

Haftstrafe dem Ehemann den Arbeitsplatz kosten und die wirtschaftliche Existenz der Familie gefährden könne, darf demnach nicht geringgeschätzt werden.

IV. Schutz der Ehefrau vor Vergeltung

Die Einsicht, daß der herkömmliche Strafrechtsschutz nur sehr begrenzt der Gewalttätigkeit von Ehemännern entgegenwirken dürfte, sollte das Nachdenken über ein staatliches Schutzsystem anregen, das in erster Linie am Schutz der Frauen und erst in zweiter Linie an der Bestrafung des Mannes orientiert ist¹⁹. Ein solches könnte wie folgt gestaltet werden:

- Die Ahndung der Vergewaltigung in der Ehe – die ausdrücklich unter Strafe gestellt werden sollte – sollte dem Familiengericht übertragen werden²⁰.
- Der familiengerichtliche Rechtsschutz sollte mehr helfend und beratend als inquisitorisch und sanktionierend gestaltet sein.
- Hinsichtlich der in Betracht kommenden Sanktionen sollte dem Gericht – sowohl was die Art als auch was die Höhe der Strafe angeht – eine größere Ermessensfreiheit eingeräumt werden.
- Wohl die Gefahrenabwehr im Fall akuter Gewalt, nicht aber die Ermittlung des Sachverhalts sollte der Polizei übertragen werden. Die Erforschung der Straftat sollte Aufgabe des Familiengerichts sein, bis geeignete Sozialdienste ausgebildet worden sind.
- Bei grundsätzlichem Respekt vor dem Legalitätsprinzip sollte auch der Staatsanwalt aus diesem Verfahren herausgehalten werden, um die Situation vor Gericht so unkompliziert als möglich zu gestalten.
- Die Öffentlichkeit sollte ausgeschlossen werden.
- Um die soziale Phantasie und das Einfühlungsvermögen des Familiengerichts zu erhöhen, sollten der Richterin bzw. dem Richter ein sachverständiger Beisitzer bzw. Beisitzerin aus dem Berufsfeld der Ehe- und Familienberatung beigegeben werden. Auf die geschlechtsverschiedene Zusammensetzung des Gerichts sollte geachtet werden.
- Des Nachdenkens wert erscheint, ob es Konfliktfälle oder Ehesituationen gibt (z. B. Wiederholung, extreme Gewalt), in denen das Familiengericht im Einverständnis mit der Ehefrau das Verfahren an die Staatsanwaltschaft und Strafjustiz abgeben darf.

V. Vorzüge und Nachteile

Dieser Lösungsvorschlag hat nicht nur den Vorzug ökonomisch zu sein, weil der gesamte die Ehe betreffende Entscheidungsbedarf einem Gericht überantwortet wird: als da sind der Strafrechtsschutz der vergewaltigten Frau, ihr denkbarer Antrag auf Zuweisung der Ehwohnung, die Unterhaltsklage gegen den das Wirtschaftsgeld als Druckmittel einsetzenden Ehemann und das Scheidungsverfahren. Eine solche Vereinheitlichung der Zuständigkeit würde auch die Schwellenangst, die jeder Behörden- und Gerichtskontakt selbst für diejenigen mit sich bringt, die sich im Recht wissen, auf ein Mindestmaß herabsetzen.

Ein solches Mischsystem von helfenden und sanktionierenden Maßnahmen – insbesondere die Beweglichkeit hinsichtlich der Strafe – hätte überdies den Vorzug, daß die Frage, was eigentlich eine Vergewaltigung ist, jenseits der Strafrechtsdogmatik umfassender erörtert werden könnte. Die Mittel, die in einer Ehe gebraucht werden können, um den Widerstand einer Frau zu brechen und diese zu demütigen, sind viel mannigfaltiger und subtiler und fordern zu einem Überdenken des Gewaltbegriffs heraus.

Dieses Lösungsmodell wird sich den Vorwurf gefallen lassen müssen, daß es einer Strategie Vorschub leistet, die die Gewalttätigkeit als privates Problem einer gestörten Ehe definiert und verharmlost²¹. Gewiß würde eine öffentliche Hauptverhandlung „die gesellschaftlichen Zusammenhänge der tabuisierten Gewalt gegen Frauen“ eher offenkundig machen²². Zu bedenken ist jedoch, daß nicht jeder Konflikt und Prozeß als gesellschaftliches Lehrstück taugt. Denn viele der betroffenen Frauen besitzen weder die wirtschaftliche und in-

tellectuelle Unabhängigkeit noch die psychische Distanz zum Partner und zur Familie, um ein öffentliches Verfahren seelisch unversehrt zu überstehen. Diese Zumutung setzt sich in vergleichbar anmaßender Weise über die Lebenswirklichkeit vieler Ehefrauen hinweg wie die Empfehlung der Reformgegner, das Übel an der Wurzel zu packen und sich scheiden zu lassen.

Die Ausweitung des § 177 StGB auf die Ehe sowie ein vorzugsweise die Frauen ermutigendes und schützendes Verfahren im Verein mit einer öffentlichen Information und Diskussion dürfte allmählich einen sozialen Wandel in Gang bringen können. Wahrscheinlicher aber, als daß sich alsbald die Einstellung oder gar das Verhalten ändert, ist es, daß jemand in Kürze – vielleicht in dieser Zeitschrift – die umgekehrte Gleichberechtigung anmahnt und fordert, daß auch die Vergewaltigung des Mannes und Ehemannes unter Strafe gestellt werden sollte.

19) In ähnliche, der Strafjustiz abgewandte Richtung zielen auch die Überlegungen von *Narr*, Vergewaltigung als Staats- und Männersache, in: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.), Sexuelle Gewalt, Sensbachtal 1985, S. 158 ff., 175 ff.

20) Vgl. ähnliche Überlegungen für England bei *Eekelaar*, FamilienR und Sozialpolitik, 1983, S. 91 f., S. 287.

21) *Bernard-Schlaffer*, Die ganz gewöhnliche Gewalt in der Ehe, 1982, S. 45.

22) So die Abgeordnete *Schoppe* im Bundestag bei der 1. Beratung des von den GRÜNEN eingebrachten Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes, BT-Prot. 10 (1983), S. 2794.

Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen

Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?

Der Verfasser erläutert den Status der Gesetzgebungslehre als deskriptive oder präskriptive Wissenschaft. Eine normative Funktion mit Verfassungsrang könne ihr jedoch im demokratischen Staat nicht zukommen.

I. Normative Kraft der Gesetzgebungswissenschaft

Der viel zitierte „Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens“¹ hat die Gesetzgebungslehre als wissenschaftliche Disziplin neu angeregt und mit einer Vielzahl bislang wenig erörterter Fragestellungen befaßt². Seit geraumer Zeit finden sich immer zahlreichere Ansätze, Erkenntnisse der Gesetzgebungswissenschaft nicht nur als präskriptive Methode kunstgerechter Politik anzusehen, sondern ihr zugleich normative Kraft mit Verfassungsrang einzuräumen³. In dieser Eigen-

1) *H. Schneider*, in: Festschr. für Müller, 1970, S. 421; Mängelanalysen auch bei *H. P. Schneider*, AöR 1980, 4; schon früher *H. Schneider*, NJW 1962, 1273; historisch *Gritschneider*, BayVBl 1981, 750; alle m. w. Nachw.

2) Zur Gesetzgebungslehre s. grundlegend *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973; *Rödig*, Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976; *Winkler-Schilcher*, Gesetzgebung, 1980; *Böhret*, Gesetzgebungspraxis und Gesetzgebungslehre, 1980; *Eichenberger*, Grundfragen der Rechtsetzung, 1978; *ders.*, VVDStRL 1982, 7; *Öhlinger*, Methodik der Gesetzgebung, 1982; *Kindermann*, Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1982; *Maihofer*, u. a., Theorie und Methoden der Gesetzgebung, 1983; *Hugger*, Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, 1983; *Schäffer-Triffner*, Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984; zur historischen Gesetzgebungslehre und ihrem Ende *Schott*, ZNR 1983, 121; *Braun*, ZNR 1982, 156; rechtswissenschaftlich *H. Schneider*, Gesetzgebung, 1982; *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982; alle m. w. Nachw.

3) S. schon *Konrad*, DÖV 1971, 80; ferner *Goerlich*, JR 1977, 89; *Schulze-Fielitz*, NVwZ 1983, 709; *Mengel*, ZRP 1984, 153; zu Einzelheiten *Rottmann*, in: *Rüthers-Stern*, Freiheit und Verantwortung im Rechtsstaat, 1984, S. 329; *Merten*, ebd., S. 295.

schaft soll sie sodann die Legislative mit einem vom *BVerfG* nachprüfbareren Inhalt binden. Einzelne Formeln verfassungsgerichtlicher Entscheidungsbegründungen legen die Annahme nahe, daß sich das Gericht gegenüber solchen Tendenzen durchaus aufgeschlossen zeigt. Die sich dazu ausbildende Kasuistik kontrastiert in auffälliger Weise den knappen Regelungen, welche das Gesetzgebungsverfahren im Grundgesetz gefunden hat. Sie ist daher auf ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Verfassungsrecht besonders sorgfältig zu prüfen.

II. Das Gesetzgebungsverfahren im Grundgesetz

Die wenigen Bestimmungen des Grundgesetzes, welche sich auf das Gesetzgebungsverfahren beziehen, sind denkbar einfach. Art. 78 GG normiert die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, unter welchen ein Gesetz zustandekommt. Art. 76 GG regelt das Gesetzesinitiativrecht und das Einbringungsverfahren. Art. 77 I GG thematisiert das Beschlußverfahren im Bundestag; Art. 77 II-IV GG das Mitwirkungsverfahren des Bundesrates. Darüber hinaus finden sich lediglich Grundzüge des Ausfertigungs- und Verkündungsverfahrens (Art. 82 GG).

Auf Sonderbestimmungen für Änderungen des Grundgesetzes (Art. 79 GG), den Gesetzgebungsnotstand (Art. 81 GG) und den Notstandsfall (Art. 115d GG) braucht hier nicht eingegangen zu werden. Auffällig an den genannten Bestimmungen ist, daß sie erst in einem Moment einsetzen, in welchem ein Gesetzentwurf bereits das gesamte Vorbereitungsstadium durchlaufen hat, also erst gegen Ende desjenigen Prozesses, der zu einem Gesetzeserlaß führt. Das grundgesetzlich angeordnete Gesetzgebungsverfahren beginnt so zu einem Zeitpunkt, zu welchem die Gesetzgebung in ihre letzte Phase tritt. Damit trägt das Verfassungsrecht dem Umstand Rechnung, daß auch im demokratischen Staat Gesetze im Parlament nicht gemacht, sondern lediglich verbindlich gemacht werden.

Demgegenüber finden sich Regelungen über die Gesetzesvorbereitung und -ausarbeitung im geltenden Verfassungsrecht gerade nicht. Das erscheint schon deshalb sinnvoll, weil die organisatorischen wie aufgabenmäßigen Differenzierungen zwischen den verschiedenen Einbringungsberechtigten i. S. des Art. 76 I GG derart groß sind, daß eine einheitliche Regelung für die Gesetzesvorbereitung kaum denkbar wäre. Bestimmungen über die Entwurfsvorbereitung durch die Einbringungsberechtigten finden sich vielmehr in dem internen Organisationsrecht, welches der Organisation des jeweiligen Organs und seiner Aufgabenerfüllung angepaßt ist⁴.

Angesichts der Vielzahl von Anforderungen, welche Staatszielbestimmungen und Grundrechte an die Inhalte der Gesetze stellen, wird die Diskrepanz zu den knappen verfahrensrechtlichen Regelungen um so augenfälliger. Als deren Charakteristika lassen sich herausstellen:

- Die vollständige Abwesenheit von Bestimmungen über die Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen, insbesondere das Fehlen jeglicher Sicherstellung von Publizität bis zur Einbringung im Bundestag oder Bundesrat, und die Abwesenheit einer institutionellen Mitwirkung unmittelbar demokratisch legitimierter Entscheidungsorgane - wie des Parlaments selbst - bei der Vorbereitung;
- das Fehlen jeglicher Regelungen über die Hinzuziehung von fachlichem Sachverstand bei der Gesetzesausarbeitung und -vorbereitung; nach dem Text des Grundgesetzes könnte das Verfahren vollständig ohne institutionalisierten Sachverstand vor sich gehen;
- die Knappheit der Regelungen des parlamentarischen Verfahrens, das sich für den Bundestag auf wenige allgemeine Bestimmungen (insbesondere: Art. 42 GG) reduziert und die Materie im übrigen global der Geschäftsordnungsautonomie des Parlaments unterstellt (Art. 40 I 2 GG). Selbst die Bildung von Fachausschüssen ist bis auf Art. 45a, c GG nicht zwingend vorgeschrieben;
- die Knappheit und Klarheit der einschlägigen Verfassungsbestimmungen, die allgemeine Aussagen nahezu vollständig vermeiden und statt dessen ausschließlich einfache, unmittelbar anwendbare und praktisch kaum umstrittene⁵ Anordnungen enthalten.

Die parlamentarische Gesetzesarbeit wird demnach weitgehend dem Bundestag und dem Bundesrat in eigener Autonomie überlassen; die Rahmenfunktion der anwendbaren Verfassungsnormen tritt deutlich hervor. Detaillierte Regelungen finden sich überwiegend in einfachen Gesetzen, Geschäftsordnungen und Parlamentstraditionen⁶, die ihrerseits rezipiert oder aufgegeben werden können. Wie das Verfahren abläuft, kann den Verfassungsbestimmungen kaum entnommen werden. Hier ist eine teilweise Kenntnis der extrakonstitutionellen Regelungen notwendig.

III. „Optimales Gesetzgebungsverfahren als Verfassungspflicht“^{6a}

Daß der real diagnostizierte „Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens“ den Ruf nach einem „optimalen Gesetzgebungsverfahren“ begründet hat, erscheint konsequent. Dabei ist die Optimierungspflicht in eine Vielzahl von Einzeldimensionen aufgefächert (dazu III.). Davon durchaus zu trennen ist der Aspekt, wonach jenen Optimierungspflichten zugleich Verfassungsrang zukommen soll (dazu IV.).

1. Pflicht zur Tatsachenfeststellung

Gesetzgebung ist Sozialgestaltung, die in der Realität zu wirken intendiert. Dies setzt eine gestaltungsbedürftige und -fähige Wirklichkeit voraus, in welcher ein Regelungsbedarf besteht. Ob dies der Fall ist und wie er befriedigt werden könnte, erschließt sich gerade in spezialisierten Sachbereichen nicht unmittelbar von selbst, sondern bedarf einer mehr oder weniger eingehenden Erforschung der realen Bedingungen. Zu einer solchen Erforschung ist der Gesetzgeber verpflichtet. Das *BVerfG* überprüft seinerseits, ob sich die Organe der Legislative jener Aufgabe überhaupt und in hinreichendem Maße unterzogen haben⁷. Dabei ist in der Rechtsprechung ein gewisser Wandel der Entscheidungspraxis feststellbar. Während ursprünglich lediglich eine eigene Befugnis des Gerichts zur Feststellung von Tatsachen angenommen wurde, auf deren Grundlage sodann das jeweilige Gesetz geprüft wurde⁸, wird inzwischen auch eine verfahrensrechtliche Pflicht zur Tatsachenfeststellung des Gesetzgebers begründet. Nicht allein der Umstand, daß ein Gesetz sich aufgrund gerichtlicher Tatsachenprüfungen als zulässig erweist, soll als ausreichend angesehen werden; vielmehr wird eher gefordert, daß der Gesetzgeber selbst eine solche Prüfung vorgenommen hat. Erweist diese sich für das *BVerfG* als ausreichend, so verzichtet es auf eigene diesbezügliche Untersuchungen und attestiert dem Gesetzgeber verfassungsgemäßes Verhalten. Der umgekehrte Fall, daß das Fehlen solcher Untersuchungen allein zur Verwerfung einer Norm geführt hätte, ist allerdings bislang beim *BVerfG* nicht feststellbar.

Die Pflicht zur Tatsachenfeststellung erschöpft sich nicht in allgemeinen Feststellungen von legislative facts, sondern kann erheblich darüber hinaus gehen. So sollen etwa komplizierte Zusammenhänge des gesamtwirtschaftlichen Gesche-

4) S. in Einzelheiten variierend die sehr knappen Vorschriften der §§ 75 ff., GeschOBT einerseits sowie die ausführliche Regelung der §§ 21 ff. GGOBMin andererseits; dazu auch *Kindermann*, Ministerielle Richtlinien der Gesetzgebungstechnik, 1979.

5) Vgl. die jüngere Entscheidungspraxis bei *Leibholz-Rinck*, GG, 6. Aufl., (1979ff.), Art. 76-78, die lediglich 5 Seiten einschließlich Verfassungstext aufweist.

6) Dazu etwa *Jekewitz*, DStR 1976, 537.

6a) Terminologie in Anlehnung an *Schwerdtfeger*, in: Festschr. für Ipsen, 1977, S. 173.

7) Seit *BVerfGE* 6, 389 (398 ff.) = NJW 1957, 865; besonders deutlich *BVerfGE* 50, 290 (331 f.) = NJW 1979, 699; *BVerfGE* 65, 1 (55) = NJW 1984, 419, eingehend *Thierfelder*, Jura 1970, 879; *Ossenbühl*, *BVerfG* und GG I, 1976, S. 458; *Lorenz*, in: *Stark-Stern*, Landesverfassungsgerichtsbarkeit III, 1983, S. 193.

8) So etwa noch *BVerfGE* 7, 377 (Leitsatz 9).

hens, welche das Gericht selbst als „komplexe, schwer überschaubare Zusammenhänge“ bezeichnet, zum Gegenstand gemacht werden⁹. Auch muß sich die Legislative etwa mit dem „Stand der Methodendiskussion“ der empirischen Sozialforschung sowie der amtlichen Statistik im Vergleich beschäftigen¹⁰. Derartige Pflichten erfüllt das zuständige Organ am besten, wenn es eine Sachverständigenkommission einsetzt, die den jeweiligen Regelungsgegenstand „unter politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der umfassenden politischen und der Fachdiskussion eingehend untersucht“; auch „umfassende Anhörungen im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren“ vermögen offenbar dem Postulat Rechnung zu tragen, daß „der Gesetzgeber sich an dem derzeitigen Stand der Erfahrungen und Einsichten orientiert“¹¹. Dimensionen dieser gesetzgeberischen Pflicht sind demnach insbesondere:

- Die Pflicht zur Heranziehung von fachlichem Sachverstand, der die jeweilige Materie untersuchen soll; über die Voraussetzungen des Sachverständigen sowie die Zusammensetzung solcher Gremien hat sich das *BVerfG* bislang nicht geäußert.
- Die Berücksichtigung der Ergebnisse jener Sachverständigen im Gesetz. Dabei braucht die Legislative die Vorschläge nicht undifferenziert zu übernehmen; es genügt, wenn die spätere Regelung mit jenen Ergebnissen „in wesentlichen Zügen übereinstimmt“¹¹.
- Der - daraus folgende - Vorrang des fachlichen vor dem politischen Sachverstand: Gesetzgebung steht im Sog der fachlichen, nicht allein der politischen Gebote.

2. Abwägungspflicht

Tatsachen aus komplexen Sachverhalten, wie die Gesetzesmaterien vielfach sind, sind notwendig diffus und untereinander widersprüchlich. Aus ihnen folgt nahezu niemals ein vorhandenes oder fehlendes Regelungsbedürfnis, erst recht aber nicht das Bedürfnis nach einer bestimmten Regelung. Voraussetzung für den Schluß von den Tatsachen auf die potentiellen Regelungen ist hier die Abwägung der Fakten. Sie schließt deren Sortierung, Diskussion und Gewichtung ein. Vermag der Gesetzgeber mit der Tatsachenerhebung allein ein Regelungsbedürfnis in einem bestimmten Sinne nicht nachzuweisen, so trifft ihn zusätzlich die Abwägungspflicht. Sie läßt sich im Gesetzgebungsverfahren von der Pflicht zur Tatsachenerhebung zwar analytisch, kaum aber tatsächlich trennen.

Zentraler Aspekt der Abwägungspflicht ist die Auseinandersetzung mit möglichen Regelungsalternativen. Dabei ist eine Alternative zulässig, wenn sie zur Erreichung des konkreten Regelungszwecks gegenüber anderen denkbaren Maßnahmen überlegen ist¹². Der Prozeß der Abwägung verläuft demnach in der Weise, daß aus dem vorhandenen Tatsachenmaterial die Summe der möglichen Regelungsalternativen - einschließlich derer, überhaupt keine Regelung zu treffen - herausdestilliert wird, um zwischen diesen aufgrund des vorhandenen Materials die optimale Alternative zu ermitteln. Optimal ist eine Alternative, wenn aus dem Tatsachenmaterial keine überlegenen Möglichkeiten gewonnen werden können. In einem solchen Fall kann auch eine nicht ideale, in sich mangelbehaftete Präferenz gebildet werden, deren Legitimation in der Abwesenheit weniger mangelhafter Alternativen liegt. Die Pflicht zur Vornahme jener Abwägung obliegt dem Gesetzgeber, sie wird vom *BVerfG* überprüft.

3. Prognosepflicht

Gesetze gestalten die Realität angesichts der weitgehenden Unzulässigkeit rückwirkender Normen regelmäßig in der Zukunft. Auf sie haben sich Tatsachenerhebung und Abwägung daher zu beziehen. Die Zukunft ist unbeobachtbar und unerforschbar, sie ist lediglich prognostizierbar. Dies geschieht in der Weise, daß vorhandene Informationen über Vergangenheit und Gegenwart in der Weise überschätzt wer-

den, daß sie Aussagen auf Entwicklungen in der Zukunft ermöglichen. Methodengerechte Medien hierzu sind Wahrscheinlichkeitsrechnung und stabilisierte Erfahrungssätze. Je allgemeiner und kurzfristiger die Prognosen sind, desto höhere Wahrscheinlichkeitswerte treten auf; je konkreter und langfristiger sie sein sollen, desto weniger wahrscheinlich werden sie. Ihren Wahrscheinlichkeitswert erlangen Prognosen demnach immer im Verhältnis zu gegenwärtigen und vergangenen Tatsachen und Kenntnissen, nicht hingegen aus solchen in der Zukunft. Dementsprechend gehört der Eintritt des prognostizierten Ereignisses nicht zu den Richtigkeitsbedingungen der Prognose: Sie wird nicht dadurch falsifiziert, daß das vorhergesagte Ereignis ausgeblieben oder das als unwahrscheinlich ausgegebene eingetreten ist. Falsch ist die Prognose vielmehr, wenn sie in der Gegenwart vorhandene Erkenntnisse, Erfahrungen oder Tatsachen außer Betracht läßt.

Das *BVerfG* geht in ständiger Rechtsprechung¹³ davon aus, daß allen Gesetzen eine Prognose der Legislative über künftige Auswirkungen des Gesetzes zugrunde liegt und liegen muß. Der Gesetzgeber ist demnach verpflichtet, sich über die möglichen Auswirkungen eines Gesetzes Rechenschaft abzulegen. Dies geschieht in der Weise, daß die vorhandenen Tatsachen auf ihren Erkenntniswert für die Zukunft befragt werden und sodann im Wege der Abwägung eine zuverlässige Prognose erstellt wird, welche über mögliche Vor- und Nachteile der intendierten gesetzlichen Regelungen Auskunft geben soll. Dabei ist die Legislative grundsätzlich gehalten, auch ungewissen Auswirkungen eines Gesetzes dadurch Rechnung zu tragen, daß sie die ihr möglichen Erkenntnisquellen ausschöpft, um die Auswirkungen der zu erlassenden Normen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können¹⁴. Ausdrücklich handelt es sich dabei um Anforderungen „des Verfahrens“. Die Erfüllung dieser Anforderungen unterliegt der gerichtlichen Nachprüfung, die hierfür in einer umfangreichen Kasuistik die Maßstäbe der „intensivierten inhaltlichen Kontrolle“, der „Vertretbarkeit“ und der „Evidenz“ aufgestellt hat¹⁵.

Mittel zur Erfüllung dieser Pflichten des Gesetzgebers sind die Orientierung am gesamten zugänglichen Material, die Heranziehung von Sachverständigen sowie Anhörungen im Gesetz, Gesetzesvorbereitungs- sowie Gesetzgebungsverfahren. Konkret umfaßt die so verstandene Prognosepflicht:

- Der Gesetzgeber muß überhaupt eine eigene Prognose anstellen, wie die zu erlassende Norm auf die Wirklichkeit wirken soll und wahrscheinlich wirkt; dazu ist das vorhandene Material auszuwerten, soweit es ihm zugänglich ist.
- Die Prognose muß in der Weise dokumentiert sein, daß sie überhaupt nachprüfbar ist. Hierzu dienen insbesondere Hinweise auf Expertengutachten oder -ansichten im Verfahren. Was hingegen zu geschehen hat, wenn der jeweilige Gegenstand überhaupt keine

9) *BVerfGE* 50, 290 (333) = NJW 1979, 699.

10) *BVerfGE* 65, 1 (55) = NJW 1984, 419.

11) *BVerfGE* 50, 290 (335) = NJW 1975, 695.

12) *BVerfGE* 65, 1 (55) = NJW 1984, 419; s. auch *Schwerdtfeger* (o. Fußn. 6a).

13) *BVerfGE* 7, 377 (415) = NJW 1958, 1035; *BVerfGE* 11, 30 (45) = NJW 1960, 715; *BVerfGE* 17, 269 (276) = NJW 1964, 1175; *BVerfGE* 25, 1 (12) = NJW 1969, 499; *BVerfGE* 30, 250 (263) = NJW 1971, 1603; *BVerfGE* 36, 1 (17) = NJW 1973, 1539; *BVerfGE* 37, 1 (20) = NJW 1974, 1317; *BVerfGE* 39, 1 (51) = NJW 1975, 573; *BVerfGE* 39, 210 (225f.); 40, 196 (223) = NJW 1976, 179; *BVerfGE* 45, 187 (223) = NJW 1977, 1525; *BVerfGE* 50, 290 (333) = NJW 1979, 699; *BVerfGE* 65, 1 (55) = NJW 1984, 419.

14) *BVerfGE* 50, 290 (334) = NJW 1979, 699; *BVerfGE* 65, 1 (55) = NJW 1984, 419.

15) Eingehend hierzu *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des *BVerfG*, 1971; *Seetzen*, NJW 1975, 429; *H. P. Schneider*, NJW 1980, 2103; *Ossenbühl* (o. Fußn. 7); *Lorenz* (o. Fußn. 7).

stabilisierten Prognosen zuläßt¹⁶, ist bislang nicht entschieden. Das *BVerfG* neigt hier zu einer Zurücknahme der Prognosemaßstäbe, ohne daß die Kriterien dafür offengelegt werden.

- Die Entscheidungspraxis legt die Möglichkeit nahe, daß das *BVerfG* sich darauf beschränkt, Prognosen der Legislative gegebenenfalls zu falsifizieren. Je unsicherer die Prognosemöglichkeiten sind, desto schwieriger ist deren Falsifizierung. Daraus ergibt sich die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Dabei bleibt die Verschiebung des Zeitpunkts vom Prognosemoment (des Gesetzgebers) bis zum Kontrollmoment (durch das *BVerfG*) grundsätzlich außer Betracht. Schon allein diese zeitliche Distanz begründet eine besonders sorgfältige Darlegungs- und Dokumentationspflicht für den Gesetzgeber: Anderenfalls sind seine Prognosen nicht mehr erkennbar und daher nicht mehr überprüfbar. Das Fehlen überprüfbarer Prognosen wird allerdings die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes begründen.

4. Beobachtungspflicht

Mit dem Gesetzeserlaß endet das legislative Verfahren; die Norm verselbständigt sich von ihrem Urheber und gilt eigenständig als objektives Recht. Im Prozeß ihrer Anwendung und Vollziehung bewähren sich die Erwartungen ihrer Urheber, indem die prognostizierten Gesetzeswirkungen ganz oder teilweise eintreten oder ausbleiben. An den dabei anfallenden Erkenntnissen und Erfahrungen kann die optimale Gesetzgebung auf der Suche nach dem optimalen Gesetz nicht vorübergehen. Dies gilt umso mehr, als die fehlende Falsifizierbarkeit der Ausgangsprognose des Gesetzgebers die verfahrensrechtliche Legitimation für den Gesetzeserlaß überhaupt war. Verbreitert sich mit fortschreitender Zeit die Tatsachenbasis, so kann dies zu einer Korrektur der ursprünglichen Prognose nötigen, welche dann ihrerseits eine Rechtsänderung notwendig macht oder doch nahelegt. Je stärker Rechtskontrolle zugleich Prognosekontrolle ist, desto stärker wird durch neue Tatsachen- und Rechtsgrundlagen nicht nur der faktische, sondern auch der rechtliche Druck in Richtung auf eine Neuregelung der Materie.

Diese Umstände können allerdings lediglich real werden, wenn sie überhaupt zur Kenntnis der gesetzgebenden Organe gelangen. Die Legislative darf spätere Umstände nicht einfach unberücksichtigt lassen. Vielmehr trifft sie insoweit eine fort-dauernde Beobachtungspflicht: Der Gesetzgeber hat die Wirkungen der von ihm erlassenen Maßnahmen auch dann zu beobachten, wenn das formelle Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen ist¹⁷. Das optimale Verfahren ist so durch den Gesetzeserlaß nicht einfach abgeschlossen, sondern wirkt auch danach potentiell unendlich fort. Es nötigt zu einer Vervollständigung der Tatsachenerhebung durch nachträglich eingetretene neue Tatsachen, deren kontinuierliche Abwägung und die daraus resultierende Prüfung, Differenzierung und gegebenenfalls Korrektur der ursprünglichen Prognose. Mit dem Inkrafttreten verselbständigt sich demnach das Gesetz vom Gesetzgeber, umgekehrt darf diesem allerdings jenes nicht gleichgültig bleiben. Gesetzgebung und Gesetzanwendung werden so zu einem vielfach aufeinander bezogenen, symbiotischen Prozeß. Die Funktionsdifferenzierung zwischen Legislative und Exekutive ist demnach partiell transzendiert; die Arbeitsteilung zwischen Normerlaß und Normvollzug inhaltlich wie gegenständlich aufgehoben.

5. Nachbesserungspflicht

Bezieht das Gesetz in seiner ursprünglichen Form seine Verfahrensrichtigkeit und daher seine verfassungsrechtliche Legitimation u. a. aus den Tatsachen und Prognosen, welche dem Gesetzgeber vorlagen, so können deren nachträgliche Änderungen auch auf die Verfassungsmäßigkeit des geltenden Rechts nicht ohne Einfluß bleiben. Ändern sich die maßgeblichen Beurteilungsgrundlagen später, so ist der Gesetzgeber zur „Nachbesserung“ i. S. der neuen Entscheidungs-

grundlage verpflichtet¹⁸. Damit zieht die Legislative lediglich die Konsequenzen aus ihrem eigenen Vorverhalten, die aus der notwendigen Unvollkommenheit ursprünglicher Tatsachenermittlungsbemühungen, Abwägungen und Prognosen in der Zeit folgen. Das geforderte Korrespondenzverhältnis zwischen Recht und Tatsachen bedingt, daß in einer dynamischen Wirklichkeit auch das Recht dynamisch zu sein hat; und wenn es das Recht sein soll, so muß es auch der Gesetzgeber sein. Wie das Recht die Wirklichkeit gestaltet, so gestaltet die Wirklichkeit das Recht. Medium hierzu ist das Gesetzgebungsverfahren, das gegenständiglich wie zeitlich demnach notwendig offen ist. Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht bezieht sich potentiell auf die gesamte Rechtsordnung, wobei eine ursprünglich hohe Tatsachen- und Prognoseunsicherheit die nachträglichen Pflichten in gesteigertem Maße begründet. Je ausgeprägter der eigenständige, gestaltende Bereich eines Gesetzes erscheint, desto geringer sind regelmäßig die vorherigen Möglichkeiten adäquater Tatsachen- und Prognoseerhebungen; umgekehrt steigt damit in besonderem Maße die Beobachtungs- und Handlungspflicht der Legislative nach Gesetzeserlaß. Damit steigt gerade in gestaltenden Rechtssätzen, die nicht bloß „gewachsene“ Sozialstrukturen nachvollziehen, umgekehrt im Wege ihrer Anwendung und Umsetzung sowie ihrer möglicherweise erforderlichen Änderung der Einfluß der Wirklichkeit in hohem Maße. Das dialektische Verhältnis von Recht und Realität wirkt so durch die Legislative als ein nach allen Seiten offenes Gefäß; der latent unbegrenzte Verfahrens- und Handlungsauftrag an die Legislative ist die daraus notwendige Konsequenz.

Nicht geklärt sind bislang allerdings die Mechanismen, welche die Wahrnehmung von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten durchsetzen sollen. Das punktuelle Verfahren der Normenkontrolle reicht hierfür nicht aus, da dieses mit der getroffenen Entscheidung endet und nicht wiederaufnahmefähig ist. Auch eine zeitliche Aussetzung des Verfahrens würde dem jeweiligen Antragsteller nicht gerecht, da die Entscheidung durch eine derartige Maßnahme auf unbestimmte Zeit vertagt würde. Einzig adäquate Reaktion wäre hier wohl eine Auflösung der behaupteten Unverbrüchlichkeit einer Verfassungsmäßigkeitserklärung: Während das *BVerfG* seit seiner frühen Rechtsprechung auf dem Standpunkt steht, eine „Verfassungsmäßigkeitserklärung“ eines Gesetzes ergehe mit Bindungswirkung und stehe damit grundsätzlich einer erneuten Prüfung desselben Gesetzes entgegen¹⁹, so läßt sich jene Rechtsprechung nach dem gewandelten, dynamischen Konzept von Verfassungsmäßigkeit und Verfassungswidrigkeit in der Zeit nicht mehr aufrechterhalten. Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit stehen demnach stets unter dem Vorbehalt eines Faktenwandels; eine solche *clausula rebus sic stantibus* wäre jeder Entscheidung notwendig immanent. Der Antragsteller im zweiten Verfahren hätte dann darzulegen, warum wegen neuer Tatsachen- und Prognosegrundlagen die ursprüngliche Entscheidung durch Zeitablauf gegenstandslos geworden wäre. Auf welche Weise allerdings das Gericht in solchen Fällen die Untätigkeit des Gesetzgebers bei der Wahrnehmung von Verfahrenspflichten rügen könnte, scheint angesichts der limitierten Entscheidungsmöglichkeiten der verfassungsgerichtlichen Prozesse überaus zweifelhaft. Eine Nichtigkeitserklärung des Gesetzes käme nicht in Betracht, da der Verfassungsverstoß lediglich durch das Verfahren der Legislative, nicht hingegen durch das Gesetz begründet würde und zudem aus gewandelten Fakten möglicherweise zwar die Notwendigkeit einer Neuberatung oder gar Rechtsänderung, aber keine Nichtigkeit folgen würde.

16) Zu einem solchen Fall *Schuppert*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, 1973, für die Außenpolitik.

17) Näher hierzu *Badura*, in: Festschr. für Eichenberger, 1982, S. 489; *Stettner*, DVBl 1982, 1123.

18) *BVerfGE* 49, 89 (130) = NJW 1979, 359; *BVerfGE* 50, 290 (335) = NJW 1979, 699; *BVerfGE* 55, 274 (317) = NJW 1981, 329; *BVerfGE* 56, 54 (78f.) = NJW 1981, 1655; *BVerfGE* 65, 1 (5f.) = NJW 1984, 419; s. auch die Nachw. o. Fußn. 17.

19) *BVerfGE* 1, 14 (64) = NJW 1951, 877; zustimmend *Lange*, JuS 1978, 6.

Umgekehrt käme eine Appellentscheidung²⁰ nicht in Betracht, da sie das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers, das sich letztlich gegen das Gesetz wendet, nicht bescheiden würde.

IV. Verfassungsrechtliche Grundfragen des „optimalen Gesetzgebungsverfahrens“

Die dargestellten Dimensionen des optimalen Gesetzgebungsverfahrens sind von der Rechtsprechung als Bestandteil der geltenden Rechtsordnung anerkannt. Innerhalb der Normenhierarchie genießen sie Verfassungsrang. Damit stellt sich primär die Frage nach ihren Rechtsgrundlagen: Die wenigen Normen des Grundgesetzes, welche das Gesetzgebungsverfahren betreffen, begründen solche Pflichten der Legislative gerade nicht. Dementsprechend werden jene Pflichten auch nicht aus dem Verfahrensrecht, sondern aus anderen Verfassungsnormen hergeleitet.

1. Rechtsgrundlagen

(1) Methodischer Ausgangspunkt ist dabei vielfach das Übermaßverbot, welches als Ausprägung der Wertordnung des Grundgesetzes alle Staatsorgane verpflichten soll, die vorgegebenen Werte in möglichst allseitiger Weise zuzuordnen oder gar zu optimieren²¹. Eine solche Optimierung soll nicht allein in der Rechtsordnung, sondern gerade in der Wirklichkeit geleistet werden. Dazu ist die Einbeziehung der Realität in die verfassungsrechtlichen Maßstäbe unausweichlich.

Dies gilt für alle Dimensionen des Übermaßverbotes²². Das Gebot der Geeignetheit verlangt, daß das Ziel des Gesetzes von dessen Regelungen tatsächlich gefördert wird. Hier ist also eine Zweck-Mittel-Relation auf der Ebene der Wirklichkeit vorzunehmen, wobei die tatsächlichen Auswirkungen, die der jeweiligen Norm zukommen, zugrunde zu legen sind. Eine allein rechtliche Würdigung reicht hierzu nicht aus. In noch höherem Maße wird die Einbeziehung der Realität durch das Gebot der Erforderlichkeit bedingt. Es gebietet, daß die getroffene Maßnahme das mildeste Mittel darstellt. Hier sind nicht nur die tatsächlichen Auswirkungen der zu beurteilenden Norm zu untersuchen, sondern auch, ob es mögliche rechtliche Alternativen zu jener Regelung gibt und welche tatsächlichen Auswirkungen diese hätten. Hier sind also hypothetische Wirkungen hypothetischer Normen heranzuziehen. Beide Wirkungen – die der zu beurteilenden Vorschrift und die der hypothetischen Alternativnorm – sind so auf tatsächlicher Ebene zu vergleichen. Demgegenüber bezieht sich das Gebot der Verhältnismäßigkeit weitgehend auf eine Abwägung auf Rechtsebene; hier sind tatsächliche Entscheidungsgrundlagen kaum erforderlich. Aber auch hierbei können sie nicht völlig außer acht gelassen werden, wenn die tatsächlichen Nachteile der Vorschrift zu den von ihr zu bekämpfenden Gefahren nicht außer Verhältnis stehen dürfen. Das Übermaßverbot gebietet demnach eine tatsächliche Untersuchung,

- welches die realen Wirkungen einer Norm sind und in welcher tatsächlichen Beziehung sie zu deren Ziel stehen (Geeignetheit),
- welche hypothetischen Alternativen zu der zu prüfenden Vorschrift in Betracht kommen und welche deren hypothetische Wirkungen sein könnten (Erforderlichkeit),
- welche tatsächlichen Nachteile die zu prüfende Norm begründet.

Da diese Umstände nur aus der Wirklichkeit, in welcher eine Vorschrift gilt, ermittelt werden können, ist der Schluß naheliegend, das Übermaßverbot gebiete eine umfassende Tatsachenerhebung in jenem Ausschnitt der Wirklichkeit, in welchem ein Gesetz gilt. Je komplexer diese Wirklichkeit ist, desto weiter muß die Untersuchungspflicht gezogen werden.

(2) Ähnlich wie das Übermaßverbot wirkt hier das aus Art. 3 I GG hergeleitete „Willkürverbot“²³. Dieses gebietet, nicht ohne „sachlichen“ Grund ungleich zu behandeln. Ob

ein Umstand „sachlich“ ist oder nicht, ergibt sich nicht aus Rechtserwägungen, sondern den tatsächlichen Umständen des zu beurteilenden Falles. Hier ist festzustellen, ob eine Differenzierung aus den realen Eigenschaften der zu vergleichenden Sachverhalte begründbar ist oder nicht. Nur im ersten Fall ist die Differenzierung „sachlich“. Sie folgt aus der Natur der Sache und nicht der „Willkür“ des Gesetzes.

Auch eine derartige Differenzierung erfordert demnach eine eingehende tatsächliche Analyse der von einer Norm real erfaßten Fälle einschließlich solcher Sachverhalte, die von ihr nicht geregelt sind. Auch hierzu ist demnach eine Einbeziehung der Realität geboten, die sich nicht auf dasjenige Problemfeld beschränken darf, welches in den Anwendungsbereich einer Vorschrift fällt. Vielmehr sind auch unregelte Sachverhalte einzubeziehen. Willkürverbot und Übermaßverbot gebieten demnach, bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes

- überhaupt tatsächliche Untersuchungen anzustellen, welche die realen Vorteile wie Nachteile einer Regelung einbeziehen;
- die jeweilige Materie über den konkreten Regelungsgegenstand des Rechts hinaus zu analysieren, ob mildere Mittel zur Verfügung stehen oder sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen eintreten;
- willkürfreie und verhältnismäßige Abwägungen auch auf tatsächlicher Ebene vorzunehmen.

(3) Übermaßverbot und Willkürverbot sind verfassungsrechtliche Maßstäbe für den Gesetzesinhalt, nicht das Gesetzgebungsverfahren. Der Inhalt einer Regelung wird vom BVerfG im Normenkontrollverfahren auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft. Dabei würde es grundsätzlich genügen, wenn das Gericht bei seiner Kontrolle tatsächliche Erhebungen einbeziehen würde. Noch nicht begründet ist damit, warum die Legislative im Gesetzgebungsverfahren gleichfalls derartige Verfahrensvorkehrungen treffen soll. Rechtswissenschaftlich umformuliert lautet die Frage, wie materielle Verfassungsnormen statt als Kontrollnormen als Handlungs- oder Verfahrensnormen für die Legislative gedeutet werden können. Der bloße Hinweis auf Art. 1 III GG reicht hierzu nicht aus; dieser bestimmt lediglich, daß die Gesetzgebung an die Grundrechte gebunden ist, nicht hingegen, wie sie diese Bindung einzulösen hat. Gerade für die Antwort nach dem „Wie“ der verfahrensmäßigen Umsetzung der Verfassungsbindung sind die grundgesetzlichen Verfahrensnormen erlassen. Hier geht es allerdings um Verfahrensrecht außerhalb der Verfahrensnormen der Verfassung.

Ausgangspunkt der dargestellten Praxis ist der Umstand, daß der Handlungszeitpunkt der Legislative und der Kontrollzeitpunkt des BVerfG auseinanderklaffen. Dies ergibt sich aus der in Art. 93 I Nr. 2, 4a, Art. 100 GG, §§ 76, 80 II, 90 I BVerfGG und anderen Normen begründeten Nachträglichkeit der gerichtlichen „Nach“-prüfung. Zum Zeitpunkt seiner Normenkontrolle verfügt das Gericht nahezu notwendig über verbesserte Möglichkeiten, Auswirkungen, Vor- und Nachteile eines Gesetzes abzuschätzen. Es kann ferner die bisherige Anwendungspraxis, die tatsächliche Bewährung und spätere Auslegung der zu prüfenden Vorschrift heranziehen, welche der Legislative beim Gesetzesbeschluß noch nicht zur Verfügung stehen konnten. Daher sind Tatsachen- und Prognosebasis des Gerichts denen der Legislative geradezu

20) Dazu etwa Pestalozza, BVerfG u. GG 1, 1976, S. 590.

21) Vgl. Hesse, Grundzüge des VerfassungsR der BRep Dtschld. 14. Aufl. (1984), Rdnrn. 317 ff.

22) Näher hierzu Genz, NJW 1968, 1600; Wittich, DÖV 1968, 817; Grabitz, AöR 1973, 568; Wendt, AöR 1979, 414; umfassender Lerche, Übermaß und VerfassungsR, 1961; Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981.

23) Seit Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1927; Überblick bei Leibholz-Rinck, GG, Art. 3 Rdnrn. 2ff.; jüngst Hesse, AöR 1984, 174.

notwendig überlegen²⁴. Das *BVerfG* könnte so – nach Ablauf geeigneter Zeiträume – dem Gesetzgeber oft Kenntnisse und Erfahrungen entgegenhalten, die diesem notwendig noch nicht bekannt waren. Damit würde es allerdings in den Kontrollmaßstab Umstände einbeziehen, die von der Legislative Unmögliches verlangen: Wie soll sich der Gesetzgeber an Tatsachen orientieren, die zum Zeitpunkt des Gesetzerlasses in – möglicherweise weit entfernter – Zukunft liegen und daher ihm noch unbekannt sind? Diesem Dilemma entgeht das Gericht dadurch, daß es die Prüfungsperspektive auf den Zeitpunkt des Gesetzeserlasses zurückverlegt. Es erforscht die Perspektive *ex ante*. Da diese aber zum Zeitpunkt der Entscheidung zumeist nicht mehr genau rekonstruierbar ist und zudem die Tendenz besteht, frühere Kenntnisse im Licht späterer – bekannter – Umstände und Erfahrungen zu würdigen, liegt es nahe, nicht zu fragen, ob das Gesetz mit dem damaligen Stand der Erkenntnis vereinbar war, sondern ob der Gesetzgeber sich am damaligen Stand orientiert hat. Das Gesetzgebungsverfahren wird so zum Medium, durch welches die Differenz zwischen dem Kontrollzeitpunkt *ex post* und dem Beurteilungszeitraum *ex ante* überwunden wird. Den tatsächlichen Anforderungen genügt dann ein Gesetz, wenn im Gesetzgebungsverfahren die Tatsachen berücksichtigt und zutreffend ausgewertet worden sind. So wandelt sich das materielle Verfassungsrecht vom Kontroll- zum Handlungsmaßstab. Die Legislative hat dementsprechend die Pflicht,

- die für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm erforderlichen Tatsachen zu erheben, zu dokumentieren und gegebenenfalls zu ergänzen,
- die erforderlichen Abwägungen vorzunehmen und das Gesetz an den gefundenen Ergebnissen zu orientieren.

Materiell verfassungskonform ist dann ein Gesetz, wenn es in einem Verfahren zustandegekommen ist, welches die materiellen Anforderungen des Grundgesetzes an eine Norm hinreichend berücksichtigt hat.

2. Adressaten

Als Adressat der Pflicht zum optimalen Gesetzgebungsverfahren wird regelmäßig die „Legislative“ angegeben. Darunter sind diejenigen Staatsorgane zu verstehen, denen die Gesetzgebung zusteht. Primär ist dies gem. Art. 77 I GG der Bundestag, welcher die Gesetze beschließt. Er hat demnach die geforderten Informationen zu erheben, Abwägungen und Prognosen durchzuführen sowie nachträgliche Beobachtungen und Verbesserungen der Gesetze sicherzustellen. Eine solche Verpflichtung kann auch nicht pauschal an die gesetzvorbereitenden Organe delegiert werden. Denn es genügt nicht, daß die Gesetzesvorbereitung sich am optimalen Kenntnis- und Prognosehorizont orientiert; vielmehr muß dies auch der Gesetzesbeschluß. Jede Delegation der Informationserhebung ohne eigene Sachkunde des Bundestages würde so den Delegierenden in notwendige Abhängigkeit vom Delegierten bringen: Der Bundestag müßte sich bei seinem Beschluß an dem Sachstand orientieren, den ihm die gesetzvorbereitenden Organe vorlegen. Damit würde das Parlament zur bloßen Beratungs- und Ratifikationsinstanz von Gesetzesvorlagen; öffentliche Beratung und Abstimmung würden entbehrlieh, da sie doch nur der Darstellung der ohnehin durch Sachzwänge vorgeschriebenen Entscheidungsergebnisse dienen würden. Parlamentarische Kontrollrechte und Opposition würden so weithin gegenstandslos. Konsequenz muß der Informations- und Prognoseprimat beim Parlament selbst verbleiben; er kann nicht delegiert werden.

Für die Möglichkeit oder gar Notwendigkeit einer Delegation kann auch nicht angeführt werden, daß die Ministerien als gesetzvorbereitende Instanzen notwendig über eine hö-

here Sachkunde oder bessere Informationsmöglichkeiten als der Bundestag verfügen. Ein solcher Schluß würde voraussetzen, daß die Gesetzesvorbereitung notwendig Aufgabe der Regierung wäre. Dies ist allerdings nach Art. 76 I GG gerade nicht der Fall. Einbringungsberechtigt sind nämlich nicht nur Bundesregierung und Bundesrat, also die Landesregierungen, sondern auch die Abgeordneten selbst aus der „Mitte des Bundestages“. Daß einzelne Abgeordnete oder kleinere Gruppen über erhebliche Kapazitäten bei der Verarbeitung von Kenntnissen und Informationen verfügen, ist faktisch ausgeschlossen. Da die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Gesetze sich aber kaum an dem Umstand orientieren können, wer die Entwürfe im Einzelfall eingebracht hat, reicht die Gesetzesvorbereitung eben nicht notwendig für die Gewährleistung hinreichender Informations- und Prognosemöglichkeiten aus, wenn das Initiativrecht der Abgeordneten nicht vollständig gegenstandslos werden soll. Konsequenz muß auch aus diesem Grund das optimale Gesetzgebungsverfahren vom Bundestag selbst gewährleistet werden. Eine andere Möglichkeit, die verfassungsrechtlichen Anforderungen in jedem Fall zu erfüllen, gibt es nicht.

V. Die Problematik verfassungsrechtlicher Optimierung der Gesetzgebungspflichten

Die Diskussion um die Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren wird oft unter divergierenden Vorverständnissen über das Grundgesetz geführt. Während der Aspekt der „Rechtsstaatlichkeit“ dessen Regelungsdichte betont und unter Hinweis auf Verfassungsprinzipien und ungeschriebenes Verfassungsrecht die Legislative in die Pflicht nehmen will, betont umgekehrt der Aspekt „Demokratie“ den Primat der Legislative bei der Sozialgestaltung, der nur möglich sein soll, wenn und soweit das Grundgesetz Gestaltungsfreiräume ermögliche. Beide Auffassungen sind allerdings wegen ihres prinzipiellen Ansatzes und ihrer geringen inhaltlichen Kritisierungsmöglichkeiten kaum diskutierbar. Sinnvoll erscheint es daher, das optimale Gesetzgebungsverfahren an konkreten Verfassungsnormen zu überprüfen. Unter diesem Aspekt wäre das optimale Gesetzgebungsverfahren jedenfalls als zulässige Alternative diskutierbar, wenn es gegen keine Verfassungsnorm verstößt; umgekehrt wäre es nicht akzeptabel, wenn es mit geltenden Bestimmungen des Grundgesetzes unvereinbar wäre.

1. Gegenstand der Gesetzgebung

Aufgabe der Legislative ist gem. Art. 77 I GG der Beschluß von „Gesetzen“. Damit kommt ihr das Recht und die Pflicht zu, „wesentliche“ Sachbereiche zu regeln und dabei die „wesentlichen“ Regelungen selbst zu treffen²⁵. Derartige Gesetze sind ihrem Gegenstand nach zumeist generell-abstrakt (Art. 19 I, 3 I GG) und dürfen nicht nur für den Einzelfall gelten. Durch diese Eigenschaften unterscheiden sich Gesetze kategorisch von Maßnahmen der Exekutive im Verwaltungsverfahren und Urteilen der Gerichte. Konkret liegen die Unterschiede darin, daß

- Gesetze zukünftig eintretende Sachverhalte regeln, die im Zeitpunkt der Gesetzgebung weder bekannt noch wissenschaftlich vollständig vorhersehbar sind; demgegenüber betreffen Verwaltungsverfahren oft und Gerichtsverfahren nahezu stets vergangene, abgeschlossene Sachverhalte, die im Verfahren tatsächlich relativ genau geklärt werden können.

24) Dazu ausführlich *Philippi* (o. Fußn. 15).

25) So die theoretisch sicher zutreffende, verfassungsdogmatisch allerdings noch diskussionsbedürftige Umschreibung seit *BVerfGE* 40, 237 (248 ff.) = *NJW* 1976, 34; s. dazu *Stern*, *StaatsR* I, 2. Aufl. (1984), S. 812 ff. m. w. Nachw. Ablehnend etwa *Roellecke*, *NJW* 1978, 1776; *Klopper*, *JZ* 1984, 685.

- Gesetze für tendenziell unbegrenzte Zeit gelten, zumeist bis zu ihrer Aufhebung in Kraft bleiben; demgegenüber wirken Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen für Einzelfälle zeitlich limitiert: Entfällt der konkrete Verfahrensgegenstand, so ist das Verfahren „verbraucht“²⁶.
- Gesetze gelten für potentiell unendlich viele Anwendungsfälle, die nicht gleich, sondern jeweils verschieden sind; der Gesetzgeber kann diese nur unzureichend prognostizieren. Demgegenüber gelten Verwaltungs- und Gerichtshandlungen für Einzelfälle konkreter Art²⁷.

Solche Unterschiede bedingen qualitative Differenzen auch für die Entscheidungssituation des jeweils zuständigen Staatsorgans. Gesetze gelten regelmäßig für eine a priori unbestimmte Zahl von Sachverhalten und Personen. Diese sind im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses nur unter zwei Bedingungen hinreichend erkennbar: Wenn nämlich einerseits der Regulationsgegenstand eine relativ einfach strukturierte Realität darstellt, und andererseits in dieser Realität weitgehend konstante Verhältnisse herrschen. Beide Voraussetzungen liegen jedoch in abnehmendem Maße vor. Einerseits nehmen die Verflechtungsbereiche in der Realität wegen der sich verdichtenden sozialen Beziehungen und der dadurch immer unübersichtlicher werdenden Rückwirkungen einzelner Gestaltungsmaßnahmen immer mehr zu, wobei die Ausweitung der Staatsaufgaben zugleich den staatlichen Zugriff auf immer komplexere Regulationsgegenstände bedingt. Andererseits vollzieht sich nach wie vor der ökonomische, soziale und technische Wandel mit einem Tempo, der Konstanzerwartungen zu einer nahezu unkalkulierbaren Größe schwinden läßt. Gesetze müssen demnach in einer überaus komplexen Realität, die einer Globalanalyse selbst in den betreffenden Fachwissenschaften nicht mehr zugänglich ist, angesichts eines raschen, kaum prognostizierbaren Wandels in der Zeit ihre Geltung erlangen und bewahren. Dadurch wird die Aufgabe konkreter Analysen faktischer Voraussetzungen und Wirkungsbedingungen von Gesetzen in Gegenwart und Zukunft zu einem nicht mehr leistbaren Faktor. Dabei kann offen bleiben, ob solche Analysen in früherer Zeit möglich waren; zutreffend ist allerdings, daß sie in der Gegenwart nicht mehr leistbar sind. „Wesentliche“ soziale Sachbereiche lassen sich „generell-abstrakt“ nicht mehr erkennen. Will das Grundgesetz demnach der Legislative ihre Aufgabe nicht unmöglich machen, so kann es derartige Analysen vom Gesetzgeber nicht verlangen: Zu einer Untersuchung dessen, was sich einer Untersuchung entzieht, kann der Gesetzgeber nicht verpflichtet sein.

Dem trägt das *BVerfG* in anderen Zusammenhängen durchaus Rechnung, wenn es um die materiellen Anforderungen an den Inhalt von Gesetzen geht. Diese können sich durchaus „an den zu regelnden Lebensverhältnissen orientieren“, wenn etwa das „Wirtschafts- und Sozialgefüge der Bundesrepublik“ im Einzelfall „schwer zu bewältigende Aufgaben stellt“ oder „Veränderungen der Wirtschaftslage, Ziele und Maßnahmen der Entwicklungshilfe und der auswärtigen Beziehungen“ ein flexibles Handeln der Exekutive verlangen²⁸. Ähnliches gilt etwa auch, wenn die Grundlagen der Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik einen derart hohen Verflechtungsgrad aufweisen, daß sich die Legislative der Unmöglichkeit exakter Prognosen konfrontiert sieht²⁹. So zutreffend derartige Erwägungen sind, so sind sie auch für das Gesetzgebungsverfahren anzuwenden: Die Allgemeinheit der Gesetze steht regelmäßig exakten Tatsachenaussagen und Prognosen über ihren Anwendungsbereich und ihre Rückwirkungen schon für die Fachwissenschaften entgegen. Was aber für diese unmöglich ist, kann das Grundgesetz vom Gesetzgeber nicht verlangen, sofern es nicht die Gesetzgebung zum Erliegen bringen will. Daß es dies nicht will, zeigen bereits die zahlreichen Gesetzgebungsaufträge, die Formulierung des Art. 77 I GG und die Zurückhaltung des Verfassungsrechts bei der Begründung konkreter Verfahrenspflichten für die Legislative.

2. Organe der Gesetzgebung

Sind so zuverlässige, aussagekräftige Informationen über Gesetzesvorhaben und ihre Wirkungen kaum zu erlangen, so ist in besonderem Maße zweifelhaft, ob gerade die Gesetzgebungsorgane jene Kenntnisse gewinnen können. Die Gesetze werden gem. Art. 77 I GG vom Bundestag beschlossen. Dieser ist als unmittelbar demokratisch legitimiertes Organ zum Erlaß aller Gesetze befugt, weil seine Wahl und sein Verfahren in hohem Maße geeignet sind, Gesetze verfahrensmäßig auf den Volkswillen zurückzuführen³⁰. Der Gesetzesbeschluß rührt demnach von einem Organ her, das zum Beschluß berechtigt ist, weil es in besonderer Weise legitimiert ist. Nicht gefordert wird vom Grundgesetz, daß es in spezieller Weise qualifiziert ist. Die Abgeordneten werden vom Volk in unmittelbarer Wahl gewählt; Art. 38 II GG setzt lediglich ein Mindestalter für das passive Wahlrecht fest; sonstige persönliche Qualifikationsmerkmale werden nicht verlangt. Dementsprechend übt der Abgeordnete sein Mandat gem. Art. 38 I 2 als „Vertreter des gesamten Volkes“ entsprechend seinem Gewissen aus. Vom einzelnen Parlamentarier wird somit der Erwerb spezifischer Kenntnisse, ihre Einbringung in seine Arbeit und seine persönliche Orientierung an jenen Kenntnissen nicht verlangt. Wenn das Grundgesetz Sonderwissen weder auf sämtlichen noch auf einzelnen Gebieten voraussetzt, kann es vom Abgeordneten auch nicht verlangen, daß seine Handlungen nur rechtmäßig sind, wenn er sich an umfassenden Sachkenntnissen orientiert. Anderenfalls legt es die Arbeitsfähigkeit der Volksvertretungen lahm.

Dies gilt aber nicht nur für den einzelnen Abgeordneten, sondern auch für die Parlamente insgesamt. Das Verfassungsrecht hat das Parlament nicht mit eigenen Mitteln zur Erhebung und Verarbeitung von Informationen ausgestattet; vielmehr ressortieren die dafür geeigneten und kompetenten Stellen bei der Exekutive, insbesondere der Regierung. Hier wird systematisches Spezialwissen angesammelt, welches der Regierung, nicht aber dem Parlament ständig zur Verfügung steht. Der Bundestag ist vielmehr auf die Ausübung von Zittier- und Fragerechten im Einzelfall angewiesen. Dementsprechend weist das Parlament bei der Wahrnehmung seiner Gestaltungsaufgaben gegenüber der Exekutive erhebliche Informationsdefizite auf. Dieser Mangel wird durch die unterschiedliche Organisation von Parlament und Regierung noch verstärkt. Die Ministerien sind sachlich spezialisiert und intern wieder organisatorisch wie personell differenziert. Dadurch werden vielfältige Erkenntnisse über sämtliche Sachbereiche des Gemeinwesens aus der Makro- wie der Mikroperspektive erlangt und verarbeitet. Detailkenntnis, Sonderwissen und Spezialistentum sind die Folge dieser Organisationsform. Demgegenüber entscheidet das Parlament als Ganzes über Gesetze jeder Art: Je komplexer die Materie und je differenzierter das Regelungsinstrumentarium der jeweiligen Normen ist, desto geringer ist die Kenntnis des entscheidenden Parlaments von den zu lösenden Problemen und den zu erzielenden Gesetzeswirkungen. Während die Exekutive spezialisiert wirkt, arbeitet das Parlament generalisiert auf allen Gebieten. Dadurch fehlt ihm notwendig die Detailkenntnis; es ist auf selektive Informationen von Dritten, Alltagshypo-

26) Die gesetzliche Regelung „Hunde müssen in der Öffentlichkeit stets einen Maulkorb tragen“ gilt für alle Hunde unabhängig von ihren konkreten Eigenschaften bis zur Aufhebung der Norm. Die Verwaltungs- oder Gerichtsordnung: „Halter *H* muß seinem Hund *T* in der Öffentlichkeit einen Maulkorb anlegen“ endet mit dem Tod des Hundes *T* oder der Haltereigenschaft des *H*.

27) Zum Ganzen *Jermann*, in: *Eichenberger*, Determinanten der Rechtssetzung, 1978, S. 189 ff.

28) *BVerfGE* 49, 181 f.

29) *BVerfGE* 50, 290 (333 f.) = NJW 1979, 699.

30) *BVerfGE* 40, 237 (249) = NJW 1976, 34; *Gusy*, AöR 1983, 342 ff.

thesen und laienhafte Wertungen angewiesen. Die Informationsmöglichkeiten und der Informationsstand der entscheidenden Abgeordneten ist damit relativ gering. Das gilt umso mehr, je spezialisierter oder komplexer die jeweilige Materie ist und je größer der Anteil der Variablen für die Prognosen bleibt. Das Grundgesetz setzt diese Umstände voraus; es geht davon aus, daß das Parlament im Verhältnis zu den von ihm wahrgenommenen Aufgaben das am wenigsten informierte Staatsorgan ist. Demokratische Herrschaft ist somit die Herrschaft von Personen, die über keine spezifischen Sachkenntnisse verfügen, organisiert in einem Organ, das seinerseits keine spezifische Sachkenntnis vermittelt³¹.

Solche Umstände können nicht ohne Konsequenzen auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Wissen und die Prognosemöglichkeiten des Gesetzgebers bleiben. Wenn beim Abgeordneten nur geringe Kenntnisse vorhanden sind und im Parlament nahezu nichts zu deren Verbesserung geschieht, so kann keine sachlich optimale Problemlösung erwartet werden. Anderenfalls kann Gesetzgebung als spezifisch demokratische Sozialgestaltung nicht stattfinden. Das Entscheidungsmonopol des Parlaments über Gesetze steht so dem „optimalen Gesetzgebungsverfahren“ entgegen.

3. Das Verfahren der Gesetzgebung

Ist demnach der Vorrat an Informationsmöglichkeiten gering und weder der einzelne Abgeordnete noch das Parlament zu dessen Verarbeitung institutionell in der Lage, so ist auch das Gesetzgebungsverfahren kaum geeignet, angesichts dieser Rahmenbedingungen optimale Sachentscheidungen hervorzubringen. Zwar ist das Verfahren der Rechtssetzung nicht im Parlament und bei den Abgeordneten monopolisiert, sondern gerade im Stadium der Normvorbereitung vor der Einbringung etwa bei den Regierungen angesiedelt; doch ist die Delegation von optimaler Kenntnis- und Prognosekapazität auf das Vorbereitungsverfahren unzureichend, wenn das Parlament als selbständiges Entscheidungsorgan erhalten werden soll³².

Dies gilt umso mehr, als das Gesetzgebungsverfahren als Entscheidungs-, nicht als Erkenntnisverfahren ausgerichtet ist. Im Grundgesetz fehlen alle rechtlichen Vorkehrungen, die ein Erkenntnisverfahren auszeichnet: Für die Legislative ist eine sachliche Qualifikation der Entscheidenden nicht vorgeschrieben. Auch fehlen Bestimmungen über die Feststellung entscheidungsrelevanter Sachverhalte und das dabei anzuwendende Verfahren; das Parlament hat kein Recht zur Heranziehung von unabhängigen Sachverständigen; schließlich sind keine Regelungen einer sachlichen Begründung der getroffenen Entscheidung, insbesondere eines Gesetzes, aufgenommen. Demgegenüber sind die Elemente eines Entscheidungsverfahrens umfassend ausgeprägt: Geregelt ist nahezu ausschließlich die Beschlußfassung. Maßgeblich für diese ist die Herstellung politischer Akzeptanz durch Öffentlichkeit der parlamentarischen Verhandlung (Art. 42 II GG) und des Kompromisses zwischen den verschiedenen Staatsorganen, insbesondere im Vermittlungsausschuß (Art. 77 II GG). Auf solche Weise werden politische Entscheidungen hergestellt, dargestellt und vermittelt, nicht hingegen Sachentscheidungen abgewogen und begründet. Wer so stets das Darstellbare, das Zumutbare und den Kompromiß suchen muß, kann nicht zugleich Sachinformationen ansammeln und Prognosemodelle abwägen. Eine so getroffene Entscheidung findet ihre immanente Rechtfertigung in der politischen Akzeptanz, nicht in ihrer sachlichen Richtigkeit. In diesem Sinne ist auch demokratische Mehrheitsentscheidung nicht Herrschaft des sachlichen Richtigen, sondern des Kompromißfähigen³³. Auf die Herstellung und Darstellung dieses Kompromisses sind auch die Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes für den parlamentarischen Gesetzgeber abgestellt. Jene Verfahrensnormen sind dann auch die formellen Rechtmäßigkeitsbedin-

gungen für das Gesetz. Nicht zufällig sind demgegenüber weitere Handlungsrechte und -pflichten des Parlaments nur solche mit intra-organschaftlicher Wirkung. Sie können im Rahmen der Geschäftsordnung für den Bundestag Rechte, aber keine Pflichten des Verfassungsorgans insgesamt mit Außenwirkung begründen. Auf diese Weise konkretisieren sie Handlungsmöglichkeiten des Parlaments bei der Ausübung seiner Pflichten, nicht hingegen selbständige Pflichten gegenüber Dritten. So fügen sie sich nahtlos in das System grundgesetzlicher Verfahrensbestimmungen ein: Wie das Parlament demokratische Akzeptanz herstellt, bleibt ihm innerhalb zwingender Rahmenvorschriften für das Verfahren überlassen. Die Umdeutung des grundgesetzlich vorgesehenen Entscheidungsverfahrens in ein Erkenntnisverfahren steht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das legislative Handeln entgegen.

Das „optimale Gesetzgebungsverfahren“ basiert somit auf drei Voraussetzungen, die mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind:

(1) Das abstrakt-generelle Gesetz ermöglicht kaum zutreffende Informationen und Prognosen über seinen Anwendungsbereich wie seine potentiellen Wirkungen.

(2) Das Parlament als Entscheidungsorgan wie die einzelnen Abgeordneten sind zur Durchführung des „optimalen Gesetzgebungsverfahrens“ personell wie institutionell nicht in der Lage.

(3) Das Verfahren der Gesetzgebung ist ein Entscheidungs- und kein Erkenntnisverfahren. Es ermöglicht daher keine Optimierung.

Das Zusammentreffen dieser drei Befunde läßt zwingend nur den Schluß zu, daß das optimale Gesetzgebungsverfahren nicht dasjenige des Grundgesetzes sein kann, sofern die demokratische Sozialgestaltung überhaupt noch wahrgenommen werden soll. Da das Grundgesetz parlamentarische Gesetzgebungsarbeit fordert und voraussetzt, kann es diese nicht an Anforderungen binden, deren Erfüllung es zugleich selbst im Wege steht. Optimierungspflichten verstoßen so in mehrfacher Hinsicht gegen zwingende Normen des Verfassungsrechts.

VI. Zusammenfassung

Der Gesetzgeber schuldet gar nichts anderes als das Gesetz³⁴. Er unterliegt weder verfassungsrechtlichen Optimierungspflichten im Verfahren noch einer Begründungspflicht für seine Maßnahmen. Dementsprechend ist es unzulässig, materielle Verfassungsnormen mit inhaltlichen Anforderungen an Gesetze von Kontroll- in Handlungsmaßstäbe umzudeuten. In diesem Sinne hat das BVerfG die Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz, nicht in verselbständigter Weise diejenige des Verfahrens mit der Verfassung zu prüfen. Normenkontrolle ist Kontrolle der Norm, nicht des optimierten Normsetzungsverfahrens. In diesem Sinne schuldet auch die Legislative das verfassungskonforme Gesetz, nicht die verfassungsgemäßen Ziele und Begründungen. Insbesondere ist es ein Trugschluß, von der Verfassungsmäßigkeit des Verfahrens auf die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu schließen: Es gibt keinen theoretischen Zusammenhang zwischen „richtigem“ Verfahren und „richtigem“ Verfahrensziel; und nicht zufällig hat das Grundgesetz einen besonderen Akzent gerade auf die inhaltliche Vereinbarkeit von Verfassung und Gesetz gelegt. Schon damit bringt es zum Ausdruck, daß es – zu Recht – dem Verfahren allein mißtraut.

Dies steht dem vielfältigen Bemühen um Gesetzgebungslehre nicht entgegen. Aber es klärt deren Status: Sie kann deskriptiv oder präskriptiv, aber nie normativ sein. Sie ist politische Tugendlehre für den demokratischen Gesetzgeber, nicht hingegen Bedingung der

31) Ausführlich Eglhoff, Die Informationslage des Parlaments, 1974; Lutterbeck, Parlament und Information, 1977, S. 60 ff.; H. P. Schneider, AöR 1980, 24; vergleichend zum BVerfG, Philippi (o. FuBn. 15), S. 162 ff.

32) S. o. IV. 2.

33) Heun, Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat, 1983, S. 79 ff.; Gusy AöR 1983, 337 ff.

34) Schlaich, VVDStRL 39, 109.

Verfassungsmäßigkeit des demokratischen Gesetzes. Die Legitimation dieses Gesetzes folgt aus der demokratischen Entscheidung und seiner Vereinbarkeit mit den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes. Das Parlamentsgesetz ist so demokratisches Gesetz; seine „Richtigkeit“ bleibt politisches Desiderat, welchem durch Rechtsnormen Rahmenbedingungen geschaffen werden können, das allerdings durch Verfassungsrecht nicht herbeibefohlen werden kann. Hier liegen Chance und Dilemma demokratischer Verfahren³⁵.

35) Ob jene „Vernunft“ eines Gesetzes, die im Nachhinein für den Konstitutionalismus oft postuliert worden ist, damals je existiert hat, mag hier undiskutiert bleiben. Da der Inhalt solcher Vernunft zumeist offen bleibt, mag sie zukunfts- oder vergangenheitsorientierte Gesetzesutopien begründen. Die Gegner einer Staatsform wie diejenigen eines Gesetzes überzeugt sie niemals. Mit dem Konstitutionalismus verlor das Gesetz seine konstitutionelle „Vernunft“; über diejenige des demokratischen Staates sagt jener Satz allerdings nichts aus.

Themen der Zeit

Rechtsanwalt Professor Dr. Rüdiger Zuck, Stuttgart

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfassungsbeschwerdeverfahren

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist ein allgemeines Verfahrensinstitut. Ob dieses verfassungsrechtlich geboten ist, hat das BVerfG bislang ausdrücklich offen gelassen, indirekt aber verneint, weil es im Verfassungsbeschwerdeverfahren nach ständiger Rechtsprechung des Gerichts keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gibt. Ausschlussfristen bleiben nach wie vor grundsätzlich zulässig. Im Einzelfall können sie aber gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen. Dies ist hinsichtlich der Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfassungsbeschwerdeverfahren der Fall. Die noch heute vom Gericht für maßgeblich gehaltenen Erwägungen in BVerfGE 4, 309 (313ff.) lassen sich nicht länger aufrechterhalten. Die nächste Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz sollte deshalb die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfassungsbeschwerdeverfahren vorsehen.

I. Einführung

1. Beginn im Zivilprozeß

Die Geschichte der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beginnt im Zivilprozeß¹. Der erste überpartikuläre „Entwurf einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten nach den von der deutschen Zivilprozeßkommission zu Hannover bei der zweiten und dritten Lesung gefaßten Beschlüssen“ von 1866² sah für die Versäumung der Frist „für die Erhebung eines Rechtsmittels, des Einspruchs oder des Widerspruchs gegen Zahlungsbefehle“ die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vor (§ 205). Der „Entwurf einer Deutschen Zivilprozeßordnung“ des preußischen Justizministerium von 1871³ hielt daran nicht fest, sondern gewährte lediglich einen „außerordentlichen Einspruch“ gegen Versäumnisurteile, wenn die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der rechtzeitigen Einlegung des Einspruchs verhindert worden war (§ 286). Damit sollte „für ungewöhnliche Fälle den Anforderungen der Billigkeit und den Rücksichten der materiellen Gerechtigkeit“ möglichst genügt werden. Die Reichstagsvorlage⁴ sah dagegen zur Vermeidung „ungerechtfertigter Härten“ in § 204 wieder allgemeine Wiedereinsetzungsmöglichkeiten vor. Darauf beruhte dann die Regelung der Wiedereinsetzung in

den vorigen Stand in der Civilprozeßordnung vom 30. 1. 1877 (RGBl, S. 83). Im Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit heißt es zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: „Insgesamt ist in Gesetzgebung und Rechtsprechung eine Tendenz unverkennbar, von den strengen Voraussetzungen des § 233 ZPO abzuweichen und die Wiedereinsetzung schon bei unverschuldeter Fristversäumnis zuzulassen ... Die verschiedenartige Regelung in den einzelnen Prozeßgesetzen, zu der die Entwicklung geführt hat, ist nicht durch eine unterschiedliche Sachlage in den einzelnen Verfahrensarten begründet. Ob man den unabwendbaren Zufall oder das Verschulden zum Maßstab für die Wiedereinsetzung nimmt, kann und sollte in allen Verfahrensgesetzen in gleicher Weise entschieden werden. Strenge Anforderungen an die Zulässigkeit dienen der Rechtssicherheit. Andererseits widerspricht es dem Rechtsempfinden, einer Partei auch dann Rechtsnachteile aufzubürden, wenn sie eine Frist trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht einhalten konnte“⁵. Entsprechend wurde § 233 ZPO durch die Vereinfachungs-Novelle gefaßt⁶.

2. Unverschuldete Versäumung von Fristen

Der Gedanke, bei unverschuldeter Versäumung von Notfristen müsse es eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geben, hat auch in den anderen Prozeßordnungen Niederschlag gefunden⁷.

Auch im Strafprozeß erkannte man frühzeitig die Bedeutung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 44 StPO): „Der Natur und den Zwecken des Strafverfahrens entspricht es in der Tat nicht, dem Beteiligten, der eine Frist oder einen Termin versäumt, ohne daß ihn dabei ein Verschulden trifft, wichtige prozessuale Rechte, wie z. B. die Rechtsmittel, aus formalen Gründen abzuschneiden“, heißt es schon im StPO-Entwurf aus dem Jahr 1908⁸. Die spätere Regelung des § 44 StPO wird dabei als Fassung eines allgemeinen Rechtsgedankens angesehen⁹.

Ein solches allgemeines Fundament wird auch der vergleichbaren Regelung des § 60 VwGO attestiert, wenn es etwa bei Kopp heißt: „Die VwGO läßt in § 60 vor allem auch im Hinblick auf Art. 19 IV GG, Art. 2 I ... des Rechtsstaatsprinzips ... und Art. 103 I ... die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung gesetzlicher Fristen in weiterem Umfang zu als bisher die ZPO“¹⁰.

Ähnlich wird § 56 FGO von Tipke-Kruse beurteilt: „Durch Wiedereinsetzung sucht das Gesetz das Spannungsverhältnis auszugleichen zwischen der im Interesse der Rechtssicherheit notwendigen Fristenstrenge und dem Anliegen, im Interesse insbesondere der gleichmäßigen Rechtsanwendung eine auf individuelle Gegebenheiten abgestimmte prozessuale Billigkeit zu verwirklichen ... Darüber hinaus dient die Wiedereinsetzung unmittelbar der Gewährleistung

1) Vgl. die Übersicht in BVerfGE 60, 253 (271 ff.) = NJW 1982, 2425.

2) Dahlmanns, Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 2, 1971, 59 ff.

3) Dahlmanns (o. Fußn. 2), 251 ff.

4) Hahn, Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung, 1. Abtheilung, 1880, 4 ff.

5) 1961, 234 ff.

6) GBl 1976 I, 3281; s. dazu etwa Hartmann, in: Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 43. Aufl. (1985), § 233 Anm. 3 A; Schumann, in: Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl. (1984), § 233 Rdnr. 30 ff.

7) Vgl. die Nachw. bei Schumann (o. Fußn. 6), 8 Vorb. § 230 Rdnr. 6; § 233 Rdnr. 46.

8) Wendisch, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. (1976), § 44 Rdnr. 2.

9) Maul, in: KK, 1982, § 44 Rdnr. 13; s. a. Kleinknecht-Meyer, StPO, 37. Aufl. (1985), § 44 Rdnr. 11 („im Interesse der materiellen Gerechtigkeit“).

10) Kopp, VwGO, 5. Aufl. (1984), § 60 Rdnr. 1. Man mag sich zwar fragen, ob alle genannten verfassungsrechtlichen Bestimmungen § 60 VwGO gleichzeitig zugrundeliegen, und vor allem, ob sie § 60 VwGO erzwingen oder lediglich ermöglichen; am – hier allein interessierenden – Rückgriff auf eine allgemeine Rechtsgrundlage ändert das nichts. S. a. Kopp, VwVfG, 3. Aufl. (1983), § 32 Rdnr. 2: „Wiedereinsetzung ist ein grundlegendes Erfordernis jedes rechtsstaatlichen Verfahrens“ und Rdnr. 7 zu § 32: „§ 32 ist ... Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ...“.