

Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

**Von
Reinhard Warmke**



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Einordnung des Problems	19
II. Gang der Untersuchung	23
B. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	25
I. Sinn und Zweck des Subsidiaritätsprinzips	25
1. Die aktuelle Relevanz der Subsidiaritätsproblematik	25
a) <i>Der Arbeitsanfall beim Bundesverfassungsgericht als Ausgangslage</i>	25
b) Die Kritik an den bisher etablierten Entlastungsmechanismen....	27
c) In der Diskussion befindliche Reformvorschläge	30
Zwischenergebnis	32
2. Begriff und Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips	33
3. Die Funktionen des Subsidiaritätsprinzips	36
II. Der dogmatische Ansatz des Bundesverfassungsgerichts	39
III. Die Auswirkungen auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungs- beschwerde im einzelnen	41
1. Die unmittelbare Betroffenheit des Beschwerdeführers	41
a) Inhalt	41
b) Ausnahmen	44
2. Das Rechtswegerschöpfungsgebot des § 90 II 1 BVerfGG	46
a) Die strengen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts	46
aa) Der Rechtswegbegriff	46
bb) Sorgfalt bei der Erschöpfung des Rechtsweges	49
cc) Die Erweiterung des „Rechtsweges“ durch extensive Auslegung der Fachprozeßordnungen durch das Bundesverfassungsgericht zur Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips	50
b) Der Sonderfall der Verfassungsbeschwerde gegen formelle Gesetze	53
c) Ausnahmen vom Rechtswegerschöpfungsgebot	54

aa) Vorabentscheidung gemäß § 90 II 2 BVerfGG	54
bb) Unzumutbarkeit der Rechtswegerschöpfung	55
3. Das allgemeine Subsidiaritätsprinzip als eigenständige Zulässigkeitsvoraussetzung	56
a) Der Inhalt des „allgemeinen Subsidiaritätsprinzips“	56
aa) Das Hauptsacheverfahren als Rechtsschutzmöglichkeit nach erfolglosem Bemühen um vorläufigen Rechtsschutz	57
bb) Die Gegenvorstellung als „Rechtsweg“ gegen gerichtliche Entscheidungen	60
cc) Berufung auf Ausnahmeregelungen (eventuell in einem Hilfsantrag)	61
b) Der Sonderfall der Verfassungsbeschwerde gegen formelle Gesetze	61
c) Ausnahmen vom allgemeinen Subsidiaritätsprinzip	64
aa) Subsidiaritätsimmanente Ausnahmen, insbesondere der Zumutbarkeitsvorbehalt	64
bb) § 90 II 2 BVerfGG analog	66
4. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis	67
Zusammenfassung	68
IV. Die Entscheidungsmöglichkeiten bei einem Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip	69
C. Untersuchung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bei gleichzeitigem Versuch eines normativen Ansatzes	72
I. Vorüberlegung: Zur Berücksichtigungsfähigkeit gerichtlicher Arbeitslast als Legitimierung der Subsidiaritätsrechtsprechung	72
1. Arbeitslasterwägungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst	72
2. Die Arbeitslastproblematik bei der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde	73
Zwischenergebnis	76
II. Der dogmatische Ansatz des Bundesverfassungsgerichts	76
1. Verfassungsrechtliche Verankerung?	76
a) Art. 94 II 2 GG	76
b) Art. 20 III GG	77
c) „Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan“	77
2. Einfach-gesetzliche Verankerung?	79

a) Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis als Ausgangspunkt des Subsidiaritätsprinzips	79
b) § 90 II 1 BVerfGG als Ausgangspunkt des Subsidiaritätsprinzips .	82
aa) Unmittelbare Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in § 90 II 1 BVerfGG?	82
bb) Das Subsidiaritätsprinzip als Ausdruck der grundsätzlichen Aufgabenverteilung des § 90 II 1 BVerfGG?	84
3. Das Subsidiaritätsprinzip als lückenschließendes Richterrecht	85
4. Stellungnahme	89
Zwischenergebnis	89
III. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde	90
1. Allgemein	90
a) Grundlegende Kritik an der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	90
b) Folgerung	93
2. Die Ersetzung der „gegenwärtigen und unmittelbaren Selbstbetroffenheit“ durch die Beschwerdebefugnis nach § 90 I BVerfGG	94
a) Das gegenwärtige Selbstbetroffensein	96
b) Das unmittelbare Betroffensein	99
aa) Der der Beschwerdebefugnis zuzuordnende, eher materiellrechtliche Aspekt	100
bb) Die eher verfahrensrechtliche Aussage des Unmittelbarkeitskriteriums	101
aaa) Das Vollzugserfordernis und seine unpassende Verknüpfung mit der Frage der Betroffenheit	101
bbb) Anhaltspunkte gegen das Vollzugserfordernis in der (neueren) Rechtsprechung des Gerichts	104
cc) Trennung des Betroffenseins im Sinne der Beschwerdebefugnis vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung	106
Zwischenergebnis	108
3. Das Rechtswegerschöpfungsgebot des § 90 II 1 BVerfGG	109
a) Der Rechtswegbegriff im allgemeinen	110
b) Sorgfalt bei der Erschöpfung des Rechtsweges	111
aa) Allgemein	111
bb) Das „Problem“ der Verlagerung des Verfassungsrechtsschutzes in die Fachgerichtsbarkeit	113

aaa) Allgemein	113
bbb) Die ins Fachgerichtsverfahren „vorgezogene“ Rügepflicht bezüglich Grundrechtsverletzungen	115
(1) Allgemein	115
(a) Der Grundsatz „iura novit curia“ als Verpflichtung des Fachgerichts	116
(b) Keine sanktionierbare Pflichtigkeit der Prozeßpar- tei	119
(2) Der Sonderfall Revisionsinstanz	121
(3) Die fehlende Notwendigkeit der Berufung auf ein selbst- ständiges Zulässigkeitsmerkmal „Subsidiaritätsgrund- satz“	124
Zwischenergebnis	125
cc) Haupt- und Hilfsantrag	125
Zwischenergebnis	126
dd) Die extensive Anwendung fachgerichtlicher Rechtsbehelfe und der Gegenvorstellung	127
aaa) Die extensive Auslegung des § 33 a StPO	129
bbb) Die entsprechende Anwendung des § 513 II ZPO	130
ccc) Die Gegenvorstellung als Rechtsbehelf im Sinne des Sub- sidiaritätsprinzips	132
ddd) § 47 VwGO als Rechtsweg gegen formelle Gesetze	134
eee) Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesverfas- sungsgerichts	134
(1) Keine eindeutigen Richtlinien für den Beschwerdefüh- rer	134
(2) Aufgabe der Zurückhaltung bei der Ausgestaltung des einfachen Verfahrensrechts	138
(3) Die Entscheidung zu § 33 a StPO	139
(4) Die Entscheidungen zu § 513 II ZPO und zur Gegen- vorstellung	141
(5) Schließlich: Widerspruch zum Subsidiaritätsprinzip oder Rechtswegerschöpfungsgebot	144
fff) Eigener Ansatz	146
(1) Abschtung des Problems	146
(2) Der Problemfall	148
Zwischenergebnis (und Ausblick)	150

ee) Die Verweisung auf das Hauptsacheverfahren bei Erschöpfung des Instanzenzuges des vorläufigen Rechtsschutzes	153
aaa) Aufsuchung der bundesverfassungsgerichtlichen Kriterien	153
(1) Unzulässige Verfassungsbeschwerden	154
(2) Zulässige Verfassungsbeschwerden	156
bbb) Stellungnahme und fehlende Notwendigkeit eines selbständigen Zulässigkeitsmerkmals „Subsidiaritätsprinzip“	158
(1) Die Drei-Punkte-Formel des Bundesverfassungsgerichts	158
(a) Der erste Prüfungspunkt	158
(b) Der zweite Prüfungspunkt	159
(c) Der dritte Prüfungspunkt	160
(2) Die fehlende Notwendigkeit der Berufung auf ein selbständiges Zulässigkeitsmerkmal „Subsidiaritätsprinzip“	161
Zwischenergebnis	164
c) Der Sonderfall der Verfassungsbeschwerde gegen formelle Gesetze	164
aa) § 47 VwGO als Rechtsweg auch gegen formelle Gesetze?	165
aaa) Die Argumentation in BVerfGE 70, 35 ff. — Hamburgische Bebauungsplangesetze	166
bbb) Stellungnahme	168
(1) Keine Ansatzmöglichkeit bei § 47 VwGO	168
(2) Die vernachlässigte Korrekturmöglichkeit bei § 3 HmbBPlG	171
Zwischenergebnis	173
bb) Die Bedeutung der inzidenten Normenkontrolle im Rahmen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde	174
aaa) Verkappte Normenkontrolle?	174
bbb) Die fehlende Notwendigkeit der Berufung auf ein selbständiges Zulässigkeitsmerkmal „Subsidiaritätsgrundsatz“ ..	177
(1) Was sagt § 90 II 1 BVerfGG wirklich aus?	180
(a) Der Wortlaut des § 90 II 1 BVerfGG	181
(b) Keine zwangsläufige Nichtanwendbarkeit des § 90 II 1 BVerfGG auf Normenverfassungsbeschwerden aus inhaltlichen Erwägungen	182
(c) Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	184

(2) Wie ist das Zusammenspiel von § 93 II BVerfGG und § 90 II 1 BVerfGG zu sehen?	185
(a) Die Aussage des § 93 II BVerfGG	185
(b) Der Angriffsgegenstand der Verfassungsbeschwerde nach der Erschöpfung des Rechtsweges und seine Relevanz für die Fristen des § 93 BVerfGG ..	188
(3) Vereinbarkeit mit Art. 19 IV GG	191
Zwischenergebnis	196
d) Der Sonderfall der Subsidiarität bei Verfassungsbeschwerden gegen gesetzgeberisches Unterlassen	197
aa) Klage auf Erlaß oder Ergänzung untergesetzlicher Normen ...	200
aaa) Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, § 40 I 1 VwGO	201
bbb) Die richtige Klageart	202
(1) Keine Normerlaßklage analog § 47 VwGO	202
(2) Die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 I VwGO	206
(a) Streitgegenstand	206
(b) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis	206
(c) Feststellungsinteresse	208
(d) Keine Subsidiarität gegenüber der allgemeinen Leistungsklage	209
Zwischenergebnis und Entbehrlichkeit einer eigenständigen Zulassungsvoraussetzung „Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde“	211
bb) Klage auf Erlaß oder Ergänzung förmlicher Gesetze	212
aaa) Scheitern prinzipaler verwaltungsgerichtlicher Klagen am Merkmal der „nicht-verfassungsrechtlichen Streitigkeit“.	212
bbb) Fachgerichtliche Durchsetzung von gesetzgeberischem Tätigwerden durch inzidente Normerlaß- oder Normergänzungsklagen als Rechtsweg im Sinne des § 90 II 1 BVerfGG?	213
(1) Effektiver Fachgerichtsschutz bei echtem Unterlassen des formellen Gesetzgebers?	214
(a) Die Problematik einer adäquaten fachgerichtlichen Klageart	214
(b) Die mangelnde Kompensierbarkeit fachgerichtlichen Rechtsschutzdefizits durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts	216
Zwischenergebnis	218

(2) Effektiver Rechtsschutz bei unechtem Unterlassen des formellen Gesetzgebers?	218
(a) Klageart	219
(b) Die Eröffnung der Möglichkeit der Richtervorlage gemäß Art. 100 I GG durch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	221
(aa) Die Rechtslage nach der alten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	221
(bb) Die Rechtslage nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ..	223
Zwischenergebnis und Entbehrlichkeit einer eigenständigen Zulässigkeitsvoraussetzung „Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde“	224
4. Die Rückführung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses auf seinen eigentlichen Aufgabenbereich	225
a) Ausgangslage nach dem bisherigen Befund	225
b) Die verbleibenden Aufgaben des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses	226
Zwischenergebnis	228
5. Grenzen und Korrektive des Rechtswegerschöpfungsgebotes	229
a) Die Ausgangslage	229
aa) Rekapitulierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	229
bb) Die grundsätzliche Situation nach der hier vertretenen Konzeption	230
Zwischenergebnis	232
b) Die mangelnde Konturiertheit der Korrektive des Rechtswegerschöpfungsgebotes nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	232
aa) Das unklare Verhältnis des Zumutbarkeitsvorbehaltes zu § 90 II 2 BVerfGG	234
aaa) Ausgangslage nach der Rechtsprechung	235
bbb) Die Fallgruppen	236
(1) Zu Fallgruppe 1	236
(2) Zu Fallgruppe 2	236
(3) Zu Fallgruppe 3	237
ccc) „Zumutbarkeit“ als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 90 II 1 BVerfGG?	238

ddd) Die Behandlung des „Zumutbarkeitsvorbehaltes“ als eigenständiges Korrektiv auf der Ausnahmeebene durch das Bundesverfassungsgericht	240
bb) Das unklare Verhältnis zwischen Zumutbarkeits- und Effektivitätsvorbehalt	241
cc) Das unklare Verhältnis zwischen Zumutbarkeits- und Zweckvorbehalt	242
Zwischenergebnis	244
c) Versuch eines eigenen Ansatzes zum Zusammenspiel von prinzipieller Rechtswegerschöpfung und ausnahmsweisem Absehen von dieser	244
aa) Der Grundsatz	244
bb) Korrektive	245
aaa) Die Vorzugswürdigkeit eines Verzichts auf einen eigenständigen Zumutbarkeitsvorbehalt als Ausgangspunkt der Überlegungen	245
bbb) Die Korrekturfunktion der angemessenen Auslegung des Tatbestandes des Rechtswegerschöpfungsgebotes gemäß § 90 II 1 BVerfGG selbst	246
(1) Allgemein	246
(2) Einige Beispiele bei Normenverfassungsbeschwerden	249
Zwischenergebnis	254
ccc) Die Korrekturfunktion des § 90 II 2 BVerfGG	255
(1) Der umfassende Regelungsbereich des § 90 II 2 BVerfGG	255
Zwischenergebnis	258
(2) Der „schwere und unabwendbare Nachteil“	259
(3) Das Annahmeerlassen	260
(a) Kein Rechtsschutzverlust durch das dem Bundesverfassungsgericht eingeräumte Annahmeerlassen	260
(b) Die Berücksichtigungsfähigkeit des „Zweckvorbehaltes“ im Rahmen des Ermessens gemäß § 90 II 2 BVerfGG	261
cc) Anwendung der hier vertretenen „zweigliedrigen Konzeption“ auf einige wichtige Einzelfälle	262
aaa) Die Verfassungsbeschwerde gegen Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetze	262
(1) Der Straf- und Ordnungswidrigkeitenprozeß als „Rechtsweg gegen die Verletzung“ von Grundrechten durch die Strafnorm	263

(2) Die Notwendigkeit des Absehens vom „Beschreiten“ des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechtsweges ...	263
(3) Vorabentscheidung gemäß § 90 II 2 BVerfGG	265
Zwischenergebnis	266
bbb) Die Irrtumsproblematik und die Problematik der umstrittenen Rechtswege und Rechtsmittel	267
Zwischenergebnis	268
ccc) Die Problematik der eindeutig entgegenstehenden fachgerichtlichen Rechtsprechung in der Sache	268
Zwischenergebnis	270
Gesamtergebnis zu Kapitel C.	270
D. Gebietsquerverweisung: Die Subsidiarität der kommunalen Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 I Nr. 4 b GG	272
I. Beschwerdegegenstand	273
II. Beschwerdebefugnis	274
III. Das Rechtswegerschöpfungsgebot gemäß § 90 II 1 BVerfGG	275
1. Die neuere Rechtsprechung	275
2. Keine eindeutige Auflösung der Entscheidungskollision durch das Bundesverfassungsgericht	276
3. Ausblick	279
Ergebnis	282
E. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde als Ausdruck der Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit?	283
I. Die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I GG	283
II. Die Verfahren nach Art. 93 I Nr. 4 GG	286
III. Die sonstigen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht	288
Ergebnis	288
F. Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse	290
Literaturverzeichnis	297

