>623</sup> Kriete, Theorie der Rechtsgewinnung [1967], 1976, S. 170.

<sup>624</sup> Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 33.

jenen Streitfall. Bei uns hat sich das andere, abstrakte Gerichtsverständnis eingefahren – als eine Art Tradition.<sup>625</sup>

Ein solches Verständnis beschreibt auch OLIVER LEPSIUS: „Das Grundgesetz spricht, nicht der Richter – so könnte man diese Haltung interpretieren.“<sup>626</sup>

Die Frage nach der Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen ist im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung in doppelter Hinsicht von Bedeutung.

Zunächst einmal spricht viel dafür, dass die Berufung auf die Verfassung bei der Begründung eines Auslegungsergebnisses die Akzeptanz ebendieses Ergebnisses erhöht. Denn die Verfassung genießt in Deutschland ein hohes Ansehen. So gaben 2009 in einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage 74 Prozent der deutschen Wahlbevölkerung an, stolz auf das Grundgesetz zu sein.<sup>627</sup> Und auch dem Bundesverfassungsgericht wurde eine „hohe gesellschaftliche Akzeptanz“ attestiert.<sup>628</sup> Beide Aspekte der Akzeptanz hängen miteinander zusammen.<sup>629</sup>

Es gibt Anzeichen, dass die Zustimmung zum Grundgesetz sogar noch weiter gestiegen ist. In einer Studie mit einem Erhebungszeitraum Anfang 2024<sup>630</sup> sind 81 Prozent der Befragten der Auffassung, das Grundgesetz habe sich „voll und ganz“ oder „eher“ bewährt.<sup>631</sup>

Aus naheliegenden Gründen gibt es keine empirischen Untersuchungen zur Akzeptanz von Entscheidungen im Speziellen, die sich auf die verfassungskonforme Auslegung berufen. Gleichwohl spricht viel dafür, anzunehmen, dass eine Bezeichnung eines Auslegungsergebnisses als verfassungskonform – also eine

---

<sup>625</sup> *Gosewinkel*, Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde, in:

Böckenförde/Gosewinkel (Hg.), *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, S. 439.

<sup>626</sup> *Lepsius*, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 241.

<sup>627</sup> *Schaal/Vorländer/Ritzki*, 60 Jahre Grundgesetz, Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, abrufbar unter [tu-dresden.de/gsw/phil/powi/sprof-vorlaender/ressourcen/dateien/zvd/news/Bericht\\_60-Jahre-Grundgesetz.pdf?lang=de](https://tu-dresden.de/gsw/phil/powi/sprof-vorlaender/ressourcen/dateien/zvd/news/Bericht_60-Jahre-Grundgesetz.pdf?lang=de) (abgerufen am 1.2.2023), S. 8. Auch 54 Prozent der Befragten, die angeben, nicht generell stolz zu sein, Deutsche/r zu sein, geben dennoch an, stolz auf das Grundgesetz zu sein. „64 Prozent der Bundesbürger sind der Ansicht, dass das Bundesverfassungsgericht seiner Aufgabe gerecht wird und sich nicht zu stark in die Politik einmischt.“, S. 16.

<sup>628</sup> So zusammenfassend *Kranenpohl*, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, 2010, S. 400; s. im Detail z. B. den auch von Kranenpohl zitierten *Patzelt*, *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 2005, 517-538, der das Vertrauen in ausgewählte Institutionen in Deutschland vergleicht. Hierbei schneidet das BVerfG deutlich besser ab als Bundestag und Bundesregierung. Auf einer Skala von 1 (gar kein Vertrauen/ganz und gar unzufrieden) bis 7 (volles Vertrauen/völlig zufrieden), landet das BVerfG bei einem Mittelwert von 4,9, der Bundestag bei 3,7, die Bunderegierung bei 3,4. Bei der Frage nach der Zufriedenheit mit der Arbeit und Selbstdarstellung des BVerfG landet dieses bei einem Mittelwert von 4,6, der Bundestag bei 3,5.

<sup>629</sup> *Möllers*, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 297. Dort finden sich auch weitere Nachweise zu empirischen Befunden zur hohen Popularität des Bundesverfassungsgerichts.

<sup>630</sup> *Vorländer/Herold/Hormig/Joachim/Otteni*, 75 Jahre Grundgesetz. Einstellungen zu Verfassung und Demokratie in Deutschland. MIDEM Studie, 2024, abrufbar unter [https://forum-midem.de/wp-content/uploads/2024/05/MIDEM\\_Grundgesetzstudie.pdf](https://forum-midem.de/wp-content/uploads/2024/05/MIDEM_Grundgesetzstudie.pdf) (abgerufen am 25.6.2024), S. 11.

<sup>631</sup> *Vorländer/Herold/Hormig/Joachim/Otteni*, 75 Jahre Grundgesetz. Einstellungen zu Verfassung und Demokratie in Deutschland. MIDEM Studie, 2024, abrufbar unter [https://forum-midem.de/wp-content/uploads/2024/05/MIDEM\\_Grundgesetzstudie.pdf](https://forum-midem.de/wp-content/uploads/2024/05/MIDEM_Grundgesetzstudie.pdf) (abgerufen am 25.6.2024), S. 12.

ausdrückliche Bezugnahme auf die Verfassung – die Akzeptanz der Entscheidung erhöhen könnte.

Bei seiner Suche nach der Funktion juristischer Methodik hat FRIEDRICH MÜLLER eine Formulierung gewählt, die den Fokus auf die Zurechnung von Entscheidungen legt: „Die Antwort, rechtstheoretisch formuliert, lautet: Ihre Funktion ist es, Regeln für die (faktisch hinreichend wahrscheinlich) erfolgreiche Zurechnung der im Einzelfall gesetzten Entscheidungsnormen zu den als dahinterstehend angegebenen allgemeinen Rechtsnormen auszuarbeiten, aufzustellen. Juristische Falllösung ist Entscheidungstechnik, juristische Methodik als Methodik der darstellenden Begründung der Entscheidung ist Zurechnungstechnik. Politisch formuliert, lautet die Antwort: Die Funktion juristischer Methodik ist es, auf erfolgreiche, weil regelmäßig als plausibel akzeptierte Art die Verantwortung für funktionell-persönliche Entscheidung, Steuerung, Verteilung, Herrschaft im Einzelfall auf jeweils weiter entfernte Instanzen zu verschieben, vor allem auf normsetzende Instanzen, so auf ‚den Gesetzgeber‘ (zum Teil auch auf höchstrichterliche Judikatur).“<sup>632</sup>

Die Zurechnungsfunktion, die auch juristische Auslegungsmethoden im Rahmen ihrer Begründungsfunktion haben, kann nicht genug betont werden. Sie ist notwendig auch mit der Frage der Akzeptanz einer Entscheidung eng verknüpft.

Mit der verfassungskonformen Auslegung soll eine Entscheidung letztlich bis auf das Grundgesetz zurückgeführt werden. Aufgrund der starken Stellung des Grundgesetzes kann dies die Begründung der Entscheidung mit Blick auf die Akzeptanz der Entscheidung stärken.

Dieser Gedanke muss bei der ersten Erwähnung der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht 1953<sup>633</sup> nicht unbedingt ausschlaggebend gewesen sein. Und dennoch war die verfassungskonforme Auslegung schon in der Frühphase der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Möglichkeit, ein Entscheidungsergebnis zumindest annehmbar zu begründen.

Dies führt zu einem weiteren, damit zusammenhängenden Aspekt, warum die Frage der Akzeptanz eine besonders enge Verknüpfung zur verfassungskonformen Auslegung aufweist. Nämlich wegen ihrer Eigenschaft, immer dann ins Spiel zu kommen, wenn die Verfassungsmäßigkeit einer Norm zur Diskussion steht. Sobald die Möglichkeit im Raum steht, eine Norm als verfassungswidrig zu verwerfen, drängt sich die Frage nach der Resonanz der Entscheidung in besonderer Weise auf. Die verfassungskonforme Auslegung dient der Erhaltung einer Norm. Sie kann somit genutzt werden, ein (scheinbar) besser zu vermittelndes tatsächliches Ergebnis – im Sinne der faktischen Wirkung einer Entscheidung – herbeizuführen.

---

<sup>632</sup> Müller, *Recht – Sprache – Gewalt* [1975], 2008, S. 29.

<sup>633</sup> BVerfGE 2, 266.

### 3. Zwischenergebnis

Die Funktion der Entscheidungsbegründung lässt sich wiederum in verschiedene Unterfunktionen ausdifferenzieren, die ihrerseits durchaus in Konflikt miteinander geraten können.

Ich habe mich auf die Aspekte der Transparenz und der Akzeptanz von Entscheidungen beschränkt.

Der Transparenz von Entscheidungen dient die verfassungskonforme Auslegung jedenfalls dann nicht, wenn pauschal auf die Verfassung verwiesen wird. Insgesamt führt die Konzeption der verfassungskonformen Auslegung dazu, den zumeist eigentlich ausschlaggebenden Aspekt, nämlich die Frage, wie die Verfassung auszulegen ist, zurückzudrängen.

Der Akzeptanz von Entscheidungen könnte die verfassungskonforme Entscheidung schon eher dienen. Mit Blick auf die hohe Akzeptanz der Verfassung ist es durchaus plausibel, dass eine argumentative Rückführung einer Entscheidung auf die Verfassung sie stärkt. Gleichwohl ist es kaum möglich, dies pauschal zu beurteilen.

### IV. Originäre Funktionen der verfassungskonformen Auslegung

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird häufig versucht, die verfassungskonforme Auslegung in klassische methodische bzw. rechtstheoretische Kategorien einzuordnen. Dies ist regelmäßig mit dem Versuch verbunden, die Legitimität bzw. Notwendigkeit der Verwendung der verfassungskonformen Auslegung zu begründen.

Die selbstgewählte Rolle der Literatur liegt so vor allem darin, eine theoretische Unterfütterung der verfassungskonformen Auslegung zu konstruieren.<sup>634</sup>

Dabei wird meist auch eine Bewertung der verfassungskonformen Auslegung vorgenommen. Hierbei zeigt sich die Tendenz des juristischen Denkens in dichotomen Kategorien. Die verfassungskonforme Auslegung wird gerne entweder als zwingend geboten oder als illegitim dargestellt. Ihre praktische Handhabung steht dabei häufig im Hintergrund.

Eine Ausnahme stellt insoweit WASSILIOS SKOURIS' kurze Überlegung zur Einführung der verfassungskonformen Auslegung dar, bei der „ausschließlich praktische Gesichtspunkte maßgebend waren“.<sup>635</sup> „Es ist kein Zufall, daß das Gebot eingeführt wurde, kurz nachdem sich die Nachteile repressiver Normenkontrolle herausgestellt hatten. Denn die Nichtigerklärung einer Vorschrift löst oft eine im Rechtsstaat unerwünschte Rechtsunsicherheit aus. Die Auswirkungen der negativen Normprüfungsentscheidung auf das Rechtsleben sind in vielen Fällen schwer abschätzbar.“<sup>636</sup>

---

<sup>634</sup> Auf die Spitze treibt dies *Seitz*, Verfassungskonformität und verfassungskonforme Gesetzesauslegung, in: Koch (Hg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, der zunächst fünf verschiedene Konformitätsbegriffe vorstellt.

<sup>635</sup> *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 106.

<sup>636</sup> *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 106.

In diesem Kapitel standen bis jetzt die klassischen Funktionen von Auslegungsmethoden – Entscheidungssteuerung und Entscheidungsherstellung – im Mittelpunkt. Im Folgenden geht es darum, inwieweit die verfassungskonforme Auslegung sie zu erfüllen vermag.

Ausgehend von SKOURIS' kurzen Überlegungen zu praktischen Gesichtspunkten der verfassungskonformen Auslegung drehe ich die Art der Betrachtung nun um: Wenn die verfassungskonforme Auslegung die genannten klassischen Funktionen der Auslegungsmethoden nur bedingt erfüllt, liegt es nahe, dass ihr originäre Funktionen zukommen, die sich schlecht in klassischen rechtswissenschaftlichen Kategorien abbilden lassen. Diese tatsächlichen Funktionen arbeite ich heraus.

## 1. Kompromissformel

CHRISTOPH MÖLLERS beschreibt ein allgemeines Problem verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, das den Ausgangspunkt meiner Überlegungen bildet: „Verfassungen müssen entwicklungs offen ausgestaltet werden, auch um dem politischen Prozess Entscheidungsspielräume zu lassen. Für ein Gericht jedoch, das Entscheidungen auf Grundlage des Rechts treffen soll und dessen Entscheidungsstruktur jedenfalls in ihren Begründungen keine Kompromisse kennt, ist dies ein Mangel.“<sup>637</sup>

MÖLLERS bezieht sich mit seiner Aussage auf den Philosophen und Politikwissenschaftler CHARLES TAYLOR. Dieser erläutert am Beispiel des Themas Schwangerschaftsabbruch, dass ein Rechtsstreit als solcher immer abgegrenzte rechtliche Positionen einander gegenüberstellt (in diesem Fall das Recht des Fötus gegen das Recht der Mutter) und schon dadurch Kompromissmöglichkeiten erschwert.<sup>638</sup>

Diesen Gedanken bezieht MÖLLERS schon ein Stück weit auf die juristische Methodik und nicht nur das Recht im Allgemeinen.

NIELS PETERSEN beschreibt diese Eigenschaft juristischen Denkens in ähnlicher Weise: „Juristische Konzepte haben einen binären Charakter. Wenn wir einen Sachverhalt unter ein Tatbestandsmerkmal subsumieren wollen, gibt es nur zwei mögliche Lösungen: Entweder das Tatbestandsmerkmal ist erfüllt, oder es ist nicht erfüllt. Dazwischen gibt es keinen Spielraum. In der Realität lassen sich Phänomene aber nicht immer trennscharf voneinander abgrenzen: Wir wissen zwar grundsätzlich, was Helligkeit und was Dunkelheit sind. Allerdings gibt es Zwischenformen zwischen beiden Zuständen, die nicht ohne weiteres dem einen oder dem anderen Begriff zugeordnet werden können. Insofern ist es nicht möglich, konkrete Entscheidungen vollkommen durch abstrakte Normen zu determinieren.“<sup>639</sup>

Genau dieser Befund gilt auch für (inzidente) Normenkontrollen durch das Bundesverfassungsgericht. Eine Regelung ist zu verwerfen oder insgesamt als

---

<sup>637</sup> Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 294.

<sup>638</sup> Taylor, Das Unbehagen an der Moderne, 1995, S. 129-130.

<sup>639</sup> Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 12.

verfassungsgemäß zu beurteilen. Dass manchmal schon kleinste Änderungen an einer einfachgesetzlichen Norm aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsgemäßheit einer Norm führen könnten, löst unweigerlich eine Unzufriedenheit beim Gericht mit den ihm zur Verfügung stehenden (zwei) Möglichkeiten aus. Der von JUTTA LIMBACH (in etwas anderem Zusammenhang) so schön bezeichnete „Respekt [des BVerfG] gegenüber dem Kompromiß als Vorstufe zu einem stets anzustrebenden Konsens“ lässt eine Zwischenlösung für die Entscheider wünschenswert erscheinen.<sup>640</sup>

Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der von MÖLLERS betonten Eigenschaft verfassungsrechtlicher Normen. Diese lassen ihrer Struktur nach nicht nur binäre Entscheidungen zu. Die Betonung der Notwendigkeit der Abwägung kann als besonderes Merkmal verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bezeichnet werden.

Im Rahmen einer Normenkontrolle muss unter Berufung auf die Verfassung eine reine Entweder-oder-Entscheidung getroffen werden. Dieser versucht das Bundesverfassungsgericht auf mehreren Wegen auszuweichen.

Eine mildere Alternative zur Verwerfung einer ganzen Norm ist die teilweise Streichung des Normtextes (sog. Teilnichtigkeit). Indem einzelne Sätze als mit der Verfassung unvereinbar angesehen werden, wird der Normtext verändert und somit letztlich eine Kompromissregelung herbeigeführt.<sup>641</sup> Die enge Verwandtschaft zwischen der Teilnichtigkeitsklärung und der verfassungskonformen Auslegung wird durchaus gesehen. Ob und wie eine Differenzierung überhaupt möglich ist, ist jedoch umstritten. Jedenfalls kann der Übergang als „fließend“ bezeichnet werden.<sup>642</sup> Die prominenteste Stellungnahme zu den Vorteilen der Gleichsetzung der Teilnichtigkeit mit der verfassungskonformen Auslegung ist sicherlich diejenige von WASSILIOS SKOURIS. Die Gleichsetzung schaffe eine Begründung der „Zulässigkeit der verfassungskonformen Interpretation im Normenkontrollverfahren aus der Befugnis der Normenkontrollorgane zur Teilnichtigkeitsklärung“.<sup>643</sup> Zudem könne eine Gefährdung der Rechtssicherheit vermieden werden, wenn „das Normenkontrollorgan im Tenor seiner Entscheidung die Nichtigerklärung des mehrdeutigen Gesetzes auf die verfassungswidrige Auslegung“ beschränke.<sup>644</sup> Es mutet jedoch etwas seltsam an, die Legitimität der verfassungskonformen Auslegung weniger aus ihrem Wesen als aus ihrer Einordnung in die Kategorie „Teilnichtigkeitsklärung“ abzuleiten.

Weiterhin versucht das Bundesverfassungsgericht, durch ein differenziertes Folgenregime die Konsequenzen der erklärten Verfassungswidrigkeit einer Norm abzufedern. Dazu gehört, dass eine verfassungswidrige Norm weiterhin angewendet werden soll, wenn dies aus Gründen der Rechtssicherheit geboten ist.<sup>645</sup> Interessanterweise wird die Differenzierung zwischen der Nichtigerklärung und der Unvereinbarkeitserklärung einer Norm, ähnlich wie die verfassungskonforme

---

<sup>640</sup> *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, S. 14.

<sup>641</sup> Z. B. BVerfGE 138, 296 (358).

<sup>642</sup> So *Seetzen*, NJW 1976, 1997-2001 (1999), der meint, es sei kein grundsätzlicher Unterschied festzustellen, nur könne der verfassungswidrige Norminhalt in einem Fall durch Streichung eines Normteils beseitigt werden.

<sup>643</sup> *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 109-110.

<sup>644</sup> *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 111-112.

<sup>645</sup> *Ipsen*, JZ 1983, 41-45 (41).

Auslegung, mit der Anerkennung des Kompetenzbereichs des Gesetzgebers begründet,<sup>646</sup> obwohl es gute Gründe gibt, hierin sogar eher eine Kompetenzüberschreitung des Bundesverfassungsgerichts zu erblicken. JÖRN IPSEN kommentiert, das Bundesverfassungsgericht lege die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen somit nach Ermessen fest.<sup>647</sup>

Eine andere Form des Kompromisses sind sogenannte Appellentscheidungen. „Sie sind dadurch charakterisiert, dass das Gericht im Zeitpunkt seiner Entscheidung gerade noch nicht die Unvereinbarkeit mit dem Maßstabsrecht feststellen kann, aber der Auffassung ist, dass der Zeitpunkt der Unvereinbarkeit nahe bevorsteht und der Gesetzgeber deshalb zum Tätigwerden verpflichtet sei.“<sup>648</sup>

Zuletzt lassen sich dieser Gruppe von Kompromiss-Entscheidungen – wenn auch mit etwas geringerer Passgenauigkeit – noch einige solcher Entscheidungen zuordnen, bei denen die Unvereinbarkeit einer Norm mit dem in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Bestimmtheitsgebot zur Diskussion stand. Das Bundesverfassungsgericht geht grundsätzlich in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine gefestigte richterliche Interpretationspraxis auch bei strafrechtlichen Normen für die Annahme einer hinreichenden Bestimmtheit ausschlaggebend sein kann.<sup>649</sup> Dies wird aber nicht nur auf eine bereits etablierte Rechtsprechung bezogen. In seiner Entscheidung zum Untreuetatbestand des § 266 Abs. 1 StGB hat das Bundesverfassungsgericht „ein Präzisionsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG abgeleitet und damit den Gerichten aufgegeben, unbestimmte Gesetzesformulierungen methodengerecht auszulegen und damit handhabbarer zu machen“.<sup>650</sup> Konkret formulierte das Bundesverfassungsgericht: „Die Rechtsprechung ist gehalten, Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen.“<sup>651</sup>

Der Verweis auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Präzisierung einer Norm in der Zukunft erfüllt somit schließlich auch die Funktion, die Nichtigerklärung einer Norm zu vermeiden. Das Bundesverfassungsgericht schließt nur nicht selbst Grenzfälle aus dem Anwendungsbereich der infrage stehenden Norm(en) aus, sondern überlässt dies den Fachgerichten.

Alle diese Beispiele zeigen, wie das Bundesverfassungsgericht versucht, einer rein binären Entscheidung zur Verfassungsgemäßheit einer Norm aus dem Weg zu gehen.

Und die verfassungskonforme Auslegung zeigt sich im Ausgangspunkt gerade auch als Ausprägung dieses sehr pragmatischen Wunsches: die Konsequenzen einer

---

<sup>646</sup> *Heußner*, NJW 1982, 257-263 (263). Heußner war selbst Richter am BVerfG, als er den Beitrag verfasste.

<sup>647</sup> *Ipsen*, JZ 1983, 41-45 (41).

<sup>648</sup> Mit Nachweisen *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2020, S. 345. Interessant ist, dass die Autoren hier auch schon die Parallele zur verfassungskonformen Auslegung, also die gemeinsame Funktion herausarbeiten.

<sup>649</sup> Mit Nachweisen *Wapler*, Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeit im Strafverfassungsrecht, in: Bäcker/Burchard (Hg.), Strafverfassungsrecht, 2022, S. 200.

<sup>650</sup> *Wapler*, Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeit im Strafverfassungsrecht, in: Bäcker/Burchard (Hg.), Strafverfassungsrecht, 2022, S. 200.

<sup>651</sup> BVerfGE 126, 170 (170).

Nichtigerklärung zu vermeiden, gleichzeitig aber die Verfassung doch möglichst gut zur Geltung zu bringen.

Es ist – wenig überraschend – die bereits oben zitierte Außensicht ROBERTSONS, die das praktische Vorgehen bei der verfassungskonformen Auslegung (wenn auch bezogen auf einen konkreten Fall) sehr zutreffend auf den Punkt bringt: „[T]wo articles came together in the Life Imprisonment case<sup>652</sup> to produce a ruling that, like many from the FCC [BVerfG], did not actually strike down a law, but rather explained how it must be read in order to make it compatible with the constitution.“<sup>653</sup> Es wird eben nicht der tatsächliche Bedeutungsgehalt einer Norm ermittelt. Die Norm wird passend *gemacht*.

Dieser pragmatische – man könnte auch sagen: rechtspolitische – Ansatz, verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu betrachten, kollidiert auf den ersten Blick mit einer spezifischen verfassungsgerichtlichen Begründungskultur, die schon häufig beschrieben worden ist: „Unparteilichkeit, Unabhängigkeit, rechtsbezogenes Begründen sind typische Eigenschaften rechtlicher Verfahren, die auch die Akzeptanz eines ganz untypischen Gerichts wie des Bundesverfassungsgerichts begründen.“, hebt MÖLLERS die formalen Aspekte des Begründens hervor.<sup>654</sup>

MATTHIAS JESTAEDT nimmt vor allem auch eine Abgrenzung zum US-amerikanischen Verfassungsgericht vor: „Sie [die Entscheidungen des BVerfG] sind vielmehr einer Denkungsart und einem Begründungsstil verpflichtet, wie er für die Rechtsdogmatik, jenes spezifisch rechtswissenschaftliche Format der deutschsprachigen Jurisprudenz, kennzeichnend ist. Darin kommt die für das Bundesverfassungsgericht spezifische – um nicht zu sagen: exklusive – Nähebeziehung zu ihrem rechtswissenschaftlichen Pendant, der Staatsrechtslehre, zum Ausdruck.“<sup>655</sup> Zugleich formuliert JESTAEDT aber auch, das Bundesverfassungsgericht befließige sich „eines für Höchstgerichte nicht untypischen Methodenpragmatismus“.<sup>656</sup>

Das Selbstverständnis, nicht politisch zu argumentieren, hat auch in der Außendarstellung des Bundesverfassungsgerichts einen enorm hohen Stellenwert. Beispielhaft sei eine Bemerkung des ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts ANDREAS VOBKUHLE aus einem Interview der Reihe „Jung&Naiv“ zitiert, die sich sehr bewusst an ein möglichst breites Publikum wendet: „[...] man möchte natürlich eine einflussreiche Richterin, ein einflussreicher Richter sein. Und dazu gehört es, das wird einem sehr schnell klar, dass man eben nur verfassungsrechtlich argumentiert, und das auf hohem Niveau. Und immer dann, wenn jemand [...] politisch irgendwie argumentiert, dann ist die Argumentation schwächer und das Standing unter den Kollegen ist dann auch schwächer.“<sup>657</sup>

---

<sup>652</sup> Gemeint ist BVerfGE 45, 187.

<sup>653</sup> *Robertson*, The judge as political theorist, 2010, S. 55.

<sup>654</sup> *Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 306.

<sup>655</sup> *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 126.

<sup>656</sup> *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 142.

<sup>657</sup> [youtu.be/8u7xqvmxlXs](https://youtu.be/8u7xqvmxlXs) (abgerufen am 5.10.2022), #597, Tilo Jung interviewt Andreas Voßkuhle, Minute 9:15.

Die verfassungskonforme Auslegung bietet eine Möglichkeit, einen Kompromiss als verfassungsrechtliche Argumentation zu präsentieren.

Ihr Einsatz als Kompromissformel lässt sich daher als eine wichtige originäre Funktion bezeichnen.

## 2. Möglichkeit zur eigenen Auslegung einfachen Rechts

Die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts obliegt grundsätzlich ausschließlich den Fachgerichten. Eine entsprechende Nachprüfung ist nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts, wie jenes auch selbst regelmäßig betont.<sup>658</sup>

Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder Hebel gefunden, das verfassungsrechtliche Element in einfachgesetzlichen Auslegungsvorgängen hervorzuheben.<sup>659</sup> Als Meilensteine gelten hierbei insbesondere die Elfes-Entscheidung<sup>660</sup> sowie die Lüth-Entscheidung.<sup>661</sup>

Diese Funktion einer Begründung für die eigene Auslegung einfachen Rechts durch das Bundesverfassungsgericht erfüllte die Berufung auf eine verfassungskonforme Auslegung jedoch schon davor. Bereits in seiner ersten Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht die verfassungskonforme Auslegung erwähnt, nimmt es, ohne dies weiter zu kommentieren, eine eigene (verfassungskonforme) Auslegung des streitgegenständlichen Notaufnahmegesetzes vor.<sup>662</sup> In einer 1963 ergehenden Entscheidung, in der es um die Frage geht, ob Parteien als Vereinigungen im strafrechtlichen Sinne (§ 129 StGB) verstanden werden können, nimmt das Bundesverfassungsgericht auch konkret Stellung zur eigenen Auslegungspraxis: „Das Bundesverfassungsgericht muß bei seiner Entscheidung den Inhalt der zur Nachprüfung gestellten Norm selbständig ermitteln; denn ob eine Vorschrift mit dem Grundgesetz in Einklang steht, kann nur dann entschieden werden, wenn sie in ihrer richtigen Bedeutung am Grundgesetz gemessen wird.“<sup>663</sup> Im Nebensatz spricht das Bundesverfassungsgericht sich somit letztlich eine höhere Kompetenz zur Auslegung einfachen Rechts als den Fachgerichten zu. Auch an anderer Stelle wird die alleinige Kompetenz der Fachgerichte relativiert: „Die Auslegung und Anwendung einfacher Gesetze ist Sache der sachnäheren Fachgerichte. Dagegen hat das Bundesverfassungsgericht die aus dem Verfassungsrecht sich ergebenden Maßstäbe oder Grenzen für die Auslegung eines einfachen Gesetzes verbindlich zu bestimmen.“<sup>664</sup>

Die verfassungskonforme Auslegung ist – ebenso wie das Verständnis der Grundrechte als objektiver Wertordnung – ein Schritt hin zu einer Steuerung

---

<sup>658</sup> Mit vielen Nachweisen Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 206-207.

<sup>659</sup> Diese Entwicklung wird bei Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 207-208, nachvollziehbar dargestellt.

<sup>660</sup> BVerfGE 6, 32.

<sup>661</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>662</sup> BVerfGE 2, 266.

<sup>663</sup> BVerfGE 17, 155 (163-164). Nebenbei macht das Zitat auch deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht, zumindest zur Zeit dieser Entscheidung, davon ausgeht, dass es jedenfalls mittelbar auch die eine richtige Auslegung der Norm festlegt, wenn es verfassungskonform auslegt.

<sup>664</sup> BVerfGE 40, 88 (88).

einfachen Rechts durch allgemeine Prinzipien. „Mit beiden Ansätzen, jenem der Multifunktionalität der Grundrechte wie jenem der ‚verfassungskonformen Auslegung‘ lässt sich leicht [...] der Optimierungsgedanke verbinden: Grundgesetzlich gewährleistete Rechtspositionen streben als Prinzipien nach weitestgehender Realisierung. Damit schlägt das Denken von der Verfassung in ein Streben nach Konstitutionalisierung um.“, formuliert JESTAEDT diesen Aspekt.<sup>665</sup> Die Auslegung der Verfassung und die Auslegung einfachen Rechts sind zwangsläufig in einer Weise verzahnt, die eine einfache Kompetenzabgrenzung bei der Auslegung unmöglich macht.

JÖRG BERKEMANN setzt sich in einem Aufsatz mit dem Problem der Auslegung einfacher Gesetze im Verfahren der Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG auseinander.<sup>666</sup> Dabei bringt er noch einmal das Dilemma auf dem Punkt. Bei der Richtervorlage kann das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis der Gültigkeit nur „entweder aufgrund abweichender Verfassungsauslegung oder aufgrund abweichender Gesetzesauslegung gelangen.“<sup>667</sup> BERKEMANN betont allerdings, eine „quasi-fachrichterliche Entscheidungstätigkeit des BVerfG“ sei unerwünscht.<sup>668</sup> Er schlägt eine differenziertere Lösung vor, denn die „Zuständigkeit zur eigenen Interpretation ist nicht die notwendige Kehrseite der bejahten Bindungslosigkeit an die Ansicht des vorlegenden Richters.“<sup>669</sup> Eine Nichtigkeitserklärung dürfe nur vorgenommen werden, wenn alle vertretbaren Interpretationsergebnisse geprüft seien.<sup>670</sup> Bei einer Vereinbarkeitserklärung könne das Bundesverfassungsgericht allerdings „einen Bestand vertretbarer Auslegungen durch seinen Spruch nicht kanonisieren“.<sup>671</sup> Somit sollen die „bisherigen Entscheidungen des BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung [...] insoweit als ein Aufweisen anderer ‚vertretbarer‘ Interpretationsergebnisse verstanden werden“. Wann ein Auslegungsergebnis als vertretbar gelten darf, sollte laut BERKEMANN ebenfalls reguliert werden, damit das Bundesverfassungsgericht keine „unerwartete Normexegese“ vornimmt. Etwa solle das Bundesverfassungsgericht sich über das Gutachtenverfahren nach § 82 Abs. 4 BVerfGG zu vertretbaren Interpretationsergebnissen beraten lassen.<sup>672</sup> Ein Problem dieser von BERKEMANN vorgeschlagenen Lesart ist jedoch, dass man damit absichtlich das Bundesverfassungsgericht missversteht, das eine verfassungskonforme Auslegung gerade nicht nur als eines von mehreren vertretbaren Auslegungsergebnissen versteht. Außerdem handelt es sich bei dieser Vorstellung um eine sehr theoretische Idee. Denn eine vom Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform ausgewiesene Deutung dürfte sich in der Praxis faktisch auch dann durchsetzen, wenn diese Deutung nur ein möglicher Vorschlag ist.

---

<sup>665</sup> Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 140-141.

<sup>666</sup> Berkemann, AöR 1974, 54-71.

<sup>667</sup> Berkemann, AöR 1974, 54-71 (55).

<sup>668</sup> Berkemann, AöR 1974, 54-71 (65).

<sup>669</sup> Berkemann, AöR 1974, 54-71 (66).

<sup>670</sup> Berkemann, AöR 1974, 54-71 (68).

<sup>671</sup> Berkemann, AöR 1974, 54-71 (70).

<sup>672</sup> Alle vorstehenden Zitate sind von Berkemann, AöR 1974, 54-71 (68).

Doch zurück zum von BERKEMANN geschilderten Dilemma: Beim Bundesverfassungsgericht ist grundsätzlich nur die Auslegung der Verfassung monopolisiert. Bei der konkreten Normenkontrolle ist die Norm aber in einen Fall eingebunden und wurde bereits fachgerichtlich ausgelegt. Gleichzeitig soll aber die Entscheidung über das Bestehenbleiben einer Norm auf abstrakter Ebene geklärt werden. Es kollidieren somit verschiedene Regelungsinteressen, die nur über eine Kooperation von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit vollständig in Einklang gebracht werden können. Andernfalls müsste das Bundesverfassungsgericht entweder die allgemeine Prüfung der Norm an die Auslegung des vorlegenden Gerichts bzw. eines Instanzengerichts koppeln, was mit der Gefahr einer häufigeren Verwerfung von Normen einhergeht. Oder das Bundesverfassungsgericht ist gezwungen, eigenständig die einfachgesetzliche Norm auslegen.<sup>673</sup>

Die verfassungskonforme Auslegung hat damit im Ergebnis einen zusätzlichen Zweck. Sie suggeriert, keine Auslegung einfachen Rechts zu sein, die den Fachgerichten zusteht, sondern eine Auslegung einfachen Rechts, die einen ganz besonderen Verfassungsbezug hat. Dieser besondere Verfassungsbezug dient dazu, in den einschlägigen Fällen die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für die Auslegung einfachen Rechts zu begründen.

### **3. Unzulässigkeitsgrund bei der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG**

Das Bundesverfassungsgericht macht die verfassungskonforme Auslegung auch zu einer Zulässigkeitsvoraussetzung der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG. Da das vorlegende Gericht die Norm für verfassungswidrig halten muss, darf es die Norm nicht für verfassungskonform auslegbar halten.<sup>674</sup> „Demgemäß hält das BVerfG eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG für unzulässig, wenn ihm eine Norm präsentiert wird, deren verfassungskonforme Auslegung das vorlegende Gericht für möglich hält oder, obwohl dies nahegelegen hätte, nicht in sein Kalkül einbezogen hat.“<sup>675</sup> Diese Formulierung von BENDA/KLEIN/KLEIN dürfte schon deutlich machen, wie groß der Spielraum des Bundesverfassungsgerichts ist, eine Auslegungsvariante für naheliegend zu halten oder nicht.

Dies macht es dem Bundesverfassungsgericht leichter, Normenkontrollanträge schon auf Ebene der Zulässigkeit abzuwehren.

Dass die verfassungskonforme Auslegung dadurch eine Möglichkeit zur Kanalisierung richterlicher Aufgaben sein kann, hält ERNST-WERNER FUß schon 1966 fest: „Eine Flut von Normenkontrollanträgen, Verfassungsbeschwerden und Verwaltungsklagen hat die Gerichte seit der Einführung der verfassungsgerichtlichen und der verwaltungsgerichtlichen Generalklauseln überschwemmt. Ist schon allein die Zahl der Rechtsschutzersuchen für die angerufenen Richter bedrückend, so stellt die ihnen aufgetragene Kontrolle von Gesetzgebung und Verwaltung oftmals Anforderungen an ihre Kenntnisse und Einsichten, die weit über den juristischen Bereich hinausgehen und die zu erbringen nur einem Universalexperthen

---

<sup>673</sup> Oder man schließt sich dem von Berkemann vertretenen Zwischenweg an.

<sup>674</sup> Schwarz, Verfassungsprozessrecht, 2021, S. 207.

<sup>675</sup> Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2020, S. 651.

möglich wäre. Es ist daher verständlich, daß man Ausschau danach gehalten hat, mit welchen materiell-rechtlichen Mitteln die gerichtliche Kontrolle des Gesetzgebers und der Verwaltung auf ein erträgliches Maß reduziert werden könnte. Bei der Verfassungsgerichtsbarkeit mag fernerhin das Motiv eine Rolle gespielt haben, die allzu häufige Nichtigerklärung von Gesetzen zu vermeiden und damit dem Vorwurf der Politisierung der Justiz zu begegnen. Als materiell-rechtliches Mittel zur Einschränkung der richterlichen Gesetzeskontrolle bot sich die verfassungskonforme Auslegung an [...].<sup>676</sup> FUB bezieht sich somit vor allem auf die Tatsache, dass die Möglichkeit zur verfassungskonformen Auslegung für die Fachgerichte die Anzahl der dem Bundesverfassungsgericht vorgelegten Normen verringern könnte. Er befürchtet, das Bundesverfassungsgericht höhle seine eigene konzentrierte Prüfungszuständigkeit aus.<sup>677</sup> In der Praxis sind jedoch Fälle, in denen eine Norm nicht vorgelegt wird, weil eine Norm vom Fachgericht noch verfassungskonform ausgelegt wird oder werden kann, quantitativ wohl nicht von besonders großer Relevanz im Hinblick auf die Arbeitsbelastung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>678</sup>

ANDREAS VOBKUHLE konstatiert außerdem, der „Entlastungseffekt einer rigiden Zulässigkeitspolitik“ sei „von vorneherein begrenzt“, da Entscheidungen, die nicht im Rahmen einer Normenkontrolle eine verfassungsrechtliche Klärung erfahren, häufig wieder als Verfassungsbeschwerde das Bundesverfassungsgericht erreichen.<sup>679</sup> Nicht nur deshalb spricht er sich dafür aus, die Zulässigkeitshürden abzubauen und es ausreichen zu lassen, dass „sich dem Richter keine verfassungskonforme Auslegung der entscheidungserheblichen Norm aufdrängt“.<sup>680</sup>

Die Fachgerichtsbarkeit vor Hürden für eine Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG zu stellen, löst auch verfassungsrechtliche Bedenken aus. „Die konkrete Normenkontrolle aus Art. 100 I GG [...] besitzt ihre prinzipielle Bedeutung nicht lediglich in der Verwerfungskompetenz des BVerfG, sondern in der viel grundsätzlicheren Prüfungskompetenz aller Gerichte.“<sup>681</sup> Diese Prüfungskompetenz nimmt das Bundesverfassungsgericht den Fachgerichten ein Stück weit ab, wenn es zu strenge Anforderungen daran stellt, wann eine verfassungskonforme Auslegung als naheliegend gilt. Mehr als eine Bagatellgrenze zur Ausscheidung evident unbegründeter Vorlagen sollte es auch aus diesem Grund nicht geben.

Sicherlich haben die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts bei Einführung der verfassungskonformen Auslegung noch nicht an deren mögliche Funktion als Hürde im Normenkontrollverfahren gedacht. Gleichwohl hat dieses Vorgehen sich mit der Zeit aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts als zusätzliche

---

<sup>676</sup> Fuß, Zur richterlichen Prüfung von Gesetz und Gesetzesanwendung, in: Ipsen (Hg.), Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, 1966, S. 12.

<sup>677</sup> Fuß, Zur richterlichen Prüfung von Gesetz und Gesetzesanwendung, in: Ipsen (Hg.), Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, 1966, S. 18.

<sup>678</sup> So sind im Jahr 2020 24 Anträge gem. Art. 100 Abs. 1 GG beim BVerfG eingegangen, [www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/C-II-1.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/C-II-1.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (abgerufen am 2.3.2024). Selbst einer Steigerung um 100 % würden diese im mit Blick auf die Gesamtbelastung des Gerichts eine untergeordnete Rolle spielen. Im selben Jahr gingen 2.289 Verfassungsbeschwerden ein, [www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/C-II-2.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/C-II-2.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (abgerufen am 1.2.2023).

<sup>679</sup> Vobskuhle, AöR 2000, 177-200 (199-200).

<sup>680</sup> Vobskuhle, AöR 2000, 177-200 (200).

<sup>681</sup> Robbers, NJW 1998, 935-941 (938).

– wenn auch nicht als wichtigste – Funktion der verfassungskonformen Auslegung erwiesen. Diese Funktion ist jedoch aus den genannten Gründen zweifelhaft. Keinesfalls taugt sie als Stütze zur Legitimierung dieser Methode.

#### 4. Konklusion

Während die verfassungskonforme Auslegung sich zur Entscheidungssteuerung eher als ungeeignet und zur Entscheidungsbegründung nur als teilweise geeignet erweist, lassen sich bei einer rechtstatsächlichen Betrachtung originäre Funktionen der verfassungskonformen Auslegung herausarbeiten. Sie dient vor allem als Kompromissformel, mit der einer binären Entscheidung zwischen verfassungswidrig/verfassungsgemäß ausgewichen wird. Zudem ist die Berufung auf die verfassungskonforme Auslegung für das Bundesverfassungsgericht eine Möglichkeit, die eigene Auslegung einfachen Rechts zu begründen. Schließlich hat sich als zusätzliche Funktion der verfassungskonformen Auslegung ergeben, eine Zulässigkeitshürde bei der abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 100 Abs. 1 GG zu bilden.

Diese originären Funktionen der verfassungskonformen Auslegung stehen im Zusammenhang mit den oben herausgearbeiteten Problemlinien bzw. Streitpunkten bei der verfassungskonformen Auslegung.<sup>682</sup> Dass über ihre Grenzen diskutiert wird, zeigt, dass in einem Grenzbereich operiert wird, in dem nicht immer klar ist, welches Vorgehen bei der Auslegung (noch) in den Rahmen gerichtlicher Zuständigkeit fällt. Dies hängt eng damit zusammen, dass die verfassungskonforme Auslegung sich in der Praxis eben als Kompromissformel erweist, mit der die theoretische Idee der klaren Einordnung einer Norm als verfassungsgemäß oder verfassungswidrig umgangen wird. Der Aspekt der Rechtfertigung der Auslegung einfachen Rechts durch das Bundesverfassungsgericht steht in engem Zusammenhang mit der Frage nach der Zuständigkeit für die verfassungskonforme Auslegung. Der Streit um Tenorierung und Rechtskraft verfassungskonformer Auslegungsmöglichkeiten durch das Bundesverfassungsgericht lässt sich zumindest in einen mittelbaren Zusammenhang mit der Etablierung einer Zulässigkeitshürde bei der abstrakten Normenkontrolle stellen. Denn je nachdem, ob man der Auffassung ist, dass die Herausarbeitung einer bestimmten Auslegungsvariante durch das Bundesverfassungsgericht in Rechtskraft erwächst oder nicht, macht es durchaus einen Unterschied, ob ein Fachgericht oder das Bundesverfassungsgericht am Ende eine verfassungskonforme Auslegung vornimmt.

Durch diese Parallelen sehe ich meine Thesen zu den originären Funktionen der verfassungskonformen Auslegung gestützt. Die Hauptstreitpunkte um die verfassungskonforme Auslegung verlaufen gerade nicht entlang der Grenzen klassischer rechtstheoretischer Kategorien, sondern kreisen um die Probleme, die bei der tatsächlichen Anwendung dieser Methode entstehen.

---

<sup>682</sup> S. Kapitel B I. 3.

## E. Andere Perspektiven auf (richterliche) Entscheidungen

### I. Einflüsse auf Entscheidungen

In Kapitel C habe ich gezeigt, welche Vorstellungen vom Entscheidungsvorgang mit der Vorstellung von der verfassungskonformen Auslegung verknüpft sind. Diese Vorstellungen wurden ihrerseits in Kategorien und Begriffen beschrieben, die typisch für die rechtswissenschaftliche Forschung sind. Dazu zählt etwa das Aufwerfen der Unterscheidung zwischen deterministischen und dezisionistischen Entscheidungsmodellen.

Auch in der Rechtswissenschaft hat sich aber schon länger die Erkenntnis durchgesetzt, dass menschliche Entscheidungen nicht vollständig steuerbar sind. Gleichwohl wird dieses Problem häufig weit jenseits der Methodenlehre verortet und erörtert.

Es lassen sich zwei Ebenen voneinander unterscheiden.

Erstens lässt sich nicht jeder Einzelfall durch eine Norm abbilden. Auf dem Weg zwischen Norm und Fall müssen immer wieder Entscheidungen getroffen werden. Es bleibt in aller Regel ein Auslegungsspielraum. Dies ist ein Grundproblem der Methodenlehre.

Zweitens sind menschliche Entscheidungsprozesse aber auch Faktoren unterworfen, die ohnehin außerhalb der klassischen Vorstellung der Entscheidungssteuerung durch rechtliche Normen liegen.

Die Vorstellung von der „rein rechtlichen“ Entscheidung wird dennoch aufrecht erhalten. Zu optimistisch ist daher die im Präteritum formulierte Einschätzung SILVIA VON STEINSDORFFS: „Ohnehin überließ man die Gerichtsforschung hier bis in die 1990er Jahre weitgehend den Rechtswissenschaften, die selbst Verfassungsgerichte überwiegend als unpolitische, vorrangig der Rechtsdogmatik verpflichtete Institutionen verstanden.“<sup>683</sup> Zumindest der zweite Befund ist heute noch gültig.

STEPHAN HARBARTH, Präsident des Bundesverfassungsgerichts, betont auch in einem aktuellen Video zur Außendarstellung des Gerichts: „Wir entscheiden nicht nach politischen Überzeugungen. Wir entscheiden auch nicht nach moralischen Kriterien. Sondern wir entscheiden nach Kriterien des Rechts.“<sup>684</sup>

Schon eine schlaglichtartige Betrachtung externer Perspektiven auf richterliche Entscheidungsfindung schärft den Blick dafür, die Kategorie der rein rechtlichen Entscheidung immer wieder zu hinterfragen.

### 1. Psychologie

Entscheidungsforschung wird von vielen Disziplinen betrieben. Man kann zwischen normativer Entscheidungstheorie, die Regeln für das Auffinden einer

---

<sup>683</sup> Von Steinsdorff, (Verfassungs-)richterliches Entscheiden, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 210.

<sup>684</sup> [www.youtube.com/watch?v=f1RHjbgYW1k](https://www.youtube.com/watch?v=f1RHjbgYW1k) (abgerufen am 23.8.2023), So findet das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen, Minute 13:47.

guten Entscheidung aufstellt, und deskriptiver Entscheidungsforschung unterscheiden. Letztere untersucht, wie Entscheidungen tatsächlich getroffen werden.<sup>685</sup> Psychologische Entscheidungsforschung ist somit deskriptive Entscheidungsforschung. Sie kann helfen, gegenüber normativer Entscheidungstheorie, wie sie in der Rechtswissenschaft betrieben wird, als Korrektiv aufzutreten.

Dass ein Bezug zwischen psychologischen Erkenntnissen und der juristischen Tätigkeit hergestellt wird, ist nicht neu. So schrieb GOTTHOLD BOHNE 1948 einen Überblick „zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung“ und zeigte, dass schon vor ihm der irrationale Gehalt dieses Vorgangs betont wurde.<sup>686</sup> BOHNE bezieht sich dabei zwar weniger auf den Vorgang der Auslegung einer Norm als auf die Ermittlung eines Sachverhalts. Dennoch wird auch dadurch schon die Vorstellung von einer „rein rechtlichen“ Entscheidung angegriffen.

In einem jüngeren Aufsatz über „die Neurobiologie der Urteilsfindung“ bezieht TOBIAS KALENSCHER moderne Erkenntnisse aus der psychologischen Forschung auf richterliches Entscheiden und erläutert insbesondere, welche kognitiven ‚Biases‘ die Entscheidungsfindung beeinflussen.<sup>687</sup> Namentlich benennt er den ‚Anker-Effekt‘, wonach man sich – etwa auch bei Bestimmung eines Strafmaßes – an bereits gehörten Zahlen orientiert.<sup>688</sup> Außerdem zeigt er die Tendenz, eigene Nutzenmaximierungen auszuschlagen, wenn durch den eigenen Vorteil andere einen deutlich größeren Vorteil erlangen würden,<sup>689</sup> sowie die Tendenz, kurzfristige Entscheidungskonsequenzen deutlich stärker zu gewichten als langfristige.<sup>690</sup> Auch beschreibt er den Einfluss von Stress auf die Fähigkeit zur Selbstkontrolle.<sup>691</sup> KALENSCHER schließt daraus: „Die Einsicht in die eigene Unvollkommenheit ist der wichtigste Schritt zum Debiasing, also zur Reduktion des Einflusses kognitiver Verzerrungen beim Urteilen und Entscheiden. Denn nur wer seine Schwächen kennt, kann sie auch vermeiden.“<sup>692</sup>

So wenig wie die Rechtswissenschaft kann aber auch die psychologische Forschung endgültige Antworten über den tatsächlichen Entscheidungsprozess liefern. Ein Beispiel für eine sehr prominente, aber vorschnelle Rezeption bildet eine Studie, die eine größere Strenge hungriger Richter (vor der Mittagspause) belegen soll.<sup>693</sup> Bei genauer Betrachtung zeigen sich jedoch methodische Probleme. Insbesondere wird nicht hinreichend betrachtet, ob andere Effekte, wie etwa die Arbeitsorganisation

---

<sup>685</sup> Zur begrifflichen Unterscheidung s. etwa *Pfister/Jungermann/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, 2017, S. 6.

<sup>686</sup> *Bohne*, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, 1948, S. 30 f.

<sup>687</sup> *Kalenscher*, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, in: „Justice – Justiz – Giustizia“ 2018/3.

<sup>688</sup> *Kalenscher*, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, in: „Justice – Justiz – Giustizia“ 2018/3, S. 4-5, zum Bezug auf richterliche Entscheidungssituationen s. S. 9-10, wonach Richter sich bei der Höhe des Strafmaßes an genannten Zahlen orientieren.

<sup>689</sup> *Kalenscher*, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, in: „Justice – Justiz – Giustizia“ 2018/3, S. 5-6.

<sup>690</sup> *Kalenscher*, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, in: „Justice – Justiz – Giustizia“ 2018/3, S. 6.

<sup>691</sup> *Kalenscher*, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, in: „Justice – Justiz – Giustizia“ 2018/3, S. 7-8.

<sup>692</sup> *Kalenscher*, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, in: „Justice – Justiz – Giustizia“ 2018/3, S. 12.

<sup>693</sup> Mit vielen Nachweisen *Chatziathanasion*, German Law Journal 2022, 452-464 (452-455, 464).

der Richter, einen entscheidenden Einfluss auf die Ergebnisse der analysierten Daten haben.<sup>694</sup>

Jedenfalls führt uns die psychologische Entscheidungsforschung aber vor Augen, dass die Vorstellung, der Mensch könne rein rationale Entscheidungen treffen, eine Illusion ist. Diese Einsicht ist notwendige Voraussetzung, um die Vorstellung der „rein rechtlichen“ Entscheidung immer wieder zu hinterfragen.

## 2. Politikwissenschaft/Soziologie

Auch andere empirische Sozialwissenschaften betreiben Analysen richterlicher Entscheidungen und wecken so zunehmend auch das Interesse der Rechtswissenschaft an interdisziplinärer Zusammenarbeit. „Denn die Rechtswissenschaft verfügt nicht über eigene Methoden“, um zum Beispiel „den Einfluss der Parteinähe der einzelnen Bundesverfassungsrichter auf die Gerichtsentscheidungen“ systematisch zu erfassen.<sup>695</sup> Der Wissenschaftsrat wies 2012 eindrücklich auf die Notwendigkeit einer „Verstärkung der Interdisziplinarität bzw. der Öffnung für und die Einbeziehung von Perspektiven der Nachbardisziplinen der Rechtswissenschaft“ hin.<sup>696</sup>

Die Forschung zum Entscheidungsverhalten einzelner Richter wird in Deutschland selbstredend durch das Beratungsgeheimnis erschwert.<sup>697</sup> Zudem werden sich verschiedene persönliche Einflussfaktoren nur schwerlich voneinander trennen lassen.<sup>698</sup> Dennoch kann empirische Forschung hier interessante Erkenntnisse und Perspektiven liefern.

RÜDIGER LAUTMANN legte 1972 eine bis in die Gegenwart viel beachtete Studie vor, die qualitativ beobachtend den richterlichen Entscheidungsvorgang untersuchte.<sup>699</sup> Die Studie ist bis heute ein wichtiger Bezugspunkt, wenn es um die Anfänge der Rechtssoziologie in Deutschland geht.<sup>700</sup> LAUTMANN begab sich als Referendar – ohne Kenntnis seiner Richterkollegen – in eine Doppelrolle. Neben seiner Referendartätigkeit beobachtete er die Richterinnen und Richter, notierte ihre eigenen Aussagen zu den Entscheidungsprozessen und analysierte die so gemachten Beobachtungen. Hierbei arbeitet er verschiedene Kategorien heraus, die neben materiell- und prozessrechtlichen Überlegungen maßgeblich zur Entscheidungsfindung beitragen. Dazu zählt LAUTMANN etwa das „informelle Sachprogramm“, also privates Wissen oder private Werte, sowie das „informelle Verfahrensprogramm“ wie die Frage, wie die Dauer der Beratung über ein Urteil einzuschätzen ist.<sup>701</sup>

---

<sup>694</sup> *Chatziathanasiou*, German Law Journal 2022, 452-464 (459-460).

<sup>695</sup> *Engst/Gschwend/Schaks/Sternberg/Wittig*, JZ 2017, 816–826 (816).

<sup>696</sup> Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, Drs. 2558-12, S. 8, im Detail s. S. 29, 60, abrufbar unter [www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (abgerufen am 23.7.2022).

<sup>697</sup> *Engst/Gschwend/Schaks/Sternberg/Wittig*, JZ 2017, 816-826 (818).

<sup>698</sup> *Engst/Gschwend/Schaks/Sternberg/Wittig*, JZ 2017, 816-826 (826), schlagen vor, Einflussfaktoren wie Geschlecht, Bildungsweg etc. einzeln zu untersuchen.

<sup>699</sup> *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt [1972], 2011.

<sup>700</sup> Statt vieler *Baer*, Rechtssoziologie, 2017, S. 247.

<sup>701</sup> *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt [1972], 2011, passim, s. insb. die Übersicht auf S. 40.

Die eigentliche Entscheidung solle nach LAUTMANNs Beobachtung jedoch gar nicht transparent gemacht werden. Es sei das Darstellungsziel, „das Entscheiden wenigstens partiell intransparent zu halten“.<sup>702</sup> LAUTMANN beschreibt: „Zudem ist die Juristenausbildung von alters her am Richterberuf orientiert, so daß bereits der junge Richter ziemlich perfekt in der Kunst ist, jedes Urteil, ja jeden Einfall sogleich als deduktiv-dogmatisch-richtig hinzustellen und die ihn tatsächlich leitenden Motive aus der Diskussion und aus seinem Bewußtsein herauszuhalten.“<sup>703</sup> An anderer Stelle: „Es ist offenbar richterliche Verhaltensstrategie, Argumente des informellen Programms latent zu lassen. Weder in Urteilsberatungen noch in Urteilsbegründungen werden solche Argumente offen geäußert.“<sup>704</sup>

LAUTMANN zeigt insgesamt eine enorme Diskrepanz zwischen Entscheidungsfindung und Entscheidungsdarstellung in der Praxis. Diese Diskrepanz steht im Widerspruch zur Fiktion der Methodenlehre, die Entscheidungsdarstellung sei eine Nachzeichnung der Entscheidungsfindung.

Mittlerweile läuft die Untersuchung nicht-rechtlicher Entscheidungsfaktoren häufig unter dem Stichwort der *judicial behaviour*-Forschung.<sup>705</sup> Hierbei wird zunehmend dafür plädiert, den Blick über den individuellen Richter als Entscheider hinaus zu weiten und institutionelle Faktoren wie die Organisationsstrukturen der Gerichte stärker zu berücksichtigen<sup>706</sup> oder auch andere Beteiligte eines Prozesses als für die Urteilsfindung relevante Personen in den Blick zu nehmen.<sup>707</sup>

Die empirische Forschung zu den entscheidungsleitenden Faktoren verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist vergleichsweise weit fortgeschritten.

Hierbei werden im Wesentlichen drei Modelle diskutiert. „Das sog. einstellungsbezogene Modell (*attitudinal model*) geht davon aus, dass Richter sich in erster Linie an ihrer politischen Vorprägung orientieren. Dem steht das rechtliche Modell (*legal model*) gegenüber, wonach richterliche Entscheidungen vor allem durch rechtliche Normen und die juristische Dogmatik determiniert werden. Schließlich wird ein strategisches Modell vertreten, das Richter überwiegend als strategische Akteure ansieht, die versuchen, die institutionelle Stellung ihres Gerichts auszubauen oder zu verteidigen.“<sup>708</sup>

Natürlich sind auch diese Modelle wiederum stark vereinfachend und werden der komplexen Entscheidungssituation nicht vollständig gerecht. So zeigt sich bereits, dass die These der verfassungsrichterlichen Entscheidung als Ergebnis ihrer politischen Einstellung so nicht haltbar ist und der Zusammenhang zwischen

---

<sup>702</sup> Lautmann, *Justiz – die stille Gewalt* [1972], 2011, S. 204.

<sup>703</sup> Lautmann, *Justiz – die stille Gewalt* [1972], 2011, S. 44.

<sup>704</sup> Lautmann, *Justiz – die stille Gewalt* [1972], 2011, S. 155.

<sup>705</sup> Von Steinsdorff, (Verfassungs-)richterliches Entscheiden, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 209.

<sup>706</sup> Von Steinsdorff, (Verfassungs-)richterliches Entscheiden, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 221.

<sup>707</sup> Wrase, *Rechtsinterpretation als soziale Praxis*, in: Frick/Lembcke/Lhotta (Hg.), *Politik und Recht*, 2017, S. 70.

<sup>708</sup> Zu dieser Einteilung mit Nachweisen Petersen/Chatziathanasiou, *AöR* 2019, 501-535 (520-521). Dieser Artikel bietet einen lesenswerten Überblick über die empirische Verfassungsrechtswissenschaft.

Entscheidung und politischer Einstellung je nach Gerichtsstruktur und Richterwahlverfahren in verschiedenen Ländern variiert.<sup>709</sup>

Dennoch können durch vereinfachende Modelle Einflussfaktoren auf richterliche Entscheidungen untersucht und dargestellt werden.

Auch solche empirischen Untersuchungen greifen den Schein der rein rechtlichen Entscheidung an.

Gleichzeitig bieten Untersuchungen zur Wahrnehmung von Entscheidungen Anlass, sich nicht mehr so stark zu bemühen, Entscheidungen als rein rechtlich darzustellen: Offensichtlich beruht dieser Versuch zumindest auch auf der Vorstellung, die Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen ergebe sich aus deren rein rechtlichem Charakter. Allerdings deutet vieles darauf hin, dass die Akzeptanz sich eher aus dem deliberativen Prozess der Entscheidungsfindung ergibt.<sup>710</sup> Auch mit Blick auf die Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen ist es also wahrscheinlich gar nicht notwendig, ständig den rechtlichen Charakter der Entscheidungen herauszustellen.

## II. Konsequenzen für die Methodenlehre

Dass der Blick der traditionellen Methodenlehre auf den Auslegungsvorgang ein künstlicher ist, mag kaum jemand abstreiten. JAN SCHAPP beschreibt dies 1983 mit Blick auf das Subsumtionsmodell der Rechtsauslegung: „Die zentrale Lehre zur Gesetzesanwendung ist immer noch die Lehre von der Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter ein allgemeines Gesetz. Die Geschichte der neueren Methodenlehre ist eine Geschichte der Angriffe gegen dieses ‚Subsumtionsmodell der Rechtsanwendung‘, und dennoch hat sich dieses Subsumtionsmodell im Wesentlichen wohl behauptet.“<sup>711</sup> Diese Beschreibung trifft – wenn auch in entschärfter Form – nach wie vor zu. Dies ist umso erstaunlicher, als schon ein schlaglichtartiger Blick auf andere Perspektiven auf die juristische Entscheidungsfindung zeigt, dass das Subsumtionsmodell der Komplexität einer Entscheidung so wenig gerecht wird, dass man nicht mehr von einer zulässigen Vereinfachung sprechen kann.

Spannt man den Bogen von diesem kleinen Exkurs zurück zum Anfang dieser Arbeit, merkt man, dass die Differenzierung zwischen juristischer Methodenlehre und einer rechtswissenschaftlichen Betrachtung derselben auch an dieser Stelle noch einmal deutlich gemacht werden muss: Einerseits lässt sich überlegen, wo empirische Erkenntnisse direkt bei der Auslegungsarbeit herangezogen werden oder werden sollten. Andererseits können die Auslegungsmethoden ihrerseits stärker empirisch und nicht nur normativ untersucht werden, wie ich es in dieser Arbeit (auch) getan habe.

---

<sup>709</sup> Von Steinsdorff, (Verfassungs-)richterliches Entscheiden, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 211. Engst/Gschwend/Schaks/Sternberg/Wittig, JZ 2017, 816-826, legen überzeugend dar, dass das Entscheidungsverhalten der Richterinnen und Richter am BVerfG zumindest nicht pauschalierend auf eine politische Vorprägung zurückgeführt werden kann.

<sup>710</sup> Von Steinsdorff, (Verfassungs-)richterliches Entscheiden, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 213.

<sup>711</sup> Schapp, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, 1983, S. 1.

## 1. Einbeziehung empirischer Erkenntnisse in den Auslegungsvorgang

Überlegungen zum Verhältnis der Rechtswissenschaft insbesondere zu den Sozialwissenschaften sind keineswegs neu und hatten vor allem ab den 1970er-Jahren Konjunktur. Dies schlug sich auch in Reformen der Juristenausbildung nieder. § 5b des Richtergesetzes erlaubte nach einer Änderung vom 10. September 1971 zeitweise eine sog. einstufige Ausbildung,<sup>712</sup> die von den Universitäten teilweise dazu genutzt wurde, Sozialwissenschaften stärker ins Studium zu integrieren.<sup>713</sup>

LAUTMANN beschreibt die Ausgangsstellung der Rechtswissenschaft in diesem Prozess: „Herkömmlicherweise betont die kontinentale Jurisprudenz – in den Urteilsbegründungen, wissenschaftlichen Darstellungen, Ausbildungsgängen – den Wert der Dogmatik. Das bedeutet, dass die Norm vor allem mit hermeneutisch-sinnverstehenden Methoden interpretiert wird [...], während ihr soziales Substrat erst in zweiter Linie berücksichtigt wird. Dieses (nur mit der Theologie geteilte) Alleinstellungsmerkmal wurde nun zum Haupttopos einer Fachidentität, die bislang als selbstverständlich vorhanden gegolten hatte und nur selten infrage gestellt worden war.“<sup>714</sup>

Die Versuche der Integration von Rechtswissenschaft und Soziologie unterteilt SUSANNE PAAS in „Soziologie als Hintergrundwissen und Soziologie im Fall“.<sup>715</sup> Letztere betreffe insbesondere die Einarbeitung der Soziologie in die juristische Methodenlehre. Unter diesem Aspekt nimmt PAAS eine Auswertung der einschlägigen Lehrbuchliteratur vor. Lehrbücher, die dabei – etwa anhand von Fällen – konkrete Beispiele zur Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in juristische Entscheidungen lieferten, blieben dabei jedoch eine Ausnahme.<sup>716</sup> PAAS schließt: „Wo die Rechtsprechung bei Wertungen regelmäßig offen oder versteckt mit Wirklichkeitsannahmen operierte, wurde diese also anhand rechtssoziologischer Erkenntnisse überprüft. Zeitgenössisch sprach man vom Realbereich der Norm, also dem normativen Zugriff auf die gesellschaftliche, wirtschaftliche, politische Realität, in dem eine Zusammenarbeit besonders fruchtbar war.“<sup>717</sup> Es ging somit weniger darum, den klassischen juristischen Methodenkanon anzutasten, als vielmehr ergänzende Aspekte in den Auslegungsvorgang einzubeziehen.

In dieser Hinsicht durchaus vergleichbar liest sich KURT SONTHEIMERS Plädoyer für eine „fruchtbare Zusammenarbeit“ zwischen Staatsrechtlehre und Politischer Wissenschaft.<sup>718</sup> Als ganz konkreten Punkt der Aufgabe der Politischen Wissenschaft nennt er „die Bestimmung des Wesensgehaltes von so zentralen Begriffen

---

<sup>712</sup> BGBl. 1971 I, S. 1558.

<sup>713</sup> Eine gute Übersichtsdarstellung findet sich bei *Lautmann*, *Mittelweg* 36 2022 (Heft 5), 11-35; speziell die Umsetzung an der Universität Hannover in den Blick nehmend *Rückert*, *Mittelweg* 36 2022 (Heft 5), 57-80.

<sup>714</sup> *Lautmann*, *Mittelweg* 36 2022 (Heft 5), 11-35 (23).

<sup>715</sup> *Paas*, *Mittelweg* 36 2022 (Heft 5), 39-54 (42).

<sup>716</sup> *Paas*, *Mittelweg* 36 2022 (Heft 5), 39-54 (46-47).

<sup>717</sup> *Paas*, *Mittelweg* 36 2022 (Heft 5), 39-54 (50).

<sup>718</sup> *Sonthheimer*, *Politische Wissenschaft und Staatsrechtslehre*, 1963, S. 47.

des politischen Lebens [...] wie Gemeinwohl, Herrschaft, Einheit und Gliederung, Repräsentation, Legitimität“.<sup>719</sup>

Auch HUBERT ROTTLEUTHNER bezieht sich konkret auf die Festlegung der „Bedeutung gesetzlicher Begriffe“, wenn er meint, der „Schein einer ‚autonomen‘ juristischen Sphäre würde aufgelöst durch eine sozialwissenschaftliche Umstrukturierung der Argumentationspraxis, die mehr in Normbereichsanalysen und Folgediskussionen bestünde“.<sup>720</sup>

THOMAS RAISER beschreibt in seinem Lehrbuch zur Rechtssoziologie Generalklauseln als „wichtige Kontaktstellen zwischen Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie“.<sup>721</sup> MANFRED REHBINDER fügt der „Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die Rechtsdogmatik“ noch die Fälle der „Rechtsschöpfung im Falle von Rechtslücken“ und die teleologische Auslegung hinzu.<sup>722</sup> Letztere bezeichnet er sogar als „zentrale Einbruchstelle rechtssoziologischer Erkenntnisse in die Rechtsdogmatik“.<sup>723</sup> Denn man müsse dafür wissen, bei welcher Auslegung eines Gesetzes in der sozialen Wirklichkeit diejenige Wirkung erzielt wird, die ein Gesetz bezweckt.<sup>724</sup>

Aus Sicht der Praxis formuliert HARTMUT RENSEN den Bedarf des Zusammenwirkens von Rechts- und Sozialwissenschaften: „Anknüpfend an die Rechtsprechung muss die Rechtswissenschaft Fragen aufwerfen, für deren Beantwortung sie auf die Zusammenarbeit mit anderen Wissenschaften angewiesen ist. Umgekehrt sind die Politik- und Sozialwissenschaften in gewissem Umfang auf rechtswissenschaftliche Vorarbeiten in Bezug auf die Rechtsprechung und die Gesetzgebung angewiesen, wollen sie Einfluss auf das oben geschilderte Zusammenspiel von Gesetzgebung und Rechtsprechung nehmen.“<sup>725</sup>

„Eine Trennung zwischen einem juristisch-normativen und einem politisch-dezisionistischen Element in der Rechtsauslegung ist nicht möglich.“<sup>726</sup> schlussfolgert MICHAEL WRASE in seinen Überlegungen zur Praxis der Rechtsauslegung.

Alle diese Aussagen haben einen Gedanken gemeinsam. Es gibt Momente im Auslegungsvorgang, in dem auch empirische Erkenntnisse herangezogen werden.

Dies arbeitet NIELS PETERSEN anhand konkreter Beispiele heraus. So spiele „die Empirie insbesondere bei der teleologischen Auslegung eine zentrale Rolle“.<sup>727</sup> Etwa sei für die Auslegung des § 284 StGB (unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels) der Begriff des „Glücksspiels“ zu definieren.<sup>728</sup> Bei der Frage, anhand welcher Kriterien man dies tut, sei die tatsächliche Frage von Relevanz, welche

---

<sup>719</sup> *Sonthheimer*, Politische Wissenschaft und Staatsrechtslehre, 1963, S. 44.

<sup>720</sup> *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, S. 11.

<sup>721</sup> *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 15.

<sup>722</sup> *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2014, S. 9.

<sup>723</sup> *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2014, S. 17.

<sup>724</sup> *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2014, S. 17.

<sup>725</sup> *Rensen*, Wie funktioniert Interpretation des Rechts in der Praxis?, in: Frick/Lembcke/Lhotta (Hg.), Politik und Recht, 2017, S. 58.

<sup>726</sup> *Wrase*, Rechtsinterpretation als soziale Praxis, in: Frick/Lembcke/Lhotta (Hg.), Politik und Recht, 2017, S. 79.

<sup>727</sup> *Petersen*, Der Staat 2010, 435-455 (439-440).

<sup>728</sup> *Petersen*, Der Staat 2010, 435-455 (441).

Faktoren zur Spielsucht beitragen, da jene bekämpft werden soll.<sup>729</sup> Auch bei der Abwägungen konkurrierender Rechtsgüter im Verfassungsrecht werde auf empirische Gesetzmäßigkeiten zurückgegriffen.<sup>730</sup> PETERSEN schreibt in seinem Fazit: „In der Rechtswissenschaft wird dieses Ineinandergreifen von Normativität und Empirie oft ignoriert.“<sup>731</sup>

## 2. Empirische rechtswissenschaftliche Entscheidungsforschung

Neben Überlegungen, wo empirische Erkenntnisse entscheidungsleitend sind oder sein sollen, kann die Entscheidungspraxis in einer weniger normativ und stärker empirisch orientierten Weise beschrieben werden.

Es gibt zunehmend Versuche, auch aus der Rechtswissenschaft heraus einen solchen distanzierteren Blick auf die rechtliche Entscheidungsfindung zu wagen.

Dazu gehört zum Beispiel die Untersuchung rhetorischer Argumentationsmodelle in Gerichtsentscheidungen durch KATHARINA GRÄFIN VON SCHLIEFFEN.<sup>732</sup> Hierin zeigt sie, dass es sich bei juristischen Argumenten regelmäßig nur um scheinbar logische Schlüsse handelt.<sup>733</sup> So werde häufig in logisch unzulässiger Weise verallgemeinert.<sup>734</sup> Dies stellt GRÄFIN VON SCHLIEFFEN nicht per se als problematisch dar. Vielmehr sucht sie jenseits deduktiv-logischer Konzepte nach Modellen, die sich dazu eignen, „Argumentation in Praxistexten zu demonstrieren und nachzuvollziehen“.<sup>735</sup>

Auch die bereits oben erwähnte empirische Rechtsprechungsanalyse LORENZ KÄHLERS lässt sich hier einordnen.<sup>736</sup> Er zeigt, dass ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen überwiegend auf Gründe gestützt werden, „die auch schon zum Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung gültig waren“ (sog. „bessere Erkenntnis des Rechts“) und meistens nicht auf „gewandelte technische, soziale oder wirtschaftliche Umstände“ eingegangen wird.<sup>737</sup> Eine solche Auswertung liefert einen wertvollen Ausgangspunkt für die Frage, ob dies einen Hinweis auf eine gute abstrakte Steuerungsfähigkeit durch Recht gibt oder entsprechende Argumentationsmuster aus Sicht der Richter besser akzeptiert werden. KÄHLER konstatiert, man stoße aber häufig selbst dann auf „situationsunabhängige“ Argumente in Entscheidungsbegründungen, wenn eine Entscheidung auf gewandelte Umstände gestützt wird.<sup>738</sup> KÄHLER ordnet dies so ein: „Dann dürfte der Verweis auf die gewandelten Umstände eher dazu dienen, den Kontinuitätsbruch als milder zu präsentieren.“<sup>739</sup> Empirische Forschung kann so die juristische Auslegungsarbeit

---

<sup>729</sup> Petersen, Der Staat 2010, 435-455 (442).

<sup>730</sup> Petersen, Der Staat 2010, 435-455 (440).

<sup>731</sup> Petersen, Der Staat 2010, 435-455 (454).

<sup>732</sup> Eine Überblicksdarstellung findet sich in *Gräfin von Schlieffen*, JZ 2011, 109-116.

<sup>733</sup> *Gräfin von Schlieffen*, JZ 2011, 109-116 (112-114).

<sup>734</sup> *Gräfin von Schlieffen*, JZ 2011, 109-116 (114).

<sup>735</sup> *Gräfin von Schlieffen*, JZ 2011, 109-116 (115).

<sup>736</sup> *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2011, s. a. unter A. I.

<sup>737</sup> *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2011, S. 124.

<sup>738</sup> *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2011, S. 124.

<sup>739</sup> *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2011, S. 124.

also nicht nur entzaubern, sondern andererseits auch zeigen, wo und wie sie durchaus zu Stabilität verhilft.

Die juristische Methodenlehre ist als Betrachtungsgegenstand schwer zu fassen. Einerseits gilt sie als Kern des wissenschaftlichen juristischen Arbeitens. Andererseits wird gerade von ihr erwartet, dem Rechtsanwender praktische Handlungsanweisungen zu liefern.

Beschreibende und beobachtende Ansätze haben zunächst nicht den Anspruch, praktische Entscheidungshilfen zu liefern. Dennoch können sie wertvolle Hinweise liefern, um die Praktikabilität des Auslegungskanons zu verbessern.

### **3. Konsequenzen für die verfassungskonforme Auslegung**

Ein Blick auf andere Perspektiven auf die Entscheidungsfindung regt zunächst dazu an, sich von den genannten Denkmustern, die die Konzeption der verfassungskonformen Auslegung mit sich bringt, leichter zu lösen.

Dieser kleine Exkurs unterstreicht die Notwendigkeit und zugleich die Möglichkeit eines methodischen Perspektivwechsels.

Dazu gehört insbesondere, die verfassungskonforme Auslegung nicht ausschließlich – aus einer intern-rechtstheoretischen Perspektive – als ein Mittel zu verstehen, das konstruiert wurde, um die juristische Entscheidungsfindung zu erleichtern. Die Perspektive deskriptiver Entscheidungsforschung lehrt uns, auch nach den faktischen Funktionen der verfassungskonformen Auslegung zu fragen, also auch bei der Untersuchung einer einzelnen Auslegungsmethode nicht nur normativ, sondern auch deskriptiv zu arbeiten.

Die verfassungskonforme Auslegung wird häufig in Entscheidungen verwendet, in denen Argumente, die eher empirischer als normativer Art sind, die Entscheidung beeinflussen. Die verfassungskonforme Auslegung kommt als normatives Argument daher, mit dem aber häufig ein praktischer Kompromiss gefunden wird. Die oben getroffene Unterscheidung zwischen den Kategorien formal und materiell lässt sich um die Kategorien normativ und empirisch ergänzen. Die verfassungskonforme Auslegung soll ein normatives Argument sein. Wo eigentlich materielle und empirische Argumente ausschlaggebend sind, erweckt die verfassungskonforme Auslegung also den Eindruck eines formal-normativen Arguments.

Ein wichtiges Ergebnis meiner Betrachtungen ergibt sich außerdem am deutlichsten durch die konsequente schrittweise Erweiterung des Blicks auf externe Perspektiven. Die obigen Analysen fügen sich in die zuletzt betrachtete Außenperspektive auf juristisches Entscheiden ein. Während ich oben dargestellt habe, dass die verfassungskonforme Auslegung immer wieder als formales Instrument dargestellt wird, lässt sie sich – eine Ebene darüber – auch als Teil der Aufrechterhaltung der Vorstellung von der rein rechtlichen Entscheidung lesen. Diese Aspekte greifen ineinander.

## **F. Ergebnisse und Ausblick**

### **I. Zusammenfassung der Erkenntnisse in Thesen**

1. Es muss eine klare Differenzierung zwischen juristischen Auslegungsmethoden und den Methoden rechtswissenschaftlichen Arbeitens vorgenommen werden. Letztere sind faktisch gar nicht kanonisiert. Dies bringt gewisse Freiheiten mit sich, aber auch die besondere Pflicht, das eigene Vorgehen zu erklären und zu begründen. Bei meiner Betrachtung der verfassungskonformen Auslegung bin ich dem Ansatz gefolgt, mich immer weiter vom Gegenstand zu distanzieren. Die Analyse verläuft somit von einer intern-rechtstheoretischen Betrachtung hin zu einem Blick von außen auf juristische Entscheidungsfindung.

2. Wenn man sich anschaut, wie sich die Verwendung des Begriffs der verfassungskonformen Auslegung in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat, erkennt man eine stete Konkretisierung. Während in der Literatur der 1960er Jahre teilweise noch allgemein die Einwirkung von Verfassungsrecht auf den Vorgang der Auslegung einfachen Rechts als verfassungskonforme Auslegung bezeichnet wurde, gibt es heute eine engere Definition der verfassungskonformen Auslegung (B. I.).

3. Die verfassungskonforme Auslegung wird heute in Literatur und Rechtsprechung mehr oder weniger einheitlich beschrieben: Zuerst werde eine Norm mithilfe der klassischen Auslegungsmethoden ausgelegt. Stehen dann verschiedene Auslegungsmöglichkeiten zur Auswahl, so sei diejenige auszuwählen, die mit der Verfassung in Einklang steht. Teilweise liest man auch, es seien nur diejenigen Auslegungsmöglichkeiten auszuschließen, die nicht mit der Verfassung in Einklang stehen.

4. Die Auswertung der Rechtsprechung zeigt insgesamt, dass dieses schrittweise Vorgehen nicht der tatsächlichen gerichtlichen Praxis entspricht. Vielmehr kommt die verfassungskonforme Auslegung eher dann ins Spiel, wenn ein eigentlich gefundenes Ergebnis so nicht stehen bleiben soll, weil die Vereinbarkeit mit der Verfassung infrage steht. Die verfassungskonforme Auslegung wird häufig in solchen Verfahren angewandt, bei denen das Bedürfnis nach einer ausgleichenden Kompromissentscheidung besonders hoch erscheint oder auch rein pragmatische Gründe gegen die Verwerfung einer Norm sprechen (B. II.).

5. Die Notwendigkeit bzw. Legitimität der verfassungskonformen Auslegung wird in der Literatur mit wiederkehrenden Mustern begründet. Dazu gehört die Berufung auf die Einheit der Rechtsordnung. Jedenfalls dieses Argument erweist sich aber nicht als geeignet, die Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung in dieser Form zu begründen (C. I., II.).

6. Die sehr schematische Vorstellung von der verfassungskonformen Auslegung ist mit gewissen Grundannahmen verknüpft, wie im Allgemeinen der Auslegungsvorgang aussieht. So stellt ihre Konzeption vor allem auf den Herstellungsvorgang (und nicht den Darstellungsvorgang) einer Entscheidung ab. Außerdem liegt ihr eine Vorstellung von einem sehr formalen, schrittweisen Auslegungsvorgang zugrunde. Die mit der verfassungskonformen Auslegung verknüpften Vorstellungen

vom Auslegungsvorgang insgesamt erweisen sich als sehr theoretisch und künstlich (C. III.).

7. Soweit man die klassischen Funktionen der Auslegungsmethoden der Entscheidungssteuerung und der Entscheidungsbegründung betrachtet, erweist sich die verfassungskonforme Auslegung nur als bedingt leistungsfähig. Durch die Anwendung der verfassungskonformen Auslegung wird häufig der Schein einer formalen Argumentation geweckt, wo materielle Aspekte den Ausschlag geben (D. I.-III.). Vielmehr lassen sich ihr bei einer praktischen, einer empirischen Betrachtung aber originäre Funktionen zuweisen. So dient sie häufig als Kompromissformel und wird herangezogen, um die Auslegung einfachen Rechts durch das Bundesverfassungsgericht zu rechtfertigen (D. IV.).

8. Externe Perspektiven auf (richterliche) Entscheidungsfindung machen noch einmal in verschärfter Form die Begrenztheit der Möglichkeit der Entscheidungssteuerung durch die juristischen Auslegungsmethoden deutlich. Dies sollte jedem bei der Beschäftigung mit der Auslegung von Normen bewusst sein. Die künstliche Konzeption der verfassungskonformen Auslegung trägt ihrer Struktur nach nicht dazu bei, ein kritisches Bewusstsein gegenüber dem Topos der „rein rechtlichen Entscheidung“ zu schärfen (E.).

## II. Blick nach vorne: Konsequenzen

### 1. Terminologie, Transparenz

Die verfassungskonforme Auslegung soll gerade dort Klarheit schaffen, wo das Rechtsgefüge besonders komplex ist: im Zusammenspiel von Normen verschiedener Ebenen. Einfaches Recht und Verfassung werden als getrennt voneinander ansehbare Rechtsräume betrachtet. Eine solche Schematisierung wird der Komplexität der Wirklichkeit nicht gerecht. GERHARD ROBBERS findet ausgehend von diesem Befund eine schöne Formulierung, die zugleich die Hilflosigkeit deutlich macht, das Zusammenspiel zwischen Verfassung und einfachem Recht zu formulieren: „Bildersprache muß dem Verfassungsdenken notwendig inadäquat bleiben; sucht man gleichwohl nach Bildern, mag Rechtsordnung insgesamt eher als ein wachsendes Blatt eines Baumes gesehen werden, in dem die Verfassung die Blattrippen darstellt. Sie versorgen die übrigen Teile des Blattes und halten sie zusammen, unterbricht man diese Verbindung, verdorren diese übrigen Teile.“<sup>740</sup> Er sieht das Modell des hierarchischen Stufenbaus der Rechtsordnung als überholt an. „Die Grundrechte sind dem einfachen Recht immanent. Grundrechte strahlen nicht aus, Grundrechte gelten.“<sup>741</sup>

Ebendiese Verflochtenheit des Rechts verschiedener Ebenen wird ausgeblendet, wenn die verfassungskonforme Auslegung als zweistufiges Modell (1. Auslegen, 2. an der Verfassung messen) dargestellt wird. Dieses Modell ist mittlerweile aber sehr eng mit dem Terminus der verfassungskonformen Auslegung verknüpft.

---

<sup>740</sup> Robbers, NJW 1998, 935–941 (938).

<sup>741</sup> Robbers, NJW 1998, 935–941 (937).

Es spricht daher viel dafür, den Begriff der verfassungskonformen Auslegung aufzugeben. Sobald Argumente aus der Verfassung in den Vorgang der Auslegung einfachen Rechts einfließen, kann dies zutreffend (weiterhin) als verfassungsorientierte Auslegung beschrieben werden. Anstatt pauschal mit dem Begriff der Verfassung zu operieren, ist es jedoch geboten, möglichst explizit zu benennen, welche Normen aus der Verfassung als Argumente relevant geworden sind. Sobald der Fokus faktisch auf der Auslegung der Verfassung liegt und dies am Ende auch für die Auslegung einfachen Rechts relevant ist, sollte dies klar gekennzeichnet werden. Damit ist am Ende der Transparenz der Entscheidung gedient.

## **2. Nachdenken über Normenkontrollverfahren**

Eine „Abschaffung“ der verfassungskonformen Auslegung ist aber nicht möglich bzw. wäre nur eine Umetikettierung, wenn man die Funktionen ausblendet, denen sie in der Rechtspraxis dient.

Diese Funktion besteht vor allem darin, in Situationen, in denen eine Norm nur in Ausnahmefällen mit der Verfassung in Konflikt gerät, eine Kompromissformel zu finden. Außerdem hilft die verfassungskonforme Auslegung dem Bundesverfassungsgericht dabei, die eigene Auslegung einfachen Rechts zu begründen.

Für das Bundesverfassungsgericht ist bei der Entscheidung über die Verfassungsgemäßheit einer Norm keine Differenzierungsmöglichkeit vorgesehen. Mit der verfassungskonformen Auslegung hat es sich eine solche selbst geschaffen.

Wir sollten den Blick weg vom Versuch einer theoretischen Herleitung und Begründung hin zu einer Betrachtung der tatsächlichen Funktion der verfassungskonformen Auslegung wenden.

Die faktische gerichtliche Selbstermächtigung, durch eine verfassungskonforme Auslegung einer Ja/Nein-Entscheidung aus dem Weg zu gehen, können wir hinnehmen. Wir können sie aber auch als Anlass begreifen, Entscheidungsmöglichkeiten bei (inzidenten) Normenkontrollen ganz grundsätzlich zu überdenken. Möglichkeiten für das Bundesverfassungsgericht, Normen faktisch anzupassen, muss man nicht befürworten. Möchte man dem Gericht diese Möglichkeit geben, sollte man sie aber klar gesetzlich verankern und nicht „rechtswissenschaftlich“ herleiten.

## Literaturverzeichnis

- Arnim, Hans Herbert von/Brink, Stefan*, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz, Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik, 2001.
- Auer, Marietta*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018.
- Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph* (Hg.), Strafverfassungsrecht, 2022.
- Baer, Susanne*, Rechtssoziologie, Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 2017.
- Baldus, Manfred*, Die Einheit der Rechtsordnung, Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, 1995.
- Bauer, Hartmut* (Hg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006.
- Benda, Ernst/Klein, Eckart/Klein, Oliver*, Verfassungsprozessrecht, 2020.
- Bender, Bernd*, Inhalt und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, MDR 1959, 441.
- Berkemann, Jörg*, Zur Auslegung des einfachen Gesetzes im Verfahren der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG), AöR 1974, 54.
- Bettermann, Karl August*, Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren, 1986.
- Bleckmann, Albert*, Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2002, 942.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Gosenwinkel, Dieter*, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011.
- Bogs, Harald*, Nochmals: Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen und Zuständigkeit der Großen Senate, Die Sozialgerichtsbarkeit 1961, 354.
- Bogs, Harald*, Die Bindung des Fallrichters an eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Normenkontrollrichters, DVBl. 1965, 633.
- Bogs, Harald*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1966.
- Bohne, Gotthold*, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, 1948.
- Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelnstein, Tobias* (Hg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 209.
- Burmeister, Joachim*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, Verfassungskonforme Auslegung oder vertikale Normendurchdringung?, 1966.
- Campiche, Edouard Georges*, Die verfassungskonforme Auslegung, Stellung in der Auslegungslehre und Abgrenzung zur Normenkontrolle, 1978.

*Canaris, Claus-Wilhelm*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 1983.

*Canaris, Claus-Wilhelm*, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Honsell, Heinrich (Hg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, 2004, S. 141.

*Canaris, Claus-Wilhelm*, Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung, in: Bauer, Hartmut (Hg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 41.

*Chatziathanasiou, Konstantin*, Beware the Lure of Narratives: “Hungry Judges” Should Not Motivate the Use of “Artificial Intelligence”, in: Law, German Law Journal 2022, 452.

*Christian Starck* (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976.

*Cornelius, Joachim*, Gesetzesauslegung und verfassungsmäßige Wertordnung, 1968.

*Davin, Michael*, Ungereimtheiten in der verfassungskonformen Auslegung, in: Die Dekanin der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hg.), Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung, Tag der Juristischen Fakultät 20. November 2002, 2003, S. 9.

*Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans/Stein, Ekkehart*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Stand August 2002.

*Die Dekanin der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam* (Hg.), Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung, Tag der Juristischen Fakultät 20. November 2002, Tag der Juristischen Fakultät 2002, 2003.

*Dreier, Horst*, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung? Exemplarische Betrachtungen zum Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Die Verwaltung 2003, 105.

*Dudenredaktion* (Hg.), Das Fremdwörterbuch, 2020.

*Dudenredaktion* (Hg.), Das Herkunftswörterbuch, 2001.

*Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert*, Grundgesetz-Kommentar, Stand Januar 2024.

*Dürig-Friedl, Cornelia/Enders, Christoph*, Versammlungsrecht, Die Versammlungsgesetze des Bundes und der Länder: Kommentar, 2016.

*Eckardt, Wolf-Dieter*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Ihre dogmatische Berechtigung und ihre Grenzen im deutschen Recht, 1964.

*Engisch, Karl*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935.

*Engisch, Karl*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963.

- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, hrsg. von Thomas Würtenberger, Dirk Otto, 2010.
- Engst, Benjamin/Gschwend, Thomas/Schaks, Nils/Sternberg, Sebastian/Wittig, Caroline*, Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung, JZ 2017, 816.
- Esser, Josef*, Buchbesprechung zu Canaris: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, RabelsZ 1969, 757.
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970.
- Felix, Dagmar*, Einheit der Rechtsordnung, Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, 1998.
- Fischer, Christian*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007.
- Fischer, Heinz/Silvestri, Gerhard* (Hg.), Texte zur österreichischen Verfassungsgeschichte, 1970.
- Frick, Verena/Lembcke, Oliver/Lbotta, Roland* (Hg.), Politik und Recht, Umriss eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes, Politik und Recht, 2017.
- Frotscher, Werner*, Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Großen Senate der oberen Bundesgerichte von der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, insbesondere bei verfassungskonformer Auslegung, 1964.
- Funke, Andreas*, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – eine Einführung, in: Funke, Andreas/Lüdemann, Jörn (Hg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 1.
- Funke, Andreas/Lüdemann, Jörn* (Hg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Recht – Wissenschaft – Theorie Bd. 3, 2009.
- Fuß, Ernst-Werner*, Zur richterlichen Prüfung von Gesetz und Gesetzesanwendung, in: Ipsen, Hans Peter (Hg.), Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, Zu seinem 80. Geburtstag am 1. Oktober 1966, 1966, S. 11.
- Geis, Max-Emanuel*, Die „Eilversammlung“ als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung, Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung, NVwZ 1992, 1025.
- Goldbill, Simon*, Griechenland, in: Willis, Roy (Hg.), Mythologie, 2006, S. 124.
- Göldner, Detlef*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem, 1969.
- Götz, Andreas*, Die verfassungskonforme Auslegung – zugleich ein Beitrag zu ihrer Stellung im System der juristischen Methodenlehre, StudZR 2010, 21.
- Greif, Elisabeth/Schobesberger, Eva*, Einführung in die feministische Rechtswissenschaft, Ziele, Methoden, Theorien, 2007.

*Grimm, Dieter*, Buchbesprechung zu Canaris: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, AcP 1971, 266.

*Gröschner, Rolf*, Richter schließen nicht; sie urteilen. Ein philosophisches Plädoyer gegen die Logifizierung richterlicher Urteilsbildung, in: Frick, Verena/Lembcke, Oliver/Lhotta, Roland (Hg.), Politik und Recht, Umriss eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes, 2017.

*Günzl, Clara*, Eine andere Geschichte der Begründungspflicht, Sichtweisen des frühen 19. Jahrhunderts, 2021.

*Gusy, Christoph*, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit – BVerfGE 69, 315, JuS 1986, 608.

*Haak, Volker*, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1963.

*Häfelin, Ulrich*, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Müller, Jörg Paul (Hg.), Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, 1981, S. 241.

*Hänni, Julia*, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, 2022.

*Hassemer, Winfried* (Hg.), Dimensionen der Hermeneutik, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, Heidelberger Forum Bd. 23, 1984.

*Hassemer, Winfried*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Müller-Dietz, Heinz (Hg.), Festschrift für Heike Jung, Zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 231.

*Hassemer, Winfried*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, Rechtslehre 2008, 1.

*Heller, Hermann*, Staatslehre, in der Bearbeitung von Gerhart Niemeyer, 1983.

*Heller, Hermann*, Gesammelte Schriften, hrsg. von Christoph Müller, 1992.

*Henning, Walter*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen und Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, Die Sozialgerichtsbarkeit 1961, 353.

*Herresthal, Carsten*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, 289.

*Herzog, Felix* (Hg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010.

*Hesse, Konrad*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller, Jörg Paul (Hg.), Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, 1981, S. 261.

*Heun, Werner*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, 1992.

*Heußner, Hermann*, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitsklärung, NJW 1982, 257.

- Homann, Vanessa*, Kommunale Verpackungssteuer als Abfallvermeidungsanreiz: Die Tübinger Verpackungssteuer vor Gericht, *KlimR* 2023, 278.
- Honsell, Heinrich* (Hg.), *Privatrecht und Methode*, Festschrift für Ernst A. Kramer, 2004.
- Höpfner, Clemens*, Die systemkonforme Auslegung, zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht, 2008.
- Ipsen, Hans Peter* (Hg.), *Hamburger Festschrift für Friedrich Schack zu seinem 80. Geburtstag am 1. Oktober 1966*, 1966.
- Ipsen, Jörn*, Nichtigerklärung oder „Verfassungswidrigerklärung“ – Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, *JZ* 1983, 41.
- Isensee, Josef* (Hg.), *Freiheit und Eigentum*, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2005.
- Jansen, Nils*, *Recht und gesellschaftliche Differenzierung, Fünf Studien zur Genese des Rechts und seiner Wissenschaft*, 2019.
- Jestaedt, Matthias*, *Das mag in der Theorie richtig sein ... , Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*, 2006.
- Jestaedt, Matthias*, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, in: Jestaedt, Matthias (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 185.
- Jestaedt, Matthias* (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie, Recht, Wissenschaft, Theorie* Bd. 2, 2008.
- Jestaedt, Matthias*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hg.), *Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 2011, S. 77.
- Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph* (Hg.), *Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 2011.
- Kähler, Lorenz*, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2011.
- Kalenscher, Tobias*, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, in: „Justice – Justiz – Giustizia“ 2018/3.
- Kamanabrou, Sudabeh*, *Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich, Eine Untersuchung am Beispiel des Urlaubsrechts*, 2021.
- Kant, Immanuel*, *Kritik der reinen Vernunft*, hrsg. von Raymund Schmidt, 1956.
- Kaufmann, Arthur*, In memoriam Karl Engisch, *ARSP* 1991, 267.
- Kaufmann, Arthur*, Nachruf Karl Engisch, *JZ* 1991, 30.

- Kaufmann, Arthur*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999.
- Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid* (Hg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2011.
- Kelsen, Hans*, Allgemeine Theorie der Normen, hrsg. von Kurt Ringhofer, 1979.
- Kelsen, Hans*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1981.
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, hrsg. von Matthias Jestaedt, 2017.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf/Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael*, Polizei- und Ordnungsrecht, Mit Versammlungsrecht, 2018.
- Kischel, Uwe*, Die Begründung, Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003.
- Koch, Hans-Joachim* (Hg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976.
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*, Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, 1982.
- Kramer, Ernst*, Juristische Methodenlehre, 2019.
- Kranenpohl, Uwe*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, 2010.
- Krawietz, Werner*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung, 1978.
- Krawietz, Werner* (Hg.), Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, 1984.
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung, Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 1976.
- Kriele, Martin*, Recht und praktische Vernunft, 1979.
- Krüper, Julian* (Hg.), Grundlagen des Rechts, 2021.
- Kuhlen, Lothar*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006.
- Kühling, Jürgen*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht, JuS 2014, 481.
- Kulick, Andreas*, „Drittwirkung“ als verfassungskonforme Auslegung – Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2016, 2236.
- Landwehr, Götz*, Die Einheit der Rechtsordnung in der Rechtsgeschichte, Göttliches und weltliches Recht, Privatrecht und öffentliches Recht, in: Schmidt, Karsten (Hg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, Hamburger Ringvorlesung, 1994, S. 31.

- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995.
- Larenz, Karl*, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Eine Erwiderung, AcP 1937, 257.
- Laufer, Heinz*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland, 1968.
- Lautmann, Rüdiger*, Justiz – die stille Gewalt, Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, 2011.
- Lautmann, Rüdiger*, Reform, Fusion, Tradition, Mittelweg 36 2022 (Heft 5), S. 11.
- Leible, Stefan/Domröse, Ronny*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber, Karl (Hg.), Europäische Methodenlehre, 2021, S. 209.
- Lembke, Ulrike*, Einheit aus Erkenntnis?, Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, 2009.
- Lennartz, Jannis*, Dogmatik als Methode, 2017.
- Lepsius, Oliver*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt, Matthias (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1.
- Lepsius, Oliver*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hg.), Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 159.
- Lepsius, Oliver*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat 2013, 157.
- Lieder, Jan*, Öffnungs- und Mehrheitsklauseln im Wohnungseigentums- und Gesellschaftsrecht, notar 2016, 283.
- Limbach, Jutta*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Vortrag in der Rechtswissenschaftlichen Fakultät am 2. Juli 1996, 1997.
- Löwer, Wolfgang*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2005.
- Lüdemann, Jörn*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, 27.
- Maschke, Andreas*, Gerechtigkeit durch Methode, Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens, 1993.
- Maus, Ingeborg*, Plädoyer für eine rechtsgebietspezifische Methodologie oder: wider den Imperialismus in der juristischen Methodendiskussion, KritV 1991, 107.
- Melin, Patrick*, Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, 2005.
- Merkel, Adolf*, Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur „positiven“ Rechtswissenschaft und zum allg. Theil derselben (erster Teil), Zeitschrift für das Privat- und das öffentliche Recht 1874, 1.

- Michel, Helmut*, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 274.
- Möllers, Christoph*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hg.), Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 281.
- Möllers, Thomas*, Juristische Methodenlehre, 2020.
- Müller, Friedrich*, Recht – Sprache – Gewalt, Elemente einer Verfassungstheorie I, 2008.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, Band 1, 2013.
- Müller, Jörg Paul* (Hg.), Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, 1981.
- Müller-Dietz, Heinz* (Hg.), Festschrift für Heike Jung, Zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007.
- Muthorst, Olaf*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Methode, Begriff, System, 2019.
- Neumann, Ulfrid*, Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, in: Hassemer, Winfried (Hg.), Dimensionen der Hermeneutik, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984, S. 49.
- Neumann, Ulfrid*, Juristische Argumentationslehre, 1986.
- Neumann, Ulfrid*, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2011, S. 385.
- Nonrousian, Bijan*, „Letzte Instanz“ – Zur Entstehung und Vermittlung von Wissenschaft in der Rechtspraxis, in: Raspe, Hans-Heinrich/Hofer, Hans-Georg/Krohs, Ulrich (Hg.), Praxis und Wissenschaft, Fünf Disziplinen – eine Familie?, 2020, S. 89.
- Ogorek, Regina*, Gefährliche Nähe? Richterliche Rechtsfortbildung und Nationalsozialismus, in: Herzog, Felix (Hg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 159.
- Ossenbühl, Fritz*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988.
- O. V.*, Arbeitstagung der Reichsgruppen Richter und Staatsanwälte und Rechtspfleger in Berlin, in: DJZ 1936, 179.
- Paas, Susanne Karoline*, Soziologie im freien Fall, Mittelweg 36 2022 (Heft 5), S. 39.
- Park, Zin-Wan*, Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung, 1999.
- Patzelt, Werner*, Warum verachten die Deutschen ihr Parlament und lieben ihr Verfassungsgericht? Ergebnisse einer vergleichenden demoskopischen Studie, Zeitschrift für Parlamentsfragen 2005, 517.
- Peine, Franz-Joseph*, Das Recht als System, 1983.

- Pestalozza, Christian*, Verfassungsprozessrecht, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum internationalen Rechtsschutz, 1991.
- Peters, Wilfried/Janz, Norbert* (Hg.), Handbuch Versammlungsrecht, Versammlungsfreiheit, Eingriffsbefugnisse, Rechtsschutz, 2015.
- Petersen, Niels*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 2010, 435.
- Petersen, Niels*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015.
- Petersen, Niels/Chatziathanasiou, Konstantin*, Empirische Verfassungsrechtswissenschaft, AöR 2019, 501.
- Pfister, Hans-Rüdiger/Jungermann, Helmut/Fischer, Katrin*, Die Psychologie der Entscheidung, Eine Einführung, 2017.
- Podlech, Adalbert*, Logische und hermeneutische Probleme einer neueren Tenorierungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1974, 337.
- Priimm, Hans Paul*, Verfassung und Methodik, Beiträge zur verfassungskonformen Auslegung, Lückenergänzung und Gesetzeskorrektur unter besonderer Berücksichtigung des vierten Änderungsgesetzes zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1977.
- Raiser, Thomas*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009.
- Raspe, Hans-Heinrich/Hofer, Hans-Georg/Krobs, Ulrich* (Hg.), Praxis und Wissenschaft, Fünf Disziplinen – eine Familie?, 2020.
- Rehbinder, Manfred*, Rechtssoziologie, 2014.
- Reimer, Franz*, Juristische Methodenlehre, 2020.
- Rensen, Hartmut*, Wie funktioniert die Interpretation des Rechts in der Praxis?, in: Frick, Verena/Lembcke, Oliver/Lhotta, Roland (Hg.), Politik und Recht, Umriss eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes, 2017, S. 41.
- Rieger, Reinhard*, Grenzen verfassungskonformer Auslegung, NVwZ 2003, 17.
- Robbers, Gerhard*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, 935.
- Robertson, David*, The judge as political theorist, Contemporary constitutional review, 2010.
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre, 2008.
- Roth, Wolfgang*, Die verfassungsgerichtliche Überprüfung verfassungskonformer Auslegung im Wege abstrakter Normenkontrolle, NVwZ 1998, 563.
- Rottleuthner, Hubert*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973.

- Rückert, Joachim*, Abgrenzung – aber welche Rechtswissenschaft von welcher Soziologie, *Mittelweg* 36 2022 (Heft 5), S. 57.
- Rüthers, Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1988.
- Rüthers, Bernd*, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, *JZ* 2006, 53.
- Rüthers, Bernd*, Wozu auch noch Methodenlehre? Die Grundlagenlücken im Jurastudium, *JuS* 2011, 865.
- Rüthers, Bernd*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie, Mit juristischer Methodenlehre, 2016.
- Sachs, Michael*, Bindungswirkung bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung durch das Bundesverfassungsgericht, *NJW* 1979, 344.
- Sachs, Michael*, Kein allgemeines Kopftuchverbot für Lehrerinnen in der Schule, *JuS* 2015, 571.
- Sauer, Heiko*, Juristische Methodenlehre, in: Krüper, Julian (Hg.), *Grundlagen des Rechts*, 2021, S. 199.
- Savigny, Friedrich Carl von*, System des heutigen Römischen Rechts [1840], 1973.
- Schaal/Vorländer/Ritzki*, 60 Jahre Grundgesetz. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, 2009.
- Schack, Friedrich*, Die verfassungskonforme Auslegung, *JuS* 1961, 269.
- Schapp, Jan*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, 1983.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 2018.
- Schlieffen, Katharina Gräfin von*, Wie Juristen begründen, *JZ* 2011, 109.
- Schmidt, Karsten*, Einheit der Rechtsordnung – Realität? Aufgabe? Illusion?, in: Schmidt, Karsten (Hg.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?*, Hamburger Ringvorlesung, 1994, S. 9.
- Schmidt, Karsten* (Hg.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?*, Hamburger Ringvorlesung, 1994.
- Schmitt, Carl*, Neue Leitsätze für die Rechtspraxis, *JW* 1933, 2793.
- Schneider, Hans*, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 14.5.1985, *DÖV* 1985, 778.
- Schröder, Hans*, Die Beschränkung der Freizügigkeit für die Deutschen aus der Ostzone, *DVBl.* 1951, 10.
- Schröder, Jan*, *Recht als Wissenschaft Band 2, Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1933-1990)*, 2020.

- Schroth, Ulrich*, Philosophische Hermeneutik und interpretationsmethodische Fragestellungen, in: Hassemer, Winfried (Hg.), Dimensionen der Hermeneutik, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984, S. 77.
- Schroth, Ulrich*, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2011, S. 270.
- Schünemann, Bernd/Tinnefeld, Marie-Theres/Wittmann, Roland* (Hg.), Gerechtigkeitswissenschaft – Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps, 2005.
- Schwarz, Kyrrill-Alexander*, Verfassungsprozessrecht, 2021.
- Seetzen, Uwe*, Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, NJW 1976, 1997.
- Seitz, Hermann*, Verfassungskonformität und verfassungskonforme Gesetzesauslegung, in: Koch, Hans-Joachim (Hg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, S. 214.
- Simon, Helmut*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, EuGRZ 1974, 85.
- Skouris, Wassilios*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973.
- Sodan, Helge*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, 864.
- Sonthheimer, Kurt*, Politische Wissenschaft und Staatsrechtslehre, 1963.
- Spanner, Hans*, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1966, 503.
- Stammler, Rudolf*, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.
- Steiner, Udo*, Zum Entscheidungsausspruch und seinen Folgen bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, in: Isensee, Josef (Hg.), Freiheit und Eigentum, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, S. 569.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 1984.
- Stolleis, Michael*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974.
- Stolleis, Michael*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 4, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990, 2017.
- Taylor, Charles*, Das Unbehagen an der Moderne, 1995.
- Vogel, Hans-Jochen*, Gewaltvermischung statt Gewaltenteilung?, NJW 1996, 1505.
- Vorländer, Hans/Herold, Maik/Hormig, Felix/Joachim, Janine/Otteni, Cyril*, 75 Jahre Grundgesetz. Einstellungen zu Verfassung und Demokratie in Deutschland. MIDEM Studie, 2024.
- Vosgerau, Ulrich*, Rechtswissenschaft als Theorie der Theorie, in: Funke, Andreas/Lüdemann, Jörn (Hg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 201.

*Vofskuhle, Andreas*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 2000, 177.

*Wank, Rolf*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978.

*Wank, Rolf*, Die Auslegung von Gesetzen, 2011.

*Wank, Rolf*, Juristische Methodenlehre, Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, 2020.

*Wapler, Friederike*, Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeit im Strafverfassungsrecht, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hg.), Strafverfassungsrecht, 2022, S. 179.

*Weber, Klaus* (Hg.), Weber, Rechtswörterbuch (beck online), 2021.

*Weinberger, Ota*, Norm und Institution, Eine Einführung in die Theorie des Rechts, 1988.

*Wieacker, Franz*, Buchbesprechung zu Canaris: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Rechtstheorie 1970, 107.

*Willis, Roy* (Hg.), Mythologie, Weltgeschichte, 2006.

*Wrase, Michael*, Rechtsinterpretation als soziale Praxis – eine rechtssoziologische Perspektive auf juristische Methodik, in: Frick, Verena/Lembcke, Oliver/Lhotta, Roland (Hg.), Politik und Recht, Umriss eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes, 2017, S. 63.

*Zippelius, Reinhold*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Starck, Christian (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, S. 108.

*Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 2021.

## **Verzeichnis der verwendeten Archivalien**

BArch, B 237/13539

BArch, B 237/91920

BArch, B 237/91921

BArch, B 237/92518

BArch, B 237/92539

BArch, B 237/1000935