

Dipl.-Verwaltungswirt (FH) Andreas Götz\*

## Die verfassungskonforme Auslegung – zugleich ein Beitrag zu ihrer Stellung im System der juristischen Methodenlehre

### Abstract

An der „Schnittstelle von Verfassungswidrigerklärung, Ersatzgesetzgebung und Interpretation“. So beschreibt der ehemalige Bundesverfassungsrichter *Udo Steiner* den Standort der verfassungskonformen Auslegung. Er fasst damit das Konfliktpotenzial, welches diesem Instrument vor dem Hintergrund des grundgesetzlichen Gewaltenteilungsprinzips immanent ist, in wenigen Worten zusammen. Der nachfolgende Beitrag greift dies auf und versucht, ausgehend vom Leitgedanken der Respektierung des gesetzgeberischen Regelungsermessens, die Struktur der verfassungskonformen Auslegung aufzuzeigen. Den Abschluss bildet ein Vorschlag für ihre Einordnung in das System der juristischen Methodenlehre, der sowohl ihrer Struktur gerecht wird als auch sicherstellt, dass die durch das Gewaltenteilungsprinzip vorgegebenen Grenzen beachtet werden.

---

\* Der Verfasser studiert im 8. Semester Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg. Dank geht an dieser Stelle an Prof. Dr. Dr. h. c. *Ekkehard Schumann* für wertvolle Hinweise und Durchsicht des Manuskripts.

## I. Einleitung

### 1. Die Retter aus Karlsruhe?

Das *BVerfG* als Retter von Rechtssätzen<sup>1</sup> – so ist zu lesen, wenn es um die verfassungskonforme Auslegung geht. Dass dies erklärungsbedürftig ist, erschließt ein Blick in das Grundgesetz. Sucht man dort eine Zuständigkeitsregelung<sup>2</sup> für diese Rettungstätigkeit, so sucht man vergebens, während sowohl Nichtigkeits- als auch Gültigkeitserklärung vorgesehen sind.<sup>3</sup> Mit welcher Legitimation spricht das *BVerfG* also aus, dass „der Grundsatz gilt, da[ss] ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären ist, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann“<sup>4</sup>? Es setzte damit den Grundstein einer Rechtsprechungspraxis, in der es eine Regelung herbeiführt, die den Gesetzgeber vor der Nichtigkeit seines Gesetzes bewahrt<sup>5</sup> und sich verdichtete zu einem Gebot verfassungskonformer Auslegung.<sup>6</sup>

Bereits an dieser Stelle ist auf die Gefahren der verfassungskonformen Auslegung hinzuweisen. *Stern*<sup>7</sup> umschrieb sie mit einem „schmale[n] Grat“, der „die Kompetenzen eines über die Verfassungsmäßigkeit von Normen entscheidenden Gerichts von denen des (...) Legislativorgans scheidet“. Es geht um das dem Gesetzgeber vorbehaltene Regelungsermessen, welches auszuüben dem Gericht verboten ist.<sup>8</sup> Die wohlmeinende Absicht, ein Gesetz vor der Verfassungswidrigkeit zu bewahren, darf nicht die gesetzlichen Vorgaben ändern.<sup>9</sup> Damit gelangt man zu den Grenzen der verfassungskonformen Auslegung.<sup>10</sup>

- 1 *Schumann* Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess 1983, S. 83; *ders.* Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozessgesetzes in FS für Larenz, 1983, S. 571 (575 f.).
- 2 Nach der Konzeption des Grundgesetzes ist das *BVerfG* nur in den einzeln aufgeführten Fällen zuständig (Enumerationsprinzip), s. z. B. BVerfGE 1, 396 (408 f.); *Klein* in Benda/*ders.* Verfassungsprozessrecht 2. Aufl. (2001), Rn. 344; *Knies* Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“? in FS für Stern, 1997, S. 1155 (1160).
- 3 Art. 93 I Nr. 2 sowie Art. 100 GG; deutlicher die Unterscheidung in § 76 I Nr. 1 und 2 BVerfGG; für Bayern ist in Art. 25 VII BayVfGHG verfassungskonforme Auslegung – jedenfalls andeutungsweise – geregelt.
- 4 BVerfGE 2, 266 (267 und 282) (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf ein Urteil des *BayVerfGH* (DÖV 1952, 373 [ebd.]); s. dazu unten II 2.
- 5 Statt aller *Steiner* Zum Entscheidungsausspruch und seinen Folgen bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle in FS für Leisner, 1999, S. 569 (572 mit Fn. 17).
- 6 Vgl. BVerfGE 32, 373 (383); *Stern* StaatsR III/2 1994, S. 1147.
- 7 *Stern* Anmerkung zu BVerfGE 8, 28 NJW 1958, 1435 (ebd.).
- 8 Statt vieler *Zippelius* Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen in FG BVerfG II, 1976, S. 108 (117); *ders.* Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft 2. Aufl. (1996), S. 429.
- 9 Vgl. nur *Lüdemann* Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen JuS 2004, 27 (29).
- 10 S. unten III.

## 2. Die Präzisierung des Untersuchungsgegenstands

Angesprochen ist damit die Unterscheidung zwischen der (verfassungskonformen) **Auslegung** und der (verfassungskonformen) **Rechtsfortbildung** bzw. ob es eine solche überhaupt gibt.

Ausschlaggebend ist, ob man den möglichen Wortsinn als Auslegungsgrenze akzeptiert<sup>11</sup> oder nicht.<sup>12</sup> Nur im ersten Fall kann man die Auslegung von der Rechtsfortbildung abschichten.<sup>13</sup> Dabei handelt es sich keinesfalls nur um ein terminologisches Glasperlenspiel: Es entscheidet sich hier, ob und wie die verfassungskonforme Auslegung begrenzt wird.

Dass *Savigny* sogar in der Analogie noch „Auslegung“ sah,<sup>14</sup> scheint gegen die Wortsinngrenze zu sprechen. So wird denn auch vorgebracht, sie sei kein zuverlässiges Kriterium.<sup>15</sup> Stattdessen will man die Grenze aus dem Gewaltenteilungsprinzip ableiten und bei den „fundamentale[n] Wertungen und Zwecksetzungen“ des Gesetzgebers markieren.<sup>16</sup> Für die Wortsinngrenze spricht indes, dass der Wortlaut als Parameter sogar vom Grundgesetz selbst anerkannt wird (Art. 79 I S. 1 GG).<sup>17</sup> Zudem kann sie die Rechtsfindungsstadien systematisieren und so dem Gesetzesanwender zeigen, in welchem Verhältnis zum Gesetz er sich gerade befindet.<sup>18</sup> Wenn nachfolgend von der verfassungskonformen Auslegung die Rede ist, dann immer im Bewusstsein der Grenze des möglichen Wortsinns.<sup>19</sup>

11 So die h. M., z. B. BVerfGE 35, 263 (280); 54, 277 (299); 71, 108 (115); *Canaris* Die Feststellung von Lücken im Gesetz 2. Aufl. (1983), S. 23; *Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. (1991), S. 322 und 366; *Prümm* „Verfassungskonforme Auslegung“ – BVerfGE 35, 263 JuS 1975, 299 (301 f. und 303); *Zippelius* Juristische Methodenlehre 10. Aufl. (2006), S. 47.

12 *Wank* Die Auslegung von Gesetzen 3. Aufl. (2005), S. 63 f., 114; in diesem Sinne wohl auch BVerfGE 14, 260 (262).

13 Dazu *Hassold* Strukturen der Gesetzesauslegung in FS für Larenz, 1983, S. 211 (220 f.).

14 Vgl. *Huber* Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht JZ 2003, 1 (10) m. Nachw.

15 *Eckardt* Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung 1964, S. 28 und 34; ähnlich *Wank* (Fn. 12), S. 65.

16 *Eckardt* (Fn. 15), S. 34.

17 *Prümm* (Fn. 11), S. 299 (303).

18 *Prümm* (Fn. 11), S. 299 (303.); vgl. auch *Zippelius* (Fn. 8), 108 (116).

19 Ein Widerspruch zu *Savigny* ist dies nicht – für ihn war Analogie nicht das, was man heute als Analogie bezeichnet, sondern „extensive Auslegung“ (vgl. *Huber* [Fn. 14], 1 [10 f.]); die Grenze zwischen Analogie und extensiver Auslegung ist freilich fließend, s. *Würdinger* Die Analogiefähigkeit von Normen AcP 206 (2006), 946 (950 in Fn. 23).

## II. Der Begriff und die Legitimation der verfassungskonformen Auslegung

### 1. Der Begriff

Über den Begriff „verfassungskonforme Auslegung“ besteht Konsens:<sup>20</sup> Von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu verfassungswidrigem, teils zu verfassungsmäßigem Ergebnis führen, sind diejenigen vorzuziehen, die mit der Verfassung in Einklang stehen.<sup>21</sup> Verfassung meint hier den Inbegriff aller Normen, die als „Verfassung“ in Geltung gesetzt wurden,<sup>22</sup> also nicht lediglich die Grundrechte.<sup>23</sup>

### 2. Die Legitimation

a) Die „Vermutung, dass ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist“

Das *BVerfG* führt aus, dass eine „**Vermutung**“ dafür spräche, „da[ss] ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist“ und „das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip“ eine verfassungskonforme Auslegung verlange.<sup>24</sup> Die Literatur formuliert ähnlich.<sup>25</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Norm sollen irrelevant sein, solange nicht die Unmöglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nachgewiesen ist.<sup>26</sup>

Gegen diese Vermutung wird vorgebracht, sie sei durch die Einrichtung einer verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle entkräftet.<sup>27</sup> Dies überzeugt nicht. Man denke nur an das Strafrecht. Auch dort gilt trotz Strafgerichtsbarkeit unbestritten<sup>28</sup> die Unschuldsvermutung. Allein aus der Existenz einer Kontrollinstanz kann daher nicht auf materiell-rechtliche Folgen geschlossen werden.

20 Vgl. nur *Göldner* Verfassung, Rechtsfortbildung und Lücke in FS für Larenz, 1983, S. 199 (200); *Herzog* Neue Wege der Normenkontrolle? BayVBl 1959, 276 (ebd.); *Simon* Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung EuGRZ 1974, 85 (86); *Stern* Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber 1997, S. 33.

21 Statt aller z. B. BVerfGE 32, 373 (383 f.); *Bettermann* Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren 1986, S. 20; *Burmeister* Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung 1966, S. 3 f.; *Dreier* in ders. (Hrsg.) GG Band I 2. Aufl. (2004), Art. 1 III Rn. 84; *Kublen* Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen 2006, S. 1.

22 Also das „Verfassungsgesetz“ i. S. *Carl Schmitts* (Verfassungslehre 9. Aufl. [2003] [Neusatz der ersten Aufl. von 1928]), s. *Bogs* Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen 1966, S. 15; *Haak* Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung 1963, S. 100.

23 Dann spricht man auch von grundrechtskonformer Auslegung, vgl. *Schumann* Eigenständigkeit und Vielfalt der juristischen Hermeneutik in FS für Canaris II, 2007, S. 1367 (1387).

24 BVerfGE 2, 266 (282) (Hervorhebung hinzugefügt).

25 Z. B. *Bender* Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung MDR 1959, 441 (446 f.).

26 *Burmeister* (Fn. 21), S. 92.

27 *Lüdemann* (Fn. 9), 27 (29); *Vofskuble* Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte AöR 125 (2000), 177 (182).

28 Vgl. *Lindner* Der Verfassungsrechtssatz von der Unschuldsvermutung AöR 133 (2008), 235 (ebd.).

Herleiten könnte man diese Vermutung aus der Überlegung, der Wille der Volksvertretung sei immer auf die Respektierung der Verfassung gerichtet und die Gesetzgebungsorgane üben eine interne Normenkontrolle aus.<sup>29</sup> Ein Blick in die Statistik des *BVerfG* für 2007 zeigt, dass dies nur vordergründig stichhaltig ist: Von 13 geprüften Normen waren lediglich fünf verfassungsgemäß.<sup>30</sup> Auch der hohe durchschnittliche „Gesetzesoutput“<sup>31</sup> von 2,1 Gesetzen pro Woche<sup>32</sup> deutet darauf hin, dass die interne Normenkontrolle eher ein frommer Wunsch ist. Der Vermutung fehlt daher eine tragfähige empirische Basis.<sup>33</sup>

b) Die Einheit der Rechtsordnung und die Stellung der Verfassung  
in der Normenpyramide

Andere<sup>34</sup> leiten das Gebot verfassungskonformer Auslegung aus dem Gedanken der **Einheit der Rechtsordnung** ab. Die einzelne Norm stehe in einem Zusammenhang nicht nur mit den Normen des gleichen Gesetzes, sondern mit der gesamten Rechtsordnung.<sup>35</sup> Die Rechtsvorschrift sei so auszulegen, dass sie ohne Widerspruch zur Verfassung bestehen könne. Verbunden wird dies mit einem Rekurs auf die **Stellung der Verfassung im Stufenbau der Rechtsordnung**. Aus ihrem Charakter als ranghöheres Recht folge, dass sie die rangniedrigeren Normen „überstrahlt“,<sup>36</sup> sodass letztere nicht nur nicht entgegen, sondern in Übereinstimmung mit der Verfassung auszulegen seien.<sup>37</sup>

Einheit und Stufenbau der Rechtsordnung sind zwar notwendige, aber nicht hinreichende Argumente für ein Gebot verfassungskonformer Auslegung. Die Einheit der Rechtsordnung könnte ebenso gesichert werden durch ein bloßes Verbot der Auslegung im Widerspruch zur Verfassung.<sup>38</sup> Zudem könnte man ihr nicht nur durch eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung, sondern auch durch eine gesetzeskonfor-

29 *Bogs* (Fn. 22), S. 21; *Haak* (Fn. 22), S. 190; zu dieser „Selbstkontrolle“ *Pestalozza* Gesetzgebung im Rechtsstaat NJW 1981, 2081 (2085 f.).

30 Statistik des *BVerfG* für 2007, A VII, abrufbar unter [http://www.bverfg.de/organisation/statistik\\_2007.html](http://www.bverfg.de/organisation/statistik_2007.html) (zuletzt besucht: 14.08.2009).

31 *S. von Beyme* Der Gesetzgeber 1997, S. 335; vgl. auch *Pestalozza* (Fn. 29), 2081 (ebd. und 2082), der feststellt, dass der „Normen-Appetit einer unersättlichen Gesellschaft den Gesetzgeber zu immer erneuter, ununterbrochener Produktion herauszufordern [scheint]“.

32 Zahl der verkündeten Gesetze pro Woche, s. *Reutter* Struktur und Dauer der Gesetzgebungsverfahren des Bundes ZParl 38 (2007), 299 (309) (in der 15. Wahlperiode des Deutschen Bundestags lag die durchschnittliche Zahl sogar bei 2,5 Gesetzen pro Woche).

33 So i. Erg. schon *Canaris* Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre in FS für Kramer, 2004, S. 141 (147); *Michel* Die verfassungskonforme Auslegung JuS 1961, 274 (ebd.); *Stern* (Fn. 6), S. 1149.

34 *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 20. Aufl. (1999), Rn. 81; *Zippelius* (Fn. 8), S. 108 (109); *ders.* (Fn. 8), S. 425.

35 *Bogs* (Fn. 22), S. 22 f.; *Zippelius* (Fn. 8), S. 108 (109).

36 *Michel* (Fn. 33), 274 (276).

37 *Ebd.*, 274 (276); *Zippelius* (Fn. 11), S. 53.

38 *Michel* (Fn. 33), 274 (275).

me Verfassungskonforme Auslegung Rechnung tragen.<sup>39</sup> Auch der Stufenbau der Rechtsordnung genügt als Begründung nicht. Zwar ist richtig, dass er es verbietet, rangniedrigere Normen in Widerspruch zu ranghöheren zu setzen<sup>40</sup> – was man durch die verfassungskonforme Auslegung auch erfüllt. Jedoch könnte man dies auch dadurch erreichen, dass man die fragliche Norm als verfassungswidrig beanstandet.<sup>41</sup> Es bedarf weitergehender Begründung, um gerade die Vermeidung der Nichtigkeitserklärung zu legitimieren.

c) Die Normerhaltung

Eine solche Begründung könnte in dem **Gedanken der Normerhaltung** liegen: Verfassungswidrige Deutungsvarianten einer Norm sollen im Wege der Auslegung – anstelle von (Teil-)Kassation – beseitigt werden, um ein sonst entstehendes Rechtsvakuum zu vermeiden und den Gesetzgeber nicht ständig mit Gesetzeskorrekturen zu behelligen.<sup>42</sup>

Zur Erklärung dieses „konservierende[n] Prinzip[s]“<sup>43</sup> mit dem gebotenen Respekt vor dem Gesetzgeber führt *Canaris*<sup>44</sup> ein „Gedankenexperiment“ durch und überlegt, wie es wäre, würde man eine Norm schon bei der bloßen Möglichkeit ihrer Auslegung mit verfassungswidrigem Inhalt als verfassungswidrig beanstanden. Er erkennt darin eine Parallele zu dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung von AGB. Entscheidend ist für *Canaris*, dass es „geradezu **ungehörig** gegenüber dem Gesetzgeber“ wäre, würde man diese Vorgehensweise auf seine Gesetze übertragen.<sup>45</sup> Denn während die AGB-Kontrolle zu den klassischen Aufgaben der Gerichte gehöre, sei die Kontrolle von Gesetzen ein „heikles Unterfangen“, weil der Gesetzgeber mit ihnen ja seine „ureigenste Aufgabe“ erfülle. Man müsse ihn deshalb vor Übergriffen der Rechtsprechung schützen.<sup>46</sup>

Vor dem Hintergrund, dass der Verwender mit dem Einsatz von AGB von seiner grundgesetzlich verbürgten Privatautonomie<sup>47</sup> Gebrauch macht und ausgehend hiervon jede judikative Prüfung von Verträgen – ob mit oder ohne AGB – ein Eingriff in diese Freiheitssphäre ist,<sup>48</sup> erscheint fraglich, ob zwischen der gerichtlichen Kontrolle von Gesetzen und der von AGB-Klauseln der normative Unterschied besteht, den

39 *Campiche* Die verfassungskonforme Auslegung 1978, S. 13; gesetzeskonforme Verfassungskonforme Auslegung wird als unzulässig angesehen, vgl. statt vieler *Stern* StaatsRI 2. Aufl. (1984), S. 137 m. w. N. in Fn. 196.

40 Vgl. *Campiche* (Fn. 39), S. 13; *Zippelius* (Fn. 11), S. 38 f.

41 *Canaris* (Fn. 33), S. 141 (148); *ders.* Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung in FS für Schmidt, 2006, S. 41 (43); *Voßkuhle* (Fn. 27), 177 (183).

42 *Canaris* (Fn. 41), 41 (43); *Voßkuhle* (Fn. 27), 177 (183); *Zippelius* (Fn. 8), S. 427 f.

43 *Schack* Die verfassungskonforme Auslegung JuS 1961, 269 (270).

44 *Canaris* (Fn. 33), 141 (149).

45 *Ebd.*, S. 141 (149) (Hervorhebung im Original).

46 *Ebd.*, S. 141 (149).

47 Vgl. *Starcke* in von Mangoldt/Klein/*ders.* (Hrsg.) GG Band 1 5. Aufl. (2005), Art. 2 Rn. 145.

48 S. nur *Staudinger/Coester* BGB Neubearb. 2006, § 307 Rn. 2; *Murswiek* in *Sachs* (Hrsg.) GG 5. Aufl. (2009), Art. 2 Rn. 55 a.

*Canaris* ausmachen will.<sup>49</sup> Geböte es die Privatautonomie nicht geradezu, AGB-Klauseln „gesetzeskonform“ auszulegen?<sup>50</sup>

Gleichwohl ist der Gedanke des Respekts vor dem Gesetzgeber – den auch das *BVerfG* fruchtbar macht<sup>51</sup> – zutreffend. Untermauern lässt er sich mit einem Übermaßverbot zwischen Judikative und Legislative,<sup>52</sup> abgeleitet aus dem Prinzip der Organtreue,<sup>53</sup> das der horizontalen Gewaltenteilung immanent ist und sich in einer Pflicht der Staatsgewalten zur „Selbstbeschränkung und loyaler Rücksichtnahme“<sup>54</sup> manifestiert.

Endlich fordert auch die Rechtssicherheit ein Streben nach Normerhaltung. Sie wäre beeinträchtigt, würden Rechtsvorschriften durchweg kassiert, sodass ein rechtsfreier Raum entstünde.<sup>55</sup> Der Bogen darf dabei aber nicht überspannt werden: Wird die verfassungskonforme Auslegung derart betrieben, dass der Norm ein Verständnis gegeben wird, das aus dem Text nicht mehr erkennbar ist, tangiert dies die Rechtssicherheit in gleicher Weise (u. U. noch stärker).<sup>56</sup>

### III. Die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung

Das *BVerfG* hat mehrfach festgestellt, dass das Gebot der verfassungskonformen Auslegung „[seine] Grenzen [dort findet], wo [es] zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde“.<sup>57</sup> Das Schrifttum stimmt dem einhellig zu.<sup>58</sup>

49 Außerdem ist ja die Normenkontrolle explizit Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit, vgl. nur *Knies* (Fn. 2), 1155 (1159).

50 Das Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung gründet jedenfalls nicht darin, dass der Verwender mit dem Einsatz von AGB seinen (wie auch immer gearteten) Bereich verlässt und man ihm deshalb weniger „Respekt“ entgegenzubringen hat (zu seinem *telos* vgl. *Coester* [Fn. 48], § 307 Rn. 3 ff.; Palandt/*Grüneberg* BGB 69. Aufl. [2010], § 305 c Rn. 19 ff.; Vorb v § 307 Rn. 8).

51 Z. B. BVerfGE 86, 288 (320); 110, 226 (267).

52 S. *Zippelius* (Fn. 8), S. 108 (111); *ders.* (Fn. 8), S. 427; dieses führt auch *Canaris* (Fn. 33), 141 (152), an.

53 Statt vieler *Sommermann* in von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG Band 2 5. Aufl. (2005), Art. 20 III Rn. 260.

54 *Sommermann* (Fn. 53), Art. 20 III Rn. 260.

55 *Imboden* Normkontrolle und Norminterpretation in FS für Huber, 1961, S. 133 (142); *Ipsen* Richterrecht und Verfassung 1975, S. 172; bei dieser Betrachtung darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass das *BVerfG* auch die Möglichkeit hat, die betreffende Norm „nur“ für verfassungswidrig zu erklären und dem Gesetzgeber eine Korrekturfrist zu setzen, s. dazu *Schlaich/Korioth* Das Bundesverfassungsgericht 7. Aufl. (2007), Rn. 394 ff.

56 S. zu diesem Aspekt sogleich bei Fn. 88.

57 St. Rspr., z. B. BVerfGE 110, 226 (267); vgl. auch BVerfGE 8, 28 (33 f. und 41); 18, 97 (111); 34, 165 (200); 67, 382 (390); 71, 81 (105); 86, 288 (320); 90, 263 (275); 95, 64 (93); 112, 164 (183).

58 Statt vieler *Geis* Die „Eilversammlung“ als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung – Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung NVwZ 1992, 1025 (1027); *Löwer* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HbdStR III 3. Aufl. (2005), S. 1417; *Zippelius* (Fn. 8), S. 108 (115 ff.).



### 1. Der Wille des Gesetzgebers

Laut *BVerfG* „darf (...) verfassungskonforme Auslegung das gesetzgeberische Ziel [nicht] in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder verfälschen“.<sup>59</sup> Insoweit tastet man sich an den durch das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 II S. 2 GG) zwischen Legislative und Judikative gezogenen Grenzen entlang.<sup>60</sup> Die Normsetzung gehört zu den Aufgaben des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers, dessen Normen das *BVerfG* nur nachprüfen kann.<sup>61</sup> Bei der verfassungskonformen Auslegung kommt es zum Schwur: Sie beschränkt sich nicht auf die Nachprüfung, sondern beeinflusst den Inhalt und Anwendungsbereich der Norm – im Extremfall wird nicht mehr geprüft, „was der Gesetzgeber geregelt **hat**, sondern was er **hätte** regeln können“.<sup>62</sup> Dann ist man zu weit gegangen. *Steiner*<sup>63</sup> formuliert treffend, die Grenze sei dann überschritten, wenn der Gesetzgeber die von ihm getroffene Regelung **nach** der Interpretation inhaltlich nicht wieder erkenne.

Freilich ist diese Grenze keinesfalls scharf konturiert.<sup>64</sup> So verwundert nicht, wenn kritische Stimmen – sogar (ehemaliger) Verfassungsrichter<sup>65</sup> – die Judikatur des *BVerfG* als kühn gehandhabte Praxis<sup>66</sup> mit „allzu viel Konformitätsakrobatik“<sup>67</sup> geißeln.

Die Kritik gründet nicht zuletzt in zweifelhaften Entscheidungen des Gerichts. So formulierte es mehrfach, es genüge, wenn von dem Willen des Gesetzgebers „das Maximum dessen aufrecht erhalten bleibt, was nach der Verfassung aufrecht erhalten werden kann“.<sup>68</sup> Gemeint ist der Fall, dass der Gesetzgeber weiter gehen wollte, als es ihm die Verfassung erlaubt und sein Wille auf das zulässige Maß gekappt wird. Der Gesetzgeber muss aber auch frei sein, zu entscheiden, ob er seinen so reduzierten Willen weiter als Regelung bestehen lassen möchte oder anstelle dessen eine andere Regelung treffen will.<sup>69</sup> Im Ergebnis deutet das *BVerfG* den gesetzgeberischen Willen um.<sup>70</sup>

59 *BVerfGE* 8, 28 (34); vgl. auch *BVerfGE* 54, 277 (299 f.) (dort nur „Verfehlen“ erwähnt).

60 *Canaris* (Fn. 41), 41 (43); *Kuhlen* (Fn. 21), S. 11: „gravierendes Gewaltenteilungsproblem“.

61 Vgl. statt aller *Simon* (Fn. 20), 85 (89).

62 *Simon* (Fn. 20), 85 (89) (Hervorhebung im Original); vgl. auch das Sondervotum von *Rupp-von Brünneck/ders.* zu *BVerfGE* 33, 52 ff. ab S. 78 (ebd.): „Verlagerung gesetzgeberischer Verantwortung auf das Gericht“.

63 *Steiner* (Fn. 5), S. 569 (573); ähnlich *Hesse* (Fn. 34), Rn. 83: „wenn der Inhalt, den das Gericht dem Gesetz in verfassungskonformer Auslegung gibt, nicht mehr ein minus, sondern ein aliud gegenüber dem ursprünglichen Gesetzesinhalt enthält“.

64 Vgl. *Hassold* (Fn. 13), 211 (220); *Löwer* (Fn. 58), S. 1418; *Stern* (Fn. 7), S. 1435 (ebd.).

65 Darauf macht *Klein* (Fn. 2), Rn. 1286 (in Fn. 167), aufmerksam.

66 *Klein* Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit in FS für Stern, 1997, S. 1135 (1137 ff.).

67 *Stern* Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber 1997, S. 33; ähnlich *ders.* *StaatsR* II 1980, S. 959; kritisch auch *Klein* (Fn. 2), Rn. 1285.

68 Z. B. *BVerfGE* 33, 52 (70) (vgl. auch *Rupp-von Brünneck/Simon* [Fn. 62], 78 [83]).

69 *Michel* (Fn. 33), S. 274 (279).

70 So schon *Larenz* (Fn. 11), S. 340.



## 2. Der Wortlaut der Norm

Wenn man die Auslegung als vom Wortlaut begrenzt ansieht,<sup>71</sup> erübrigt sich eine gesonderte Behandlung des Wortlauts als Grenze der verfassungskonformen **Auslegung**. Gleichwohl wird sie in Stellungnahmen herkömmlich angesprochen,<sup>72</sup> so auch hier.

Die Wortlautgrenze ist überschritten, wenn die verfassungskonforme Auslegung auf eine Korrektur des vom Gesetzgeber geschaffenen Normtexts hinausläuft.<sup>73</sup> *Stern*<sup>74</sup> formuliert, dass sich die Auslegung „in einem Akt der Konkretisation [sic!] einer geschaffenen Norm“ erschöpfen müsse und nicht in die „Gewinnung einer erst zu schaffenden Norm“ umschlagen dürfe. Es geht also auch hier um die vom Gewaltenteilungsprinzip vorgegebene Grenzziehung. Und wieder ist dem *BVerfG* mangelnde Stringenz seiner Judikatur zu attestieren.<sup>75</sup> Als Beispiel mag die (grundrechtskonforme<sup>76</sup>) Auslegung von § 14 I VersG im Zusammenhang mit Spontan-<sup>77</sup> und Eilversammlungen<sup>78</sup> dienen. Für erstere soll § 14 I VersG nicht gelten. Im Wortlaut wird dies an dem fehlenden „[V]eranstalten“ bei Spontanversammlungen festgemacht und damit § 14 I VersG vor der (Teil-)Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen Art. 8 I GG bewahrt. Eilversammlungen sollen „bei **verfassungskonformer Interpretation** von § 14 I VersG (...) anzumelden [sein], sobald die Möglichkeit dazu besteht“.<sup>79</sup> Der Wortlaut von § 14 I VersG gibt für diese Verkürzung der Anmeldefrist nichts her, § 14 I VersG hätte konsequenterweise (teilweise) für verfassungswidrig erklärt werden müssen. Die Grenze des möglichen Wortsinns steht einer verfassungskonformen Interpretation jedenfalls entgegen.<sup>80 81</sup>

Ein weiteres Beispiel für die Missachtung seiner sich selbst gezogenen Grenzen liefert das *BVerfG* in seinem Beschluss über den Haftgrund der Tatschwere bei der Untersuchungshaft (§ 112 III StPO [§ 112 IV StPO a. F.]) sowie die Haftverschonung

71 S. oben I 2.

72 Z. B. *BVerfGE* 8, 28 (34 und 41); 9, 194 (200); 18, 97 (111); 35, 263 (280); statt vieler im Schrifttum *Geis* (Fn. 58), 1025 (1027); *Müller/Christensen* Juristische Methodik I 9. Aufl. (2004), Rn. 101; *Steiner* (Fn. 5), 569 (573).

73 *Geis* (Fn. 58), 1025 (1127); *Müller/Christensen* (Fn. 72), Rn. 101.

74 *Stern* (Fn. 7), 1435 (ebd.).

75 Vgl. *Steiner* (Fn. 5), 569 (573) (auch *Steiner* ist Bundesverfassungsrichter a. D. [vgl. im Text bei Fn. 65]).

76 Vgl. oben Fn. 23.

77 *BVerfGE* 69, 315 (350 ff.).

78 *BVerfGE* 85, 69 (75).

79 *BVerfGE* 85, 69 (75) (Hervorhebung hinzugefügt).

80 Vgl. schon *Geis* (Fn. 58), 1025 (1031) sowie das Sondervotum von *Seibert/Henschel* zu *BVerfGE* 85, 69 ff. ab S. 77 (ebd.).

81 Im Zuge des Gesetzes zur Änderung des GG vom 28.08.2006 (BGBl. I 2006, 2034) („Föderalismusreform“) ist die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht den Ländern zugefallen. Der bayerische Gesetzgeber hat im BayVersG vom 22.07.2008 (GVBl. 2008, 421) in Art. 13 III, IV sowohl Eil- als auch Spontanversammlungen legaldefiniert und das Anzeigerfordernis des Art. 13 I für sie eingeschränkt. Für Länder, in welchen das VersG des Bundes weiterhin gilt (Art. 125a I GG), bleibt die Frage aktuell.

nach § 116 StPO.<sup>82</sup> Nach § 112 III Halbs. 2 StPO ist bei dringendem Tatverdacht einer der aufgezählten Straftaten kein Haftgrund erforderlich. Die Richter sahen darin einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>83</sup> Obgleich der Wortlaut insoweit keinen Spielraum lässt, fordern sie daher für den Erlass eines Haftbefehls nach § 112 III StPO ebenfalls einen entsprechenden Haftgrund, der zwar nicht durch „bestimmte Tatsachen“ belegt werden muss, wohl aber „nicht auszuschließen“ sein darf.<sup>84</sup> Mit **Auslegung** hat dies nichts mehr zu tun.<sup>85</sup> Und als ob dies nicht genug wäre, bejaht das Gericht noch die Möglichkeit einer Vollzugsaussetzung nach § 116 StPO im Falle einer Verhaftung nach § 112 III StPO<sup>86</sup> – obwohl § 116 StPO diese Vorschrift nicht erwähnt. Diese Rechts(er)findung mag noch mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar sein;<sup>87</sup> mit dem Wortlaut ist sie es jedenfalls nicht. Dieses Beispiel zeigt anschaulich, dass sich der wohlgemeinte Gedanke der Rechtssicherheit auch in sein Gegenteil verkehren kann.<sup>88</sup> Ohne Kenntnis der Rechtsprechung des *BVerfG* können § 112 III und § 116 StPO nicht mehr angewendet werden.<sup>89</sup>

Nichts anderes gilt nach dem Urteil des *BVerfG* zur Geldwäsche durch Strafverteidiger<sup>90</sup> für § 261 StGB. Im ersten Leitsatz liest man, § 261 II Nr. 1 StGB sei mit dem Grundgesetz (genauer Art. 12 I GG) nur vereinbar, soweit Strafverteidiger nur mit Strafe bedroht werden, wenn sie im Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft aus einer Katalogtat hatten.<sup>91</sup> Eine Strafbarkeit bedingt vorsätzlicher und leichtfertiger (§ 261 V StGB) Taten soll unverhältnismäßig in Art. 12 I GG eingreifen.<sup>92</sup> Zu dieser – nach seiner Ansicht – verfassungskonformen Auslegung des Geldwäschetatbestands gelangt das Gericht auf herkömmlichem Weg: Zunächst werden Gebot und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung formuliert, bevor § 261 II Nr. 1 StGB daran gemessen wird.<sup>93</sup> Weder durch den Wortlaut des Gesetzes noch durch den entgegenstehenden Willen des

82 BVerfGE 19, 342 ff.

83 BVerfGE 19, 342 (350); ebenso *Meyer-Goßner* in ders. Strafprozessordnung 52. Aufl. (2009), § 112 Rn. 37: „Die Vorschrift enthält einen offensichtlichen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.“

84 BVerfGE 19, 342 (350 f.).

85 So schon *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht 26. Aufl. (2009), § 30 Rn. 10: „In Wirklichkeit handelt es sich dabei weniger um eine Auslegung als um eine Umdeutung des Gesetzes.“; a. A. *Krey* Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem JZ 1978, 361 (367).

86 BVerfGE 19, 342 (352 f.) (ebenfalls aus Verhältnismäßigkeitsgründen); zust. *Meyer-Goßner* (Fn. 83), § 116 Rn. 18.

87 Deziert BVerfGE 19, 342 (353).

88 S. bereits o. bei Fn. 55.

89 So schon *Schlaich/Korioth* (Fn. 55), Rn. 450; auch die *Schönfelder*-Redaktion scheint diese Einschätzung zu teilen, vgl. Fn. zu § 116 StPO.

90 BVerfGE 110, 226 ff. (bestätigt in *BVerfG* NJW 2005, 1707 f.).

91 BVerfGE 110, 226 (ebd.); für eine einschränkende verfassungskonforme „Auslegung“ des objektiven Tatbestands in einem solchen Fall *OLG Hamburg* NJW 2000, 673 ff. (krit. statt vieler *Burger/Peglau* Geldwäsche durch Entgegennahme „kontaminierten“ Geldes als Verteidigerhonorar wistra 2000, 161 [ebd. und 162]).

92 BVerfGE 110, 226 (262 ff.).

93 BVerfGE 110, 226 (267 ff.).

Normgebers sehen sich die Richter gehindert, die Norm wie dargelegt zu interpretieren.<sup>94</sup> Kritik an diesem **Auslegungsergebnis** kann an beiden Punkten ansetzen.<sup>95</sup> Was den Wortlaut betrifft, so verlangt die Norm Vorsatz. Obgleich das Gesetz an anderen Stellen ausdrücklich besondere Vorsatzerfordernisse aufstellt (z. B. § 258 StGB), sieht sich das *BVerfG* nicht gehindert, solche auch in § 261 II Nr. 1 StGB hineinzulesen.<sup>96</sup> Da § 15 StGB bewusst keine Definition des Vorsatzes enthält,<sup>97</sup> kann man dies (noch) als mit dem Wortlaut vereinbar ansehen. Überschritten ist die Wortlautgrenze jedenfalls, wenn das Gericht leichtfertiges Handeln nicht ausreichen lässt und damit § 261 V StGB schlicht für unanwendbar erklärt.<sup>98</sup> Auch den Willen des Gesetzgebers hat es nicht an seiner Seite: Dieser zielte bewusst auf eine weite Gesetzesfassung ab.<sup>99</sup> Das Problem der Tatbestandsweite ist im Gesetzgebungsverfahren erörtert worden.<sup>100</sup> Die Annahme, der Gesetzgeber hätte eine Einschränkung vorgesehen, wäre er sich der verfassungsrechtlichen Problematik bewusst gewesen,<sup>101</sup> trifft daher nicht zu.<sup>102</sup>

### 3. Stellungnahme: Plädoyer für striktere Beachtung der Gewaltenteilung und restriktiven Einsatz der verfassungskonformen Auslegung

Dass die verfassungskonforme Auslegung gerade wegen der Stellung an der „Schnittstelle von Verfassungswidrigerklärung, Ersatzgesetzgebung und Interpretation“<sup>103</sup> voller Brisanz ist, steht außer Zweifel. Dies belegen nicht zuletzt die zahlreichen Sondervoten<sup>104</sup> bei Entscheidungen, in welchen sie zur Anwendung kam. Dem *BVerfG* sollten diese Sondervoten eine Mahnung sein und dazu anhalten, die aufgezeigten Grenzen strikt zu beachten,<sup>105</sup> was sich wie folgt untermauern lässt:

94 BVerfGE 110, 226 (267).

95 Vgl. auch die Nachw. bei *Woblers* Anmerkung zu BVerfGE 110, 226 JZ 2004, 678 (679) (dort in Fn. 10 f.).

96 BVerfGE 110, 226 (267).

97 S. nur *Kühl* Strafrecht Allgemeiner Teil 6. Aufl. (2008), § 5 Rn. 6; auf diesen Aspekt beruft sich das *BVerfG* ausdrücklich (BVerfGE 110, 226 [267]).

98 Vgl. BVerfGE 110, 226 (267); auch hier ist § 261 StGB im *Schönfelder* daher mit einer Fußnote versehen, die den ersten Leitsatz der Entscheidung enthält (s. schon o. Fn. 89).

99 Der Wille des Gesetzgebers wird dargelegt in BGHSt. 47, 68 (72 f.) und *OLG Hamburg* NJW 2000, 673 (674 f.); sehr krit. im Hinblick auf den entgegenstehenden gesetzgeberischen Willen z. B. *Fischer* Strafgesetzbuch 57. Aufl. (2010), § 261 Rn. 36.

100 Vgl. BT-Drs. 11/7663, S. 26 f., und 12/989, 27.

101 BVerfGE 110, 226 (268).

102 *Fischer* (Fn. 99), § 261 Rn. 36.

103 *Steiner* (Fn. 5), 569 (572).

104 Z. B. *Mahrenholz* Sondervotum zu BVerfGE 86, 288 ff. ab S. 340; *Rupp-von Brünneck/Simon* (Fn. 62), 78 ff.; *Seibert/Henschel* (Fn. 80), 77 ff.

105 In diesem Sinne schon *Stern* (Fn. 39), S. 137; vgl. auch *Hesse* Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in FS für Huber, 1981, S. 261 (263), der an den sog. „judicial self-restraint“ appelliert (zu diesem *Schenke* Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle NJW 1979, 1321 [1324 ff.]).

Das *BVerfG* ist als Verfassungsorgan<sup>106</sup> an der Gesamtwillensbildung des Staates beteiligt.<sup>107</sup> Während es über die Kompetenzen der anderen Verfassungsorgane entscheiden kann,<sup>108</sup> bestimmt es seine eigene Rolle innerhalb dieses Zusammenwirkens selbst.<sup>109</sup> Weder in der deutschen Verfassungsgeschichte noch im Ausland gibt es ein Gericht mit gleicher Machtfülle.<sup>110</sup> Dem entspricht die Notwendigkeit einer Selbstbeschränkung.<sup>111</sup>

Die verfassungskonforme Auslegung hat eine „pädagogische Schwäche“.<sup>112</sup> Solange sie großzügig eingesetzt wird, muss der Gesetzgeber nicht lernen, den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen, da er mit einer Rettung durch das *BVerfG* rechnen darf. Zwar wird er sich auch bei einer Nichtigkeitserklärung entlastet fühlen. Wenn er nämlich weiß, dass das Gericht im Falle eines Falles alles richtet,<sup>113</sup> wird er sich stärker darauf verlassen, dass seine Fehlritte korrigiert werden. Gleichwohl ist die pädagogische Schwäche bei der verfassungskonformen Auslegung ungleich größer. Eine (gewagte) verfassungskonforme Auslegung wird vom Gesetzgeber weniger als Niederlage empfunden als eine Nichtigkeitserklärung.<sup>114</sup>

Dies lässt sich gegen die angemahnte Restriktion nicht anführen. Indes bringen die Befürworter einer großzügigen verfassungskonformen Auslegung vor, das *BVerfG* gerate bei Nichtigkeitserklärungen viel eher in den Verdacht, Politik zu betreiben, als bei „gewagter verfassungskonformer Auslegung“.<sup>115</sup> Die konsequente Beachtung des gesetzgeberischen Regelungsermessens erwecke paradoxerweise den „Eindruck des Hineinregierens“ durch das *BVerfG*. Dieser Ansicht lässt sich entgegenstellen, dass sie ausschließlich (rechts-)politisch argumentiert. Dies kann nicht die von der Verfassung (Art. 20 II S. 2 GG) unveränderlich (Art. 79 III GG) gezogenen Grenzen aushebeln.

Endlich greift auch der Einwand zu kurz, der Gesetzgeber könne sein Übergewicht der *lex posterior* nutzen und für die Zukunft seinem Willen wieder Geltung verschaffen.<sup>116</sup> Dies verkennt den Aufwand und die Schwierigkeiten eines jeden Gesetzgebungsverfahrens.<sup>117</sup>

106 Statt aller *Schumann* (Fn. 1), S. 49 f.

107 *Maurer* Staatsrecht I 5. Aufl. (2007), § 12 Rn. 23; *Wintrich* Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in FS für Nawiasky, 1956, 191 (201); das *BVerfG* muss freilich warten, bis es angerufen wird, vgl. *Knies* (Fn. 2), 1155 (1160 f.); *Pestalozza* Verfassungsprozessrecht 3. Aufl. (1991), § 1 Rn. 2.

108 I. d. R. im Verfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG.

109 *Hesse* (Fn. 105), 261 (263).

110 *Rupp-von Brünneck* Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt AöR 102 (1977), 1 (ebd.); *Stern* (Fn. 20), S. 11, zieht (vorsichtig) eine Parallele zum *US Supreme Court*.

111 *Hesse* (Fn. 105), 261 (263).

112 *Pestalozza* (Fn. 107), § 20 Rn. 9 (in Fn. 17); *Vofßkuhle* (Fn. 27), 177 (189 f.).

113 Vgl. *Knies* (Fn. 2), 1155 (1162).

114 *Seetzen* Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung NJW 1976, 1997 (2000).

115 *Ebd.*, 1997 (2000).

116 So aber *Klein* (Fn. 66), 1135 (1138); *Löwer* (Fn. 58), S. 1418.

117 *Vofßkuhle* (Fn. 27), 177 (187); anschaulich *Ipsen* (Fn. 55), S. 172.

## IV. Die Stellung der verfassungskonformen Auslegung im System der Methodenlehre

### 1. Der Überblick über den Meinungsstand

Ihr Verhältnis zu den herkömmlichen Auslegungsmitteln bezeichnet *Canaris* als das „methodologisch und praktisch wichtigste Sachproblem“ der verfassungskonformen Auslegung.<sup>118</sup> Es scheint sich auch um eines der Streitigsten zu handeln. So liest man, sie stehe nicht auf einer Stufe mit den klassischen Auslegungskriterien, sondern es handle sich um eine besondere Erscheinungsform systematischer und objektiv-teleologischer Auslegung, die Vorrang genieße.<sup>119</sup> Andere sehen die verfassungskonforme Auslegung als Unterfall der systematischen Auslegung,<sup>120</sup> wiederum andere als „erweiterte, (...) umfassende systematische Auslegung“.<sup>121</sup> Zum Teil wird explizit gesagt, sie gehe über die systematische Auslegung hinaus.<sup>122</sup> *Larenz* reiht sie auf einer Ebene mit den übrigen Kriterien der Auslegung ein und betont, Verfassungskonformität sei ein Auslegungskriterium.<sup>123</sup> *Göldner*<sup>124</sup> sieht sie als „Regelprinzip jeder Interpretation“. Andernorts wird gerade ihre Eigenständigkeit betont und sie herausgehoben aus der „verfassungsorientierte[n] Auslegung“.<sup>125</sup> Schließlich lehnt man sie als Rechtsfindungsmethode gänzlich ab und ordnet sie als Teilnichtigkeitserklärung ein.<sup>126</sup>

### 2. Eine interpretatorische Vorrangregel zugunsten der verfassungskonformen Auslegung?

Dass *Canaris* sie jüngst in drei Stellungnahmen<sup>127</sup> vertieft, gibt Anlass, sich zunächst genauer mit der Frage nach einer interpretatorischen Vorrangregel zugunsten der verfassungskonformen Auslegung zu befassen.

118 *Canaris* (Fn. 41), 41 (45).

119 *Bogs* (Fn. 22), S. 25; *Hassold* (Fn. 13), 211 (234); zu dem Vorrang s. *Canaris* (Fn. 33), 141 (154).

120 *Gern* Die Rangfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen *VerwArch* 80 (1989), 415 (418); *Rüthers* *Rechtstheorie* 4. Aufl. (2008), Rn. 763.

121 *Haak* (Fn. 22), S. 234.

122 *Müller/Christensen* (Fn. 72), Rn. 100; *Campiche* (Fn. 39), S. 73, zählt sie zu den „anderen Hilfsmitteln“ der Auslegung.

123 *Larenz* (Fn. 11), Inhaltsverzeichnis (S. XIII [Kap. 4, 2 a–g]) und S. 339 (ohne Aussage über eine Vorrangstellung); ähnlich *Prümm* (Fn. 11), 299 (302).

124 *Göldner* (Fn. 20), S. 67.

125 *Lüdemann* (Fn. 9), 27 (28); *Stern* (Fn. 39), S. 136; *Vofskuhle* (Fn. 27), 177 (180); *Wank* Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte *JuS* 1980, 545 (547 f.); für *Simon* (Fn. 20), 85 (86), ist diese Unterscheidung „heuristischer Natur“.

126 *Bettermann* (Fn. 21), S. 22, 26 und 35; ähnlich sein Schüler *Skouris* Teilnichtigkeit von Gesetzen 1973, S. 105 f.

127 *Canaris* Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht in *FS für Medicus*, 1999, S. 25 (52 und 58 ff.); *ders.* (Fn. 33), 141 (142 ff.) sowie *ders.* (Fn. 41), 41 (45 ff.); vgl. auch *Schumann* (Fn. 23), 1367 (1386 f.).

a) Die interpretatorische Vorrangregel und die verfassungskonforme Auslegung

Ausgangspunkt ist die hier zu unterstellende Prämisse, dass die einzelnen Auslegungskriterien nicht in einem strikten Rangverhältnis zueinander stehen, sondern bloße Argumente sind, die je nach Fallgestaltung bei der Ergebnisfindung unterschiedlich gewichtet werden.<sup>128</sup> Ein strikter interpretatorischer Vorrang lässt sich verdeutlichen, indem man ihn zu seinem Gegenteil, den Gewichtungsvorrang, in Bezug setzt.

Bei dem **Gewichtungsvorrang** ist die Situation wie folgt: Alle Auslegungskriterien stehen sich zunächst gleichrangig gegenüber. Man sammelt grammatische, historische, systematische und teleologische Argumente, gewichtet sie und wägt sie (im Konfliktfall) gegeneinander ab, um dann schließlich das gewichtigste oder die gewichtigsten Argumente entscheiden zu lassen.<sup>129</sup> Für die verfassungskonforme Auslegung bedeutete dies, dass man sie als eines von mehreren Kriterien betrachtete und ihr im Rahmen der Abwägung den Vorzug gäbe.<sup>130</sup>

Anders ist die Situation bei dem **Interpretationsvorrang**. Hier findet eine Abwägung gar nicht statt, einem Auslegungskriterium kommt absoluter Vorrang zu.<sup>131</sup> Die übrigen Kriterien erfahren einen Funktionswandel: Sie haben keinen Einfluss mehr auf die Ergebnisgewinnung, sondern nur noch auf die Frage, ob sich das mit der Vorrangregel ermittelte Ergebnis noch in den Grenzen der Auslegung bewegt.<sup>132</sup> Für die verfassungskonforme Auslegung hieße dies, es würde nur geprüft, ob die (verfassungskonforme) Lösung noch **Auslegungsergebnis** ist.<sup>133</sup> Dazu dienen die übrigen Auslegungsmittel, die nur (negativ) den Anwendungsbereich der Vorrangregel begrenzen.<sup>134</sup> Während also bei der Abwägungslösung auch ein gewichtiges Argument durch mehrere schwächere Argumente übertrumpft werden könnte, ist dies bei der Vorranglösung ausgeschlossen: Diese gilt oder sie gilt nicht.<sup>135</sup>

Eine interpretatorische Vorrangregel in diesem Sinne fordert *Canaris* für die verfassungskonforme Auslegung.<sup>136</sup> Sie sei eine „besondere Erscheinungsform“ systematischer und objektiv-teleologischer Auslegung und mit den anderen Auslegungskriterien nicht abzuwägen.<sup>137</sup>

128 Vgl. *Canaris* (Fn. 127), 25 (33 ff. und 58 f.); *ders.* (Fn. 41), 41 (45 f.); *Larenz* (Fn. 11), S. 343 ff.; *Gern* (Fn. 120), 415 (422 ff.); je m. Nachw.

129 Vgl. *Canaris* (Fn. 33), 141 (143 f.).

130 So z. B. *Müller/Christensen* (Fn. 72), Rn. 100 (ohne methodologische Einordnung).

131 Vgl. *Canaris* (Fn. 127), 25 (59); *ders.* (Fn. 41), 41 (46).

132 *Canaris* (Fn. 41), 41 (46).

133 Vgl. *Canaris* (Fn. 41), 41 (48).

134 Vgl. *Canaris* (Fn. 33), 141 (145 f.); *ders.* (Fn. 41), 41 (46).

135 Vgl. *Canaris* (Fn. 127), 25 (59); *ders.* (Fn. 33), 141 (145).

136 *Canaris* (Fn. 33), 141 (146 ff.); *ders.* (Fn. 41), 41 (47 ff., insb. 49).

137 *Canaris* (Fn. 33), 141 (154).

## b) Die Entbehrlichkeit einer strikten interpretatorischen Vorrangregel

Das von *Canaris* erwünschte Ergebnis, dass sich die verfassungskonforme Auslegung **immer** durchsetzt, ist auch auf anderem Wege zu erreichen, eine strikte interpretatorische Vorrangregel daher entbehrlich.

## aa) Die Erforderlichkeit eines Vorrangs

Wenn er ausführt, den verfassungsrechtlichen Wertungen müsse bei der Auslegung „in irgendeiner Weise“ Vorrang zukommen,<sup>138</sup> ist *Canaris* beizupflichten. Dies lässt sich untermauern, indem man gedanklich von einem Nicht-Vorrang ausgeht, d. h. die verfassungskonforme Auslegung stünde gleichstufig neben den anderen Kriterien: Der Interpret ermittelte also mehrere Deutungen mit zum einen verfassungsmäßigem, zum anderen verfassungswidrigem Inhalt. Ein Auslegungskriterium wäre dabei besonders stark. Ausgerechnet dieses führte zu der verfassungswidrigen Variante. Der Rechtsanwender müsste entscheiden: Entweder er wählte die verfassungskonforme Variante oder nicht. Bei Gleichstufigkeit der verfassungskonformen Auslegung müsste er sich für die (schwerer wiegende) verfassungswidrige Deutungsvariante entscheiden. Dass dies nicht sein kann, liegt auf der Hand: Während die üblichen Auslegungskriterien nämlich „nur“ der Ermittlung des Sinnes des Gesetzestextes dienen,<sup>139</sup> verfolgt die verfassungskonforme Auslegung andere, qualitativ höherrangige Ziele, nämlich die Normerhaltung und damit die Vermeidung eines Rechtsvakuumms.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, wie ein Vorrang ausgestaltet sein sollte. Zu fragen ist, ob sich das Ergebnis, dass sich die verfassungskonforme Auslegung immer gegenüber den anderen Kriterien durchsetzt, methodisch auch auf anderem Wege erreichen lässt als durch einen strikten Interpretationsvorrang. Als Alternative bleibt ein Gewichtungsvorrang im Rahmen der herkömmlichen Abwägung. Ein solcher wird der verfassungskonformen Auslegung auch zugeschrieben:<sup>140</sup> Es werden zunächst mit Hilfe der Auslegungsmittel verschiedene Deutungsvarianten ermittelt und anschließend der verfassungskonformen der Vorzug gewährt. Im Ergebnis – nicht aber im Vorgehen (!) – stimmt dies weitgehend überein mit *Canaris*.

Gleichwohl wendet dieser sich dagegen. Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte seien auf höchster Ebene der Normenhierarchie angesiedelt, sie müssten bei der Entscheidungsfindung einen höherwertigen Rang einnehmen.<sup>141</sup> Zudem seien die Ziele der verfassungskonformen Auslegung mit dem strikten Vorrang effizienter zu verwirklichen als mit einer Abwägungslösung.<sup>142</sup> Schließlich sieht er sein Konzept durch die Rechtsprechung des *BVerfG* untermauert.<sup>143</sup>

138 S. *Canaris* (Fn. 41), 41 (47); a. A. *Skouris* (Fn. 126), S. 105 f., der es als widersprüchlich und systemfremd ansieht, nach der verfassungskonformen – statt der richtigen – Deutung zu suchen; ähnlich *Bettermann* (Fn. 21), S. 22.

139 S. statt aller *Wank* (Fn. 12), S. 41.

140 Vgl. statt vieler *Müller/Christensen* (Fn. 72), Rn. 100; *Rüthers* (Fn. 120), Rn. 763.

141 Vgl. *Canaris* (Fn. 41), 41 (48): „nicht lediglich ein größeres Gewicht, sondern auch ein qualitativ höherwertiger Rang, wie es in dem Satz von der *lex superior* zum Ausdruck kommt“.

142 *Ebd.*, 41 (48).

143 *Ebd.*, 41 (48) (mit Verweis auf Entscheidungen des *BVerfG*).



bb) Die Kritik des strikten Interpretationsvorrangs und der Alternativvorschlag Rechtstheoretischer – wenn auch umstrittener<sup>144</sup> – Ausgangspunkt ist die Trennung von Regeln und Prinzipien.<sup>145</sup> Beide unterscheiden sich logisch: Für eine Regel gilt das Alles-oder-Nichts-Prinzip; sie gilt oder gilt nicht.<sup>146</sup> Prinzipien dagegen legen die Entscheidung nicht zwingend fest, sondern enthalten nur Gründe, die eine Entscheidung nahe legen.<sup>147</sup> Fälle, in denen ein Prinzip zurückgedrängt wird, heißen „Gegenbeispiele“.<sup>148</sup> Auch Regeln können Ausnahmen haben.<sup>149</sup> Im Unterschied zu Gegenbeispielen sind diese aber (theoretisch) abschließend formulierbar<sup>150</sup> und derjenige, der Ausnahmen statuieren will, trägt die Argumentationslast – er muss darlegen, dass seine Lösung so viel besser ist, dass sie ein „Abweichen von etwas autoritativ Festgesetztem rechtfertigt“.<sup>151</sup> Den strikten Vorrang der verfassungskonformen Auslegung ordnet *Canaris* als Regel im beschriebenen Sinne ein.<sup>152</sup> Diese soll im Gegensatz zu Prinzipien den Charakter einer Rechtsnorm haben.<sup>153</sup>

Dieses Ergebnis lässt sich auch erreichen durch einen Gewichtungsvorrang bei der Abwägung, also der Einordnung des Vorrangs der verfassungskonformen Auslegung als bloßes Prinzip statt als Regel.

Was zunächst die (angeblich mangelnde) Rechtsnormqualität von Prinzipien betrifft, geht *Canaris*' Annahme fehl: Auch Prinzipien können zum Rechtssystem gehören, müssen somit wie Regeln von dem Rechtsanwender berücksichtigt werden und dieser handelte falsch, wendete er das Prinzip nicht an.<sup>154</sup> Ein Prinzip gehört immer dann zum Rechtssystem, wenn es „mindestens einen Fall gibt, der zu Recht anders entschieden werden könnte, wenn das Prinzip nicht zu beachten wäre“.<sup>155</sup> Es wurde dargelegt,<sup>156</sup> dass das stärkere Auslegungskriterium den Ausschlag gäbe, wenn kein Vorrang zugunsten der verfassungskonformen Auslegung gälte. Es könnte (und müsste) also anders entschieden werden, wäre das **Prinzip** des Vorrangs verfassungskonformer Auslegung nicht zu beachten – dieses gehört damit zur Rechtsordnung

144 Dazu aus jüngerer Zeit *Klement* Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt JZ 2009, 756 ff.; Replik: *Sieckmann* JZ 2009, 557 ff.; Duplik: *Klement* JZ 2009, 460 ff.; je m. Nachw.

145 Vgl. dazu *Alexy* Rechtsregeln und Rechtsprinzipien ARSP Beiheft Nr. 25 (1985), 13 ff.; *Dworkin* Bürgerrechte erstgenommen 1984, S. 56 und 58 ff.

146 *Dworkin* (Fn. 145), S. 58.

147 *Alexy* (Fn. 145), 13 (15 f.); *Dworkin* (Fn. 145), S. 59 f.

148 *Alexy* (Fn. 145), 13 (16); *Dworkin* (Fn. 145), S. 60.

149 *Alexy* (Fn. 145), 13 (15).

150 *Dworkin* (Fn. 145), S. 59; nach *Alexy* (Fn. 145), 13 (16), steht und fällt das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ der Regel mit der Aufzählbarkeit ihrer Ausnahmen.

151 *Alexy* (Fn. 145), 13 (20).

152 Vgl. *Canaris* (Fn. 127), 25 (59); *ders.* (Fn. 41), 41 (47 f.).

153 So ausdrücklich *Canaris* (Fn. 127), 25 (60).

154 Vgl. *Dworkin* (Fn. 145), S. 65 und 67 (*Canaris* stützt sich bei der Annahme der Rechtsnormqualität der Vorrangregel auf *Gern* [Fn. 120], 415 [430 ff.], der aber für die gesamte juristische Methode Rechtsnormqualität annimmt – damit ließe sich auch gegen *Canaris* argumentieren).

155 *Alexy* (Fn. 145), 13 (21 f.).

156 S. soeben aa.

und ist wie eine Regel zu beachten. Wenn man noch berücksichtigt, dass auch bei Prinzipien Vorrangverhältnisse möglich sind,<sup>157</sup> zeigt dies, dass eine strikte interpretatorische Vorrangregel zugunsten der verfassungskonformen Auslegung entbehrlich ist.

Man wird nach dem Vorteil – und damit der praktischen Relevanz – einer Einordnung als Prinzip statt als Regel fragen, kommen doch beide zum gleichen Ergebnis. Die Antwort lautet, dass mit einer Einordnung als Prinzip die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung sicherer beachtet werden. *Canaris* schreibt den herkömmlichen Auslegungskriterien lediglich die (negative) Funktion der Ergebniskontrolle zu.<sup>158</sup> Die Regel bestimmt das Ergebnis, welches erst auf zweiter Stufe anhand der Auslegungskriterien kontrolliert wird. Die Einordnung des Vorrangs verfassungskonformer Auslegung als Prinzip führt demgegenüber dazu, dass dieses mit den übrigen Auslegungskriterien auf gleicher Stufe steht – auch wenn es letztlich den Vorzug erhält. Der Rechtsanwender schenkt den übrigen Kriterien ebenso viel Aufmerksamkeit wie der verfassungskonformen Auslegung. Dies stellt sicher, dass ihre Grenzen strikt gewahrt bleiben. Stünde dieser Schritt erst auf zweiter Stufe, liefe man Gefahr, nach der Aktivierung der Regel der Ergebniskontrolle zu wenig Beachtung zu schenken. Dass diese Gefahr keinesfalls nur theoretisch besteht, zeigen gerade *Canaris'* Ausführungen zur Begründung der Vorrangregel. Diese sieht er durch die Rechtsprechung des *BVerfG* bestätigt.<sup>159</sup> Gerade die von ihm angeführten Rechtsprechungsbeispiele sind aber solche, die bei der Behandlung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung als **Negativbeispiele** anzuführen gewesen wären. Bei diesen Entscheidungen hat das *BVerfG* diese Grenzen zweifellos überschritten.<sup>160</sup> Wenn *Canaris* darin seine Regel untermauert sieht, zeigt dies nur zu deutlich, dass den Grenzen verfassungskonformer Auslegung bei einer strikten Vorrangregel zu wenig Aufmerksamkeit entgegengebracht wird. Diese ist damit nicht nur entbehrlich, sondern wird auch der schon erwähnten brisanten Stellung an der „Schnittstelle von Verfassungswidrigerklärung, Ersatzgesetzgebung und Interpretation“<sup>161</sup> nicht gerecht.

### 3. Die Verfassungskonformität als Auslegungskriterium

#### a) Keine Einordnung als objektiv-teleologische Auslegung

Vielfach wird die verfassungskonforme Auslegung der objektiv-teleologischen Auslegung zugeschrieben.<sup>162</sup> Die objektiv-teleologische Auslegung ist von der subjektiv-

157 Vgl. dazu *Alexy* (Fn. 145), 13 (22 f. und ausführlich 25 ff.).

158 *Canaris* (Fn. 41), 41 (46 und 48); vgl. auch *Schumann* (Fn. 23), 1367 (1386): „die sonst üblichen Interpretationsregeln treten insoweit in den Hintergrund“.

159 S. *Canaris* (Fn. 41), 41 (48 f.) m. Nachw. aus der Rspr.

160 Dies erkennt auch *Canaris* (Fn. 41), 41 (48), wenn er ausführt, dass in den von ihm zitierten Entscheidungen „verfassungskonforme Auslegung (...) dort noch bejaht wird, wo man sie verneinen müsste“ – dass dies indes gerade gegen die von ihm postulierte strikte interpretatorische Vorrangregel spricht, übersieht er.

161 *Steiner* (Fn. 5), 569 (572).

162 Z. B. *Bogs* (Fn. 22), S. 25; *Hassold* (Fn. 13), 211 (228 und 234); vgl. schon oben 1.

teleologischen zu unterscheiden. Während letztere sich an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers orientiert,<sup>163</sup> sucht die objektiv-teleologische Auslegung nach den „objektive[n] Zwecke[n] des Rechts“.<sup>164</sup> Die für die Auslegung maßgeblichen Normzwecke werden aus der die Norm umgebenden Rechtsordnung und den anerkannten gesellschaftlichen Wertvorstellungen bestimmt.<sup>165</sup> Man hat verschiedene objektiv-teleologische Kriterien entwickelt.<sup>166</sup> Eines von ihnen sollen die „Grundsätze der verfassungskonformen Auslegung“ sein,<sup>167</sup> begründet damit, dass die Auslegung hier an den Werten der Verfassung ausgerichtet sei<sup>168</sup> und die „im Verfassungsgesetz verankerten ethischen oder pragmatischen Ordnungsprinzipien“ verwirkliche.<sup>169</sup>

Dies überzeugt nicht. Zunächst lassen sich grundsätzliche Bedenken gegen die objektiv-teleologische Auslegung anmelden. Was den Zweck des Gesetzes betrifft, so muss man fragen, ob es einen solchen überhaupt geben kann.<sup>170</sup> Der Gesetzgeber kann mit seinen Normen bestimmte Zwecke verfolgen. Aber kann dies auch ein Gesetz? Kann ein Gesetz bezwecken, erhalten zu bleiben? Richtigerweise muss man die Frage mit „Nein“ beantworten: Die Arbeit mit dem Zweck des Gesetzes ist nichts anderes, als eine Zwecksetzung des Interpreten.<sup>171</sup> Dann aber hat die objektiv-teleologische Auslegung keinen hermeneutischen Wert.<sup>172</sup>

Zudem ist die teleologische Methode äußerst unzuverlässig, denn sie legt Gegengründe gegen die gefundene Lösung nicht offen und entbindet von der „Mühe des Vergleichens und Abwägens“.<sup>173</sup> Damit ist die Brücke zu der verfassungskonformen Auslegung geschlagen. Es wurde dargelegt, wie schmal bei ihr der Grat zwischen Judikative und Legislative verläuft und wie wenig präzise ihre Grenzen markiert sind. Segelte man dabei unter der Flagge teleologischer Auslegung, würde man gleichsam den Unsicherheiten Tür und Tor öffnen, da es dieser an „Reflexion und Offenlegung“ fehlt und sie Zweifel erspart, die bei ehrlicherem Vorgehen zurückblieben.<sup>174</sup> Gerade diese Zweifel sind aber bei der verfassungskonformen Auslegung in vielen Fällen angebracht.

163 Vgl. statt aller *Deckert* Die Methodik der Gesetzesauslegung JA 1994, 412 (415); *Rüthers* (Fn. 120), Rn. 796 ff.

164 *Larenz* (Fn. 11), S. 333 ff.

165 *Hassold* (Fn. 13), 211 (228).

166 Aufzählung bei *Deckert* (Fn. 163), 412 (415); *Hassold* (Fn. 13), 211 (228); *Larenz* (Fn. 11), S. 333.

167 S. *Hassold* (Fn. 13), 211 (228).

168 *Ebd.*, 211 (234).

169 *Bogs* (Fn. 27), S. 26.

170 Vgl. *Koch/Rüßmann* Juristische Begründungslehre 1982, S. 169 f.

171 Vgl. *ebd.* S. 170 sowie *Rüthers* (Fn. 120), Rn. 797, 807 f.; a. A. *Grigoleit* Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik ZNR 30 (2008), 259 (264).

172 A. A. *Zöllner* Recht und Politik in FS Juristenfakultät Tübingen, 1977, S. 131 (143: „Teleologische Auslegung ist der Motor der differenzierenden dogmatischen Lösung [...]“) (*Zöllner* gibt aber zu, dass die „Subjektivität des Rechtsanwenders“ im Bereich der teleologischen Auslegung den einfachsten Zugang hat).

173 *Herzberg* Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung NJW 1990, 2525 (2527).

174 *Ebd.*, 2525 (2527).

Man wird einwenden, es gehe doch nur um die Terminologie, letztlich erziele man doch das richtige Ergebnis. Einer solchen Sichtweise stehen die schon bei der Verankerung der Wortlautgrenze angeführten Argumente entgegen: Wie der Gesetzesanwender wissen muss, auf welcher Rechtsfindungsstufe er sich befindet,<sup>175</sup> muss er auch wissen, welches Auslegungskriterium er anwendet. Nur so kann er den Tücken der einzelnen Kriterien sachgerecht begegnen. Erst recht muss dies gelten, soll die Methode der Rechtsfindung willkürfrei sein oder man gar ein „Recht der Methode“ postuliert.<sup>176</sup>

#### b) Keine Einordnung als systematische Auslegung

Andere<sup>177</sup> wollen die verfassungskonforme Auslegung als systematische Auslegung einordnen. Diese geht davon aus, die gesamte Rechtsordnung bilde eine Einheit (System) und die Bedeutung eines Worts oder Texts könne nicht isoliert, sondern immer nur im systematischen Rahmen bestimmt werden.<sup>178</sup> Auch die Verfassung als die Einzelnormen konstituierendes Basisnormsystem gehöre zu dieser Einheit.<sup>179</sup> Indem die verfassungskonforme Auslegung dazu diene, eine Norm darin einzupassen, sei sie systematische Auslegung.<sup>180</sup>

Diese Einordnung übersieht, dass Verfassungsnormen bei der verfassungskonformen Auslegung nicht nur als Sachnormen fungieren (Auslegungsfunktion<sup>181</sup>), sondern vielmehr auch als Kontrollnormen, da die einfachgesetzliche Norm auch an der Verfassung geprüft wird.<sup>182</sup> Diese Funktion ist aber nicht der Auslegung zuzuschreiben.<sup>183</sup>

Des Weiteren übergeht eine Einordnung als systematische Auslegung eine wesentliche Eigenheit der verfassungskonformen Auslegung. Geht man davon aus, der systematischen Auslegung liege der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung zugrunde,<sup>184</sup> ist dies – wenn überhaupt<sup>185</sup> – für die verfassungskonforme Auslegung nur ein Teilaspekt. Bei ihr geht es in erster Linie um den Respekt vor dem Gesetzgeber und die Normerhaltung, Vermeidung von Nachbesserungsarbeiten des Gesetzgebers und Gewährleistung von Rechtssicherheit. Während die systematische Auslegung als solche lediglich ein Hilfsmittel für die Ermittlung des Gesetzessinns ist, verfolgt die verfassungskonforme Auslegung also weitergehende Ziele. Vor allem ihr Zukunfts-

175 Vgl. *Prümm* (Fn. 11), S. 299 (303.); vgl. auch *Zippelius* (Fn. 8), 108 (116); missverständlich *Herzberg* Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? – Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik JuS 2005, 1 (einerseits 7, andererseits 8).

176 So z. B. *Gern* (Fn. 120), 415 (430 ff.).

177 Z. B. *Gern* (Fn. 120), 415 (418); *Rütbers* (Fn. 120), Rn. 763.

178 *Gern* (Fn. 120), 415 (418); *Rütbers* (Fn. 120), Rn. 744.

179 *Gern* (Fn. 120), 415 (418).

180 Stellvertretend *Bogs* (Fn. 22), S. 25.

181 *Prümm* Verfassungs und Methodik 1976, S. 97.

182 Vgl. *Ipsen* (Fn. 55), S. 170; *Skouris* (Fn. 126), S. 96.

183 *Campiche* (Fn. 39), S. 73; *Ipsen* (Fn. 55), S. 160; a. A. *Prümm* (Fn. 181), S. 97, für den beide Funktionen zu jeder Auslegungsmethode gehören.

184 So ausdrücklich *Raisch* Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung 1988, S. 35.

185 S. oben II 2 b.

bezug ist ungleich größer. Zwar dient auch die systematische Auslegung – wie jede Auslegung – dem (zukünftigen) Auslegungsergebnis,<sup>186</sup> doch sind die klassischen Auslegungsmethoden von einem vergangenheitsbezogenen Rechtsanwendungsverständnis geprägt<sup>187</sup> und haben unmittelbar Bedeutung nur für den entschiedenen Einzelfall.<sup>188</sup> Dagegen ist die Zukunftsausrichtung der verfassungskonformen Auslegung bei weitem bedeutender – man bedenke, dass es um die Existenz einer Rechtsnorm geht und eine Entscheidung des *BVerfG* hier Bindungswirkung oder sogar Gesetzeskraft hat.<sup>189</sup>

c) Die Einordnung als „Folgenberücksichtigung“

Ordnete man die verfassungskonforme Auslegung als „Regelprinzip jeder Interpretation“<sup>190</sup> oder gar als „Prinzip sui generis“ ein, machte man es sich zu einfach. Denn eine Beschreibung mit derartigen Leerformeln (besser: „leeren Formeln“) entbindet nicht davon, sie mit Inhalt auszufüllen.

Daher könnte man sie der „Folgenberücksichtigung“<sup>191</sup> zuschreiben. Diese Kategorie erscheint – trotz der Kontroversen in der Literatur<sup>192</sup> – von ihrem Grundgedanken her am besten geeignet, dem beschriebenen Zukunftsbezug gerecht zu werden. Auch hier sind zuvörderst die Grundzüge der folgenorientierten Auslegung aufzuzeigen, bevor die Einordnung begründet wird.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass die klassischen Auslegungskriterien nicht abschließend sind.<sup>193</sup> Unter der folgenorientierten Auslegung versteht man sodann eine Auslegungsform, die bei der Gesetzesauslegung die gesellschaftlichen Folgen eines Auslegungsergebnisses berücksichtigt und es gegebenenfalls an ihnen ausrichtet.<sup>194</sup> Es sind Rechts- von Realfolgen zu unterscheiden.<sup>195</sup> Erstere sind Folgen, die durch

186 Zu diesem Zukunftsbezug *Schumann* (Fn. 23), 1169 (1173).

187 Vgl. *Oymann* Arbeitsmarktbezogene Auslegung des Kündigungsschutzgesetzes 2004, S. 56.

188 Vgl. *Larenz* (Fn. 11), S. 429.

189 § 31 II BVerfGG, vgl. *Bogs* Die Bindung des Fallrichters an eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Normenkontrollrichters DVBl 1965, 633 ff.; zu der Bindungswirkung i. R. d. § 31 I BVerfGG s. *Sachs* Bindungswirkungen bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung durch das Bundesverfassungsgericht NJW 1979, 344 ff.; s. auch BVerfGE 40, 88 (ebd.); der Gesetzgeber kann allerdings inhaltsgleiche/-ähnliche Neuregelungen ohne Weiteres erlassen (BVerfGE 77, 84 [103]).

190 So *Göldner* (Fn. 20), S. 67.

191 Synonyme: „Folgenorientierung“, „Folgenerwägungen“ und „folgenorientierte Auslegung“; vgl. *Sambuc* Folgenerwägungen im Richterrecht 1977; *Teubner* Folgenorientierung in ders. (Hrsg.) Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe 1995, S. 9 ff.

192 Überblick bei *Deckert* Folgenorientierung in der Rechtsanwendung 1995, S. 10 f.; *Hensche* Probleme einer folgenorientierten Rechtsanwendung Rechtstheorie 29 (1998), 103 (108 f.).

193 Vgl. *Looschelders/Roth* Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung 1996, S. 183.

194 Vgl. statt vieler *Hensche* (Fn. 192), 103 (108 f.).

195 S. *Lübbe-Wolff* Rechtsfolgen und Realfolgen 1981, S. 25; *Luhmann* Rechtssystem und Rechtsdogmatik 1974, S. 40 f.; zu der Terminologie im Detail s. *Deckert* (Fn. 192), S. 106 ff.; *Hassemer* Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze in FS für Coing I, 1982, S. 493 (510 ff.).

Rechtssätze an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft sind, letztere die tatsächlichen Folgen der Geltung und Anwendung von Rechtssätzen. Rechtsfolgen sollen als gesetzlich vorgegeben nicht zum Folgenbegriff im Sinne der Folgenorientierung gehören,<sup>196</sup> ebenso wenig die logischen Folgen einer Rechtsfolgenanordnung.<sup>197</sup> Allein die Konsequenzen des Ausspruchs der Rechtsfolge im sozialen Raum sollen relevant sein.<sup>198</sup>

Ehe die verfassungskonforme Auslegung vor diesem Hintergrund betrachtet wird, sollen die Einwände *Niklas Luhmanns* – Hauptkritiker einer folgenorientierten Rechtsanwendung – skizziert werden. Sein Einwand klingt banal: „[E]ine gründliche Abwägung der Folgen seiner Entscheidung [gehört] nicht zum Programm des Juristen.“<sup>199</sup> Seine Aufgabe sei es, herauszufinden, ob die „Wenn“-Bedingungen erfüllt sind, damit sie das „Dann“ auslösen.<sup>200</sup> Müsste er die Entscheidungsfolgen berücksichtigen, müsste er ganz andere Informationen aufnehmen und verarbeiten.<sup>201</sup> Außerdem sei der Jurist durch seine Rolle und Erkenntnismittel zu einer Folgenabschätzung gar nicht in der Lage.<sup>202</sup>

Nun soll versucht werden, die Folgenorientierung für die verfassungskonforme Auslegung fruchtbar zu machen. Vom Schrifttum wurde dies bislang ausgeblendet, obwohl es angesichts der in die Zukunft weisenden Struktur der verfassungskonformen Auslegung nicht fern liegt. Es liegt sogar nahe, führt man sich vor Augen, dass die verfassungskonforme Auslegung, wie erwähnt, bisweilen der objektiv-teleologischen Auslegung zugerechnet und andererseits gefordert wird, letztere durch die Folgenorientierung zu ersetzen.<sup>203</sup> Jedenfalls rechtfertigen es die Grundgedanken der folgenorientierten Auslegung, ihr die verfassungskonforme Auslegung anzugliedern. Dazu muss zurückgeblendet werden zu der Situation, in der die verfassungskonforme Auslegung zum Tragen kommt. Ausgangspunkt ist die Norm, die in einer Deutungsvariante verfassungswidrig ist, gleichzeitig aber eine Deutungsvariante zulässt, die sie als verfassungsgemäß erscheinen lässt. Der Interpret muss sich entscheiden: Er wählt die verfassungswidrige Variante und löst die (Teil-)Nichtigkeit der Norm aus, die Norm existiert nicht mehr, oder er legt verfassungskonform aus, die Norm wird nicht kassiert und bleibt existent. Legt man den Betrachtungsschwerpunkt auf die Folgen, ergibt sich entweder die Auslösung eines Normvakuums und dadurch Rechtsunsicherheit und Belästigung des Gesetzgebers mit vermeidbaren Nachbesserungsarbeiten oder aber die Normerhaltung, Rechtssicherheit und Schonung des Ge-

196 Vgl. *Hassemer* (Fn. 195), 493 (511 f.).

197 Vgl. *ebd.*, 493 (511 f.).

198 *Deckert* (Fn. 192), 480 (481); *Sambuc* (Fn. 191), S. 101 ff., der dabei zwischen Individual- und Sozialfolgen differenziert.

199 *Luhmann* Funktionale Methode und juristische Entscheidung AöR 94 (1969), 1 (3).

200 *Ebd.*, 1 (3).

201 *Ebd.*, 1 (4).

202 Vgl. *Luhmann* Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie JbRSozRTh 2 (1972), 255 (266 in Fn. 39); ähnlich *ders.* (Fn. 195), S. 10; vgl. dazu auch *Hensche* (Fn. 192), 103 (109 f.).

203 Dafür z. B. *Koch/Rüßmann* (Fn. 170), S. 231 f.; ähnlich *Hassemer* (Fn. 195), 493 (496); *Ecker* Gesetzesauslegung vom Ergebnis her JZ 1967, 265 (271).

setzgebers. Es geht der verfassungskonformen Auslegung also nicht primär um eine Ergebnisfindung im „Jetzt“. Dies rechtfertigt, sie als Spielart der Folgenorientierung einzuordnen.

Stützen lässt sich dies paradoxerweise mit *Luhmanns* systemtheoretischer Konzeption des Rechts: Der Mensch lebt in einer komplexen Welt, die ihm eine Fülle von Möglichkeiten des Handelns bietet, der nur ein sehr begrenztes Potential für bewusste Wahrnehmung und Informationsverarbeitung gegenübersteht.<sup>204</sup> Soziale Systeme reduzieren diese Komplexität: Sie „stabilisieren (...) Erwartungen, nach denen man sich richtet“.<sup>205</sup> Zur Steuerung sozialer Interaktion sei erforderlich, dass „jeder **erwarten** kann, was der andere von ihm **erwartet**“.<sup>206</sup> *Luhmann* trennt kognitive von normativen Erwartungen – nur letztere lässt man nicht fallen, wenn jemand zuwiderhandelt („kontrafaktisch stabilisiert“).<sup>207</sup> Sie sollen (in generalisierter Form) „Recht“ sein,<sup>208</sup> wobei das Durchhalten dieser Erwartungen wichtiger sein soll als das Durchsetzen.<sup>209</sup> Recht erfüllt damit eine notwendige Funktion in jeder Gesellschaft und muss daher immer vorhanden sein.<sup>210</sup> Ohne Recht könnten Menschen sich nicht aneinander orientieren.<sup>211</sup> Letzteres leitet über auf die verfassungskonforme Auslegung. Sie dient der Normerhaltung, also dem – mit *Luhmann* – so wichtigen Durchhalten der Verhaltenserwartungen, und erhält damit die Struktur des sozialen Systems.<sup>212</sup> Die Folgen (nicht-)verfassungskonformer Auslegung sind also (auch) Realfolgen – der Anwendungsbereich der folgenorientierten Auslegung ist eröffnet. Legitimiert man – wie hier – die verfassungskonforme Auslegung mit dem Gedanken der Normerhaltung, kann man sie daher als Spielart einer folgenorientierten Auslegung ansehen.

## V. Die Ergebnisse

1. Die verfassungskonforme Auslegung bewahrt den Gesetzgeber vor der Nichtigkeit seiner Norm dadurch, dass von mehreren möglichen Normdeutungen mit teils verfassungswidrigem, teils verfassungsmäßigem Inhalt, diejenigen vorzuziehen sind, die mit dem Grundgesetz in Einklang stehen.
2. Legitimiert werden kann dies allein durch den Gedanken der Normerhaltung.

204 *Luhmann* Rechtssoziologie 2. Aufl. (1983), S. 31.

205 *Ebd.*, S. 38.

206 *Ebd.*, S. 33 („Erwartungen von Erwartungen“) (Hervorhebung im Original).

207 *Ebd.*, S. 42 f.

208 *Ebd.*, S. 99.

209 So ausdrücklich *Luhmann* (*ebd.*, S. 61).

210 *Ebd.*, S. 105 und 134; Überblick über die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts bei *Rehbinder* Rechtssoziologie 7. Aufl. (2009), Rn. 96 ff.

211 *Luhmann* (Fn. 204), S. 134.

212 Dies gilt auch nach der Neuausrichtung *Luhmanns* (vgl. *ders.* Soziale Systeme 2. Aufl. [1985], S. 15), die ja an der postulierten Stabilisierungsfunktion des Rechts nichts änderte, vgl. *ders.* Das Recht der Gesellschaft 1993, S. 124 ff. (insb. 126).



3. Ihre Grenzen werden durch den Wortlaut der Norm sowie dadurch gebildet, dass das gesetzgeberische Ziel nicht verfehlt oder verfälscht werden darf. Das *BVerfG* kennt diese Grenzen, hält sie jedoch nicht stringent ein.
4. Eine strikte Interpretationsvorrangregel zugunsten der verfassungskonformen Auslegung ist entbehrlich. Demgegenüber kann ein „Prinzip des Vorrangs verfassungskonformer Auslegung“ besser sicherstellen, dass ihre Grenzen eingehalten werden.
5. Allein eine Einordnung als Spielart folgenorientierter Auslegung wird der in die Zukunft gerichteten, normerhaltenden Struktur der verfassungskonformen Auslegung gerecht.