

TOBIAS HERBST

Gesetzgebungskompetenzen
im Bundesstaat

Jus Publicum

231

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 231



Tobias Herbst

Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat

Eine Rekonstruktion der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts

Mohr Siebeck

Tobias Herbst, geboren 1963; Studium der Rechtswissenschaft in Würzburg und Referendariat am OLG Bamberg; 2002 Promotion und 2010 Habilitation an der Humboldt-Universität zu Berlin; seither Lehrstuhlvertretungen in Augsburg, Bielefeld und Frankfurt am Main.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG)

e-ISBN PDF 978-3-16-153025-8

ISBN 978-3-16-151996-3

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Dem Gedenken an meine Eltern

Vorwort

Eine erste Fassung der vorliegenden Arbeit wurde im Juli 2010 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Habilitationsschrift angenommen; in der überarbeiteten Druckfassung habe ich auch jüngere Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt.

Mein ganz herzlicher Dank gilt Prof. Dr. Alexander Blankenagel, der mir nicht nur mit fachlichem Rat zur Seite stand, sondern mir während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl auch den nötigen Freiraum zur Erstellung der Habilitationsschrift eingeräumt hat. Herzlich danken möchte ich auch Prof. Dr. Bernhard Schlink; er hat nicht nur sehr zügig das Zweitgutachten erstellt, sondern mir schon in der Phase der Entstehung der Arbeit in mehreren intensiven Gesprächen wertvolle Anregungen gegeben. Auch den Gesprächen mit Freunden und Kollegen habe ich viele Anregungen zu verdanken; besonders möchte ich hier Prof. Dr. Angelika Siehr und Priv.-Doz. Dr. Jakob Nolte nennen.

Schließlich danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Bewilligung einer Publikationsbeihilfe für diese Arbeit.

Berlin, im Frühjahr 2014

Tobias Herbst

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einleitung	1
§ 1 Gegenstand der Untersuchung	1
§ 2 Gang der Darstellung	4

Erster Teil:

Auslegung von Kompetenznormen

§ 3 Auslegung und Subsumtion	9
§ 4 Zur Auslegung von Verfassungsrecht allgemein	11
§ 5 Die Bestimmtheit von Kompetenznormen	16
§ 6 Die klassische Auslegungsmethode	20
I. Zur Reihenfolge der einzelnen Interpretationsarten	20
II. Beispiel für die klassische Auslegung von Kompetenznormen durch das Bundesverfassungsgericht	22
III. Auslegung nach dem Wortlaut	23
IV. Systematische Auslegung	26
V. Historische Auslegung	29
1. Zum Begriff der historischen Auslegung	30
2. Die Bedeutung der historischen Auslegung in der Kompetenzrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	33
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allgemein	33
b) Kompetenzrechtsprechung	35
3. Verfassungstheoretische Einordnung: Die historische Auslegung als sekundäre Rationalitätsquelle	35
4. Einzelprobleme	47

a) Der „Wille“ des Normsetzers	47
b) Heranziehen von Kompetenznormen aus Vorgängerverfassungen ..	48
c) Heranziehen des einfachen Gesetzesrechts	52
d) Heranziehen historischer Details	53
e) Heranziehen der Staatspraxis	53
VI. Teleologische Auslegung	54
§ 7 Die Kompetenzneutralität des materiellen Verfassungsrechts	60
I. Keine Abwägung mit Kompetenzen	60
II. Grundrechte	61
III. Rechtsstaatsprinzip	68
IV. Demokratieprinzip	70
V. Eigenstaatlichkeit der Länder	74
VI. Bundestreue	76
VII. Bundesstaatsprinzip	79
VIII. Subsidiaritätsprinzip?	84
1. Das Subsidiaritätsprinzip als sozialphilosophischer Grundsatz: Zwei Teilprinzipien	84
2. Verfassungsrechtliche Geltung des Subsidiaritätsprinzips?	85
a) Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG	86
b) Verankerung in den föderalen Regelungen des Grundgesetzes und den Vorschriften zum Schutz bestimmter Gemeinschaften	89
c) Rechtsstaatsprinzip und Grundrechte	93
d) Naturrecht	98
IX. Staatszielbestimmungen	103
X. Ergebnis	106

Zweiter Teil:

Subsumtion unter Kompetenznormen
(kompetenzielle Qualifikation)

§ 8 Zur Terminologie	109
§ 9 Die kompetenzrelevanten Wirkungen einer gesetzlichen Regelung	110
§ 10 Die sachbereichsordnende Regelungseinheit als Subsumtionsgegenstand	113

I. Mögliche Subsumtionsgegenstände	113
II. Zur Eignung des Gesetzeswerks als Subsumtionsgegenstand	113
III. Zur Eignung der Einzelregelung als Subsumtionsgegenstand	114
IV. Die sachbereichsordnende Regelungseinheit als geeigneter Subsumtionsgegenstand	119
1. Das Kriterium der zweckhaft ordnenden Wirkung	119
2. Anwendung des Kriteriums und Folgerungen	122
3. Die sachbereichsordnende Regelungseinheit	124
V. Sachbereichsordnende Regelungseinheit und Landeskompetenzen .	125
VI. Sachbereichsordnende Regelungseinheit und Abweichungsgesetzgebung	127
§ 11 Subsumtion als Frage nach dem Gegenstand zweckhaften Ordners	132
§ 12 Subsumtion bei Kompetenzkonkurrenz	133
I. Das Problem	133
II. Eingrenzung der Problematik	135
III. Der Ordnungsschwerpunkt als Kriterium zur Auflösung der Kompetenzkonkurrenz	137
IV. Anwendung auf Fälle aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	138
1. BVerfGE 7, 29 (Verjährung von Pressedelikten)	138
2. BVerfGE 36, 193 (Zeugnisverweigerungsrecht von Presseangehörigen)	141
3. BVerfGE 97, 228 (Kurzberichterstattung)	146
4. BVerfGE 106, 62 (Altenpflege)	148
5. Sonderfall Lenkungssteuern	149
a) BVerfGE 3, 407 (Baurechtsgutachten)	154
b) BVerfGE 13, 181 (Schankerlaubnissteuer)	155
c) BVerfGE 14, 76 (Vergnügungssteuer auf Glücksspielgeräte)	157
d) BVerfGE 16, 147 (Werkfernverkehr)	158
e) BVerfGE 98, 106 (Kommunale Verpackungsteuer)	159
V. Andere generelle Zuordnungskriterien	160
1. „Hauptzweck“, „Schwerpunkt“, „Sachzusammenhang“ und ähnliche Evidenzformeln	160
2. „Sonderrecht“ und Lösung über Art. 31 GG	162
3. Generelle Zuständigkeit der Länder gemäß Art. 70 Abs. 1 GG? ..	165
VI. Welche Anwendungsfälle bleiben für Art. 31 GG?	167

§ 13 Die Kompetenzkombination („Mosaikkompetenz“)	170
I. Das Problem	170
II. Lösungsvorschlag	173

Dritter Teil:

„Ungeschriebene“ Kompetenzen

§ 14 Überblick	175
§ 15 Sachzusammenhang und Annex	175
I. Der spezifische Sachzusammenhang als Relation zwischen Regelungen	177
1. Ursprüngliches Verständnis des Sachzusammenhangs im Baurechtsgutachten als Relation zwischen Kompetenzmaterien	177
2. Verständnis des Sachzusammenhangs als Relation zwischen Regelungen	181
3. Das Kriterium der „Unerlässlichkeit“ in der Sachzusammenhangsformel	185
4. Der Sachzusammenhang als Relation zwischen Regelungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	189
a) BVerfGE 1, 264 (Handwerk)	189
b) BVerfGE 12, 205 (Deutschland-Fernsehen-GmbH, erste Rundfunkentscheidung)	190
c) BVerfGE 15, 1 (Bundeswasserstraßen)	192
d) BVerfGE 26, 246 (Ingenieurgesetz)	193
e) BVerfGE 26, 281 (Gebührenpflicht von Bundesbahn und Bundespost)	194
f) BVerfGE 97, 332 (Kindergartengebühren)	195
g) BVerfGE 106, 62 (Altenpflege)	196
h) BVerfGE 110, 33 (Zollkriminalamt)	198
5. Erster Inkurs: Alternativlösung im Fall der Eisenbahn- kreuzungsentscheidung (BVerfGE 26, 338)	199
6. Zweiter Inkurs: Die Entscheidung zum bayerischen Schwangerenhilfeergänzungsgesetz (BVerfGE 98, 265)	205
a) Normative (grundrechtliche) Begründung der Unerlässlichkeit	206
b) Verwendung der Sachzusammenhangsformel zur Begründung einer kompetenziellen Sperre	209
II. Die Annexregelung	212
1. Zum Charakter der Annexregelung; Verhältnis zur Sachzusammenhangsformel	212

2. Beispiele für Annexmaterien	216
a) Sicherheitsrecht	217
b) Nichtsteuerliche Abgaben	220
aa) Entgeltabgaben (Gebühren und Beiträge)	221
bb) Nichtsteuerliche Abgaben ohne Entgeltcharakter (Sonderabgaben und sonstige Abgaben)	222
c) Verwaltungsverfahrenrecht?	227
d) Statistik und Enteignung als „geschriebene“ Annexkompetenzen ...	237
e) Strafrecht (Strafbewehrung)?	240
III. Der unspezifische Sachzusammenhang als Relation zwischen Regelung und Kompetenznorm: Eine Evidenzformel ohne eigenen Gehalt	245
1. „Argumentation“ mit dem Sachzusammenhang im unspezifischen Sinne	245
2. Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	247
a) BVerfGE 4, 74 (Berufungsgerichtsbarkeit)	247
b) BVerfGE 7, 29 (Verjährung von Pressedelikten)	248
c) BVerfGE 22, 180 (Jugendhilfe)	249
d) BVerfGE 36, 193 (Zeugnisverweigerungsrecht von Presseangehörigen)	250
e) BVerfGE 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II)	251
f) BVerfGE 109, 190 (Nachträgliche Sicherungsverwahrung)	252
IV. Andere Begriffseinteilungen	253
1. Kompetenzergänzender und kompetenzbegründender Sachzusammenhang	254
2. Formelhafter, formelfreier und unbenannter Sachzusammenhang	256
3. Hilfszuständigkeit, Zuständigkeit für untergeordnete Nebenzwecke, Zuständigkeit zur Spezialregelung und übergreifende Zuständigkeit	258
§ 16 Natur der Sache	260
I. Die Gesetzgebungskompetenz kraft Natur der Sache als ungeschriebene Kompetenz im engeren Sinne	260
II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gesetzgebungskompetenz kraft Natur der Sache	262
1. BVerfGE 3, 407 (Baurechtsgutachten)	262
2. BVerfGE 11, 89 (Bremisches Urlaubsgesetz)	264
3. BVerfGE 12, 205 (Deutschland-Fernsehen-GmbH, erste Rundfunkentscheidung)	265
4. BVerfGE 15, 1 (Bundeswasserstraßen)	266

5. BVerfGE 26, 246 (Ingenieurgesetz)	267
6. Vereinigungsbedingte Gesetzgebung: BVerfGE 84, 133 (Abwicklung von DDR-Einrichtungen); BVerfGE 85, 360 (Akademie-Auflösung); BVerfGE 95, 243 (Restitution bei öffentlicher Trägerschaft)	268
III. Allgemeine Folgerungen	272
IV. Einzelne Materien	274
1. Sitz der Bundesregierung, Gestaltung der Bundessymbole und Ähnliches	274
2. Raumordnung des Bundes	275
3. Verfahrensrecht der Bundesverwaltung	277
4. Nationale Kultur?	278
5. Weitere Kompetenzen kraft Natur der Sache	279
§ 17 Analogie?	281

Vierter Teil:

Kompetenzausübungsschranken

§ 18 Abgrenzung des Problembereichs	285
§ 19 Die Bundestreue als Kompetenzausübungsschranke	287
§ 20 Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Schutz einer Regelungskonzeption als Kompetenzausübungsschranken?	290
I. BVerfGE 98, 83 (Abfallabgabe) und BVerfGE 98, 106 (Kommunale Verpackungssteuer)	291
II. BVerfGE 98, 265 (Bayerisches Schwangerenilfeergänzungsgesetz) .	301
III. Folgerungen	307
§ 21 Verhältnismäßigkeitsprinzip bzw. Übermaßverbot als Kompetenzausübungsschranke?	308
§ 22 Lösung über Art. 31 GG?	309

Fünfter Teil:

Der kompetenzbezogene Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers

§ 23	Bedeutung des Einschätzungsspielraums bei der Bestimmung von Gesetzgebungskompetenzen	311
§ 24	Der unbegrenzte Einschätzungsspielraum des Bundesgesetzgebers in der früheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 Abs. 2 GG	313
§ 25	Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 Abs. 2 GG	317
I.	Die Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG im Jahr 1994	317
II.	Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur neuen Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG 1994 im Überblick	319
III.	Allgemeine Aussagen des Gerichts zur Justiziabilität des Art. 72 Abs. 2 GG 1994	324
IV.	Die Tatbestandsmerkmale des Art. 72 Abs. 2 GG 1994 im neuen Verständnis des Bundesverfassungsgerichts	326
1.	Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet .	327
2.	Wahrung der Rechtseinheit	328
3.	Wahrung der Wirtschaftseinheit	329
4.	Gesamtstaatliches Interesse	333
5.	Zulässiger Umfang der Regelung („soweit erforderlich“)	335
§ 26	Zum Einschätzungs- bzw. Prognosespielraum des Gesetzgebers bezüglich der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG	337
I.	Notwendigkeit eines Prognosespielraums	338
II.	Umfang des Prognosespielraums	341
III.	Bezugszeitpunkt der Prognosekontrolle	345
VI.	Prognosespielraum und Pflicht zur Freigabe nach Art. 72 Abs. 4 und nach Art. 125a Abs. 2 Satz 2 GG	346
1.	Prognosespielraum und Ermessen beim Erlass eines Freigabegesetzes	347
2.	Die Bundestreue als Grund für eine Ermessensreduktion auf Null	349

3. Andere Pflichten als Grund für eine Ermessensreduktion auf Null	351
4. Die Bedeutung des Art. 93 Abs. 2 GG 2006 für die Freigabepflicht	352
V. Anforderungen an das Prognoseverfahren	354
VI. Darlegungspflichten des Bundesgesetzgebers	355
§ 27 Folgerungen für den kompetenzbezogenen Einschätzungs- spielraum des Gesetzgebers außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 72 Abs. 2 GG	362
Zusammenfassung	365
Literaturverzeichnis	393
Stichwortverzeichnis	409

Einleitung

§ 1 Gegenstand der Untersuchung

Kompetenzen staatlicher Organe können auf ganz unterschiedlichen Abstraktionsebenen zum Gegenstand von Abhandlungen gemacht werden. So kann nach der „Kategorie der Kompetenz“ gefragt oder eine „Kompetenzlehre“ entwickelt werden, wobei „Kompetenz“ ganz allgemein verstanden wird und grundsätzlich die Tätigkeitsbereiche aller staatlichen Organe umfasst.¹ Es können auch spezifische Probleme einer bestimmten Kompetenzart, etwa der Gesetzgebungskompetenzen, behandelt werden; hierbei können allgemeinere, kompetenzübergreifende Fragen erörtert werden,² oder es kann der Umfang bestimmter Einzelkompetenzen untersucht werden, gegebenenfalls in Abgrenzung zu bestimmten anderen Einzelkompetenzen.³ Mitunter gibt auch die Erörterung konkreter Kompetenzfragen Anlass zu allgemeineren Überlegungen.⁴ Darüber hinaus können Kompetenzfragen unter dem Blickwinkel bundesstaatlicher Konflikte betrachtet und zu anderen bundesstaatlichen Konfliktfeldern und Konfliktlösungsstrategien ins Verhältnis gesetzt werden.⁵

Der Gegenstand dieser Arbeit ist auf einer mittleren Abstraktionsebene zu verorten. Nicht die Kompetenz als solche, sondern die Kompetenz zur *Gesetzgebung* soll erörtert werden. Diese Reduktion verspricht einen Erkenntnisgewinn, denn auf diese Weise können gezielt Spezifika der Gesetzgebungsfunktion im demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes zur Lösung der Kompetenzprobleme herangezogen werden. Andere Kompetenzen, insbesondere Verwaltungskompetenzen, sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Die Arbeit beschränkt sich weiter auf die Gesetzgebungskompetenzen in dem durch das Grundgesetz strukturierten Bundesstaat Bundesrepublik Deutschland. Aussagen mit dem Anspruch auf Gültigkeit über diesen konkreten Bun-

¹ Vgl. die umfassende monographische Behandlung bei *Heintzen*, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht und bei *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre.

² Beispiele: *Kenntner*, Justitiabler Föderalismus; *Schröder*, Kriterien und Grenzen.

³ Beispiele: *Fischer*, Zur Herleitung von Gesetzgebungskompetenzen im Umweltschutz; *Lerche*, Rechtsprobleme des Werbefernsehens.

⁴ So bei *Bullinger*, Die Mineralölföhrleitungen.

⁵ Dazu *Hanschel*, Konfliktlösung im Bundesstaat.

desstaat hinaus werden nicht angestrebt und erscheinen angesichts der strukturellen Vielfalt in den verschiedenen Bundesstaaten der Welt kaum als möglich.⁶

Das Interesse dieser Arbeit gilt allerdings nicht den einzelnen Gesetzgebungskompetenzen in ihrer Vielfalt – die Arbeit will kein Kommentar zu den Kompetenzkatalogen der Art. 73, 74 GG sein.⁷ Im Zentrum des Interesses steht vielmehr die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen als methodisches Problem und dogmatische Grundfrage. Der Anspruch besteht also keineswegs darin, alle denkbaren – oder auch nur alle in der Rechtsprechung behandelten – Einzelabgrenzungen abzuhandeln. Die Gegenstände der Gesetzgebung und die daraus resultierenden möglichen Kompetenzkonflikte sind so vielfältig, dass ein solcher Anspruch auf Vollständigkeit kaum erfüllt werden könnte. Der Anspruch dieser Arbeit besteht nicht in der abschließenden Aufzählung der Lösungen aller einzelnen Abgrenzungsprobleme, sondern in der systematischen Aufarbeitung und Bereitstellung von Lösungswegen.

Der Ausgangspunkt ist dabei die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Diese Rechtsprechung soll nicht bloß nachgezeichnet werden. Manches an dieser Rechtsprechung ist unklar, manches widersprüchlich. Die Arbeit möchte es nicht bei Hinweisen auf solche Unklarheiten oder Widersprüche bewenden lassen, sondern zu deren Beseitigung beitragen, auch indem sie Alternativvorschläge macht. Das Ziel ist eine möglichst konsistente verfassungsrechtlich begründete Methodik und Dogmatik in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Bisher fehlt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Gesetzgebungskompetenzen in weiten Bereichen eine übergreifende Systematik; diese Rechtsprechung wirkt oft sehr kasuistisch. Das wird etwa deutlich an der unterschiedlichen Art und Weise, wie das Gericht Gesetzgebungskompetenzen mit dem Hinweis auf den „Sachzusammenhang“ begründet.⁸ Verschiedene Versuche der Literatur, die Verwendungsweisen des Topos „Sachzusammenhang“ durch das Gericht zu systematisieren,⁹ können letztlich nicht überzeugen, weil sie einen Teil dieser Verwendungsweisen zu sehr mit Bedeutungen aufladen und dabei nicht berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht den Begriff nicht nur in einer spezifischen, an eine Definition gebundenen Weise verwendet, sondern mit diesem Begriff mitunter in unspezifischer Weise ohne nähere Begründung lediglich auf die Evidenz von Kompetenzen hinweist. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erweist sich hier wie auch in anderen Problem-

⁶ Die Vielfalt bundesstaatlicher Kompetenzstrukturen wird eindrucksvoll dargestellt bei *Bothe*, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht; s. auch *v. Danwitz*, AöR 131 (2006), S. 510.

⁷ In ihrer Detailauflösung nach wie vor unübertroffen ist die Kommentierung von *Pestalozza* bei *v. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, GG, Band 8: Art. 70–75 (3. Auflage 1996).

⁸ Dazu näher unten § 15 I und III.

⁹ Dazu unten § 15 IV.

bereichen der Gesetzgebungskompetenzen als sperrig gegenüber Systematisierungsversuchen. Ein Grund hierfür mag auch die geringe Interdependenz mit anderen Regelungsbereichen der Verfassung sein;¹⁰ die Einordnung in besser ausgearbeitete methodische oder dogmatische Strukturen in anderen Bereichen des Verfassungsrechts (z.B. bei den Grundrechten) oder zumindest die Herstellung von Querbeziehungen zu solchen Strukturen und damit die Gewinnung von gefestigten, anderweitig abgesicherten Abgrenzungsargumenten wird dadurch erschwert oder unmöglich gemacht.

Auch in der Literatur wurde bisher keine umfassende Methodik und Dogmatik der Abgrenzung von Gesetzgebungskompetenzen entwickelt. In den Monographien, die sich mit Kompetenzen schlechthin befassen,¹¹ liegt das Erkenntnisinteresse auf einer allgemeineren Abstraktionsebene. Auf der anderen Seite gibt es Arbeiten zu bestimmten Problembereichen wie etwa der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs,¹² aber eben keine übergreifende Abhandlung mit dem Versuch, eine konsistente umfassende Methodik und Dogmatik der Abgrenzung von Gesetzgebungskompetenzen zu entwickeln.

Eine solche Methodik und Dogmatik der Kompetenzabgrenzung kann nicht nur zum theoretischen Erkenntnisgewinn beitragen, sondern auch einen Beitrag dazu leisten, in der Praxis die nötige Bestimmtheit und Festigkeit der Kompetenzordnung zu fördern.¹³ Auch um diese praktische Anwendung zu erleichtern, werden in dieser Arbeit methodische und dogmatische Vorschläge regelmäßig an konkreten Einzelproblemen – vorzugsweise solchen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erprobt.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Gesetzgebungskompetenzen steht zwar im Zentrum der Betrachtung und bildet das Ausgangsmaterial der Systematisierung. Es ist jedoch nicht das Ziel dieser Arbeit, alle Entscheidungen, in denen Fragen der Gesetzgebungskompetenz erörtert oder entschieden wurden, vollständig zu erfassen. Das würde den Umfang dieser Arbeit sprengen und würde auch den Blick für das eigentliche Ziel der Systematisierung verstellen: Es geht nicht um eine quantitative Erfassung, sondern um eine qualitative Auswertung der Rechtsprechung. Die häufige Wiederholung eines schlechten Arguments macht dieses nicht besser, und ein nur vereinzelt geäußertes Gedanke kann Hervorhebung verdienen, wenn er sich als weiterführend erweist.¹⁴ Im Folgenden wird daher immer wieder eine Auswahl zu treffen sein: Einzelne Entscheidungen werden vertieft erörtert, um – oft exemplarisch – jeweils eine bestimmte Argumentationsweise darzustellen. Diese Art der vertieften Erörterung erfolgt

¹⁰ Näher dazu unten § 7.

¹¹ S.o. Fn. 1.

¹² Zur Kompetenz kraft Sachzusammenhangs *Schröder*, Kriterien und Grenzen.

¹³ Zur Notwendigkeit dieser Bestimmtheit und Festigkeit s. unten § 5.

¹⁴ Beispiel für Letzteres: die Entscheidung BVerfGE 26, 246 (Ingenieurgesetz); dazu näher unten § 10 III.

in der Regel in der Weise, dass das jeweils zu erörternde Argument im Gesamtzusammenhang der betreffenden Entscheidung betrachtet wird, um seine Funktion und Verwendungsweise möglichst genau zu erfassen. Aus diesem Grund wird auch der der jeweiligen Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt regelmäßig so weit wiedergegeben, wie er für das zu erörternde Argument von Bedeutung ist.

Die Föderalismusreformen, insbesondere die im Schwerpunkt Gesetzgebungskompetenzen betreffende Reform des Jahres 2006, sind nicht als solche Gegenstand dieser Arbeit.¹⁵ Die Neuregelungen werden dort in die Betrachtung einbezogen, wo sie für die Systematik der Abgrenzung von Gesetzgebungskompetenzen von Bedeutung sind; soweit noch keine explizite Rechtsprechung dazu existiert, wird eine systematische Zuordnung zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgenommen.

§ 2 Gang der Darstellung

Eine Grundidee der in dieser Arbeit zu entwickelnden Methodik und Dogmatik der Kompetenzabgrenzung besteht darin, dass es bei der kompetenziellen Zuordnung einer gesetzlichen Regelung auch auf den normativen Zusammenhang ankommt, in dem die Regelung steht. Die gegenteilige Vorstellung, nämlich dass die kompetenzielle Zuordnung eines komplexen Gesetzeswerks dadurch erfolgen kann, dass das Gesetzeswerk in möglichst „kleine“, elementare Einzelregelungen zerlegt wird und dann diese Einzelregelungen unter die einschlägigen Kompetenznormen des Grundgesetzes subsumiert werden, mag zwar auf den ersten Blick einleuchten und besticht durch ihre vermeintliche Einfachheit. Bei näherem Hinsehen wird aber deutlich, dass eine solche Vorgehensweise schnell an ihre Grenzen stößt. Kein Problem stellt dabei die Aufteilung von Kompetenzen für verschiedene Regelungen eines Gesetzeswerks auf unterschiedliche föderale Ebenen dar, die mit einer solchen Vorgehensweise notwendig werden kann – erlässt der Gesetzgeber einer föderalen Ebene ein Gesetzeswerk und hat dabei nur für einen Teil der enthaltenen Regelungen die Gesetzgebungskompetenz, dann ist der Teil der Regelungen, für die er keine Kompetenz hat, verfassungswidrig; das Bundesverfassungsgericht kann dieses Gesetz z.B. in einem Normenkontrollverfahren gegebenenfalls teilweise oder im Ganzen für nichtig erklären.¹⁶ Prob-

¹⁵ Zu den mit der Föderalismusreform 2006 eingeführten Abweichungskompetenzen s. etwa *Beck*, Die Abweichungsgesetzgebung der Länder; *Hahn-Lorber*, Parallele Gesetzgebungskompetenzen; *Stackelberg*, Die Abweichungsgesetzgebung der Länder im Naturschutzrecht. Allgemeiner zur Föderalismusreform 2006 etwa *Meyer*, Die Föderalismusreform 2006; *Gerstenberg*, Zu den Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen nach der Föderalismusreform.

¹⁶ Dazu *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, S. 129. Beispiel: BVerfGE 106, 62/104 (Teilnichtigklärung des Altenpflegegesetzes).

lematisch ist die Auflösung in Einzelregelungen vielmehr deswegen, weil durch das Herauslösen einer Einzelregelung aus dem Regelungszusammenhang der Regelungszweck unkenntlich werden kann; die Kenntnis des Regelungszwecks ist aber für die Subsumtion unter eine Kompetenznorm erforderlich. Ein weiteres Problem besteht darin, dass eine wirksame Regelung mitunter nur durch eine Kombination verschiedener Einzelregelungen möglich ist, so dass es überhaupt nur sinnvoll ist, diese Kombination als Einheit kompetenziell zuzuordnen. Bei der Bestimmung einer Gesetzgebungskompetenz erfordert daher nicht nur die Auslegung der jeweiligen Kompetenznorm Aufmerksamkeit, sondern auch der Subsumtionsgegenstand und die Subsumtion. Aus diesem Grund werden die Auslegung von Kompetenznormen und die Subsumtion in getrennten Teilen der Arbeit behandelt.

Der Erste Teil beschäftigt sich mit der Auslegung von Kompetenznormen. Kompetenznormen sind Verfassungsnormen, und sie sind Rechtsnormen. Grundsätzlich sind daher die allgemeinen und die speziell verfassungsrechtlichen Auslegungsmethoden anwendbar. Allerdings sind bei der Auslegung von Kompetenznormen eine Reihe von Besonderheiten zu beachten, auf die im Einzelnen einzugehen ist. Ausgangspunkt ist dabei die klassische, auch vom Bundesverfassungsgericht angewendete Auslegungsmethode, also die Auslegung nach dem Wortlaut, die systematische Auslegung, die historische Auslegung und die teleologische Auslegung. Bei Kompetenznormen kommt der historischen Auslegung in der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts besonderes Gewicht zu; inwieweit das gerechtfertigt ist, bedarf einer eingehenderen Untersuchung, die auch den verfassungstheoretischen Hintergrund der historischen Auslegung ausleuchtet. Eine gesonderte Betrachtung gilt der Kompetenzneutralität des materiellen Verfassungsrechts: Die hier aufgestellte und zu überprüfende These lautet, dass Kompetenznormen aus sich heraus auszulegen sind, dass sich also aus Prinzipien des materiellen Verfassungsrechts keine Tendenz ableiten lässt, die zugunsten von Bundes- oder von Landeskompetenzen sprechen würde. Diese These wird besonders eingehend für das Subsidiaritätsprinzip überprüft; insbesondere dessen Existenz als verfassungsrechtlicher Grundsatz wird näher untersucht.

Der Zweite Teil wendet sich dann der Subsumtion unter Kompetenznormen (kompetenzielle Qualifikation) und den zu subsumierenden Regelungen, also den Subsumtionsgegenständen zu. Ganz allgemein ist die Frage zu klären, welche Wirkungen einer gesetzlichen Regelung eigentlich für die Subsumtion unter eine Kompetenznorm relevant sind. Sodann wird nach dem Umfang gefragt, den eine Regelungseinheit haben muss, um tauglicher Subsumtionsgegenstand sein zu können; eine solche Regelungseinheit wird „sachbereichsordnende Regelungseinheit“ genannt werden. Die Charakterisierung der Subsumtion gesetzlicher Regelungen unter Kompetenznormen als Frage nach dem Gegenstand zweckhaften Ordners und Zuordnung dieses Gegenstandes zu einer Kompetenznorm liefert im Anschluss daran ein Kriterium zur Auflösung von Kom-

petenzkonkurrenzen, das „Ordnungsschwerpunkt“ genannt wird. Dieses Kriterium wird auf einige Fallkonstellationen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angewandt, wobei es mit der Argumentation des Gerichts verglichen wird; auch mit verschiedenen Vorschlägen aus der Literatur zur Auflösung von Kompetenzkonkurrenzen soll der Ordnungsschwerpunkt verglichen werden. Schließlich ist noch eine besondere Argumentation bei der Begründung von Gesetzgebungskompetenzen zu untersuchen, nämlich die Kombination mehrerer Einzelmaterien zu einer Gesamtmaterie („Mosaikkompetenz“).

Der Dritte Teil wendet sich den „ungeschriebenen“ Kompetenzen zu: Kompetenz kraft Sachzusammenhangs, Annex, Kompetenz kraft Natur der Sache und Analogie. Beim Sachzusammenhang wird unterschieden zwischen dem spezifischen Sachzusammenhang im Anschluss an die „Sachzusammenhangsformel“ aus dem Baurechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 3, 407), der einen Übergriff in fremde Kompetenzbereiche rechtfertigen kann, und einem unspezifischen Sachzusammenhang, mit dem lediglich die Evidenz einer Kompetenz zum Ausdruck gebracht wird. Der spezifische Sachzusammenhang wird als Relation zwischen Regelungen verstanden, nicht als Relation zwischen Kompetenzmaterien: Durch den Sachzusammenhang in diesem Sinne werden Regelungen zu einer kompetenziell untrennbaren Einheit verschmolzen, die nur als Ganzes kompetenziell zugeordnet werden kann. Der spezifische Sachzusammenhang ist also kein Aspekt der Auslegung von Kompetenznormen, sondern ein Aspekt, der den Umfang des Subsumtionsgegenstandes beeinflusst. Der Annex wird als Erstreckung einer Kompetenz auf unselbstständige Hilfsregelungen verstanden; Annexregelungen sind ohne Übergriff in fremde Kompetenzbereiche möglich. Die Kompetenz kraft Natur der Sache stellt eine (echte) ungeschriebene Kompetenz dar, die im Widerspruch zur geschriebenen Kompetenzordnung steht und deshalb restriktiv gehandhabt werden muss; die Gründe zu ihrer Rechtfertigung verdienen deshalb besondere Aufmerksamkeit. Die Analogie schließlich muss wegen ihrer Wertungsabhängigkeit als Kompetenzbegründung in Zweifel gezogen werden.

Der Vierte Teil hat Kompetenzausübungsschranken zum Gegenstand. Dabei handelt es sich um materiellrechtlich begründete Schranken der Ausübung bestehender Kompetenzen, die ein nach der Kompetenzordnung zulässiges Hinüberwirken in Kompetenzbereiche der jeweils anderen föderalen Ebene begrenzen können. Es werden verschiedene Kompetenzausübungsschranken auf ihre Tauglichkeit untersucht: Die Bundestreue, das in einigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts herangezogene Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung (das vom Gericht verbunden wird mit dem Gedanken des Schutzes einer Regelungskonzeption), der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Kollisionsregel des Art. 31 GG.

Im Fünften Teil wird schließlich der kompetenzbezogene Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers untersucht. Dieser stellt sich vor allem als Prognosespiel-

raum hinsichtlich der Beurteilung künftiger Gesetzeswirkungen dar. Besondere Aufmerksamkeit hat dieser Prognosespielraum in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 Abs. 2 GG erhalten. Während das Gericht dem Gesetzgeber in seiner Rechtsprechung zur ursprünglichen Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG als „Bedürfnisklausel“ praktisch einen unbegrenzten Prognosespielraum zusprach, stellte es nach der Änderung des Art. 72 Abs. 2 GG zu einer „Erforderlichkeitsklausel“ seit der Entscheidung zum Altenpflegegesetz eine Reihe von Anforderungen an kompetenzbezogene Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers auf. Diese Anforderungen sollen näher untersucht werden. Insbesondere wird dabei auf die Frage einzugehen sein, unter welchen Voraussetzungen der Bundesgesetzgeber eine Pflicht zum Erlass eines Freigabegesetzes hat, wenn die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG nicht (mehr) erfüllt sind.

Auslegung von Kompetenznormen

§ 3 Auslegung und Subsumtion

Die Zuordnung von Gesetzgebungskompetenzen zum Bund bzw. zu den Ländern folgt bekanntlich dem einfachen Schema, das in Art. 70 Abs. 1 GG formuliert ist: Die Länder haben die Gesetzgebungskompetenz, soweit sich nicht eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus dem Grundgesetz ergibt. Abgesehen von den Fällen der „ungeschriebenen“ Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, auf die noch einzugehen sein wird,¹ muss daher die Prüfung, ob für den Erlass eines bestimmten Gesetzes der Bund oder die Länder zuständig sind, in der Weise erfolgen, dass nach einer Kompetenznorm im Grundgesetz gesucht wird, die dem Bund die Gesetzgebungskompetenz bezüglich des fraglichen Gesetzes gibt. Findet sich eine solche Norm, dann liegt die Gesetzgebungskompetenz beim Bund, andernfalls liegt sie bei den Ländern.

Das Auffinden einer Norm, die dem Bund die Kompetenz zum Erlass eines bestimmten Gesetzes gibt, erfolgt, vereinfacht gesprochen, wie jede Normanwendung in zwei Schritten: Die geeignet erscheinenden Normen werden, wenn ihre Bedeutung nicht ganz unzweifelhaft ist,² ausgelegt, und es wird versucht, das fragliche Gesetz unter die so ausgelegten Kompetenznormen zu subsumieren. Gelingt die Subsumtion unter (mindestens) eine dieser Kompetenznormen, dann hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz; gelingt die Subsumtion bei keiner der in Betracht kommenden Kompetenznormen, dann haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz. Als Kompetenznormen, die dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz geben, kommen dabei bekanntermaßen neben den Katalogen in Art. 73 GG (ausschließliche Gesetzgebung des Bundes) und Art. 74 GG (konkurrierende Gesetzgebung) zahlreiche über das Grundgesetz verstreute Einzelkompetenzen in Betracht; überwiegend handelt es sich dabei um ausschließliche Bundeskompetenzen.³

¹ Unten im Dritten Teil.

² In diesem Falle bedarf es keines besonderen Schrittes „Auslegung“, um die Norm zu aktualisieren. Vgl. dazu *Hesse*, Grundzüge, Rn. 49.

³ Vgl. nur die Zusammenstellungen bei *v. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, GG, Art. 71 Rn. 17 ff. hinsichtlich der ausschließlichen Kompetenzen und a.a.O., Art. 72 Rn. 211 hinsichtlich der konkurrierenden Kompetenzen außerhalb der Kataloge.

Die soeben verwendete Redeweise von „zwei Schritten“ suggeriert – ebenso wie die Gliederung dieser Arbeit, der zufolge zuerst die Auslegung von Kompetenznormen abgehandelt wird und danach die Subsumtion – eine Trennung in zwei disparate Problembereiche. Das ist hier aber nicht gemeint. Eine solche Trennung entspricht nicht der Praxis der Anwendung von Kompetenznormen bzw. der Normanwendung überhaupt: Es gibt dabei keine scharfe gedankliche Trennung zwischen abstrakter, sachverhaltsunabhängiger Auslegung der Norm und anschließender Subsumtion des Sachverhalts unter die Norm in ihrer so gefundenen und feststehenden Auslegung. Vielmehr legt ein Rechtsanwender üblicherweise schon aus Gründen der Arbeitsökonomie die betreffende Norm mit Blick auf den zu subsumierenden Sachverhalt aus. Darüber hinaus liegt der Sachverhalt üblicherweise nicht in einer direkt subsumtionsfähigen Form vor, sondern muss erst mit Blick auf die Norm aufbereitet werden, indem z.B. irrelevante Fakten weggelassen oder einzelne Umstände so gedeutet werden, dass sich daraus die Erfüllung oder Nichterfüllung eines Tatbestandsmerkmals ergeben kann. Die Normanwendung erfolgt also durch ein „Hin- und Herwandern des Blicks“ zwischen Norm und Sachverhalt.⁴

Das gilt auch für die Subsumtion eines Gesetzes unter eine Kompetenznorm. Der „Sachverhalt“, der unter die Kompetenznorm subsumiert wird, ist hier selbst eine Norm. Es wird sich noch zeigen,⁵ dass die Norm, die als Subsumtionsgegenstand in Betracht kommt, dabei keineswegs identisch mit dem vom Gesetzgeber verabschiedeten Gesetzeswerk sein muss; so kann es z.B. sein, dass nur Teile eines solchen Gesetzeswerks unter die gerade betrachtete Kompetenznorm subsumiert werden können, andere Teile möglicherweise unter andere Kompetenznormen. Die Festlegung des Subsumtionsgegenstandes erfordert also, das wird schon hier deutlich, den gleichzeitigen Blick auf die Kompetenznorm.⁶

Trotz dieser engen Verknüpfung von Auslegung und Subsumtion werden im Folgenden die Auslegung von Kompetenznormen und die Subsumtion in verschiedenen Abschnitten behandelt. Diese Aufteilung dient vor allem der Ordnung der zu behandelnden Problembereiche. Während sich dieser Abschnitt über die Auslegung mit Problemen beschäftigt, die sich in erster Linie auf das Verständnis von Kompetenznormen beziehen, konzentriert sich der Abschnitt über die Subsumtion (also der folgende, Zweite Teil dieser Arbeit) auf die Subsumtionsgegenstände, also auf die gesetzlichen Regelungen, die unter Kompetenznormen zu subsumieren sind.

⁴ *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 14 f. Dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 278 ff.

⁵ Unten § 10 II.

⁶ Das gilt natürlich auch für die Auslegung des zu subsumierenden Gesetzes: Möglicherweise lässt es sich nur in einer bestimmten, verfassungskonformen Auslegung unter die Kompetenznorm subsumieren.

§ 4 Zur Auslegung von Verfassungsrecht allgemein

Kompetenznormen sind Normen des Verfassungsrechts, und als solche sind sie grundsätzlich in gleicher Weise, d.h. mit den gleichen Methoden und nach den gleichen Grundsätzen auszulegen wie das übrige Verfassungsrecht. Allerdings gibt es keinen nach allgemeiner Überzeugung richtigen Kanon von Methoden und Grundsätzen für die Auslegung von Verfassungsrecht.⁷ Als Auslegungsmethode kommt zunächst in Betracht die klassische Methode in Anlehnung an die von Savigny⁸ für das Privatrecht entwickelten Interpretationsarten. Verfassungsnormen sind demnach nach der grammatischen, systematischen, historischen und teleologischen Interpretation auszulegen, oder, in den Formulierungen von Larenz, nach Wortsinn, Bedeutungszusammenhang des Gesetzes, Regelungsabsicht, Zwecken und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers sowie objektiv-teleologischen Kriterien.⁹ Die Geeignetheit dieser Methode zur Auslegung von Verfassungsrecht ist wegen ihrer ursprünglichen Bezogenheit auf das Privatrecht umstritten;¹⁰ das Bundesverfassungsgericht nimmt sie häufig jedenfalls zum Ausgangspunkt der Auslegung verfassungsrechtlicher Normen,¹¹ und gute Gründe sprechen für die Richtigkeit dieses Vorgehens,¹² auch wenn der genannte Kanon von Interpretationsarten im Detail „Merkmale des

⁷ Die schon von Böckenförde, NJW 1976, 2089 vorgefundene Vielfalt von Methoden ist inzwischen noch um einige Varianten vermehrt worden, so etwa um die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung (vgl. dazu Müller/Christensen, Juristische Methodik I, S. 433 ff.).

⁸ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, S. 212 ff. Die von Savigny genannten Auslegungselemente sind das grammatische, das logische, das historische und das systematische Element. Für die Anwendung der klassischen Gesetzesauslegung auf das Verfassungsrecht (und gegen die „geisteswissenschaftliche“ Methode im Sinne Smends) plädiert Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Frey (Hg.), Rechtsstaat im Wandel, S. 130 ff. Kritik daran wiederum bei Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 361 f. Zur den Unzulänglichkeiten und Unklarheiten in Savignys Darstellung der Interpretationsregeln mit Blick auf die Verfassungsinterpretation Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 81 ff.

⁹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 320 ff. Vgl. auch Starck, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR VII, 1. Aufl., § 164 Rn. 16.

¹⁰ Die Geeignetheit der klassischen Gesetzesauslegung zumindest in der von Savigny vertretenen Form bestreitet Böckenförde, NJW 1976, 2089/2090 f. unter Hinweis auf die Besonderheiten des Verfassungsrechts; gegen eine Sonderstellung des Verfassungsrechts bei der Auslegung aber Starck, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR VII, 1. Aufl., § 164 Rn. 17 und Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 338 ff.

¹¹ Ausdrückliches Bekenntnis zur klassischen Methode etwa in BVerfGE 11, 126/130. Zur Anwendung vgl. nur exemplarisch BVerfGE 15, 1/9 ff. Weitere Nachweise bei Böckenförde, NJW 1976, 2089/2090 Fn. 4.

¹² Starck, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR VII, 1. Aufl., § 164 Rn. 18 weist zu Recht darauf hin, dass die Auslegung jedes Rechtstextes, auch einer Verfassungsnorm, die Berücksichtigung der klassischen Interpretationsgesichtspunkte voraussetzt. Das schließt nicht aus, dass für Verfassungsnormen weitere Auslegungsgesichtspunkte hinzugenommen werden.

Zufälligen an sich trägt¹³. In der Wissenschaft finden sich Abwandlungen der klassischen Methode, z.B. als Trias der Auslegungselemente Wortlaut, Genese und Folgen der Norm.¹⁴

Neben oder ergänzend zum Kanon der Interpretationsarten nach der klassischen Auslegungsmethode werden häufig bestimmte spezifisch bei der Auslegung von Verfassungsnormen zu beachtende Grundsätze oder Prinzipien angewendet. Dazu zählen etwa, um einige von Konrad Hesse geprägte Auslegungsprinzipien zu nennen,¹⁵ das Prinzip der Einheit der Verfassung, nach dem Widersprüche zu anderen Verfassungsnormen zu vermeiden sind, oder das Prinzip der praktischen Konkordanz, nach dem Kollisionen verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter so zu lösen sind, dass keines ganz auf Kosten eines anderen realisiert wird; vielmehr müssen beiden Gütern Grenzen gezogen werden, so dass beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen. Als weitere Auslegungsprinzipien nennt Hesse die funktionelle Richtigkeit, wonach sich das auslegende Organ im Rahmen der ihm zugewiesenen Funktion zu halten hat, sowie die integrierende Wirkung, wonach derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben ist, die einheitsstiftend und -erhaltend wirkt, und schließlich die normative Kraft der Verfassung, wonach den Normen der Verfassung zu optimaler Wirkungskraft zu verhelfen ist. Die genannten Auslegungsprinzipien finden sich auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,¹⁶ ob sie außerhalb der klassisch-hermeneutischen Methode stehen oder lediglich besondere Ausprägungen der systematischen Auslegung darstellen,¹⁷ kann für ihre Anwendung und das Auslegungsergebnis dahingestellt bleiben.

Beispiele für weitere in der Rechtswissenschaft vorgeschlagene Prinzipien oder Methoden der Verfassungsauslegung sind der Grundsatz „in dubio pro libertate“¹⁸, die Verfassungsvergleichung¹⁹ oder die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung²⁰.

Darüber, dass es nicht eine einzige „richtige“ Auslegungsmethode gibt, besteht dabei weitgehend Einigkeit; der Methodenpluralismus wird gemeinhin ak-

¹³ Fikentscher, Methoden des Rechts IV, S. 356.

¹⁴ Schlink, Der Staat 19 (1980), S. 73/100 ff. Die Vorstellungen vom klassischen Kanon der Auslegungsmethoden sind also keineswegs einheitlich. So nennt R. Dreier, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: Dreier/Schwegmann (Hg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 13/25 „mindestens sieben“ Auslegungsmethoden.

¹⁵ Hesse, Grundzüge, Rn. 71 ff. Hesse versteht dabei Verfassungsinterpretation als – schöpferische – „Konkretisierung“ des Verfassungsrechts: a.a.O. Rn. 60 ff.

¹⁶ Nachweise etwa bei Starck, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR VII, 1. Aufl., § 164 Rn. 19 (Fn. 61, 62); speziell zur integrierenden Wirkung vgl. Rn. 27 f. mit Fn. 97.

¹⁷ Letzteres behauptet Starck, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR VII, 1. Aufl., § 164 Rn. 19 für die Einheit der Verfassung, die praktische Konkordanz und die funktionsrechtliche Richtigkeit.

¹⁸ P. Schneider, VVDStRL 20 (1963), S. 1/31 ff.; Kritik bei Ehmke, VVDStRL 20 (1963), S. 53/86 ff.

¹⁹ Häberle, JZ 1989, 913.

²⁰ Dazu Müller/Christensen, Juristische Methodik I, S. 433 ff.

zeptiert. Freilich gibt es keine allgemein akzeptierte Ordnung in diesem Methodenpluralismus, etwa in Gestalt einer Hierarchie oder eines „Stufenkatalogs“ der Methoden oder eines Auslegungsalgorithmus, bei dem die verschiedenen Methoden in vorbestimmter Weise Anwendung finden.²¹ Welchen Auslegungsmethoden der Vorzug gegeben wird, hängt unter anderem von der Vorstellung ab, die der Auslegende vom Ziel der Auslegung hat: Will er eher den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers ermitteln oder sucht er mehr nach dem heute objektiv dem Gesetz zu entnehmenden Gehalt?²² In der Praxis der Rechtsprechung (insbesondere der des Bundesverfassungsgerichts) lässt sich bei der Auswahl der im jeweiligen Fall anzuwendenden Methode eine gewisse methodische Willkür feststellen; maßgeblich für die Methodenwahl sind hier oft am Einzelfall orientierte Vernünftigkeitserwägungen, Judiz und Vorverständnis.²³

Die – hier nur exemplarisch wiedergegebene – Vielfalt von Methoden der Verfassungsinterpretation muss nicht als zu beseitigender Makel erscheinen; vielmehr kann sie auch erwünscht sein. Unter dem Gesichtspunkt der „Topik“²⁴ ist das der Fall: Sie stellt gerade die Vielfalt verschiedenartiger Auslegungsprinzipien in den Mittelpunkt.²⁵ Der Grundgedanke ist dabei, dass die Auslegung als ein Argumentationsprozess betrachtet wird, in dem sich die Zulässigkeit von Argumenten aus ihrer Angemessenheit gegenüber dem jeweiligen Auslegungsproblem ergibt. Die sich aus diesem Ansatz ergebende methodische Offenheit bringt die Gefahr der Beliebigkeit des Auslegungsergebnisses und damit der Unbestimmtheit der auszulegenden Verfassungsnorm mit sich; ob Versuche, diese Unbestimmtheit etwa durch Orientierung an den Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts²⁶ oder durch Überantwortung der Verfassungsinterpretation an „alle Staatsorgane, alle öffentlichen Potenzen, alle Bürger und Gruppen“²⁷ zu reduzieren, erfolgreich sind, ist umstritten.²⁸

²¹ Ein Vorschlag, wie die Anwendung der unterschiedlichen Methoden ansatzweise gesteuert werden könnte, findet sich bei *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 299 ff. (insb. JZ 304 ff.). Allerdings bietet auch dieser Vorschlag nach eigener Aussage *Alexys* keine Lösung des Problems (a.a.O. S. 304).

²² Dazu *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 428 ff.

²³ Vgl. hierzu die Erhebung von *Kranenpohl*, Der Staat 48 (2009), S. 387, die sich vor allem auf Selbsteinschätzungen der Richter hinsichtlich ihres Umgangs mit Interpretationsmethoden stützt. S. dazu auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 124 ff. und passim.

²⁴ In die Methodendiskussion eingeführt von *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz (Erstauflage 1953).

²⁵ Dazu *Böckenförde*, NJW 1976, 2089/2091 ff.; *Starck*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), HStR VII, 1. Aufl., § 164 Rn. 24 ff.

²⁶ *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 258 ff., 299 ff.

²⁷ *Häberle*, JZ 1975, 297 („offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretieren“). Kritisch dazu („Bei Häberle ist Methode einfach abwesend“) *Schlink*, Der Staat 19 (1980), S. 73/82 ff.

²⁸ Kritik etwa bei *Böckenförde*, NJW 1976, 2089/2092 ff.; *Starck*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), HStR VII, 1. Aufl., § 164 Rn. 22 erkennt eine steuernde Funktion von Präjudizien an, verwirft aber das Konzept der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpretieren als „prak-