



Das konventionswidrige Gesetz

Die Rolle der verwaltungsgerichtlichen
Feststellungsklage bei der Bereinigung
einer EMRK-widrigen Rechtslage

Das konventionswidrige Gesetz

Die Rolle der verwaltungsgerichtlichen
Feststellungsklage bei der Bereinigung
einer EMRK-widrigen Rechtslage

von Tassilo Keiber

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek |
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind
im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN 978-3-415-07674-7

© 2024 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zu-
gelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt
insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in
elektronischen Systemen. Die Nutzung sämtlicher Inhalte für das Text-
und Data Mining ist ausschließlich dem Richard Boorberg Verlag GmbH
& Co KG vorbehalten. Der Verlag untersagt eine Vervielfältigung gemäß
§ 44b Abs. 2 UrhG ausdrücklich.

Titelfoto: © Sven Hoppe – Fotolia

Satz: abavo GmbH, Nebelhornstraße 8, 86807 Buchloe Druck und
Bindung: Esser PrintSolutions GmbH, Westliche Gewerbestraße 6,
75015 Bretten

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Kapitel 2

Innerstaatliche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen konventionswidrige Gesetze

Der Kläger im Verfahren *Herrmann* ist der Ansicht, dass die im BJagdG normierte Jagdduldungspflicht durch Dritte gegen die EMRK verstößt. Es handelt sich nach seiner Auffassung um ein *konventionswidriges Gesetz*, da *der staatliche Zwang die Jagd durch Dritte zu dulden (Erlaubnisnorm) dem konventionsrechtlichen Verbot die Jagd dulden zu müssen (Verbotsnorm) widerspreche*. Fraglich ist, ob und wie er sich gegen diese Pflicht innerstaatlich zur Wehr setzen kann. Bevor in Kapitel 4 dieser Frage nachgegangen wird, sollen hier die prozessualen Grundlagen gelegt werden. Es geht im nun folgenden Kapitel 2 um den innerstaatlichen Rechtsschutz gegen konventionswidrige Gesetze mit Fokus auf Gesetzen, die als *self-executing* ausgestaltet sind, und dem Rechtsschutz dagegen vor den Verwaltungsgerichten. Im deutschen Prozessrecht gibt es vielseitige Möglichkeiten der gerichtlichen Kontrolle von Normen.¹ Dabei wird ausschließlich der Rechtsschutz gegen bereits erlassene, formelle Gesetze – die Situation der Normenabwehr – besprochen. In Anlehnung an *Schenke*² kann von »Rechtsschutz gegen normatives Unrecht« gesprochen werden.

Um dieser Frage nachzugehen, soll der prozessuale Weg nachgezeichnet werden, den ein Individuum im Rechtsschutzsystem des Verwaltungsrechts gehen *könnte*. Im ersten Schritt ist zu klären, ob es einen behördlichen Rechtsschutz gegen normatives Unrecht gibt (dazu unter: Kap. 2 § 1). Es wird sich zeigen, dass dieser nicht besonders ausgeprägt ist.

Im Anschluss wird der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz gegen normatives Unrecht besprochen (dazu unter Kap. 2 § 2). Die Fokussierung ergibt sich zum einen aus dem genannten Bezug zum Fall *Herrmann*, zum anderen aber auch dadurch, dass gerade die Verwaltungsgerichtsbarkeit diverse »Mittel« zur Überprüfung normativen Unrechts bietet. Insbesondere die Feststellungsklage hat sich zu einer Klage zur Abwehr individueller Rechtsverletzung aufgrund normativen Unrechts entwickelt, indem über die Brücke des konkreten Rechtsverhältnisses festgestellt werden kann, dass entgegen einer Rechtsnorm (k)ein Rechtsverhältnis begründet ist. Ein solcher Antrag zieht Probleme mit Art. 100 Abs. 1 GG nach sich, da über Fragen zur Gültigkeit formeller nachkonstitutioneller Gesetze das BVerfG das Verwer-

1 Zu einer – immer noch – erschöpfenden Übersicht: *Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979.

2 *Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979.

fungsmonopol besitzt. Die vorliegende Bearbeitung vertritt allerdings die Ansicht, dass dieses Verwerfungsmonopol bei der Konstruktion der Feststellungsklage zur Normenabwehr gewahrt wird. Besonderes Augenmerk soll dabei auf die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen einer Feststellungsklage gelegt werden, da es dieser Weg nach der hier vertretenen Ansicht ermöglicht, vorläufige Feststellungen über ein Rechtsverhältnis und die aus diesem ableitbaren Rechte und Pflichten zu treffen.

In einem letzten Schritt wird der Individualrechtsschutz gegen normatives Unrecht vor dem BVerfG dargestellt (dazu unter: Kap. 2 § 3). Nach einem Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten der Normenkontrolle, wobei die mittelbare Rechtssatzverfassungsbeschwerde im besonderen Fokus steht, sollen die Verfahren aus funktioneller Sicht betrachtet werden. Ein weiterer Problemschwerpunkt ist die Bindungswirkung einer Normbestätigung durch das BVerfG. Das BVerfG überprüft Gesetze nicht am Maßstab der EMRK, sondern alleinig an höherrangigem innerstaatlichem Recht. Wenn eine Norm in ihrer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht bestätigt ist, ist fraglich, ob nach einer späteren Entscheidung des EGMR dieselbe Norm nochmals innerstaatlich überprüft werden kann. Ausgehend vom Urteil des BVerfG zur *Sicherungsverwahrung* wird anschließend aufgeschlüsselt, dass die Bindungswirkung einer Entscheidung des BVerfG durch den Vorwurf der Konventionswidrigkeit gelockert sein kann.

Das Kapitel endet mit einem Überblick über die gewonnenen Ergebnisse (dazu unter: Kap. 2 § 4).

§ 1 Reaktionsmöglichkeiten der Verwaltung auf konventionswidrige Gesetze

Im Folgenden sollen die Grundsätze dargestellt werden, wie die Verwaltung mit einem materiell konventionswidrigen innerstaatlichen Gesetz zu verfahren hat. Um dies darzustellen, ist zunächst darauf einzugehen, wie die Verwaltung mit rechtsfehlerhaften Gesetzen generell umzugehen hat. Insbesondere ein Vergleich zu verfassungswidrigen Gesetzen ist angebracht, da sich ein konventionswidriges Gesetz in der Regel in Folge seiner Konventionswidrigkeit als verfassungswidrig herausstellen wird. Dabei bietet es sich an zwischen der Möglichkeit der Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Gesetzes und der Fehlerfolge zu differenzieren. Zuletzt ist eine Einordnung für das Recht der EMRK und die vorliegende Bearbeitung vorzunehmen. Aufgrund der Fokussierung auf *self-executing* Normen wird die Verwaltung – mangels Vollzugakts – zunächst keinen Zugriff auf das konventionswidrige Gesetz haben.

A Überprüfungsmöglichkeit eröffnet

Die Verwaltung darf und soll jegliche Rechtsnorm, die sie zur Anwendung bringt, auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen.³ Bei der dafür notwendigen abstrakt-generellen Prüfung hat sie auch die EMRK zugrunde zu legen. Es gelten die im vorherigen Kapitel herausgearbeiteten Grundsätze. Die Verwaltung kann nach Auslegung einer Norm zum Schluss gelangen, dass ein innerstaatliches Gesetz gegen die EMRK verstößt, also ein konventionswidriges Gesetz vorliegt. Problematisch ist aber, welche Folgen sie daraus ziehen darf und wie ein möglicher Lösungsweg zur Herstellung eines konventionskonformen Zustands aussehen könnte.

B Eingeschränkte Fehlerfolgen

Der Verwaltung stünden in so einem Fall theoretisch die folgenden Optionen offen:

- Aussetzung des Verfahrens,
- Nichtanwendung der Norm im Einzelfall,
- (generelles) Verwerfen des Gesetzes.

Die *Aussetzung des Verfahrens* kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Verwaltung ein Klagerecht gegen die für fehlerhaft erachtete Norm zusteht oder die Verwaltung die Norm selbst erlassen hat und prüfen will, ob sie aufgehoben wird.

Eine *generelle Normverwerfungskompetenz* kann der Verwaltung nur zukommen, wenn ihr eine solche Kompetenz gesetzlich verliehen wurde. Eine solche Kompetenz ist in der deutschen Rechtsordnung nicht ersichtlich. Ob die Norm im *Einzelfall nicht angewendet* werden kann, ist ebenfalls eine Frage der Kompetenz. Es ist zu unterscheiden zwischen Normen des Unionsrechts und sonstiger nationaler Rechtsvorschriften. Bei nationalen Rechtsvorschriften und dem Verstoß gegen höherrangiges nationales Recht gilt das Folgende:

- nachkonstitutionelle Parlamentsgesetze müssen wegen Art. 100 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG stets angewendet werden;⁴

3 Zum Folgenden: Ehlers/Pünder, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 2 Rn. 122 ff.

4 Hier ist vieles streitig. Für eine Bindung der Verwaltung an förmliche Gesetze siehe nur: Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 98 m. w. N., der diese mit dem Gebot der Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG begründet. Gegen eine solch strenge Bindung und für die Nichtanwendung allerdings: Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 97 m. w. N., der dies mit dem Vorrang der Verfassung begründet. M.E. ist die Gesetzesbindung der Verwaltung stärker zu gewichten. Neben dem Aspekt der Rechtssicherheit spricht auch ihre Rolle in der Gewaltenteilung dafür. Die Verwaltung hebt sich von der Rolle der Judikative ab. Die Exekutive ist nicht, wie die Judikative, unabhängig im Sinne des Art. 97 Abs. 1 GG.

- bei untergesetzlichen Normen ist zu differenzieren: Grundsätzlich ist die Verwaltung, genauer der Normgeber, befugt die von ihm erlassene Norm auch aufzuheben. Allerdings kann dies nur der Normgeber selbst tun. Anderen Verwaltungsbehörden kann lediglich die Kompetenz zustehen, die Norm unangewendet zu lassen. Dies wird der Verwaltung in besonderen Konstellationen zugebilligt.⁵

Für die hier zu untersuchende Konstellation des Parlamentsgesetzes sind der Verwaltung daher die Hände gebunden. Sie hat das Gesetz anzuwenden und kann lediglich den Hinweis erteilen, dass eine gerichtliche Überprüfung aus ihrer Sicht angezeigt ist. Weiterhin kann die vollziehende Verwaltung die Landes- oder Bundesregierung drängen, ein Normenkontrollverfahren einzuleiten.⁶

C Ausnahme: Unionsrecht

Sollte die Verwaltung der Ansicht sein, dass nationales Recht gegen (unmittelbar anwendbares) Unionsrecht verstößt, so hat sie dieses unangewendet zu lassen.⁷ Dabei hat sie die Prüfung, ob nationales Recht gegen Unionsrecht verstößt, von Amts wegen durchzuführen⁸, was sie regelmäßig vor Probleme stellt.⁹

5 Ehlers/Pünder, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 2 Rn. 128: »Jedenfalls muss es der Verwaltungsbehörden erlaubt sein, untergesetzliche Normen nicht anzuwenden, wenn ein Gericht die Nichtigkeit in einem Einzelfall bereits festgestellt hat, wenn in einem Eilfall die Anrufung der Gerichte (etwa nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO) nicht in Betracht kommt oder wenn die Nichtigkeit evident ist.« Siehe auch: BVerwG, Urt. v. 31.01.2001, 6 CN 2/00 = NVwZ 2001, 1035 (1035).

6 Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 98. Auf Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit hat ein Beamter seinen Vorgesetzten gemäß § 63 Abs. 2 Bundesbeamtengesetz (Bundesbeamte) bzw. § 36 Abs. 2 Beamtenstatusgesetz (Landesbeamte) hinzuweisen. Der Vorgesetzte entscheidet sodann, ob er zur Anwendung der Norm anweist oder Bedenken an nächsthöhere Stelle weiterleitet. Wird schließlich die Bundes- oder Landesregierung damit befasst, kann sie auf die Aufhebung des Gesetzes hinwirken oder ein abstraktes Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i. V.m. §§ 76 ff. BVerfGG oder nach Landesverfassungsprozessrecht einleiten, um die Gültigkeit des formellen Gesetzes klären zu lassen. Dazu: Grigoleit, in: Battis Bundesbeamtengesetz, 6. Aufl. 2022, § 63 Rn. 4f.

7 EuGH, Urt. v. 22.06.1989, Rs. 103/88 – Costanzo, Rn. 32ff. Für einen Fall zum deutschen Recht siehe: EuGH, Urt. v. 28.02.2013, C-544/11, Petersen/FA Ludwigshafen.

8 EuGH, Urt. v. 22.06.1989, Rs. 103/88 – Costanzo, Rn. 30ff.

9 Ehlers/Pünder, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 2 Rn. 125 verweist darauf, dass die Verwaltung, im Gegensatz zu den Gerichten, keine Möglichkeit der Vorlage nach Art. 267 AEUV habe. Zudem trage die Verwaltung ein doppeltes Haftungsrisiko: Wenn sie die deutsche Norm rechtswidrig unangewendet lasse, dann verstoße sie gegen nationales Recht; wenn sie die Norm rechtswidrig anwende, gegen Unionsrecht.

D Einordnung für das Recht der EMRK

Sollte die Verwaltung zum Schluss gelangen, dass eine Rechtsnorm gegen das Recht der EMRK in abstrakter Art und Weise verstößt, so bleiben ihr die folgenden Möglichkeiten:

I Auslegung der Norm, um eine Normenkollision zu vermeiden

Auch der Verwaltung stehen die oben erwähnten Auslegungsmethoden bezüglich des einfachen Rechts zur Verfügung. Auch sie unterliegt der Pflicht zu einer möglichst konventionskonformen Auslegung des einfachen Rechts. Im Rahmen verbleibender Auslegungsspielräume kann sie so eine konventionskonforme Rechtslage herstellen.¹⁰

II Lösung der Normenkollision mit Mitteln des materiellen Rechts

Wenn die Verwaltung bei der Überprüfung des Gesetzes auch nach Auslegung zum Schluss gelangt, dass ein Verstoß gegen die EMRK vorliegt, hat sie diese Kollisionslage zunächst mit den Mitteln des materiellen Rechts zu bereinigen. Dies kann ihr über das oben dargestellte Kollisionsrecht gelingen.¹¹ So kann der Verwaltung sehr wohl die Möglichkeit offenstehen, nach dem *lex posterior*-Grundsatz ein Gesetz, nämlich die *lex prior*, unangewendet zu lassen.

III Lösung einer Normenkollision mit Mitteln des Verfassungsrechts

Falls der Verwaltung über die soeben skizzierten Wege keine Möglichkeit verbliebe eine (aus ihrer Sicht) konventionskonforme Rechtslage herzustellen, so verbliebe ihr die Möglichkeit mit einer möglichen Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zu argumentieren. Ein Gesetz aber aufgrund einer möglichen Verfassungswidrigkeit nicht zur Anwendung zu bringen, ist der Verwaltung aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG verwehrt.

In einem solchen Fall müsste die Verwaltung das aus ihrer Sicht konventionswidrige Gesetz folglich anwenden. Sie könnte die Anwendung mit einem Hinweis versehen, dass sie aufgrund der Konventionswidrigkeit von einer Verfassungswidrigkeit ausgeht und deshalb eine Überprüfung des Gesetzes in einem gerichtlichen Verfahren empfiehlt. Darüber hinaus könnte sie die Regierung drängen, ein Normenkontrollverfahren einzuleiten.

¹⁰ Vgl. zur Auslegung unter: Kap. 1 § 4 A.

¹¹ Dazu unter: Kap. 1 § 4 B.

E Stellungnahme zum Verwaltungsverfahren

Der Verwaltung stehen viele Möglichkeiten offen, um die Anwendung eines aus ihrer Sicht konventionswidrigen Gesetzes zu vermeiden. Die bei Weitem wirkmächtigste Methode wird dabei sein, über Wege der Auslegung das Verdict der Konventionswidrigkeit gar nicht erst entstehen zu lassen. Sollten dem anzuwendenden Gesetz aber keine Möglichkeiten einer konventionskonformen Auslegung offenstehen und sind auch sonstige Lösungswege über die materiellen Kollisionsregeln verschlossen, so verbleibt der Verwaltung nur die Anwendung des – aus ihrer Sicht – konventionswidrigen Gesetzes.

Auf Grundlage des hier vorgenommenen Fokus auf *self-executing* Normen wird es aber regelmäßig keinen Vollzugsakt durch die Verwaltung geben, womit eine Handhabung eines konventionswidrigen Gesetzes durch die Behörde ausscheidet. Allerdings kann die Behörde auf sekundärer Ebene, wenn es beispielsweise um den Erlass von behördlichen Zwangsmaßnahmen aufgrund des Verstoßes gegen eine Pflicht aus einer *self-executing* Norm geht, mit der Problematik konfrontiert sein.

§ 2 Reaktionsmöglichkeiten im Verwaltungsprozess

Im Verwaltungsprozess existieren zwei Formen der Normenkontrolle: die prinzipale, bei der die Rechtmäßigkeit eines Gesetzes unmittelbarer Prüfungsgegenstand ist und die inzidente, die sich gegen einen Vollzugsakt wendet und die Frage der Rechtmäßigkeit eines Gesetzes nur als Vorfrage bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vollzugsakts stellt (siehe unter: Kap. 2 § 2 A). Rechtsschutz gegen formelle Gesetze können Verwaltungsgerichte auf prinzipalem Weg nicht leisten, da es diesbezüglich kein Verfahren gibt (dazu unter Kap. 2 § 2 B). Im Fokus werden damit die Formen inzidenter Normenkontrolle sein, um die es in Kap. 2 § 2 C gehen wird. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die Kontrollmöglichkeit über die Feststellungsklage nach § 43 VwGO zu legen sein. Diese nimmt in der neueren Rechtsprechung eine besondere Rolle bei der Überprüfung von subjektiven Rechtsverletzungen aufgrund gesetzlicher Anordnungen ein.

A Formen der Normenkontrolle

Das verwaltungsgerichtliche Verfahren unterteilt sich in prinzipale und inzidente Normenkontrolle.¹² Prinzipale Normenkontrollen zeichnen sich dadurch aus, dass in der Hauptsache über die Rechtmäßigkeit und

¹² Zu den Begrifflichkeiten: *Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 26, Fn. 22, der auf *Bettermann*, Über richterliche Normenkontrolle, ZZP 1959, 32 (34) verweist.

Gültigkeit einer *Norm* entschieden wird. Es kommt also im Wesentlichen auf die Frage an, ob der Gerichtsbarkeit überhaupt ein solches Prüfungs- und Entscheidungsrecht zusteht. Inzidente Normenkontrollen hingegen sind Verfahren, die nicht die Gültigkeit einer Norm zum unmittelbaren Gegenstand haben, sondern einen *Einzelakt*. Dieser Einzelakt ist aber seinerseits auf eine Norm gestützt. Bei der Beantwortung der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Einzelakts kann es als Vorfrage auf die Gültigkeit der Norm ankommen. Die Norm wird mithin inzident überprüft; zu dieser inzidenten Überprüfung der Gültigkeit von Rechtsnormen sind alle Gerichte verpflichtet.¹³

In den letzten Jahren hat sich eine Form der inzidenten Normenkontrolle über die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage herausgebildet. Sie geht von der Prämisse aus, dass um das festzustellende Rechtsverhältnis bewerten zu können, die Frage der Gültigkeit der anzuwendenden Rechtsnorm als inzidente Vorfrage zu beantworten sei. Bei dieser Konstruktion ist vieles streitig. Ihre Relevanz erfährt sie insbesondere bei »*self-executing*« Gesetzen (dazu unter: Kap. 2 § 2 C II 1).

Im Folgenden soll daher zunächst kurz auf die Möglichkeiten prinzipialer Normenkontrolle vor den Verwaltungsgerichten eingegangen werden (dazu unter: Kap. 2 § 2 B). Dies wird in aller Knappheit geschehen, da sich zeigen wird, dass es bezüglich des vorliegenden Untersuchungsgegenstands, formelle Gesetze, kein Verfahren gibt. Deshalb wird der Fokus auf den inzidenten Überprüfungsmöglichkeiten, insbesondere durch eine Feststellungsklage, liegen (dazu unter: Kap. 2 § 2 C). Darüber hinaus soll in diesem Abschnitt auf die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes in Bezug auf Normenkontrollen eingegangen werden (dazu unter: Kap. 2 § 2 D).

B Prinzipale Normenkontrolle

Mit Ausnahme einiger Spezialvorschriften¹⁴ ist die Normenkontrolle nach § 47 VwGO die einzige Möglichkeit einer prinzipialen Normenkontrolle im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Da sie bezüglich formeller Gesetze nicht zulässig ist, hat sie für die vorliegende Bearbeitung keine Relevanz.

Insgesamt scheidet eine prinzipiale Kontrolle von formellen Gesetzen zudem bereits aufgrund des § 40 Abs. 1 VwGO aus. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg nur bei »*öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtver-*

13 Michael, Normenkontrollen – Teil 1 Funktionen und Systematisierung, ZJS 2012, 756 (760).

14 Panzer/Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 45. EL Januar 2024, § 47 VwGO Rn. 6 verweisen auf die Sonderregeln einiger Planfeststellungsgesetze.

fassungsrechtlicher Art gegeben«. Da aber die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines formellen Gesetzes eine verfassungsrechtliche Streitigkeit darstellen würde, scheiden prinzipale Normenkontrollen vor den Verwaltungsgerichten aus.¹⁵

C Inzidente Normenkontrollen im Hauptsacheverfahren

Inzidente Normenkontrollen können auf verschiedenartige Weisen initiiert werden. Kern dabei ist, dass die Rechtmäßigkeit der Norm im jeweils angestregten Verfahren lediglich eine Vorfrage bildet. Streitgegenstand¹⁶ ist der jeweilige konkrete individuelle Vollzugsakt, im Verwaltungsverfahren also insbesondere Verwaltungsakte. Dies tritt bei inzidenten Kontrollen von Verwaltungsakten innerhalb der Anfechtungsklage offen zu Tage (dazu unter: Kap. 2 § 2 C I). Sollte es ausnahmsweise keinen Vollzugsakt geben, den der Normunterworfenen angreifen kann, so ist äußerst fraglich, ob und wie er gegen die Norm vorgehen kann. In Betracht kommt hier die Anwendung der Feststellungsklage nach § 43 VwGO. Auf diese Variante der inzidenten Normenkontrolle wird unter Kap. 2 § 2 C II 2 vertieft eingegangen.

I Inzidente Normenkontrollen bei Vorliegen eines Vollzugsakts

Im Rahmen der Kontrolle eines Vollzugsakts erstreckt sich die gerichtliche Kontrolle auch auf die Rechtmäßigkeit der gesetzlichen Entscheidungsgrundlage.¹⁷ Im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt ist Streitgegenstand nach herrschender Meinung die Rechtsbehauptung des Klägers, der angefochtene Verwaltungsakt sei rechtswidrig und verletze ihn in eigenen Rechten.¹⁸ Für die Beantwortung der Frage, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, kommt es auch auf die Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage an. Diese ist somit einer Rechtmäßigkeitsprüfung zu unterziehen sein, soweit es entscheidungserheblich auf sie ankommt.¹⁹

1 Lösung über materielles Kollisionsrecht

Im Kern hat das Gericht sodann die gleiche Prüfung wie die vorher mit dem Gesetz befasste Verwaltung durchzuführen. Bei Vorliegen einer Normenkollision zwischen dem nationalen Gesetz und der EMRK und der Ansicht, dass die Ermächtigungsgrundlage keiner konventionskonfor-

¹⁵ *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2023, Rn. 1159.

¹⁶ Zum Streitgegenstandsbegriff unter: Kap. 1 § 5 A III 1.

¹⁷ *Michael*, Normenkontrollen – Teil 1 Funktionen und Systematisierung, ZJS 2012, 756 (758).

¹⁸ *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, 1995, S. 153.

¹⁹ Dass die Norm entscheidungserheblich sein muss, ergibt sich indirekt aus Art. 100 Abs. 1 Hs. 2 GG. Danach sind nur solche Gesetze vorlagefähig, auf die es *»bei der Entscheidung ankommt«*.

men Auslegung zugänglich ist, hat sich das Gericht zu fragen, ob der Konflikt mit dem materiellen Kollisionsrecht hin zu einer konventionsmäßigen Rechtslage zu lösen ist.

2 Lösung über Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG

Falls dem nicht so ist, das Gericht die Norm für entscheidungserheblich hält und die Norm keiner (bundesgesetzes- oder) verfassungskonformer Auslegung zugänglich ist, so muss ein Fachgericht das Verfahren aussetzen und auf Grundlage der Behauptung, dass das Gesetz nicht nur konventionswidrig, sondern auch verfassungswidrig sei, eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG einleiten. Falls es sich bei dem zu überprüfenden Gesetz um ein Landesgesetz handelt, so kann die EMRK aufgrund ihres Ranges als Bundesgesetz auch direkter Maßstab sein (Art. 100 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG).

Im Folgenden wird aus Gründen der Übersichtlichkeit ausschließlich die Variante eines formellen Bundesgesetzes behandelt.

3 Lösung über Einleitung eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens

Im Fall, dass das Fachgericht selbst *nicht* von der Konventionswidrigkeit der Norm ausgeht (und mithin auch *nicht* den Schluss der Verfassungswidrigkeit zieht), verbleibt dem Betroffenen nach Durchlaufen des Rechtsweges die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde; dort kann er den Vorwurf der Konventionswidrigkeit im Rahmen der möglichen Verfassungswidrigkeit der Norm²⁰ erneut erheben.²¹

II Inzidente Normenkontrollen ohne Vorliegen eines Vollzugsakts

Besonders problematisch ist die Frage, ob eine inzidente Normenkontrolle gegen formelle Gesetze im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage nach § 43 VwGO möglich ist. Diese Konstruktion könnte genutzt werden, um den Vorwurf, ein Gesetz verstoße in seiner konkreten Anwendung gegen die Gewährleistungen der EMRK, abzuklären. Ein Bedürfnis dafür besteht insbesondere bei formellen Gesetzen, die ihrer Konstruktion nach »*self-executing*« sind, also keinen Vollzugsakt benötigen (dazu unter: Kap. 2 § 2 C II 1). Hier vertrat die Rechtsprechung lange die Ansicht, dass ein (verwaltungsrechtlicher) fachgerichtlicher Rechtsschutz nicht existierte. Hintergrund ist die Annahme, dass es sich bei der

20 Die EMRK ist nicht direkter Überprüfungsmaßstab im Rahmen der Verfassungsbeschwerde.

21 Dabei kann sich die Verfassungsbeschwerde zusätzlich zu den materiellen Erwägungen gegen das verfassungswidrige Gesetz auch auf die Nichteinleitung des Art. 100 GG Verfahrens stützen. Diesbezüglich steht eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Raum.

Konstruktion um eine »*verkappte Normenkontrolle*«²² handelte und es der Sache nach auf die Überprüfung eines formellen Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit hinauslief.²³ Neuerdings wandelt sich hier aber das Verständnis. Hintergrund ist die stärker werdende Akzeptanz, dass es sich bei der Konstruktion einer Feststellungsklage nicht um die Umgehung des bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols bezüglich formeller Gesetze handele, sondern um einen gesonderten Streitgegenstand, der einer separaten Entscheidung zugänglich ist (dazu ausführlich unter: Kap. 2 § 2 C II 2). Gefordert wurde diese Sichtweise nicht zuletzt vom BVerfG selbst, welches die vorherige Erhebung einer Feststellungsklage zum Zulässigkeitsersfordernis einer Verfassungsbeschwerde erklärte und so indirekt die Verwaltungsgerichte zur Akzeptanz der Feststellungsklage anleitete.²⁴

1 Die Unterscheidung von Vollzugsnormen (»*self-executing*«-Normen) und vollziehbaren Normen

Die Unterscheidung zwischen sogenannten »Vollzugsnormen« oder auch »*self-executing*« Normen zu »vollziehbaren Normen« ist für den inzidenten Rechtsschutz durch die Feststellungsklage von Relevanz.²⁵ Vollzugsnormen sind Normen, die entweder keiner Vollziehung durch die Verwaltung zugänglich sind oder dieser jedenfalls nicht zwingend bedürfen.²⁶ Bei vollziehbaren Normen bedarf es dagegen – aus Sicht des normunterworfenen Individuums – eines Einzelakts, um eine unmittelbare²⁷ Rechtswirkung im Sinne des Setzens einer Rechtsfolge zu erzeugen. Bei vollziehbaren Normen wird die individuelle Rechtsfolge erst durch eine Einzelfallentscheidung gesetzt.²⁸ Als Beispiele für *self-executing* Gesetze führt *Schenke* gesetzliche Zwangsmitgliedschaften in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts oder gesetzliche Verbote einer gewerblichen Tätigkeit an.²⁹

Merkmal einer Vollzugsnorm ist also, dass sie für ihre Rechtsbeeinträchtigung³⁰ gegenüber dem Individuum keinen vermittelnden Einzel-

22 *Engels*, Die Feststellungsklage, NVwZ 2018, 1001 (1004).

23 Und im Übrigen über § 40 Abs. 1 VwGO ausgeschlossen ist.

24 *Barczak*, Die negative Feststellungsklage als allgemeine Normenabwehrklage – Zur Neubestimmung des Rechtsschutzes gegen formelle Gesetze im Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit –, DVBl 2019, 1040 (1042 f.) m. w. N. insbesondere in Rn. 39.

25 Zu der Unterscheidung bereits *Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 40 f.

26 *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2023, Rn. 1156.

27 Das Kriterium der Unmittelbarkeit stellt bereits eine Wertung dar. Auch von einer individuellen Belastungswirkung weit entfernt liegende Normen entfalten eine Art von Rechtswirkung für das Individuum. Diese mag eben nur fernliegend und nicht unmittelbar sein.

28 Siehe die Einordnung als konkret-individueller Rechtssatz unter: Kap. 1 § B III.

29 *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2023, Rn. 1156.

30 *Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, NJW 2017, 1062; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 103. EL Januar 2024, Art. 19 Abs. 4

akt durch die Exekutive beziehungsweise die Judikative benötigt. Dagegen wirken vollziehbare Normen erst durch einen Einzelakt, der die individuelle Rechtsfolge setzt.³¹ Die direkte Rechtsfolge wird bereits durch den Gesetzgeber selbst getroffen.

Weiterhin lässt sich das Phänomen aus Gewaltenteilungssicht betrachten. Da es keinen umsetzenden Einzelakt benötigt, ist eine solche Norm vom direkten Verwaltungsvollzug ausgenommen. Ein weiteres Merkmal einer *self-executing* Norm ist deshalb deren Wirkung innerhalb der Gewaltenteilung.

Diese verlangt allerdings eine Relativierung: In einigen Konstellationen ist zwar der erste Zugriff durch einen Einzelakt für die Verwaltung ausgeschlossen, ein zweiter aber nicht. So kann es der Verwaltung obliegen, einen Verstoß gegen eine Vollzugsnorm zu sanktionieren (beispielsweise im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens).³² Sie ist in diesem Maße also für den Normvollzug (Art. 83 GG)³³, im Sinne einer Überwachung und möglichen Sanktionierung, zuständig.³⁴ Aus Sicht der Verwaltungsvollstreckung³⁵ handelt es sich bei Vollzugsnormen in der Regel um direkt vollziehbare³⁶ Vorgaben.

Diese Subsumtionsleistung verlangt der Gesetzgeber auch von dem normunterworfenen Individuum. Es hat zu schauen, ob es von der abstrakt-generell abgefassten Norm erfasst wird, und sein Verhalten danach auszurichten. Dies leuchtet bei Verbotsnormen besonders ein, die einen Hauptanwendungsbereich von Vollzugsnormen darstellen. Sie stellen Handlungsanweisungen auf, welche für – in der Regel – einen sehr großen Adressatenkreis gelten sollen. Prominentes Beispiel sind die Kontaktbeschränkungen während der Coronapandemie.³⁷ Weitere Beispielfälle sind die Pflichtmitglied-

Rn. 70 hebt hervor: »[S]chon die klassische, d.h. generell-abstrakte Norm ist keinesfalls stets eine vollzugsbedürftige Norm, bei der erst der Vollzugsakt die Rechtsbeeinträchtigung auslöst [...]. Sie alle können für den Einzelnen als Ausübung öffentlicher Gewalt direkt spürbar werden.«

31 Diese Unterteilung ist allerdings nicht trennscharf, da auch vollziehbare Normen bereits rechtsbeeinträchtigende Wirkung entfalten können. Diese Rechtsbeeinträchtigung muss gesetzestechnisch indes noch durch einen Einzelakt konkretisiert werden.

32 So bei bußgeldbewehrten Vorschriften, vgl. für Normen aus dem Infektionsschutzgesetz (IfSG), konkret § 73 IfSG, dazu: BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021, 1 BvR 781/21 = NJW 2022, 139 (139).

33 Teils wird der Vollzug im Gesetz angeordnet (beispielsweise bei § 54 IfSG), teils ist er aus dem Charakter der Norm abzuleiten. Vgl. allgemein: Trute, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 83 Rn. 50 ff.

34 Dies aufdeckend: BVerwG, Urt. v. 23.08.2007, 7 C 13/06 = NVwZ 2007, 1311 (Rn. 22), indem es darauf hinweist, dass »self-executing«-Normen in der Regel dem Verwaltungsvollzug offenstehen.

35 Siehe beispielhaft: § 6 Abs. 2 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG).

36 Zur Begrifflichkeit der Vollstreckbarkeit siehe unter: Kap. 1 § 5 D.

37 § 28b Abs. 1 Infektionsschutzgesetz, der gekoppelt an die Überschreitung einer gewissen Zahl an Neuinfektionen Beschränkungen abstrakt-genereller Art wie Aufenthaltsverbote

schaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft³⁸, die Pflicht zur Zahlung eines Mindestlohns³⁹ oder auch die Rücknahme- und Pfandpflicht für Einweggetränkeverpackungen⁴⁰.

Sollte sich das Individuum aber nicht sicher sein, ob es dem Normbefehl unterliegt, ob es also die Tatbestandsmerkmale der Norm erfüllt, so ist die Frage nach einer Rechtsschutzmöglichkeit zur Beantwortung dieser Frage eröffnet. Diese Rechtsschutzmöglichkeit kann nur, mangels überprüfbaren Einzelakts, im Rahmen einer Feststellungsklage erfolgen.⁴¹

2 Zur Konstruktion der Feststellungsklage als Klage zur Normenabwehr

Zunächst ist hier nochmals hervorzuheben, dass es um Klagen gegen bereits erlassene Gesetze geht. Bei Klagen auf Erlass beziehungsweise Abänderung eines Gesetzes ist die Situation eine andere.⁴²

Wenn der Einzelne die Ansicht vertritt, die Anwendung eines bestimmten Gesetzes auf ihn verstoße gegen die EMRK, so ist zunächst zu ergründen, wie dies zu konstruieren sein könnte. Dabei soll zunächst abstrakt auf die Funktion der Feststellungsklage im Rahmen der VwGO eingegangen werden (unter: Kap. § 2 C II 2 a)), um sodann die Konstruktion der Feststellungsklage als Klage zur Normenabwehr zu entschlüsseln (unter: Kap. 2 § 2 C II 2 b)).

a) Die Funktion der Feststellungsklage im Rahmen der Verwaltungsgerichtsordnung

Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage ist in § 43 Abs. 1 VwGO geregelt. Dieser besagt:

»Durch Klage kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat (Feststellungsklage).«

anordnete, siehe BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021, 1 BvR 781/21 = NJW 2022, 139 (insbesondere Rn. 135 ff.).

38 Wie die Industrie- und Handelskammer, siehe: BVerwG, Urt. v. 09.12.1982, 5 C 103/81 = NJW 1983, 2208.

39 Mindestlohn in der Postbranche, siehe: VG Berlin, Urt. v. 07.03.2008, 4 A 439/07 = NZA 2008 482.

40 BVerwG, Urt. v. 23.08.2007, 7 C 13/06 = NVwZ 2007, 1311.

41 Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2023, Rn. 1161.

42 Hier spricht man von »Normerlassklage«. Diese ist für nicht-formelle Gesetze der Sache nach anerkannt, siehe: BVerwG, Urt. v. 04.07.2002, 2 C 13/01 = NVwZ 2002, 1505 (1506). Hier ist Streitgegenstand die Pflicht des Normgebers, dem Kläger gegenüber eine Norm zu erlassen beziehungsweise die Normsetzung zu unterlassen. Für formelle Gesetze steht aber lediglich ein Rechtsschutz über den Verfassungsrechtsweg offen. Zur Problematik: Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, NJW 2017, 1062 (1064).