

Der praktische Fall

PRIVATDOZENT DR. MARTIN STOCK, MÜNCHEN

Öffentliches Recht: *Die Abschaffung der Verfassungsbeschwerde*

Sachverhalt*

Nachdem das BVerfG einer Anzahl von Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze einer „Großen Koalition“ stattgegeben hatte, entschloß sich diese Koalition, die Verfassungsbeschwerde als Rechtsinstitut zu beseitigen. Gem. Art. 79 II kam ein Gesetz zustande,

durch welches Art. 93 I Nrn. 4a und 4b sowie Art. 94 II 2 ersatzlos gestrichen wurden. Nachdem das Gesetz in Kraft getreten war, kam des weiteren ein Gesetz zustande, durch welches die Verfassungsbeschwerde auch als einfachgesetzliches Rechtsinstitut abgeschafft wurde.

Nachdem auch dieses Gesetz in Kraft getreten war, wandte sich die Regierung des Landes H an das BVerfG und beantragte, die

* Der Fall wurde im Frühjahr 1972 in München als Hausarbeit in einer Ferienübung im öffentlichen Recht für Anfänger ausgegeben. – Art. ohne Gesetzesangabe sind solche des GG.

beiden Gesetze für nichtig zu erklären. Sie trug vor, die Streichung des Art. 93 I Nr. 4a sei nach Art. 79 III unzulässig, denn sie berühre die in den Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze. Die übrigen Bestimmungen der Verfassungsnovelle seien mit der nichtigen Teilbestimmung untrennbar verbunden und deshalb ebenfalls nichtig. Ohne die Verfassungsänderung aber sei auch das einfache Änderungsgesetz insgesamt verfassungswidrig. Demgegenüber machten Bundesregierung und Bundestag gem. § 77 BVerfGG geltend, Art. 79 III gewährleiste das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde nicht, zumal Art. 93 I Nrn. 4a und 4b und Art. 94 II 2 erst 1969 in das Grundgesetz eingefügt worden seien; der ursprüngliche Schutzzumfang der Garantie des Art. 79 III lasse sich nachträglich nicht erweitern.

Die Entscheidung des Gerichts ist durch ein Gutachten vorzubereiten.

Lösung

Es handelt sich um ein Verfahren nach Art. 93 I Nr. 2, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG (abstrakte Normenkontrolle). Der Antrag ist zulässig nach § 76 Nr. 1 BVerfGG¹. Hinsichtlich seiner Begründetheit ist zwischen der Verfassungsnovelle und dem Gesetz zur Änderung des BVerfGG zu unterscheiden.

I. Die Verfassungsnovelle

Die Antragstellerin beanstandet in erster Linie die Streichung des Art. 93 I Nr. 4a. Sie nimmt im übrigen an, die diesbezügliche Bestimmung der Verfassungsnovelle bilde mit der Streichung der Art. 93 I Nr. 4b und 94 II 2 eine untrennbare Einheit, und begehrt deshalb die Feststellung nicht nur der Teilnichtigkeit, sondern der Nichtigkeit der Novelle insgesamt. Auf die Trennbarkeitsfrage kann es nur ankommen, wenn die Antragstellerin mit ihrer Hauptrüge durchdringt. Mithin ist zunächst zu prüfen, ob die Streichung des Art. 93 I Nr. 4a nach Art. 79 III unzulässig ist².

1. Streichung der Verfassungsbeschwerde als Verletzung der in Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze?

Erste Voraussetzung hierfür ist, daß durch diese Streichung „die in den Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden“. Die Verfassungsbeschwerde ist dem Wortlaut nach weder in Art. 1 noch in Art. 20 gewährleistet. In Frage kommen nur Anknüpfungen im Auslegungsweg.

Über den Stellenwert des Art. 79 III im Verfassungszusammenhang und über die inhaltliche Tragweite seiner Festreibungen sind erstmals aus Anlaß des Streits über die Abhörgesetzgebung³ genauere Erwägungen angestellt worden⁴. Dabei hat sich eine methodologische Schwierigkeit bemerkbar gemacht: Im Bereich des Art. 79 III kann es sich nicht um schlichte Subsumtionsschlüsse handeln. Die festgeschriebenen „Grundsätze“ erscheinen auf den ersten Blick vage: Sie könnten einen weitläufigen Umkreis möglicher, auch außerhalb der Art. 1 und 20 und sogar jenseits der Art. 1 bis 20 zu suchender Konkretisierungen abdecken⁵. Solche Vagheit steht mit dem Rigorismus der Absicht, eine „axiomatische Ewigkeitsentscheidung“⁶ zu treffen, in einem gewissen Widerspruch. Für Art. 79 III kommt es auf die Frage an, ob ein bestimmtes Rechtsinstitut, das Verfassungsbeschwerde, zwingend perpetuiert ist; der Befund, sie stelle eine mögliche, konsequente, optimale oder bewährte Einzelausformung der Grundsätze dar, würde noch nicht ausreichen, um den Sperriegel wirksam werden zu lassen; Durch die Streichung des Art. 93 I Nr. 4a würden dann nicht die

Grundsätze selbst, sondern lediglich eine disponible, in einen verbleibenden Gestaltungs- und Wiederaufhebungsspielraum fallende Einzelausprägung „berührt“. Ist hingegen eine „Berührung“ der Grundsätze selbst zu bejahen, dann gibt es nicht noch einen zweiten Variationsvorbehalt, etwa den einer „systemimmanenten Modifizierung“⁷. Die Kritiker der Mehrheitsentscheidung des Abhörurteils haben auf den inneren Zusammenhang der Grundsätze des Art. 1 mit denen des Art. 20 hingewiesen, besonders bezüglich der drei Kernelemente Menschenwürde, Rechtsstaatsprinzip, Gewaltenteilung. Die dazu bisher entwickelten Gesichtspunkte lassen sich allerdings auf den konkreten Fall nur begrenzt übertragen, weil durch das in Art. 10 II 2 i. V. mit Art. 19 IV 3 vorbehaltene Gesetz der Verwaltungsrechtsweg abgeschnitten, die Verfassungsbeschwerde dagegen unangetastet gelassen werden soll⁸, während es hier umgekehrt nur um die Abschaffung der Verfassungsbeschwerde geht, während die sonstigen Rechtswege erhalten bleiben.

a) Zu den unantastbaren Grundelementen könnte der „Menschenwürdegehalt“ einzelner auf Art. 1 folgender Grundrechte gehören⁹. In Betracht kommt hier Art. 19 IV als das „formelle Hauptgrundrecht“¹⁰. Ob Art. 19 IV 1 und 2 bzw.

Erläuterungen

1. Ähnliche zweistufige Fallkonstellation zuletzt in dem sog. Abhörurt. BVerfGE 30, 1 ff. = JuS 1971, 204 Nr. 1 = NJW 1971, 275 ff. m. Anm. H. H. Rupp. Vgl. auch Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, 4. Aufl. (1974), Art. 93 Rdnr. 23.

2. Dabei könnte es sich um „förmliche“ Unvereinbarkeit i. S. des § 76 Nr. 1 BVerfGG handeln, sofern die materielle Überschreitung der absoluten Gesetzgebungsgrenze zugleich einen Verfahrensfehler darstellen würde. Letzteres ist nach dem abw. Wortlaut einiger landesrechtlicher Unverbrüchlichkeitsklauseln der Fall (Art. 75 I 2 BayVerf.; Art. 64 I 2, 3 BadWürttVerf., Art. 150 II 1 HessVerf., Art. 103 I 2 SaarlVerf.). Hingegen sind Art. 20 I BremVerf. und Art. 37 VorlNdsVerf. wie Art. 79 III GG gehalten; deshalb zögernd hinsichtlich auch formeller Bedeutung Spitta, BremVerf., 1960, Art. 20; verneinend Korte, Verf. u. Verwaltung des Landes Nds., 1962, S. 199. Demgem. kommt auch Art. 79 III selbst nur als „sachliche“ Unvereinbarkeitstatbestand in Betracht.

3. Auf Verfassungsebene: Art. 10 II 2, 19 IV 3 GG i. d. F. des 17. ErgG v. 24. 6. 1968 (BGBl I, 709, Notstandsnovelle).

4. Vgl. das Abhörurt. (o. Erl. 1). Dazu Häberle, JZ 1971, 145 ff.; Hall, JuS 1972, 132 ff.; Alberts, JuS 1972, 319 ff.; Schlink, Der Staat 1973, 84 ff.; vorher Dürig-Evers, Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post-, Telefon- u. Fernmeldegeheimnisses, 1969; Dürigs Plädoyer in der mündlichen Verhandlung jetzt in: Festg. f. Maunz, 1971, S. 41 ff.

5. Vgl. Friedr. Klein-Wilke, UFITA 65, 191 f.

6. So Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Rdnr. 9.

7. So aber das Abhörurt. BVerfGE 30, 25. Im gleichen Sinne sprach zunächst Rasenack, Der Staat 1970, 273, von „partiell zur Disposition gestellten Grundsätzen“, verstand mithin das Wort „Grundsätze“ in Art. 79 III *diminutiv*: nur „grundsätzlich“ unantastbare Grundsätze. Hiergegen überzeugend Dürig, Festg. f. Maunz, S. 42 f., und dann auch das Sondervotum BVerfGE 30, 42; seither einhellig Hall, ZRP 1970, 146; JuS 1972, 135 f.; Bettermann, AöR 96, 563; Erichsen, VerwArch 1971, 295; Häberle, JZ 1971, 149 f.; Alberts, JuS 1972, 319 ff.; Klein-Wilke, UFITA 186 f., 190.

8. Dürig, in: Dürig-Evers (o. Erl. 4), S. 21 f., der allerdings zugleich hervorhebt, daß die Verfassungsbeschw. für Einzeleingriffe de facto abgeschnitten wird; ebenso Hall, JuS 1972, 133.

9. Vgl. Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 79 Rdnr. 42; Hesse, VerfR, 5. Aufl. (1972), S. 273; Alberts, JuS 1972, 322.

10. So Friedr. Klein, VVDStRL 8, 88 u. 8. Zu Art. 19 IV vgl. im übrigen statt aller Bettermann, AöR 86, 153 ff., 528 ff.; D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973.

der „Kerngehalt“ dieser Sätze über Art. 1 und Art. 20 perpetuiert ist, war schon vor der Notstandsnovelle umstritten¹¹; die Richtermehrheit des Abhörurteils hat das verneint¹². Die Frage ist hier erheblich nur, wenn Art. 19 IV auch die *Verfassungsbeschwerde* garantiert. Dabei ist zwischen der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze unmittelbar (die das Streichungsunternehmen ausgelöst hat) und der Verfassungsbeschwerde gegen Verwaltungsakte bzw. Gerichtsentscheidungen (die von der Streichung mitbetroffen ist) zu unterscheiden. Auszugehen ist im übrigen von dem Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 19 IV 1.

aa) Akte der *vollziehenden* Gewalt fallen unter die Rechtsweggarantie, jedoch hat es sein Bewenden bei der Gewährleistung eines Rechtswegs überhaupt; Art. 19 IV 1 hat als den Regelfall die verwaltungsgerichtliche Generalklausel im Auge¹³, Art. 19 IV 2 eröffnet subsidiär den Weg zu den ordentlichen Gerichten. Beide Rechtswege bleiben unbeeinträchtigt. Ein Rechtsweg zu einem *Verfassungsgericht* ist insoweit nicht gewährleistet.

bb) Daß gegen Eingriffe öffentlicher Gewalt der Rechtsweg garantiert wird, heißt andererseits, daß die *Rechtsprechung selbst*, anders als nach Art. 93 I Nr. 4a GG/§ 90 I BVerfGG, nicht öffentliche Gewalt i. S. des Art. 19 IV ist¹⁴. Schon deshalb fällt auch die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen aus dem Schutzbereich des Art. 19 IV heraus.

cc) Streitig ist, ob zur öffentlichen Gewalt i. S. des Art. 19 IV auch die *Gesetzgebung* gehört¹⁵. Für den Ausschluß der Gesetzgebung aus Art. 19 IV spricht de lege lata, daß insoweit, von Art. 93 I Nr. 2 und Art. 100 I abgesehen, in Art. 93 I Nr. 4a, 4b eine gleichrangige und funktionell eher angemessene Spezialregelung vorhanden ist. Mit dem Wegfall dieser Regelung würde das genannte Argument mitentfallen. Eine Einbeziehung der Gesetzgebung in Art. 19 IV würde dann mangels einer einfachgesetzlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte¹⁶ auf einen Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nach Satz 2 hinauslaufen; damit würde sich die Frage stellen, ob für diese Gerichte in Analogie zu Art. 100 I GG und den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen eine Vorlagepflicht besteht¹⁷. Gewährleistet wäre mithin allenfalls eine absonderliche Quasi-Verfassungsbeschwerde zu den ordentlichen Gerichten mit nachfolgender verfassungsgerichtlicher Quasi-Normenkontrolle. Vor das BVerfG könnte eine solche Beschwerde allenfalls mittelbar analog Art. 100 I gelangen, nicht aber im Rahmen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens bisherigen Zuschnitts, um dessen Erhaltung es geht.

dd) Demnach fällt weder die Verfassungsbeschwerde (zum BVerfG) gegen Vollzugsakte und Gerichtsentscheidungen noch die gegen Gesetze unmittelbar in den Schutzbereich des Art. 19 IV. Ob Art. 19 IV bzw. dessen „Menschenwürdegehalt“ über die Art. 1 und 20 unter Art. 79 III fällt, kann deshalb insoweit dahingestellt bleiben.

b) Die in den Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze könnten aber an Art. 19 IV vorbei noch auf andere Weise berührt sein: In Art. 20 II 2 i. V. mit Art. 20 III ist der *Gewaltenteilungsgrundsatz* niedergelegt¹⁸, und zwar hat die Funktionsgarantie der rechtsprechenden Gewalt ihren regulativen Zweck nicht zuletzt in der Aufgabe der Gerichte, die Ge-

waltbalance insgesamt anhand verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Maßstäbe zu kontrollieren¹⁹; es besteht ein Sinnzusammenhang mit dem Grundsatz der Bindung von vollziehender Gewalt und Rechtsprechung (hier: derer der jeweils niedrigeren Instanzen) an Gesetz und Recht und mit dem dominierenden Grundsatz der Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung²⁰, zumal an die Grundrechte (Art. 1 III²¹). Neben der materiellrechtlichen Bindung sind entsprechende gerichtliche Kontrollmöglichkeiten mitgewährleistet; andernfalls könnten die materiellrechtlichen Bindungen im Konfliktfall leerlaufen. Und zwar dürfte sich aus Art. 1 I bzw. aus dem Rechtsstaatsprinzip²²

Erläuterungen

11. Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, 2. Aufl. (1957), Art. 19 Anm. VII 8. Für Einbeziehung anfangs Klein, VVDStRL 8, 89 u. ö.; gegen Einbeziehung früher Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Rdnr. 4, und Maunz-Dürig, ebda. Art. 20 Rdnr. 92, Art. 79 Rdnr. 42 Fußn. 1; später modifiziert: Dürig, in: Dürig-Evers (o. Erl. 4), S. 19; s. auch Evers, ebda. S. 50 ff.

12. BVerfGE 30, 25; anders das Sondervotum ebda. S. 41 und Häberle, JZ 1971, 152 f.; s. auch Erichsen, VerwArch 1971, 299; Rupp, NJW 1971, 277; wie die Mehrheitsrichter aber Bettermann, AöR 96, 563 ff.; Schlink, Der Staat 1973, 95 ff.

13. Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Rdnr. 43.

14. Dürig, ebda. Rdnr. 17; v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII 2 c; näher Bettermann, AöR 96, 536 f., 552 ff.

15. Das BVerfG verneint dies in dem AKU-Urt. BVerfGE 24, 33 (49 ff.) = JuS 1968, 527 f. Nr. 2 (dazu Bettermann, AöR 96, 529 ff.), und sodann in E 24, 367 (401) = JuS 1969, 289 ff. Nr. 3; E 31, 364 (367) = JuS 1971, 655 Nr. 4. Ebenso v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII 2 d; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 93 Rdnr. 69; anders Dürig, ebda. Art. 19 IV Rdnr. 18. Zu Dürigs Besorgnis der Formenvertauschung – Einzelakt in Gesetzesform, vgl. BVerfGE 24, 401 f.; Bettermann, AöR 96, 534 ff., nichtsdestoweniger im Erg. wie Dürig; ebenso etwa Maurer, Festschr. f. Kern, 1968, S. 279 ff.; v. Engelhardt, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, 1971, S. 126 ff. Zuletzt Lorenz, S. 162 ff.

16. Abgesehen von der Normenkontrolle nach § 47 VwGO, soweit diese landesrechtlich eingeführt ist.

17. Vgl. Bettermann, in Die Grundrechte III/2, 2. Aufl. (1972), S. 790; ders., AöR 86, 156 ff.; Bachof, AöR 86, 188; Maurer, S. 307 Fußn. 106; Wilken, DVBl 1969, 533. Direkter Anwendung des Art. 100 I würde schon der Umstand entgegenstehen, daß die Gültigkeit des angegriffenen Ges. nicht nur Vorfrage wäre. Das BVerfG berührt diesen Fragenkreis in dem AKU-Urt. (o. Erl. 15), zieht aber eine Vorlagepflicht nicht in Betracht und begründet den Ausschluß der Gesetzgebung aus Art. 19 IV daraufhin mit der Mäßigkeit des „weniger adäquaten Verfahrens“ nach Art. 19 IV 2 (für welches § 31 BVerfGG nicht gelten würde). Im konkreten Fall ging es um Verfassungsbeschw. gegen ein Vertragsges., durch das die Verfassungsbeschw. – nach dem Urt. auch die gegen das Ges. selbst – für bestimmte Fallgruppen ausgeschlossen worden war. Nachdem die reguläre Verfassungsbeschw. durch Art. 19 IV ohnehin nicht geschützt ist, spricht der Senat Art. 19 IV die Garantiewirkung auch für eine Quasi-Verfassungsbeschw. nach Art. 19 IV 2 ab. Das wird damit begründet, gegen den Ausschluß der regulären Verfassungsbeschw. könnten „Bedenken“ bestehen, falls daraufhin dennoch die Quasi-Verfassungsbeschw. zum ordentlichen Gericht mit Verfassungsrang überleben würde.

18. Unverbrüchlich: Evers, S. 100 ff.; Häberle, JZ 1971, 153 f.

19. Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Rdnr. 6; s. auch Maunz-Dürig, ebda. Art. 20 Rdnr. 74.

20. Unverbrüchlich: Hesse, S. 274.

21. Unverbrüchlich: Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 79 Rdnr. 43.

22. Unverbrüchlich: Häberle, JZ 1971, 152, gegen die Verkürzungen im Abhörurt. (BVerfGE 30, 24 f.; anders auch schon das Sondervotum, ebda. S. 40 f.); Hall, JuS 1972, 136; s. auch Erichsen, VerwArch 1971, 297; Rupp, NJW 1971, 277; tetner Herzog,

ergeben, daß auch individualrechtliche Rechtsbehelfe garantiert sind. Dies führt innerhalb eines breiteren Problemrahmens zunächst wieder auf die Frage nach der mittelbaren Mitgewährleistung der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV zurück, ohne daß damit schon ausgemacht wäre, daß Art. 19 IV den Problembereich insoweit erschöpfend abdeckt. Art. 19 IV stellt zwar bezüglich des Rechtsschutzaspekts eine Spezialregelung dar und liegt damit thematisch besonders nahe bei der hier zu entscheidenden Hauptfrage, und mag er auch perpetuiert sein - er garantiert seinerseits, wie gezeigt, die Verfassungsbeschwerde nicht. Um eine entsprechende Spezialisierung des Art. 19 IV auch in negativer Hinsicht darzutun, bedarf aber auch noch die Art der Einbettung dieser Norm in den Gesamtkomplex der genannten Grundsätze der Art. 1 und 20 der näheren Untersuchung: Dabei ist zu prüfen, ob auch im Rahmen dieses Gesamtkomplexes der Rechtsweg zu den regulären Gerichten i. V. mit der (fortbestehenden) inzidenten Normenkontrolle genügt oder ob ergänzend auch noch die Kontrollfunktion und die direkte Anrufbarkeit des BVerfG im Verfassungsbeschwerdeverfahren als unantastbar zu gelten haben²³.

Die Tragweite des Eingriffs läßt sich am ehesten abschätzen, wenn auch Fernwirkungen in die (fiktive) Verlustbilanz einbezogen werden. Hinsichtlich des Rechtsschutzes gegen Verwaltungsakte und Gerichtsentscheidungen würde der Wegfall der (Urteils-)Verfassungsbeschwerde dazu führen, daß verfassungswidrige Gesetzesanwendung in „Jedermanns“-Fällen die Einschaltung des BVerfG nicht mehr auslösen könnte. Nur Verfassungswidrigkeit des jeweils einschlägigen Gesetzes als solchen würde als Auslösungsgrund übrigbleiben, nämlich im Rahmen der inzidenten Normenkontrolle. Auch insoweit jedoch würde der maßgebliche individualrechtlich-prozessuale Einfluß des Betroffenen, der Prozeßpartei, des Angeklagten usw. auf die Einschaltung des BVerfG entfallen: Er kann einen Vorlagebeschluß nicht erzwingen. Die Beharrungskraft grundrechtswidriger „ständiger Verwaltungspraxis“ oder älterer unterverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung mag zwar heute verringert sein; das ist nicht zuletzt der Wirksamkeit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu verdanken, einschließlich einer unsichtbaren Präventionswirkung der bloßen Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde auf „verfassungsscheue“ Verwaltungen und Gerichte. Wenn die Verfassungsbeschwerde wegfallen würde, könnte daher ein Rückschlag zu gewärtigen sein. Gegen Gesetze unmittelbar könnte der Betroffene allenfalls noch über Art. 19 IV vorgehen versuchen und würde dann je nach der Auslegung, die sich insoweit durchsetzen würde, seine Sache eventuell auf dem aufgezeigten Umweg, und wiederum vorbehaltlich des Zustandekommens eines Vorlagebeschlusses, vor das BVerfG bringen können - eine Abnormität, welche die „Große Koalition“ schwerlich ohne weitere Änderungsversuche hinnehmen würde.

Art. 19 IV ist als „Schlußstein“ „im Gewölbe des Rechtsstaates“ bezeichnet worden²⁴. Wenn sich nicht zwingend widerlegen läßt, daß Art. 19 IV die Unverbrüchlichkeit der Verfassungsbeschwerde kraft negativer Spezialisierung ausschließt, behält der pathetische Satz einen prohibitiven Nebensinn, an den bei seiner Formulierung vielleicht nicht gedacht worden ist. Das „Gewölbe des Rechtsstaates“ wird vollends geschlossen erst durch die Verfassungsbeschwerde, in letzter Kon-

sequenz erst durch die Verfassungsbeschwerde auch unmittelbar gegen Gesetze als „Jedermanns“-Instrument. Das Konsequenzargument allerdings ist hier eben doch zunächst nur ein rechtspolitisches Argument. Es bleibt zweifelhaft, ob rechtspolitischen Wunschvorstellungen solcher Art auch jene rechtliche Stringenz innewohnt, die zur Begründung der Perpetuierungsthese erforderlich wäre.

c) In dieser Lage empfiehlt sich ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Verfassungsgarantie der Verfassungsbeschwerde. In der Rechtsprechung des BVerfG begegnet eine Faustregel, wonach der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift insofern Bedeutung zukommen kann, als sie Zweifel behebt, die durch eine Auslegung nach Wortlaut und Sinnzusammenhang allein nicht ausgeräumt werden können²⁵.

aa) Die Entstehungsgeschichte zerfällt hier in mehrere Phasen: Das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde fiel nach der ursprünglichen Fassung der Art. 93 ff. GG unter Art. 93 II und ermangelte nach seiner Einführung durch die §§ 90 ff. BVerfGG im Jahre 1951 zunächst 18 Jahre hindurch der ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Absicherung. In Art. 93 II kam ursprünglich eine gewisse Abwarte- und Vorsichtshaltung des Verfassungsgebers zum Ausdruck: Mit Verfassungsrang sollte eine Verfassungsbeschwerde nicht vorgesehen werden, ihre einfachgesetzliche Einführung, Erprobung und Durchformung sollte aber vorbehalten und möglich bleiben²⁶. Expliziten Verfassungsrang erhielt die Verfassungs-

Erläuterungen

Festschr. f. Merkl, 1970, S. 100. Eher skeptisch zu der funktionentheoretischen Herleitung insgesamt *Bettermann*, AÖR 96, 563 ff., und noch deutlicher *H. Schneider*, Festg. f. Maunz, S. 350 ff., sowie *Klein-Wilké*, UFITA 65, 199 ff.

23. Nicht ganz deutlich *Evers*, S. 59. Anders *Maunz*, in: *Maunz-Dürig-Herzog*, Art. 93 Rdnr. 63: aufhebbar „nur im Wege einer Grundgesetzänderung“; näher *ders.*, in: *Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein*, BVerfGG, 1972, § 1 Rdnr. 11: Es reiche aus, wenn sonstige Rechtswege, insb. der Verwaltungsrechtsweg erhalten blieben. S. auch *Schmidt-Bleibtreu*, ebda. § 90 Rdnr. 7: Durch das 19. ÄndG v. 29. 1. 1969 (BGBl I, 97) - durch das die Art. 93 I Nr. 4a und 4b, 94 II 2 in das GG eingefügt wurden - sei die Kompetenz des einfachen Gesetzgebers, die Verfassungsbeschw. abzuschaffen, beseitigt worden; *ders.*, ebda. Rdnr. 19 (vor dem 19. ÄndG): Die Verfassungsbeschw. gehöre keineswegs begriffsnotwendig zum Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Das BVerfG hat 1968 im AKU-Urt. (o. Erl. 15) den (dort einfachgesetzlichen partiellen) Ausschluß der Verfassungsbeschw. für verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet. Nachdem der Senat Art. 19 IV als indirekten Hinderungsgrund zurückgestutzt hat (o. Erl. 17), werden die Verfassungsbeschw. als unzulässig zurückgewiesen, ohne daß noch auf die Art. 1 und 20 als direkte Hinderungsgründe eingegangen würde. Im AKU-Fall hätte die Heranziehung der Art. 1 und 20 diesseits der Ebene des Art. 79 III ausgereicht. Insoweit kommt es auf den Einschnitt des Jahres 1969 nicht an.

24. *Thoma*, in: *Wanderleb* (Hrsg.), Recht - Staat - Wirtschaft, Bd. III, 1951, S. 9. Vgl. *Dürig*, in: *Maunz-Dürig-Herzog*, Art. 19 IV Rdnr. 4.

25. BVerfGE 1, 312; 11, 130 f. Näher etwa *Ehmke*, VVDStRL 20, 57 ff.

26. Vgl. *Geiger*, BVerfGG, 1952, Vorb. § 90 Anm. 1 ff.; *Wittrich-Lechner*, in: *Die Grundrechte III/2*, S. 673; *Schmidt-Bleibtreu*, aaO (o. Erl. 23), Rdnr. 7; *Lechner*, BVerfGG, 3. Aufl. (1973), S. 339 f.; näher v. *Doemming*, JöR N. F. 1, 669 ff.; allg. *Fronz*, Sozialwiss. Jahrbuch f. Politik 2 (1971), S. 629 ff. Im Zuge der parlamentarischen Beratung des BVerfGG 1950/51 zeigten sich zunächst starke Widerstände gg. die Einführung bes. der Urteils-Verfassungsbeschw. (vgl. *Schmidt-Bleibtreu*, aaO [o. Erl. 23]).

beschwerde erst 1969 durch das 19. Änderungsgesetz zum Grundgesetz im weiteren Zusammenhang mit der Notstandsnovelle²⁷. Zugleich wurde das Widerstandsrecht (Art. 20 IV, eingefügt durch das 17. Ergänzungsgesetz) ausdrücklich unter die nach Art. 93 I Nr. 4a rügefähigen Rechte aufgenommen²⁸, d. h. über Art. 19 IV hinaus auch mit einem verfassungsgerichtlichen und notstandsfesten Rechtsbehelf bewehrt.

Daß so die Verfassungsbeschwerde ihrerseits notstandsfest gemacht wurde, heißt noch nicht, daß Art. 93 I Nr. 4a darüber hinaus unter die Garantie des Art. 79 III gebracht werden sollte. Die Entstehungsgeschichte ergibt zunächst immerhin dies: Auf Verfassungsrang oder gar auf Unabänderlichkeit war der Wille des Gesetzgebers 1949/51 nicht gerichtet. Wohl aber wuchs diesem Rechtsinstitut in der Zwischenzeit seither eine tatsächliche Popularität zu, die sich in erhöhtem politischem Gewicht und schließlich in der einfach-verfassungsrechtlichen Gewährleistung niederschlug. Im übrigen lag der Einfügung des Widerstandsrechts gerade in den Art. 20 möglicherweise der Wille zugrunde, dieses Recht in die Schutzwirkung des Art. 79 III einzubeziehen²⁹. Hierin könnte ein Modellfall auch für Art. 93 I Nr. 4a erblickt werden; dies um so mehr, weil die Verfassungsbeschwerde zum Zweck der verfassungsprozessualen Absicherung u. a. eben dieses Widerstandsrechts im GG verankert wurde: Es besteht zwischen beiden Verfassungsergänzungen ein Absichts- und Sachzusammenhang. Art. 20 IV sollte möglicherweise den Art. 93 I Nr. 4a gewissermaßen mit auf die Ebene des Art. 79 III hinaufziehen. Allerdings hätte zur Erreichung des Änderungszwecks (Notstandsfestigkeit) in Anbetracht der Sperre des Art. 115e II 1 GG einfacher Verfassungsrang ausgereicht, die Aktivierung des Art. 79 III wäre hierzu nicht erforderlich gewesen, weder für Art. 20 IV noch für Art. 93 I Nrn. 4a und 4b. Hieraus erwachsen Zweifel, ob die Perpetuierung als *rechtlich zwingend* gewollt war oder ob es sich nicht vielmehr eher nur um eine zusätzliche situationsbezogene Beschwichtigungsgeste gegenüber den Gegnern der Notstandsgesetzgebung gehandelt hat; woraufhin die rechtliche Relevanz dieser politischen Geste im Rahmen subjektiver Auslegung im Zwielicht bleibt.

bb) Objektive Auslegung in der oben aufgezeigten Richtung mag die Verfassungsbeschwerde schon ab 1949 als verfassungsrechtlich verbürgt zu erweisen versuchen. Die geschilderten Begleitumstände ihrer verspäteten einfachgesetzlichen Einführung stehen nichtsdestoweniger der Annahme einer impliziten Verfassungsgarantie mindestens *für die fünfziger Jahre* entgegen. Daß der Gesetzgeber im Lauf der Zeit von seiner anfänglichen Vorsichtshaltung abrückte, dokumentiert sich mit hinreichender Sicherheit in der Verleihung ausdrücklichen Verfassungsrangs im Jahre 1969. Jedenfalls seit diesem Zeitpunkt entfällt das Argument rechtspolitischer Konsensschwäche.

Andererseits kann die Verfassungsbeschwerde *erst seit diesem Zeitpunkt* auch den vollen Schutz des Art. 79 III erlangt haben: Art. 79 III gewährt Schutz nur gegen „eine Änderung dieses Grundgesetzes“, d. h. die Sperrwirkung erstreckt sich auf Verfassungs(text)änderungen, nicht aber auf verfassungswidrige, jedoch ohne begleitende Verfassungsänderung erfolgende Änderungen einfacher Gesetze. Durch die Barriere des Art. 79 III kann mithin die Verfassungsbe-

schwerde nur geschützt sein, wenn und insoweit zum Zweck ihrer Abschaffung eine Verfassungsänderung vorgenommen wird. Eine Verfassungsänderung war, sofern ein einfaches Änderungsgesetz nicht schon wegen offenkundigen Verstoßes gegen Art. 93 I Nrn. 4a und 4b scheitern sollte, seit dem Zeitpunkt der Einfügung der letzteren Bestimmungen nötig: Von da ab mußten diese Bestimmungen zunächst erst wieder aus dem Weg geräumt werden. Unter die Sperrwirkung des Art. 79 III konnte die Verfassungsbeschwerde demnach unumgänglich erst von dem Zeitpunkt ab fallen, in dem als dritter verfassungsrechtlicher Angelpunkt die ausdrückliche Gewährleistung in Art. 93 vorhanden war, d. h. seit 1969.

Aus der relevanten Entstehungsgeschichte läßt sich dennoch nicht *zwingend* auf Perpetuierung schließen. Es ergeben sich zwar (mit Wirkung ab 1969) in dieser Richtung gewisse Anhaltspunkte. Gleichwohl überwiegt wieder der Zweifel - ein Befund, wie ihn auch schon die oben im Rahmen objektiver Auslegung angestellten Gedankengänge gezeitigt hatten. Diese Zweifel fallen hier zu Lasten der Antragstellerin ins Gewicht und reichen aus, um im Ergebnis anzunehmen: Es bleibt eine restliche Konkretisierungsmarge übrig, die nicht überbrückt werden kann. Zwar mag sich die Streichung des Art. 93 I Nr. 4a in unmittelbarer Nähe der festgeschriebenen Grundsätze bewegen. Eine „Berührung“ der Grundsätze findet jedoch noch nicht statt³⁰. Damit entfällt schon aus diesem Grund ein Verstoß gegen Art. 79 III.

Erläuterungen

Rdnr. 8). Sie konnten zwar überwunden werden. Sie mögen jedoch ein Anhaltspunkt dafür sein, daß die These vom ursprünglich implizierten *Verfassungsrang*, geschweige von einer *Unverbrüchlichkeit* der Verfassungsbeschw. *allen* Bet. fernlag. Später setzte sich im wesentlichen das Urt. durch, die Verfassungsbeschw. habe sich als objektive Kontroll- wie auch als Rechtsschutzinstanz bewährt. Vgl. *Friesenhahn*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der BRD, 1963, S. 83 f.; *Schmidt-Bleibtreu*, aaO (o. Erl. 23); so bes. auch durchgehend die Beiträge in der vom BVerfG hrsg. Jubiläumsschrift: Das BVerfG, 1963; in erweiterte 2. Aufl. unter dem Titel: Das BVerfG 1951-1971, 1971; vgl. noch zuletzt *Frowein* u. a. (Hrsg.), BVerfG im dritten Jahrzehnt, 1973.

27. Ohne Verfassungsrang hätte die Verfassungsbeschw. nach Art. 115 g S. 2 GG durch ein Ges. des Gemeinsamen Ausschusses (Art. 53a GG) abgeschafft werden können, soweit dies „auch nach Auff. des BVerfG zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gerichts erforderlich“ gewesen wäre. Schon um sie auch gegen das BVerfG selbst zu garantieren, bedurfte es der Vorverlegung der Grenze auf die Ebene des Art. 115e II 1 GG, wonach durch ein Ges. des Gemeinsamen Ausschusses das GG nicht geändert werden kann. U. a. dies wurde mit der Einfügung des Art. 93 I Nrn. 4a, 4b erreicht. Vgl. *Kutscher*, Festschr. f. Gebh. Müller, 1970, S. 165 ff.; *Lenz*, Notstandsverf. des GG, 1971, Art. 115 g Rdnr. 5; *Herzog*, in: *Maunz-Dürig-Herzog*, Art. 115 g Rdnr. 19. Zur Vorgeschichte *Spanner*, DÖV 1963, 648 ff.; *Seifert*, Gefahr im Verzug, 3. Aufl. (1965), S. 73 ff.; *Fr. Schäfer*, Die Notstandsgesetze, 1966, S. 86 ff.

28. Vgl. *Maunz*, in: *Maunz-Dürig-Herzog*, Art. 93 Rdnr. 64. In § 90 I BVerfGG wurde Art. 20 IV dann durch das 4. ÄndG v. 21. 12. 1970 (BGBl I, 1765) aufgenommen.

29. Vgl. Abg. *Dr. Stammberger* (SPD), BT 5. WP 174. Sitzung v. 15. 5. 1968, Sten. Ber. S. 9363; Abg. *Dr. Bucher* (FDP), ebda. S. 9365. Dazu *Kempen*, in: *Sterzel* (Hrsg.), Kritik der Notstandsgesetze (1968), S. 73 Fußn. 34; *Scheidle*, Das WiderstandsR, 1969, S. 145; *H. Schneider*, Widerstand im Rechtsstaat, 1969, S. 10 Fußn. 7; *Schambeck*, in: *Klose-Weiler* (Hrsg.), Menschen im Entscheidungsprozeß, 1971, S. 338.

30. Es sei angemerkt, daß ein erheblicher Teil der Übungsteilnehmer in München 1972 gegenteiliger Ansicht war.

2. Nachträgliche Erweiterung des Schutzzumfangs der Unabänderlichkeitsgarantie?

Wer anderer Meinung ist, muß sich des weiteren mit dem Argument auseinandersetzen, der ursprüngliche Schutzzumfang der Unabänderlichkeitsgarantie lasse sich nachträglich nicht erweitern. Damit erweist sich ein Moment der Entstehungsgeschichte als rechtssystematisch einschlägig, ohne daß es hierfür auf den sonstigen methodologischen Stellenwert entstehungsgeschichtlicher Umstände ankäme. Für eine Verletzung des Art. 79 III würde es danach nicht ausreichen, daß die perpetuierten Grundsätze mit Wirkung ab 1969 „berührt“ wären, vielmehr müßte das schon seit 1949 der Fall sein³¹.

a) Ob nachträgliche „Einbauten“ statthaft seien, wird in der juristischen Literatur neuerdings im Hinblick auf Art. 20 IV erörtert – eine Fragestellung, die sich in Anbetracht des oben aufgezeigten Absichts- und Sachzusammenhangs ohne weiteres auch auf Art. 93 I Nr. 4a erstrecken läßt. Für Art. 20 IV ist von Gegnern wie auch von Befürwortern der Notstandsgesetzgebung oder auch unabhängig von diesbezüglichem rechtspolitischem Engagement gegen die nachträgliche Ergänzung des Art. 79 III Stellung genommen worden. Man spricht von einer unzulässigen Einengung der Volkssouveränität³², man erblickt in dem parlamentarischen Substituierungsvorhaben den untauglichen Versuch des verfassungsändernden Gesetzgebers des Augenblicks, die Grenzen zukünftiger verfassungsändernder Gesetzgebung vorzuverlegen, demokratiewidrige Blockade usw.³³. So wird denn fast einhellig angenommen, Art. 20 IV nehme nicht an der Unabänderlichkeit teil; die Grenzen der Verfassungsänderung stünden nicht zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers, sondern (mit der Verfassung insgesamt) nur zu der des Verfassungsgebers³⁴.

aa) Die literarisch h. M. versteht mithin Art. 79 III als Setzung einer „verfassungsgebenden Gewalt“ (vgl. die Präambel des Grundgesetzes) zu verstehen und nicht diese Vorschrift damit auf eine Ebene, die über der der verfassungsändernden Gewalt als eines *pouvoir constitué* liegen und für letzteren unverfügbar sein soll³⁵. Von hier aus bietet sich eine Deutung des Art. 79 III als Delegationsnorm an: Verfassungsänderung als delegierte Verfassungsgebung³⁶.

Art. 79 III nun grenzt die Änderungsermächtigung (die als solche in Art. 79 II zu erblicken wäre) zwar nicht im einzelnen nach „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ (vgl. Art. 80 I 2) ein, wohl aber negativ, durch Setzung äußerster Schranken. Weicht schon diese Sachlage von der des Art. 80 ab, so stockt die Analogiebildung um so mehr hinsichtlich der rechtsetzenden Organe selber: In dem eingeführten nachrangig-zweistufigen Modell delegierter einfacher Rechtsetzung sind Gesetz³⁷ und Verordnungsgeber grundsätzlich kontinuierlich nebeneinander vorhanden. Dem würde für das Verhältnis von Verfassungsgeber und (verfassungsänderndem) Gesetzgeber die konstituierte, verfaßte Permanenz des Verfassungsgebers entsprechen. Statt dessen zieht sich letzterer jedoch nach irgendwie³⁸ geschehener Verfassungsruption jeweils wieder in den vorrechtlich-gesellschaftlichen und geschichtlichen Bereich zurück und überläßt inzwischen, unter Vorbehalt der Unantastbarkeit des engeren Delegationstatbestands (des Art. 79 II und III) und nach Einsetzung und

Hinterlassung des BVerfG³⁹ als eines „allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständigen und unabhängigen“, und zwar von Art. 79 III aus übergeordneten⁴⁰ „Gerichtshofs“ (vgl. § 1 I BVerfGG) als juristischen Wächters, den ermächtigten Organen die Befugnis, das *Delegationsinstrument selber*, die Verfassung, zu ändern⁴¹.

Die Mißbrauchsgefahr bleibt auf dieser höchsten Stufe größer als auf der der einfachen Gesetzgebung. Um so eher mögen daraufhin solche Teilkomponenten rechtsstaatlichen Delegationswesens analogiefähig und übertragbar sein, die gegen Ermächtigungsmißbrauch zu Buche schlagen würden; so eben der Grundsatz, der Delegator könne nicht über den Umfang der ihm delegierten Befugnis entscheiden⁴², er könne diesen Umfang mithin weder erweitern noch aber auch verringern, also den Schutzbereich des Art. 79 III auch nicht ausdehnen.

bb) Im konkreten Fall würde ein derartiges Ausdehnungsverbot nun allerdings den Versuch vereiteln, die Sicherungswirkung des Art. 79 III zu verstärken: Es geht hier gerade darum, den Zugriff des Gesetzgebers auf die „lästige“ Verfassungsbeschwerde, d. h. einen Abbau der breiten Streuwirkung der Wächterfunktion des BVerfG zu verhindern. Deshalb erhebt sich die Frage, ob sämtliche Erweiterungen des Schutzbereichs des Art. 79 III ausgeschlossen sind oder nur

Erläuterungen

31. Was für die Zwischenzeit bis 1969 auf einen lediglich einfachverfassungsrechtlichen Schutz der Verfassungsbeschw. durch die Art. 1 und 20 hinauslaufen würde.

32. Kempfen, S. 73.

33. Isensee Das legalisierte WiderstandsR, 1969, S. 96 f.; Scheidle, S. 145 f.; Hall, JZ 1970, 354.

34. H. H. Klein, DÖV 1968, 866 f.; Isensee, S. 96 f.; v. Mangoldt-Klein, Art. 79 Anm. VII 3 d, e; Scheidle, S. 145; Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, 2. Aufl. (1969), Art. 20 Rdnr. 29, Art. 79 Rdnr. 13; H. Schneider (o. Erl. 29), S. 10 f.; Scholler, Der Staat 1969, 37 f.; Herzog (o. Erl. 22), S. 107 Fußn. 12; Maunz, Dt. Staatsrecht, 20. Aufl. (1975), S. 208; Schambeck, S. 338 f.; Hesse, S. 295 f.; zögernd auch Lenz, Art. 20 Rdnr. 6. Anders nur Schunck, Das NotstandsR, 1969, S. 40.

35. Vgl. Erichsen, VerwArch 1971, 294; Alberts, JuS 1972, 321 Fußn. 32. Verwertung histor. und sonstiger Konstruktionsversuche bei Steiner, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1966. Empirische Gesichtspunkte bei v. Beyme, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1968.

36. Vgl. Alberts, JuS 1972, 321.

37. Von Art. 45 abgesehen.

38. Steiner bemüht sich auch hinsichtlich dieser zweiten Stufe um ein normatives Verständnis i. S. eines „allg. demokratischen Staatsrechts“ (S. 43).

39. Woraufhin sich erweist, daß der vorl. Fall einen Teilaspekt der allg. Frage betrifft, ob und inwieweit Art. 79 III das BVerfG überhaupt nach Existenz u. Funktion gewährleistet. Zögernd Maunz, in: Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, § 1 Rdnr. 11; s. auch Maunz-Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 79 Rdnr. 48, sowie Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Prozeß, 1968, S. 141 ff.

40. Vgl. Draht, VVDStRL 9, 57; Seuffert, FAZ Nr. 57 v. 9. 3. 1971, S. 10. Zur Organstellung des BVerfG u. zu den entspr. funktionalen Verflechtungen zuletzt Dolzer, Die staatsrechtliche u. staatsrechtliche Stellung des BVerfG, 1972.

41. Verfassungsändernde Gesetzgebung wäre also das zulässige Gegenstück zum i. d. R. unzulässigen Erlaß gesetzesvertretender Verordnungen.

42. Alberts, JuS 1972, 321.

solche, die dem Sicherungszweck der Vorschrift konkret zuwiderlaufen. Für die Abgrenzung des Ausdehnungsverbots könnte es mithin auf den Inhalt des jeweiligen Substituierungsvorhabens ankommen.

Die gewisse Naivität, mit der der Gesetzgeber erwog, den Art. 79 III „aufzufüllen“, mag ein Anhaltspunkt dafür sein, daß im Parlament die Vorstellung, es gebe irgendwo in der Latenz einen dritten „Verfassungsgeber“, nicht mehr lebendig war; man wußte sich vielleicht nicht mehr an eine derartige quasirechtliche Grundautorität, auf deren Entschließung die Änderungskompetenz wie auch deren Begrenzung zurückgehen könnten, gebunden. Im Hinblick auf das eben Gesagte bietet sich aber auch noch eine andere, rechtlich eher diskutabile Erklärung an: Man wollte dem Widerstandsrecht durch Unverbrüchlichkeitserklärung den höchstmöglichen Rang einräumen und glaubte sich hierzu durch Bürgerinteresse und Wählermandat und damit zugleich durch den „Volksouverän“ in dessen Eigenschaft als Verfassungsgeber befugt, und für dieses Vorhaben wurde der inzwischen tatsächlich entstandene Geltungszuwachs des Instituts der Verfassungsbeschwerde mitverwertet und mithonoriert.

Delegationstechnisch könnte das dahin gerechtfertigt werden, der Delegator dürfe auf dieser Ebene den Umfang der Delegation zwar nicht beliebig verändern, zumal erweitern, er dürfe ihn aber z. B. verringern, die Sperrwirkung ausdehnen und die Ermächtigung „zurückgeben“, insoweit das im mutmaßlichen Interesse des Deleganten, des „Volksouveräns“, liege. Indessen bewegen sich solche fiktiven Willens- bzw. Interessenextrapolationen methodologisch wie auch machtpolitisch auf schwankendem Boden. Der *pouvoir constituant* ist eben nicht konstituiert, d. h. nach dem Bild des Gesetzgebers verfaßt und aktionsfähig. Er äußert sich auch nicht in gewöhnlichen Parlamentswahlen, sondern er ist im Verfassungsalltag stumm, und das ist bequem und gefährlich. Von hier aus können in das Delegations- und Vertretungsschema irrationale Momente einströmen, sobald für Änderungen des Umfangs der Delegationsnorm einmal die Schleuse geöffnet wird. Der Gesetzgeber könnte dem Verfassungsgeber die unterschiedlichsten Negativkataloge als gewollt unterschieben, er könnte das Kriterium inhaltlicher Zulässigkeit solcher „Ewigkeits“-Ausdehnungen in die eigene Hand zu nehmen versuchen. Neben Verfassungsänderungen, die (wie Art. 20 IV i. V. mit Art. 93 I Nr. 4a) autoritären Verfestigungen vorbeugen sollen, könnten (u. U. in deren Schatten) autoritäre Änderungsvorhaben durchdringen, sofern nicht das BVerfG die Definitionsmacht im nötigen Grad an sich zieht und sich damit auch behaupten und durchsetzen kann. In letzterer Hinsicht aber ist es gerade das Abhörurteil, das zu erheblicher Skepsis Anlaß gibt.

Deshalb wird auch hier der Meinung gefolgt, der verfassungsändernde Gesetzgeber könne die Sperrwirkung des Art. 79 III nicht über ihren ursprünglichen Umfang hinaus ausdehnen. Das gilt für ausdrückliche Ergänzungen der Art. 1 und 20 wie auch für sonstige, von dritten Textstellen aus im Weg systematischer Auslegung in die Schutzzzone hineinfundierende Verfassungsänderungen.

b) Es könnte versucht werden, den Nachträglichkeitseinwand mit dem weiteren Argument auszuräumen, die Aufnahme des Art. 93 I Nr. 4a in das GG habe lediglich deklaratorischen Charakter; der Sache nach, nämlich durch die Art. 1 und 20, sei die Verfassungsbeschwerde auch schon vor 1969 gewährleistet gewesen. Deklaratorische Substituierungen mögen unbedenklich sein, sofern es sich tatsächlich um nichts anderes als verbale Klarstellungen handelt. Letzteres wird angesichts der typischerweise großen Konkretisierungsspielräume auf dieser Ebene nur selten der Fall sein.

Für den konkreten Fall läßt sich der Nachträglichkeitseinwand nur entkräften, wenn die implizite Garantie der Verfassungsbeschwerde schon seit 1949 bestanden hat. Oben wurde dargelegt, daß dem objektive und jedenfalls eindeutige subjektive Auslegungsgesichtspunkte entgegenstehen: Die perpetuierten Grundsätze sind nicht „berührt“. Nun ist hier auf den Nachträglichkeitseinwand nur hilfsweise eingegangen worden: Er ist insgesamt nur erheblich, wenn es entgegen den oben getroffenen Feststellungen nicht schon an der „Berührung“ der geschützten Grundsätze als solcher fehlt, d. h. wenn sich das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde objektivrechtlich zwingend aus Art. 1 und Art. 20 herleiten läßt und wenn die ursprünglich abweichende Entstehungsgeschichte im Hinblick auf den Einschnitt des Jahres 1969 hinter diesem Befund zurückzutreten hat. Wer letzterer Meinung ist, wird dann auch den letzten Schritt tun und Art. 93 I Nr. 4a bloßen deklaratorischen Charakter zusprechen können, womit auch der Nachträglichkeitseinwand entkräftet wäre. Danach würde Art. 93 I Nr. 4a unter Art. 79 III fallen und der Antrag insoweit durchdringen.

c) Hier wird demgegenüber angenommen, daß sich Art. 93 I Nr. 4a nicht in die perpetuierten Grundsätze einbeziehen läßt, deshalb auch nicht nur deklaratorischen Charakter hat, somit unter das Verbot nachträglicher Substituierung fällt und aus beiden Gründen die Ebene des Art. 79 III nicht erreicht. Danach liegt in der Streichung des Art. 93 I Nr. 4a kein Verstoß gegen Art. 79 III. Damit entfällt zugleich die Voraussetzung für die von der Antragstellerin begehrte Erstreckung der Nichtigkeitsfeststellung auf die übrigen Bestimmungen der Verfassungsnovelle⁴³. Diese Bestimmungen enthalten auch keinen selbständigen Verstoß gegen Art. 79 III.

Die Verfassungsnovelle ist somit mit Art. 79 III vereinbar.

Die Verfassungsnovelle ist somit mit Art. 79 III vereinbar.

II. Die Novelle zum BVerfGG

Wenn das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde mit Art. 93 I Nrn. 4a und 4b der ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Erzwingungsnormen beraubt ist, ist damit, da Änderungen einfacher Gesetze als solcher von Art. 79 III nicht erfaßt werden können, der Sperrriegel der Unabänder-

Erläuterungen

43. Wer hinsichtlich Art. 93 I Nr. 4a anderer Meinung ist, muß sich hier noch der Frage zuwenden, ob diese und die sonstigen Streichungstatbestände eine „untrennbare Einheit“ bilden; vgl. BVerfGE 26, 258; näher Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen (1973), S. 30 ff. Bei streng objektiver Betrachtungsweise (vgl. Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 93 Rdnrn. 42–44) könnte zweifelhaft erscheinen, ob im Fall des Scheiterns des Hauptteils des Streichungsvorhabens auch die Streichung der Garantie der kommunalen Verfassungsbeschw. „ihren Sinn und ihre Rechtfertigung verlöre“; vgl. BVerfGE 22, 152.

lichkeitsgarantie auch hinsichtlich der Novelle zum BVerfGG ohne Verfassungsverstoß aufgebrochen. Dieser Novelle stehen auch keine sonstigen, *einfach-verfassungsrechtlichen* Hindernisse im Weg⁴⁴.

Die Novelle zum BVerfGG ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

Erläuterungen

44. Die Fehlerfolge, die sich aus *gleichzeitigem* Zustandekommen (vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 79 Anm. III 6 b bb) oder jedenfalls aus *gleichzeitiger Verkündung* (vgl. BVerfGE 34, 9 = JuS 1973, 111 f. Nr. 2) von verfassungsänderndem und einfacher Ges. ergeben könnte, ist durch das im vorl. Fall gewählte zweiphasige Gesetzgebungsverfahren vermieden.