

chen nur noch, ob das Gericht beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 80 II 4 VwGO die sofortige Vollziehung des Verwaltungsakts selbst auszusprechen vermag⁵⁴, oder ob ihm – was mir richtiger erscheint – lediglich die Befugnis zukommt, die Verwaltung zur sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts zu verpflichten⁵⁵. Die Gründe, die die h. M. in diesen Fällen bewogen haben, § 80 V VwGO analog heranzuziehen, treffen nicht nur auf den Verwaltungsakt mit Drittwirkung zu, sondern auch auf den mit einer belastenden Nebenbestimmung versehenen begünstigenden Verwaltungsakt: Beide Male hat der Gesetzgeber übersehen, daß ein angefochtener Verwaltungsakt auch begünstigen kann und deshalb zur Sicherung dieser Begünstigung ein vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz einzuräumen ist. Das heißt, das Gericht muß eine sofortige Vollziehung der Begünstigung analog § 80 V VwGO veranlassen können.

54) BVerwG, NJW 1969, 203.

55) So Guthardt, DVBl 1972, 569; Papier, VerwArch 64 (1973), 414f.; Schenke, NJW 1970, 270f.

und „nur dem Gesetz unterworfen“ seien (etwa: Art. 86 Pr. Verf. von 1850). Damit war zumindest angedeutet, daß die Gerichte an die Gesetze gebunden sein sollten. Insbesondere bezüglich der Exekutive fanden sich solche Bestimmungen demgegenüber nicht.

Der Grund dafür liegt in einer Grundannahme des konstitutionellen Verfassungsverständnisses selbst. Dieses begriff unter dem „Staat“ regelmäßig ausschließlich den Monarchen und seine Exekutive. Ihm stand die Gesellschaft gegenüber, als deren Repräsentanten die Ständeversammlungen und Parlamente erschienen. Deutlich wurde dieses insbesondere in der Entgegensetzung von staatlich verliehenem Amt und – gesellschaftlich begründetem parlamentarischem – Mandat¹. Beide wurden durch unterschiedliche soziale Faktoren legitimiert: die staatliche Exekutive durch das monarchisch-ständische Element des Volkes, die Repräsentativversammlungen durch das – allerdings nur partiell wahlberechtigte – Gesamtvolk als Gesellschaft.

Während im so gedachten konstitutionellen Staat die Exekutive ausschließlich von einem sozialen Faktor ausgeübt wurde, nämlich dem Monarchen, so war die Legitimationsbasis der Gesetzgebung breiter. Sie wurde „gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern“ ausgeübt (Art. 62 Pr. Verf. von 1850)². Somit wirkte hier nicht das eine oder andere soziale Element allein; vielmehr vollzog sich die Gesetzgebung durch ein organisiertes Zusammenwirken aller Gruppen und Faktoren von Staat und Gesellschaft. Gesetze erschienen somit gleichsam als Vereinbarung zwischen Regierenden und Regierten, welche alle Beteiligten banden. Im Rahmen dessen, was die Gesetze erlaubten, waren Staat und Gesellschaft gleichermaßen frei; ihre Betätigungsrechte wurden durch die Gesetze lediglich begrenzt³. Der Staat durfte demnach alles, was die Gesetze nicht ausdrücklich verboten⁴.

Dementsprechend wurde das Verhältnis zwischen Gesetz und Verwaltung auch nicht in der Weise verstanden, daß die Exekutive primär zur Gesetzesausführung verpflichtet war. Ein Gesetz, welches nicht Handlungsmöglichkeiten eröffnet, sondern sie lediglich begrenzen soll, bedarf regelmäßig weder einer Vollziehung noch einer sonstigen Durchführung. Vielmehr wurde die Verwaltung grundsätzlich als frei angesehen, sich im Rahmen der Verfassung und der Gesetze zu betätigen. Sie hatte nicht die Vorschriften der Gesetze zu verwirklichen, sondern lediglich in der Weise zu respektieren, daß sie bestimmte Handlungen unterließ. Die Determinierung von Verwaltungshandeln durch Gesetze war somit weitgehend negativ: das Gesetz war nicht Auftrag und Grundlage, sondern vielmehr Grenze und Verbot von Verwaltungstätigkeit.

Die konstitutionelle Staatsrechtslehre hat diese Zusammenhänge deutlich zum Ausdruck gebracht. „Die Staatsverwaltung steht hinsichtlich der Führung öffentlicher Geschäfte dem Rechte gerade so frei und gerade so ungebunden gegenüber wie der Einzelne hinsichtlich seiner Privatgeschäfte.“ Danach besteht das Wesen der Verwaltung „nicht in der Ausführung der Gesetze, sondern in der Durchführung der dem Staat obliegenden Aufgaben unter Beobachtung, d. h. ohne Verletzung der Gesetze“⁵. Einhellig wurde betont, Verwaltung sei keine bloße Ausführung der Gesetze, sondern ein Handeln innerhalb der gesetzlichen Schranken⁶. Band somit das Gesetz als vereinbarter Kompromiß zwischen Staat und Gesellschaft diese in gleicher Weise, so war eine ausdrückliche

* Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche des GG.

1) Prägnant dargestellt von Grawert, in: Schnur (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1978, S. 245 ff.

2) In Einzelheiten unterscheiden sich die konstitutionellen Verfassungen der deutschen Einzelstaaten erheblich voneinander; die Preußische Verfassung bringt allerdings den Grundgedanken am klarsten zum Ausdruck und wird deshalb hier aufgeführt.

3) S. dazu die Darstellung bei Jesch, Ges. und Verwaltung, 1961, S. 76 ff.

4) Zur Bedeutung der Grundrechte nach diesem Verständnis instruktiv R. Wahl, Der Staat 1979, 321 ff.

5) Laband, StaatsR, Bd. 2, 1. Aufl. (1878), S. 200.

6) Meyer-Anschütz, Lehrb. des Dt. StaatsR, 6. Aufl. (1905), S. 649.

Zur Einarbeitung und Wiederholung

Wiss. Assistent Christoph Gusy, Hagen

Der Vorrang des Gesetzes*

Nach Art. 20 III sind die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden. Von diesen Grundsätzen wird die Gesetzesbindung traditionell als „Vorrang des Gesetzes“ bezeichnet. Das Gesetz geht danach allen Maßnahmen der übrigen Staatsgewalt vor. Damit ordnet das Grundgesetz nicht lediglich eine Rangfolge bezüglich unterschiedlicher Rechtsquellen oder Rechtsakte an, vielmehr trifft es zumindest implizit auch eine Anordnung über das Verhältnis zwischen den verschiedenen „Gewalten“. Der Gesetzgeber ist ausschließlich zur Beachtung der Verfassung verpflichtet, nicht hingegen von Maßnahmen der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung; diese hingegen sind an das Gesetz als originäre Willensäußerung der Legislative gebunden. Eine derartige, einseitige Bindung steht einer Gleichberechtigung und Gleichgewichtigkeit aller Zweige der Staatsgewalt diametral entgegen; Verwaltung und Justiz sind dem Gesetzgeber demnach nicht gleichgeordnet, sondern untergeordnet. Dadurch stellt Art. 20 III eine ausdrückliche Entscheidung gegen die Gleichstellung der Gewalten dar. Vorrang des Gesetzes bedeutet zugleich Vorrang des Gesetzgebers.

I. Grundlagen des Gesetzesvorrangs

1. Der Vorrang des Gesetzes im konstitutionellen Staatsrecht

Begriff, Legitimation und Inhalt des Gesetzesvorrangs werden aus der spezifischen historischen Entwicklung des konstitutionellen Staatsrechts besonders deutlich. Die konstitutionellen Verfassungen in Deutschland enthielten regelmäßig keine ausdrücklichen Bestimmungen über den Vorrang des Gesetzes gegenüber der Exekutive und der Justiz. Lediglich für die Gerichte war weithin statuiert, daß sie unabhängig

Anordnung seines Vorranges nicht erforderlich. Er ergab sich vielmehr aus denselben Gründen, aus welchen die Bürger an die Gesetze gebunden waren. Dieser letzte Umstand war in keiner Verfassung ausdrücklich niedergelegt; dementsprechend bedurfte es auch keiner Regelung der Bindung der Exekutive. Aus diesem Verständnis resultiert auch die Terminologie vom „Vorrang des Gesetzes“, der den Inhalt des Art. 20 III nur unvollkommen zum Ausdruck bringt. Wurde die Bindung der Verwaltung an das Gesetz nur relevant, sobald eine Maßnahme der Exekutive gegen Gesetzesrecht verstieß, so bedurfte man zu ihrer Verwirklichung lediglich einer Kollisionsregel zur Beseitigung der Widersprüche. In einem solchen Fall kam dem Gesetz der höhere Rang zu. Weitere Konsequenzen brauchte und kannte die Vorrangregel damals nicht. Daher lag es nahe, die Terminologie etwa derjenigen vom Vorrang des Reichsrechts vor dem Landesrecht anzupassen. Auch diese Stufung erlangt lediglich bei Widersprüchen Relevanz; nicht hingegen verpflichtete sie etwa den Landesgesetzgeber, Reichsrecht auszuführen oder zu konkretisieren.

2. Der Vorrang des Gesetzes im demokratischen Staat

Im demokratischen Staat basiert jedenfalls die Organisation der Ausübung von Staatsgewalt nicht mehr auf der Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft⁷. Der Staat ist zur Selbstorganisation der Gesellschaft geworden. Dementsprechend erscheint die Gesetzgebung nicht mehr als Vereinbarung zwischen diesen Faktoren, sondern ausschließlich als staatliche Aufgabe und Befugnis. Diese Aussage wird in Art. 20 II eindeutig niedergelegt. Er betont in seinem Satz 1 den Grundsatz der Legitimation aller Staatsgewalt durch das Volk. Diese Staatsgewalt wird durch die in Satz 2 genannten „besonderen Organe“ ausgeübt, zu welchen auch die besonderen „Organe der Gesetzgebung“ zählen. Damit wird ausgedrückt, daß nach dem Grundgesetz die Staatsgewalt auch die Gesetzgebung einschließt und die Tätigkeit der legislativen Organe gerade als Ausübung von Staatsgewalt qualifiziert wird. Dementsprechend kann der soziale Ausgleich bei der Gesetzgebung, welcher sich im Konstitutionalismus durch das organisierte Zusammenwirken mehrerer Organe als Repräsentanten verschiedener sozialer Mächte darstellte, nicht mehr durch eine wechselseitige Angewiesenheit von Staat und Gesellschaft verwirklicht werden. Ist der Gesetzeserlaß zu einem Element der Ausübung von Staatsgewalt geworden, so muß sich der Kompromiß zwischen den Interessen und Bedürfnissen der Bürger auch innerhalb der staatlichen Organisation vollziehen. Als Forum dazu stellt der demokratische Staat das Parlament zur Verfügung, das nicht mehr als staatsbegrenzende Veranstaltung der Gesellschaft, sondern durch Art. 20 II 2 als originäres Staatsorgan verstanden wird. Der Ausschluß der Gesellschaft von der Mitwirkung bei der Legislative wird dadurch kompensiert, daß das traditionelle gesellschaftliche Mitwirkungsorgan, das Parlament, in den staatlichen Bereich transportiert ist. Durch Verhandlung und Abstimmung sollen hier die beteiligten Belange vermittelt und ausgeglichen werden. Nicht mehr eine Pluralität von beteiligten Organen, sondern ein einziges Organ soll alle relevanten Interessen zur Geltung bringen und berücksichtigen⁸. Medium dafür ist das parlamentarische Verfahren, welches durch ein hohes Maß an Offenheit und Transparenz über die unmittelbare Wahl der Parlamentsmitglieder hinaus demokratische Legitimation zu vermitteln geeignet ist⁹. Ist demnach das Parlament das einzige Staatsorgan, welches aufgrund seiner Bestellung und seines Verfahrens in der Lage ist, staatlichen Maßnahmen demokratische Legitimation zu verleihen, so ist der Vorrang des Gesetzes primär Ausdruck der demokratischen Staatsform¹⁰. Der Ausgleich aller Kräfte und Interessen ist demnach auch nach der demokratischen Staatsform Grundbedingung des Gesetzes-

vorranges; da sich die Mechanismen zur Herstellung dieses Ausgleichs jedoch gewandelt haben, erscheint der Vorrang als Ausdruck eines neuen Staatsformprinzips.

Die Überordnung der Legislative über Verwaltung und Justiz stellt sich so als Konsequenz einer Zuordnung der Grundsätze von Demokratie und Gewaltenteilung dar. Beide stehen im Grundgesetz nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind einander zuzuordnen. Daß das Parlament eine erhöhte demokratische Legitimation aufweist, bedeutet nicht, daß Exekutive und Justiz undemokratisch oder antidemokratisch seien. Vielmehr fordert Art. 20 II 1 auch für sie eine demokratische Legitimation. Wodurch diese allerdings hergestellt und vermittelt wird, ist noch wenig geklärt.

Erscheinen im demokratischen Staat Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als staatliche Tätigkeit, welche den Bürger bindet, so ergibt sich die Bindung der zweiten und dritten Gewalt an die Gesetze nicht mehr aus denselben Gründen wie die Verpflichtung des Bürgers. Vielmehr sind gesetzliche Regelungen primär darauf gerichtet, das gesamte Gemeinwesen und nicht lediglich die staatliche Organisation zu gestalten. Zudem sind die für die Verwaltung und den Bürger aus Gesetzen entstehenden Verhaltensanordnungen durchaus verschieden. Daß der Inhalt von Rechten und Pflichten für den Staat und Bürger nicht notwendig gleich ist, zeigt bereits das Grundgesetz selbst. Gemäß Art. 1 III binden die Grundrechte lediglich die Staatsgewalt, nicht hingegen die Bürger unmittelbar¹¹. Auch berechtigen sie lediglich den Bürger und gemäß Art. 19 III bestimmte private Organisationen, nicht hingegen den Staat und seine Untergliederungen¹². Die Verschiedenheit von Rechten und Pflichten zeigt sich um so deutlicher, als Gesetze nicht lediglich Unterlassungspflichten statuieren, sondern Handlungsgebote enthalten oder Handlungsmöglichkeiten begründen.

Deutlich zeigen dies zwei Beispiele: Das Polizeirecht verpflichtet den Staat zwar auch, sich selbst entsprechend den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verhalten; wesentlich bedeutsamer ist jedoch die Pflicht der Staatsorgane zu deren Herstellung und Sicherung. Ebenso liegt die Bedeutung des Melderechts für die staatlichen Behörden nicht zentral in der Verpflichtung, ihre eigenen Umzüge zu melden, sondern vielmehr, Meldungen der Bürger entgegenzunehmen, ggf. weiterzuleiten und zu bearbeiten.

Sind somit Geltungsgrund und -inhalt der Gesetze für Verwaltung und Bürger gegenwärtig verschieden, so zieht Art. 20 III daraus die gebotene Konsequenz, indem er die Bindung der Verwaltung und Rechtsprechung an die gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich anordnet. Damit trägt er der Abkehr vom konstitutionellen Staats- und Gesetzesverständnis durch das Grundgesetz Rechnung.

II. Inhalt des Gesetzesvorrangs

Der Inhalt des Art. 20 III wird zwar häufig umschrieben, aber selten näher konkretisiert. Zudem ist die Perspektive

7) Inwieweit ihr ansonsten Bedeutung zukommt, ist umstritten; s. dazu Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973; Hesse, DÖV 1975, 437 ff.

8) Der Bundesrat nimmt daneben nicht eine Funktion als 2. Kammer, sondern lediglich eines Mitwirkungsorgans mit genau begrenzten Rechten wahr; s. BVerfGE 37, 361 (380 ff.).

9) BVerfGE 40, 237 (249); dazu i. E. Gusy, AöR 1981, 345 ff.

10) Herzog, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rdnr. 35.

11) Zum Problem der Drittwirkung, die keineswegs dem verpflichteten Bürger und dem Staat dieselben Verpflichtungen auferlegt, s. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 137 ff. m. w. Nachw.

12) Einzelheiten bei Leibholz-Rink, GG, 6. Aufl. (1979 ff.), Art. 19 Rdnr. 5.

bisweilen noch der traditionellen Entgegensetzung von Verwaltung und Gesetz verhaftet.

1. Art. 20 III GG als Ausdruck der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“?

Vielfach wird Art. 20 III als Anordnung der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ verstanden¹³. Danach müssen sich alle staatlichen Maßnahmen „auf ein formelles Gesetz zurückführen lassen“, also aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Diese Ansicht wird dann teilweise näher differenziert, wobei etwa zwischen „negativer“ und „positiver“ Gesetzmäßigkeit unterschieden wird. Eine solche Terminologie legt jedoch Mißverständnisse über den Inhalt des Art. 20 III nahe. Dieser statuiert selbst ausschließlich die Bindung der Verwaltung und Rechtsprechung an die Gesetze, regelt also die Folgen, welche eine in Kraft gesetzte Norm für die übrigen Zweige der Staatsgewalt begründet. Somit setzt die Vorschrift ein wirksames Gesetz voraus; besteht ein solches nicht, so enthält sie für diesen Fall keine Aussagen¹⁴. Demnach thematisiert Art. 20 III lediglich die Frage, welche Bedeutung der Erlass eines Gesetzes für Exekutive und Justiz hat.

Wird ein Sachverhalt von keinem Gesetz geregelt, so kann etwa die Verwaltung grundsätzlich entweder ohne gesetzliche Grundlage handeln oder aber infolge fehlenden gesetzlichen Auftrages untätig bleiben. Welche dieser Alternativen die vom Grundgesetz gewollte ist, ist Art. 20 III gerade nicht zu entnehmen: er ist für den Fall eines fehlenden Gesetzes überhaupt nicht einschlägig. Der Grund dafür liegt darin, daß er keine Aussage darüber enthält, in welchen Fällen ein Gesetz erlassen werden muß, damit Verwaltung und Rechtsprechung überhaupt tätig werden dürfen. Diese Frage ist nicht durch den Vorrang, sondern den Vorbehalt des Gesetzes geregelt, der allerdings seinerseits in Art. 20 III nicht angesprochen ist¹⁵. Der Vorrang beantwortet, was die übrigen Zweige der Staatsgewalt aufgrund erlassener Gesetze tun müssen; Der Vorbehalt thematisiert, wie sie sich ohne Gesetz verhalten dürfen. Art. 20 III gebietet somit gerade nicht, daß alles Handeln von Verwaltung und Justiz lediglich auf gesetzlicher Grundlage erfolgen darf. Zudem ist diese Terminologie insoweit mißverständlich, als sie einen sogenannten „Totalvorbehalt“ nahe legt. Ob ein solcher durch das Grundgesetz tatsächlich geboten ist, ist allerdings sehr umstritten. Gegenwärtig neigen *BVerfG* und Staatsrechtswissenschaft überwiegend dem „Wesentlichkeitsvorbehalt“ zu¹⁶. Demnach wird Art. 20 III überschätzt, wenn ihm die „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ entnommen werden soll¹⁷.

2. Art. 20 III GG als Anwendungsgebot und Abweichungsverbot

Bei der Bestimmung des Inhalts dieser Verfassungsnorm ist vielmehr von der tatsächlichen Situation auszugehen, die von ihr vorausgesetzt wird. Die Bindung an ein Gesetz kann lediglich entstehen, wenn ein Sachverhalt, auf welchen sich Maßnahmen der Exekutive oder der Justiz beziehen sollen, durch ein in Kraft getretenes Gesetz geregelt ist. Die Rechtsfolge des Art. 20 III kann somit entstehen, wenn ein solches Gesetz erlassen ist. Sie regelt für diesen Fall die Pflichten der andern Zweige der Staatsgewalt, indem sie deren Bindung anordnet.

a) Primär enthält der Gesetzesvorrang ein Anwendungsgebot. Sobald eine tatsächliche Situation von einem Gesetzestatbestand erfaßt wird, sind die Staatsorgane verpflichtet, die Rechtsfolgen dieses Gesetzes anzuwenden. So darf kein Staatsorgan etwa ein älteres, außer Kraft gesetztes Gesetz anwenden und dadurch neues Recht umgehen; ferner darf es keine überkommene, mit einem Gesetz nicht mehr vereinbare Praxis fortsetzen oder sich auf entgegengesetzte Anordnungen

stützen, welche gegen ein förmliches Gesetz verstoßen. Diese Anwendungspflicht beginnt mit dem Moment, in welchem ein Gesetz in Kraft tritt, und endet mit dem Zeitpunkt, zu welchem seine Wirksamkeit endet¹⁸. Art. 20 III zieht damit die Konsequenz aus der Tatsache, daß die in einem Gesetz angeordneten Rechtsfolgen vielfach nicht von selbst eintreten, sondern erst durch staatliche Maßnahmen der Anwendung, Vollziehung oder Vollstreckung verwirklicht werden können. Eben dazu sind Behörden und Gerichte verpflichtet. Sie setzen den gesetzgeberischen Willen in die Realität um.

Über die Anwendung eines Gesetzes darf das verpflichtete Staatsorgan nicht selbst disponieren, ihm kommt somit keine Entschließungsfreiheit zu. Ist ein Gesetz in Kraft getreten, so sind die gebundenen Staatsorgane verpflichtet, die Norm ihrer Maßnahme zugrunde zu legen. Art. 20 III enthält demnach für vollziehende Gewalt und Rechtsprechung das zwingende Gebot, die Gesetze auszuführen und anzuwenden.

b) Die Art und Weise, in welcher diese Anwendung zu geschehen hat, bestimmt das Abweichungsverbot¹⁹. Exekutive und Justiz dürfen nicht gegen die Gesetze verstoßen. Vielmehr haben sie ihre Handlungen inhaltlich kongruent mit den gesetzlichen Anforderungen zu gestalten. Sie dürfen etwa lediglich die in den Gesetzen vorgesehenen Rechtsfolgen anwenden und nicht weitere, dort nicht genannte Anordnungen treffen; ferner dürfen sie die vorgeschriebenen Rechtsfolgen lediglich in den Fällen eintreten lassen, für welche sie vorgesehen sind. Behörden und Gerichte sind eben nicht nur verpflichtet, Gesetze irgendwie anzuwenden, sondern auch, sie richtig anzuwenden. Relevanz erlangt das Abweichungsverbot in solchen Fällen, in welchen ein inhaltlicher Widerspruch zwischen einer gesetzlichen Anordnung und einer Maßnahme von Verwaltung oder Rechtsprechung entsteht. In diesen Fällen hat das gebundene Staatsorgan gegen seine Bindung verstoßen, seine Maßnahme ist rechtswidrig. Hier zeigt sich deutlich die überkommene Funktion des Vorrangprinzips als Kollisionsregel, wie sie z. Z. des Konstitutionalismus entwickelt worden ist²⁰.

Die konstitutionell vorgeprägte Perspektive ist auch der Grund dafür, daß das Abweichungsverbot vielfach als die einzige Dimension des Vorrangprinzips dargestellt wird. In diesem Fall wird das Anwendungsgebot nicht berücksichtigt. Jene Sicht ist Konsequenz einer Vorstellung, nach welcher insbesondere Verwaltung nicht primär Gesetzesausführung, sondern freie Gestaltung im Rahmen der Gesetze sein sollte. Sind Gesetze nicht ausführbar, so bedarf es auch keines Anwendungsgebotes. Erst mit dem Wandel des Gesetzes von der Begrenzung zum Auftrag des Verwaltungshandelns wandelte sich der Inhalt des Gesetzesvorranges.

Anwendungsgebot und Abweichungsverbot ergänzen einander notwendig bei der Konkretisierung des Vorrangprinzips. Das Abweichungsverbot ist sinnlos, wenn die gebundenen Staatsorgane die erlassenen Normen nicht anzuwenden brauchen; das Anwendungsgebot wird entwertet, wenn die verpflichteten Organe von den gesetzlichen Anordnungen nach eigenem Ermessen abweichen können.

13) *Stern*, StaatsR I, 1977, S. 633ff.

14) Die Bindung an das „Recht“ betrifft nicht den Gesetzesvorrang und soll daher hier außer Betracht bleiben.

15) Zum Verhältnis von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes *Pietzcker*, JuS 1979, 710ff.

16) Ausführlich *Leibholz-Rink*, Vorb. Art. 70 Rdnr. 1; *Kisker*, NJW 1977, 1313ff.

17) Zurückhaltend auch *Herzog*, in: *Maunz-Dürig*, Art. 20 Rdnr. 35.

18) Die Problematik des Übergangsrechts stellt hiervon keine Ausnahme dar, sondern bestätigt nur diese Regel; s. zum Übergangsrecht *Pieroth*, Rückwirkung und ÜbergangsR, 1981.

19) Dazu eingehend *Stern* (o. Fußn. 13), S. 633f.

20) S. o. 11.

III. Konsequenzen im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive

1. Die Ausführungspflicht

Adressat der in Art. 20 III angeordneten Bindung ist zunächst die „vollziehende Gewalt“. Das Anwendungsgebot konkretisiert sich für sie dahin, daß sie die Gesetze auszuführen, zu vollziehen und zu vollstrecken hat. Dabei steht den Behörden keine Dispositionsmöglichkeit über die Ausführungspflicht zu; sie sind gehalten, erlassene Gesetze zu vollziehen. Dieser Verpflichtung können sie sich nicht entziehen. Auf welche Weise die Ausführung zu erfolgen hat, ist durch das Anwendungsgebot allerdings nur in geringem Maße determiniert. Die Exekutive hat das Gesetz seinem Inhalt, Sinn und Zweck entsprechend umzusetzen; die dazu erforderlichen Maßnahmen muß sie ergreifen; Handlungen, welche diese Pflicht vereiteln oder entwerten könnten, hat sie zu unterlassen. Welche Handlungen und Maßnahmen dies jedoch konkret sind, unterliegt ihrer eigenen Beurteilung, sofern nicht der Gesetzgeber hierüber selbst Anordnungen getroffen hat: Ist die Art und Weise der Gesetzesausführung selbst vollständig oder teilweise geregelt, so sind die Behörden auch an diese Vorgaben gebunden. Das gilt sowohl bezüglich der Organisation der Gesetzesausführung als auch bezüglich konkreter Maßnahmen zur Verwirklichung der Norm. Hier untersagt das Abweichungsverbot, Gebotenes zu unterlassen oder Untersagtes vorzunehmen.

Die Bindung der Verwaltung ist unabhängig davon, auf welche Weise sie tätig wird, ob sie also etwa ihrerseits rechtssetzend oder im Einzelfall gesetzesausführend tätig wird. An gesetzliche Vorgaben, soweit solche existieren, ist sie auch insoweit gebunden, als sie nicht gesetzesausführend, sondern in Wahrnehmung nicht gesetzlich geregelter Aufgaben tätig wird.

Zu den gemäß Art. 20 III vorrangigen Gesetzen zählen alle Normen unabhängig davon, ob sie formelle oder materielle Regelungen enthalten. Behörden und Gerichte sind demnach insbesondere auch an die Vorschriften über ihre eigenen Zuständigkeiten gebunden. Solche Aufgabennormen²¹ eröffnen die jeweiligen Handlungsspielräume, begrenzen sie aber zugleich. Keine staatliche Stelle darf unter Hinweis auf Art. 20 III ihre Zuständigkeiten überschreiten oder „ausweiten“. Der Vorrang begründet keine „Annexkompetenzen“, sondern bindet jede staatliche Stelle im Rahmen ihrer allgemeinen Zuständigkeiten. Zusätzliche Aufgaben oder gar Befugnisse lassen sich mit dem Vorrang des Gesetzes nicht begründen.

2. Ausführungspflicht im Bundesstaat

Im Bundesstaat, der Bund und Länder sowohl mit Aufgaben der Gesetzgebung als auch der Verwaltung betraut, unterliegt der Gesetzesvorrang besonderen Problemen. Nach dem Grundgesetz sind die Ausführung von Landesgesetzen durch den Bund²² und die Mischverwaltung zwischen Bund und Ländern²³ unzulässig, so daß insoweit bestimmte Verwaltungseinrichtungen mit der Ausführung bestimmter Gesetze nicht beauftragt werden dürfen. Nichtsdestoweniger sind etwa Bundesbehörden an Landesgesetze gebunden, soweit sie in dem jeweiligen Bundesland ansässig sind. Diese Bindung trifft sie jedoch nur wie jeden Bürger, nicht hingegen als Ausführungspflicht.

Demgegenüber trifft die Ausführungspflicht die Länder bezüglich des Bundesrechts. Nach Art. 83 führen sie die Bundesgesetze aus, sofern das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zuläßt. Diese Kompetenzzuweisung begründet nicht nur ein Recht der Länder, sondern zugleich eine Pflicht²⁴. In welchen Formen die Länder dieser Pflicht nachzukommen haben, regeln grundsätzlich die Art. 84 ff., in deren Rahmen den Bundesländern Gestaltungsfreiheit bei der Zuständigkeitsverteilung und der Behördenorganisation ein-

geräumt ist (Art. 84 I, 85 I), sofern nicht verfassungsgemäße Bundesgesetze anderes bestimmen. Die Gestaltungsfreiheit bezieht sich jedoch nur auf die Art und Weise der Gesetzesausführung, über die Ausführung als solche ist den Ländern keine Dispositionsbefugnis eingeräumt. Ist ihnen so die Ausführung verbindlich zur Pflicht gemacht, so kann deren Erfüllung durch den Bund überwacht und durchgesetzt werden (Art. 84 III, IV, 85 III, IV, 93 I Nr. 3, 37). Im Falle einer Unterlassung oder Verweigerung der Gesetzesausführung durch die Länder ist der Bund somit berechtigt, sie zu entsprechenden Maßnahmen zu zwingen.

3. Das Gebot der Bestimmtheit von Rechtsnormen

Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot für Gesetze ist zwar in Rechtsprechung und Literatur anerkannt²⁵, sein Inhalt wie seine Rechtsgrundlagen im Grundgesetz sind allerdings nach wie vor strittig. Hier erlangt neben dem Vorbehalt des Gesetzes der Gesetzesvorrang zentrale Bedeutung. Art. 20 III läuft leer, wenn Exekutive und Justiz den Anordnungen des Gesetzgebers aus dem Grunde nicht zu folgen vermögen, weil sie deren Inhalt aus dem Normtext nicht hinreichend entnehmen können. Nur wenn der normative Gehalt aus dem Gesetz eindeutig ermittelbar ist, können die gebundenen Staatsorgane ihre Bindung an den Gesetzauftrag erfüllen; andernfalls sind sie gezwungen, die Erwägungen der Legislative durch eigene zu ersetzen. Damit würden sie ihre Gesetzesgebundenheit durchbrechen und den Vorrang des Gesetzes leerlaufen lassen.

Dagegen wird jedoch gelegentlich geltend gemacht²⁶, daß gerade die Exekutive außerhalb des Bereichs des Gesetzesvorbehaltes befugt sei, auch ohne gesetzliche Ermächtigung aus eigenem Recht zu handeln. Sei eine Materie im Grundgesetz der Verwaltung zur eigenen Entscheidung überlassen, so sei die Legislative auch befugt, unbestimmte Normen zu erlassen, welche, soweit sie keine bestimmten Handlungsanweisungen enthalten, die Gestaltungsfreiheit der ausführenden Gewalt unberührt lassen. Der Vorrang des Gesetzes bindet die Exekutive nur insoweit, als ihr vom Gesetzgeber konkrete Direktiven erteilt worden seien. Sei das nicht der Fall, so bestehe deren originäre Handlungsfreiheit fort. Der Vorrang des Gesetzes enthalte daher keinerlei Bestimmtheitsgebot.

Dabei wird jedoch lediglich auf den Gehalt des Vorranges als Abweichungsverbot, nicht hingegen denjenigen als Anwendungsgebot abgestellt. Hat der Gesetzgeber keine Regelung getroffen, so ist die Exekutive in diesem Bereich zur eigenständigen Gestaltung berechtigt, soweit nicht der Gesetzesvorbehalt einschlägig ist. Hat die Legislative jedoch eine gesetzliche Regelung erlassen, so endet die der Exekutive durch das Grundgesetz eingeräumte Gestaltungsfreiheit, ihr Auftrag wird vielmehr durch das Gesetz begründet und begrenzt. Die eigenständige Gestaltung wird so durch das Anwendungsgebot ersetzt; eigene Wertungen haben zugunsten derjenigen des Gesetzes zurückzutreten. Die Geltung einer unbestimmten Regelung ist demnach von dem Fehlen jeglicher Norm zu unterscheiden. Im letzten Fall wird die Rechtmäßigkeit exekutiver Maßnahmen ausschließlich durch das Grundgesetz, im ersteren dagegen durch das Gesetz begründet. Sind diesem Inhalt und Grenzen der legislativen Direktiven an die Verwaltung nicht zu entnehmen, so wird das Ausmaß der Bindung der Verwaltung an die jeweilige Norm

21) Grdl. *Knemeyer*, DÖV 1978, 11 ff.

22) *BVerfGE* 12, 229.

23) *BVerfGE* 32, 156; 39, 120.

24) *Frowein*, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem GG, 1961, S. 52; *Gusy*, AsylR und Asylverfahren in der BRep. Dtl., 1980, S. 346; s. auch v. *Mangoldt-Klein*, GG, 1974, Art. 82 Anm. V 4a.

25) Seit *BVerfGE* 1, 14 (45, 59 f.); Nachw. bei *Geitmann*, *BVerfG* und „offene“ Normen, 1971, S. 188 ff.; zum folgenden *Gusy*, *DVBj* 1979, 575 f.

26) *Geitmann* (o. Fußn. 25), S. 86.

nicht deutlich. Besteht hier die Gestaltungsfreiheit der zweiten Gewalt nicht mehr, so läuft die gesetzesausführende Tätigkeit ständig Gefahr, die Intentionen des Gesetzes zu verkennen und deshalb rechtswidrig zu handeln. Dem kann nur dadurch abgeholfen werden, daß der Gesetzgeber, sofern er seine Regelungskompetenz wahrnimmt, die Befugnisse der Exekutive in hinreichend klarer Weise determiniert und sie so in die Lage versetzt, ihre Aufgaben rechtmäßig zu erfüllen.

Diese Auslegung entspricht auch der Tatsache, daß die Gesetze nicht nur Handlungs-, sondern zugleich Kontrollnormen bezüglich der Rechtmäßigkeit exekutiver Kompetenzzusübung sind. Sie müssen die Nachprüfung der Gesetzesmäßigkeit von Maßnahmen der Verwaltung durch die Gerichte ermöglichen, um den Rechtsschutzinteressen der Bürger gerecht werden zu können. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß die Handlungs- und Kontrollmaßstäbe durch die Legislative in hinreichend klarer Weise festgelegt werden.

4. Grenzen des Gesetzesvorranges

Der in der Form des Gesetzes geäußerte Staatswille geht rechtlich jeder anderen staatlichen Willensäußerung vor. Diese Rangabstufung ist Grundelement der Machtverteilung zwischen den Zweigen der Staatsgewalt: Der Wille der Legislative ist für alle anderen Staatsorgane verbindlich. Daher kann ein Gesetz durch eine von der Exekutive gesetzte Norm, etwa eine Rechtsverordnung oder eine Verwaltungsvorschrift, nicht in Kraft oder außer Kraft gesetzt werden. Die zeitliche Dauer seiner Anordnungen bestimmt nach Beginn und Ende ausschließlich der Gesetzgeber selbst. Ebensoviele darf ein Gesetz von einer niederrangigen Rechtsnorm durchbrochen oder verdrängt werden²⁷. Dieses Abweichungsverbot kann sich allerdings nur dort auswirken, wo ein Widerspruch zwischen dem Gesetz und einer Willensäußerung niederen Ranges besteht. Sofern diese hingegen das Gesetz befolgt und so mit ihm im Einklang steht, scheidet sie nicht am Vorrang des Gesetzes. Daher steht Art. 20 III einer Regelung nicht entgegen, nach welcher durch Verwaltungsvorschriften eine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen werden kann und die gesetzliche Regelung nur anwendbar sein soll, soweit und so lange nicht eine abweichende Regelung durch Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift ihre Stelle einnimmt²⁸. Die Legislative bestimmt den Anwendungsbereich jeder gesetzlichen Vorschrift ebenso, wie sie ihren Inhalt bestimmt. Es steht ihr daher grundsätzlich frei, die Anwendbarkeit einer Vorschrift dadurch zu beschränken, daß sie ihr eine Subsidiarität gegenüber bestimmten staatlichen Willensäußerungen niederen Ranges beilegt. Diese Befugnis wird durch den Vorrang des Gesetzes nicht berührt: Der Gesetzgeber kann diesen Vorrang nicht als Prinzip beseitigen, aber er kann einer oder mehreren Vorschriften einen subsidiären Charakter geben.

Dieses Recht stößt allerdings auf enge Grenzen. Zunächst darf die Materie, welche durch exekutiven Rechtssatz geregelt sein soll, nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegen²⁹. Darüberhinaus darf der Gesetzgeber nicht Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklären, daß sich dadurch eine Gewichtsverschiebung zwischen Legislative und Exekutive ergibt. Schließlich ziehen Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Grenzen, sofern die gesetzliche Regelung durch verstreute, kaum erkennbare und nicht näher bezeichnete Verwaltungsvorschriften derogiert werden kann. Unabweichlich ist ein Hinweis in der ändernden Exekutivnorm auf die geänderten Gesetzesbestimmungen und ein Hinweis im Gesetzblatt auf die Änderungsnorm und deren Fundstelle.

IV. Konsequenzen im Verhältnis zwischen Legislative und Rechtsprechung

1. Die Gesetzesbindung der Justiz

Die Gerichte sind bei ihrer Entscheidungsfindung an die gesetzlichen Vorgaben zwingend gebunden. Diese Ausprä-

gung des Gesetzesvorranges wird in Art. 97 I konkretisiert und neben der richterlichen Unabhängigkeit als das zentrale Element ihrer Tätigkeit betont³⁰. Zwischen beiden Elementen besteht kein Gegensatz. Richterliche Unabhängigkeit soll die Rechtsbindung des Richters nicht überschreiten oder gar auflösen, sondern erst verwirklichen. Bei seiner Tätigkeit ist der Richter ausschließlich dem Gesetz unterworfen; zwischen Gesetz und Richterspruch steht keine irgendwie geartete Instanz oder Weisung. Erst dadurch kann es gelingen, die einzelbezogene Streitentscheidung durch Gerichte vollständig auf die Erkenntnis des allgemeinen vom Recht Gebotenen auszurichten. Die Unabhängigkeit vermittelt so zwischen der abstrakten Norm und der konkreten Entscheidung.

Die richterliche Gesetzesbindung wird auch nicht durch den scheinbar relativierenden Zusatz des Art. 20 III aufgelöst, wonach die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden ist. Die Bedeutung dieser – in Art. 97 I nicht wiederholten – Rechtsbindung wird nicht einhellig interpretiert³¹. Soll das „Recht“ in Art. 20 III nicht überflüssigerweise aufgenommen sein, so muß es eine über das Gesetz hinausgehende Bedeutung aufweisen. Andererseits findet das demokratische Recht seine zentrale Ausprägung im parlamentarisch beschlossenen Gesetz bzw. in der vom Volk sich selbst gegebenen Verfassung. Das Gesetz wird vom Parlament als unmittelbar demokratisch legitimiertem Staatsorgan in einem demokratisch legitimationsbegründeten Verfahren beschlossen. Es ist so die primäre Quelle des Rechts. Das „Recht“ des Art. 20 III hat den demokratischen Charakter der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zu teilen und steht zu ihm in keinem irgendwie gearteten Widerspruch.

Stellt Art. 20 III „Gesetz und Recht“ nebeneinander, so bezieht er sich mit der Rechtsbindung auf das Grundgesetz selbst als die höchste Quelle und Garantie des Rechts. Ein vom Grundgesetz verschiedenes, ihm vor- oder nebengeordnetes Recht kann es im demokratischen Staat nicht geben³². Zieht das „Recht“ lediglich „äußerste Gerechtigkeitsgrenzen“, so wird dieses für die Verfassungsordnung der Bundesrepublik im Grundgesetz konkretisiert. Normativ gilt die „Idee der Gerechtigkeit“ in dem Umfang und in der Weise, wie sie das Grundgesetz rezipiert und verwirklicht. Keine Instanz hat die Möglichkeit, ein Gesetz unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Gerechtigkeit nachzuprüfen und damit ihre Auffassung von Gerechtigkeit der verfassungsgemäßen Ansicht des Gesetzgebers zu substituieren. „Gesetz und Recht“ i. S. des Art. 20 III sind folglich die demokratisch erlassenen Gesetze und das Grundgesetz³³. Die Rechtsbindung des Art. 20 III bringt somit in anderer Form die Verfassungsbindung von Exekutive und Rechtsprechung zum Ausdruck.

Bestätigt wird diese Auffassung aus dem systematischen Kontext des Grundgesetzes. Sofern ein Gericht eine gesetzliche Regelung für unzulässig und rechtswidrig hält, stehen ihm nach der Verfassung zwei Möglichkeiten offen³⁴: Entweder legt es die Vorschrift unter den Voraussetzungen des Art. 100 dem zuständigen Gericht zur Prüfung vor, welches sodann deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und keinem sonst irgendwie gearteten Recht prüft. Oder aber das Gericht legt nicht vor, weil es die Voraussetzungen des Art. 100 nicht für gegeben ansieht. In diesem Fall ist es ver-

27) BVerfGE 8, 169f.; 40, 247.

28) BVerfGE 8, 169ff.

29) BVerfGE 40, 248ff.; dazu Schenke, DÖV 1977, 27ff.

30) S. hierzu eingehend Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 95ff.

31) Hierzu Kirdthof, in: BVerfG und GG II, 1976, S. 50ff.

32) Deutlich wird dies etwa in Art. 1 III, der insoweit eine speziellere Geltungsanordnung der Verfassung enthält, ohne ein irgendwie geartetes Recht gegen das Grundgesetz zu mobilisieren.

33) Ebenso Herzog, in: Mauriz-Dürig, Art. 20 Rdrrn. 49ff.; problematisch, aber praktisch folgenlos und daher mit dem hier genannten Stand vereinbar BVerfGE 1, 14, 18 (Ls. 27).

34) S. Pestalozza, JuS 1981, 653; anders Skouris, NJW 1975, 713ff.

pflichtet, die Vorschrift anzuwenden und auf ihrer Grundlage zu entscheiden. Ein über Art. 100 hinausgehendes Aussetzungsrecht existiert nur, sofern ein solches ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist (s. etwa § 69 II FGO).

Ein „dritter Weg“ zwischen Vorlage und Anwendung existiert nicht. Kein Gericht ist berechtigt, einem Gesetz die Anerkennung oder Gefolgschaft zu verweigern, sofern es nicht für nichtig erklärt worden ist oder die Voraussetzungen einer Vorlage nach Art. 100 bestehen. Daher darf kein Gericht in einem solchen Fall das Gesetz ignorieren oder von ihm abweichen. Somit bliebe jede über die Verfassungsbindung hinausreichende Rechtsbindung notwendig folgenlos.

2. Das Verbot der Rechtsprechung contra legem

Der Rechtsprechung ist zu allen Zeiten die Aufgabe der Rechtsfortbildung zugesprochen worden. Unproblematisch ist diese Tätigkeit unter dem Aspekt des Art. 20 III, sofern dabei Gesetz und Richterspruch nicht in Widerspruch geraten. Das ist stets der Fall, wenn die Rechtsprechung sich im Rahmen des geltenden Gesetzes bewegt oder der entscheidungserhebliche Sachverhalt von überhaupt keinem Gesetz erfaßt ist. Im letzten Fall geschieht die Entscheidungstätigkeit ausschließlich aufgrund der richterlichen Rechtsbindung. Probleme entstehen demgegenüber durch den Gesetzesvorrang, sofern Gesetz und richterliche Entscheidung einander inhaltlich widersprechen, wenn also der Richter bewußt oder unbewußt contra legem entscheidet. Hier wird das Abweichungsverbot des Art. 20 III tangiert.

Bisweilen wird allerdings die Möglichkeit, zumindest aber die Erkennbarkeit einer solchen Rechtsprechung contra legem bestritten. Unter Hinweis darauf, daß Begriffe „als solche“ keinen Sinn aufweisen, wird keine Möglichkeit gesehen, dem Gesetzestext irgendwelche Direktiven für die praktische Interpretation abzugewinnen³⁵. Kann somit einem Begriff jeder beliebige Inhalt „entnommen“ werden, so kann konsequent keine Entscheidung gegen das Gesetz ergehen. Tatsächlich ist es bei den meisten Begriffen unmöglich, ihnen einen eindeutigen Gehalt beizumessen; vielmehr wird ein bisweilen weites Spektrum möglicher Bedeutung eröffnet. Daraus kann allerdings noch nicht der Schluß gezogen werden, sie wiesen keinerlei Bedeutungskonturen auf. Dies zeigt bereits die Alltagskommunikation: Jedes Gespräch, in welchem mehrere Personen Informationen oder Ansichten austauschen, würde unmöglich, wenn den dabei verwendeten Begriffen von den Beteiligten keinerlei Sinn beigelegt werden könnte. Unabhängig davon, daß dieser Sinn gerade in Randbereichen umstritten sein kann, funktioniert praktisch das Verstehen überwiegend reibungslos. Erst dadurch wird verbale Kommunikation überhaupt ermöglicht. Zwar unterscheidet sich die Kommunikationssituation eines solchen Gesprächs von derjenigen zwischen gesetzgebenden und gesetzanwendenden Instanzen in vielen Einzelheiten – etwa nach Zahl der Beteiligten, geringerer Kontextabhängigkeit und wenig ausgeprägtem erwartbarem gemeinsamem Vorverständnis –, nichtsdestoweniger läßt sich jedoch regelmäßig zumindest eine Minimalfunktion des Gesetzestextes angeben: er hat ausgrenzende Bedeutung, indem er zwar ein mehr oder weniger weites Spektrum an möglichen Inhalten eröffnet, aber zugleich auch Gehalte mit Sicherheit ausschließt. Der Wortlaut umreißt das Problem, löst es jedoch nicht³⁶.

Knüpft etwa eine Hundesteuersatzung die Steuerpflicht an das Halten eines „Hundes“, so mag im Einzelfall zweifelhaft sein, ob das gehaltene Tier einen „Hund“ darstellt. Nichtsdestoweniger ist kaum bestreitbar, daß Katzen die Steuerpflicht nicht begründen. Eine Auslegung, die dem Begriff „Hund“ auch den Unterbegriff „Katze“ unterlegen würde, geschähe demnach contra legem. „Katze“ ist eben nicht die Fortentwicklung von „Hund“, sondern ein Aliud gegenüber diesem.

Contra legem ist demnach eine Rechtsprechung, die einer Vorschrift einen Gehalt „entnimmt“, welcher nach ihrem sprachlichen Inhalt, Sinn und Zweck³⁷ ausgeschlossen sein sollte. In diesem Fall wird der Verstoß gegen das Abweichungsverbot aus Art. 20 III deutlich: Der Vorrang des Gesetzes ist jedenfalls dann verletzt, wenn ein erkennbarer Widerspruch zwischen Gesetz und gesetzesgebundener Entscheidung vorliegt. Verstößt demnach eine Rechtsfortbildung contra legem grundsätzlich gegen den Vorrang des Gesetzes³⁸, so kann sie nur zulässig sein, sofern eine besondere verfassungsrechtliche Legitimation dafür vorliegt. Diese Legitimation sieht das BVerfG³⁹ in der Rechtsbindung des Richters, die gleichfalls aus Art. 20 III folgt.

Danach hat der Richter bei der Gesetzesinterpretation die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen zum Ausdruck zu bringen. Sofern diese nicht in Einklang mit dem Gesetzeswortlaut verwirklicht werden können, treten „Recht“ und „Gesetz“ partiell auseinander. In diesem Fall sind die Gerichte zur Korrektur „legislativer Fehlleistungen“ insbesondere dann berechtigt, wenn das einschlägige Gesetz ein hohes Alter aufweist und Änderungsbemühungen auf „besondere Schwierigkeiten und Hemmnisse“ stoßen, die gesetzliche Regelung aufgrund eines „geänderten Rechtsbewußtseins und der Wertvorstellungen einer neuen Verfassung“ umstritten ist und die Rechtsfortbildung contra legem nach anerkannten Methoden stattfindet.

Diese Argumentation, welche dem Richter das Recht zur Konkretisierung von Verfassungsgeboten auch gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers zuweist, vermengt allerdings in unzulässiger Weise zwei Aspekte miteinander. Die erste Frage ist diejenige nach einem Widerspruch zwischen den Wertentscheidungen des Grundgesetzes und dem einfachen Gesetz. Wird ein solcher Widerspruch festgestellt, so tritt allerdings der Vorrang des Gesetzes nach Art. 20 III nicht automatisch außer Kraft, vielmehr ergibt sich danach als zweite Frage, auf welche Weise ein derartiger Widerspruch zu beheben ist. Das Grundgesetz hat den Fachgerichten das Recht, ein einfaches Gesetz wegen seiner Verfassungswidrigkeit einfach unbeachtet zu lassen, ausdrücklich genommen. Vielmehr tritt hier genau die Konstellation ein, welche Art. 100 zugrundeliegt. Die Vorlagepflicht mit anschließender Prüfung durch das BVerfG ist der verfassungsrechtlich einzig zulässige Weg zur Beseitigung normativer Widersprüche zwischen Grundgesetz und einfachem Recht. Ist zu dieser Beseitigung ausschließlich das BVerfG berufen, so hat sich der einfache Richter jeder Korrektur des Gesetzes aus Gründen vermeintlicher Verfassungswidrigkeit zu enthalten. Ihm bleibt die Alternative zwischen Gesetzesanwendung und Vorlage an das BVerfG. Jede andere Entscheidung verstößt gegen Art. 20 III. Eine Rechtsprechung contra legem ist somit verfassungsrechtlich nicht zu legitimieren und verstößt daher auf jeden Fall gegen den Vorrang des Gesetzes.

35) Für das Verfassungsrecht etwa dezidiert *Opp*, *Soziologie im Recht* 1973, S. 124, 232.

36) *Gusy*, *JuS* 1980, 718, 720.

37) Diese Korrektur ist erforderlich für den Fall, daß ein Gesetz einen Wortlaut verwendet, der sich gegenüber der erklärten Absicht des Gesetzgebers als zu eng erweist. Hier helfen zumeist erweiternde Auslegung und Analogie.

38) Grundsätzlich dazu *Roellecke*, *VVDStRL* 34, 31 ff.; *J. Ipsen*, *RichterR und Verf.*, 1975, S. 178 ff., insb. S. 235.

39) *BVerfGE* 34, 269, 284: ... Die traditionelle Bindung des Richters an das Gesetz, ein tragender Bestandteil des Gewaltentrennungsgrundsatzes und damit der Rechtsstaatlichkeit, ist im Grundgesetz jedenfalls der Formulierung nach dahin abgewandelt, daß die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden ist (Art. 20 Abs. 3). Damit wird nach allgemeiner Meinung ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt. Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch ...“.