

Die Veröffentlichung des Werkes

„Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze“
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

CHRISTOPH BÖCKENFÖRDE

Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Hans J. Wolff
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Friedrich Klein

Dekan: Prof. Dr. Hans Brox

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1965



Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 33

Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze

Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatz-
kontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Von

Christoph Böckenförde



DUNCKER & HUBLLOT / BERLIN

Vorwort

Wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz für nichtig erklärt, nimmt es nur selten zu den möglichen Auswirkungen einer solchen Entscheidung Stellung. Allein der Ausspruch der Nichtigkeit bringt nicht die notwendige Klarheit. Auch die Bestimmungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, insbesondere dessen § 79, lassen viele Fragen unbeantwortet. Hinzu kommt, daß das Bundesverfassungsgericht bisweilen nur die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes feststellt und ausdrücklich davon absieht, es für nichtig zu erklären. Gleichwohl hält man es in der Lehre für notwendig und selbstverständlich, daß verfassungswidrige Gesetze nichtig sind. Die vorliegende Abhandlung will sich deshalb mit dem Grundsatz der Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze kritisch auseinandersetzen; sie will ferner, ausgehend von der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts, untersuchen, auf welche Weise die Unklarheiten über Inhalt und Folgen derartiger Entscheidungen beseitigt werden können.

Die Arbeit hat im Winter-Semester 1965/66 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde im April 1965 abgeschlossen und für die Drucklegung geringfügig ergänzt. Neue Literatur und Rechtsprechung sind bis zum Dezember 1965 nachgetragen. Die im Mai 1965 angenommene Tübinger Habilitationsschrift von Hartmut Maurer über „Die Rechtsfolgen der Nichtigerklärung von Gesetzen“ ist noch nicht veröffentlicht und konnte daher nicht berücksichtigt werden. Sie behandelt zwar denselben Problemkreis, der Wortlaut des Themas läßt aber vermuten, daß das Problem unter einem ganz anderen Blickwinkel gesehen wird, als ihn die hier gebrauchte Formulierung „sogenannte Nichtigkeit“ andeutet.

Danken möchte ich an dieser Stelle meinem verehrten Lehrer Herrn Professor Hans J. Wolff für die Betreuung der Dissertation, ferner Herrn Professor Friedrich Klein für viele wertvolle Hinweise, schließlich Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die entgegenkommende Aufnahme dieser Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Münster/Westf., im März 1966

Christoph Böckenförde

Inhalt

Einleitung

1. Die bisherige Problemsicht	14
2. Gegenstand und Aufbau der Untersuchung	17

Erster Teil

Kritik der Lehre von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze

1. Kapitel

Die rechtliche Aussage dieser Lehre und ihre rechts- und verfassungstheoretischen Grundlagen

1. Analyse des Satzes: Verfassungswidrige Gesetze sind ipso jure nichtig	21
a) Die innere Struktur dieses Satzes	21
b) Das Verhältnis von Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit	23
c) Sinn und Zweck von ipso jure eintretenden Rechtsfolgen	25
2. Der verfassungstheoretische Ausgangspunkt und die Zielsetzung dieser Lehre	27
a) Der theoretische Ausgangspunkt: Die Rangordnung der Rechts- quellen als Mittel der Verfassungssicherung	27
b) Das konkrete verfassungspolitische Ziel: Schutz der Verfassung vor dem Zugriff des Gesetzgebers	32
a) Die ursprüngliche Sicherung der Verfassung <i>durch</i> den Gesetz- geber	33
β) Das neuerliche Bedürfnis nach Schutz der Verfassung <i>vor</i> dem Gesetzgeber	34
3. Mögliche Formen einer Verfassungsgarantie im Vergleich zum Grund- satz der Ipso-jure-Nichtigkeit	36
a) Die verschiedenartigen Regelungen im inner- und im außer- deutschen Bereich	36
b) Mögliche Verfahren zur Verwirklichung einer Ipso-jure-Nichtigkeit	40

2. Kapitel

Die Frage der Vereinbarkeit dieser Lehre mit den Bestimmungen des GG und des BVerfGG

1. Mögliche Anhaltspunkte im Wortlaut von GG und BVerfGG	44
2. Die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen über die Rechtssatz- kontrolle	46
a) Die einschlägigen Bestimmungen des GG	46
b) Die einschlägigen Bestimmungen des BVerfGG	50

3. Systematische Interpretation der Bestimmungen des GG über das Rechtssatzkontrollverfahren	54
a) Der normative Gehalt der Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 und 79 GG	55
b) Die Bedeutung der Art. 93 und 100 GG und die Unterschiede zum Rechtszustand unter der Weimarer Verfassung	56
c) Die Bedeutung von Konzentration und Verwerfungskompetenz für den Grundsatz der Ipso-jure-Nichtigkeit	61
<i>Exkurs:</i> Die Stellung der Rechtssatzkontrolle innerhalb der Staatsfunktionen	64

Zweiter Teil

Der Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze und die Spruchpraxis des BVerfG

1. Der grundsätzliche Ausgangspunkt des BVerfG	69
2. Die Auslegung des § 79 BVerfGG durch das BVerfG	70
3. Die Fälle verfassungswidriger Organisationsgesetze	74
4. Die Fälle „situationsbedingter“ Verfassungswidrigkeit von Gesetzen	77
a) Die verfassungswidrigen Übergangsgesetze aus der Besatzungszeit	77
b) Die durch Veränderung tatsächlicher Verhältnisse bedingte Verfassungswidrigkeit von Gesetzen	80
5. Die Fälle einer auf Art. 3 GG beruhenden teilweisen Verfassungswidrigkeit von Gesetzen	83

Dritter Teil

Möglichkeiten und Grenzen der Vernichtung verfassungswidriger Gesetze

1. Kapitel

Die Unvollkommenheit der Regelung des § 79 BVerfGG und ihre Ursachen

1. Der Wortlaut des § 79 BVerfGG und seine Entstehungsgeschichte ..	91
2. Die verengte Problemsicht des Gesetzgebers und ihre Gründe	95
a) Die Beschränkung der Regelung auf Hoheitsakte	96
b) Der Gegenstand des Rechtssatzkontrollverfahrens in der Sicht des Gesetzgebers	98

2. Kapitel

Die bisherigen Argumente für eine über § 79 BVerfGG hinausgehende Begrenzung der Vernichtung

1. Der Grundsatz der Rechtssicherheit und der „Rechtsschein“ verfassungswidriger Gesetze	101
2. Das praktische Beispiel des „Südweststaaturteils“	105

3. Kapitel

Die Vernichtung als Problem einer Übergangsregelung

1. Die Wirkungen verfassungswidriger Gesetze als Gegenstand der Vernichtung	109
a) Die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit als Ursache der Wirkkraft verfassungswidriger Gesetze	111
b) Die durch verfassungswidrige Gesetze hervorgerufene Rechtswirklichkeit	115
2. Das Problem der Wiederherstellung eines verfassungsmäßigen Zustandes	118
a) Die Ungenauigkeit des Begriffs der rückwirkenden Vernichtung ..	119
b) Die Notwendigkeit einer Übergangsregelung als Kernproblem der sog. „Vernichtung“	123
a) Das Bedürfnis nach Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung	124
b) Die Vermeidung gesetzesfreier Bereiche	127
c) Die Zuständigkeit des BVerfG zur Aufstellung von Übergangsregelungen und ihre Grenzen	132
3. Die Lösung des Übergangsproblems durch das BVerfG am Beispiel verfassungswidriger Strafgesetze	138
Schlußbemerkung	147
Literaturverzeichnis	151
Sachverzeichnis	159

Abkürzungsverzeichnis

ABL	Amtsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (zitiert nach Band und Seite)
bayVerfGH	Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern
BB	Der Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BJM	Bundesminister der Justiz
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Deutscher Bundestag
BT-Prot.	Stenographische Berichte der Sitzungen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EheG	Ehegesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
GAK	badisch-württembergisches Gesetz zur vorläufigen Angleichung des Kommunalrechts vom 13. Juli 1953 (GBl. S. 97)
GBl.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
HA	Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates
HA-Prot.	Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, Stenographische Berichte
HChE	Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Tübingen 1932
hess. Verf.	Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946

HöfeO	Höfeordnung
JöR NF	Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge (zitiert nach Band und Seite)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
RA	Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht des Deutschen Bundestages
RA-Prot.	Drucksache Nr. 94 (1. Wahlperiode 1949) des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht des Deutschen Bundestages, Teil VI
RegE	Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
RGBL I	Reichsgesetzblatt Teil I
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
rh.-pf. OVG	Oberverwaltungsgericht für das Land Rheinland-Pfalz
RStGH	Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich
Staat	Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (zitiert nach Band und Seite)
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StGHG	Gesetz über den Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung
VerfGHG	Gesetz über den Verfassungsgerichtshof
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgg. von G. Ziegler (zitiert nach Band und Seite)
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (zitiert nach Heft und Seite)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (zitiert nach Band und Seite)

Einleitung

Der Titel dieser Schrift stellt den Grundsatz der Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze bewußt in Frage. Bisher ist dieser Grundsatz in der deutschen Staatsrechtslehre und in der Praxis der Verfassungsgerichtsbarkeit als selbstverständlich angesehen und kaum bestritten worden. Seine praktische Verwirklichung scheint jedoch dem BVerfG erhebliche Schwierigkeiten zu bereiten. Deutlicher als die Rechtsprechung des BVerfG zeigen das zwei Äußerungen der Bundesverfassungsrichter Ernst *Friesenhahn* und Karl *Heck*. Auf dem Internationalen Kolloquium über Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit, das im Juli 1961 vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg veranstaltet wurde¹, erklärte Karl *Heck* in der Aussprache:

„Es hat sich gezeigt, daß das Gericht je länger je mehr eine gewisse Neigung zeigt, verfassungskonform auszulegen, um damit der Nichtigkeitsklärung eines Gesetzes auszuweichen. Das Gericht zeigt eine verständliche Scheu, die Nichtigkeit auszusprechen, zumal mit Rücksicht auf die bei uns damit verbundene Rückwirkung.“²

Nicht weniger aufschlußreich ist eine Bemerkung von Ernst *Friesenhahn* auf derselben Tagung:

„Der Verfassungsrichter könnte sozusagen manchmal mit ruhigerem Gewissen ein Gesetz für nichtig erklären, wenn er wüßte, daß er nicht in der Verwaltung usw. ein Chaos verursacht.“^{3/4}

Sinn und Zweck einer solchen Rücksichtnahme auf die Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes sind sicherlich achtenswert; es liegt darin aber auch eine große Gefahr: Wird ein Gesetz nur deshalb für verfassungsmäßig erklärt, um auf diese Weise den vermeintlichen Folgen einer Verfassungswidrigkeit auszuweichen, so hat das nichts mehr mit Verfassungs- und Gesetzesinterpretation im Sinne der herkömmlichen Auslegungsmethoden zu tun. Das sind reine politische

¹ Einen ausführlichen Einblick in den Verlauf dieser Tagung gibt der von Hermann *Mosler* herausgegebene Sammelband: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung, Köln-Berlin 1962.

² Vgl. den Sitzungsbericht bei *Mosler*, a.a.O., S. 873.

³ Vgl. den Sitzungsbericht bei *Mosler*, a.a.O., S. 788.

⁴ Auch die Bundesverfassungsrichterin *Erna Scheffler* machte erhebliche Vorbehalte gegenüber dem Grundsatz der Nichtigkeit geltend; vgl. deren Beitrag bei *Mosler*, a.a.O., S. 785.

Zweckmäßigkeitserwägungen. Diese Gefahr wird nicht aufgezeigt, um alte, oft gehörte Einwände gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit zu wiederholen, sondern um auf die Notwendigkeit hinzuweisen, die uns geläufigen Vorstellungen von den Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes — insbesondere den Grundsatz der Nichtigkeit — neu zu überdenken. Das ist das Ziel dieser Untersuchung.

1. Die bisherige Problemsicht

Die Entscheidung über die Vereinbarkeit von Rechtssätzen mit dem GG — meist als „abstrakte“ und „konkrete Normenkontrolle“ bezeichnet — gehört zu den wichtigsten Aufgaben des BVerfG und macht im wesentlichen seine Stellung als „Hüter der Verfassung“⁵ aus. Bereits in über 60 Fällen⁶ hat das BVerfG Rechtssätze für verfassungswidrig erklärt. Diese Tätigkeit ist von wissenschaftlicher Kritik nicht verschont geblieben; die Kritik bezieht sich jedoch vornehmlich auf die Methoden der Verfassungs- und insbesondere der Grundrechtsinterpretation⁷. Die Frage nach den Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes und damit nach dem näheren Inhalt und der Bedeutung derartiger Normenkontrollentscheidungen wurde dagegen nur selten erörtert.

In der Nachkriegsliteratur findet sich nur eine umfangreichere Abhandlung zu diesem Thema aus der Zeit vor Inkrafttreten des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes⁸. Nach dessen Erlass schien diese Frage zunächst durch § 78 Satz 1 BVerfGG geklärt zu sein, der bestimmt:

„Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar ist, so stellt es in seiner Entscheidung die Nichtigkeit fest.“

⁵ Der Begriff „Hüter der Verfassung“ entstand wohl in der Weimarer Zeit. Er findet sich häufig im Werk von Carl Schmitt, vgl. u. a.: Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Festschrift zum 50jähr. Bestehen des RG, Bd. 1, S. 154—178, Berlin-Leipzig 1929, und: Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931. Heute bezeichnet sich das BVerfG häufig selbst als „Hüter der Verfassung“, vgl. BVerfGE 1, 195; 1, 408; 6, 304.

⁶ Vgl. das Register zu Bd. 1—10 der amtlichen Entscheidungssammlung, S. 545 ff. und Bd. 11—18.

⁷ Grundlegend Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, S. 35—62, und im Anschluß daran eine umfangreiche Auseinandersetzung; vgl. u. a. die Beiträge auf der Staatsrechtslehrertagung des Jahres 1961: VVDStRL 20, S. 1—134.

⁸ Heinrich Kipp: Die Rechtsfolgen verfassungswidriger Gesetze, in: Gegenwartsprobleme des Rechts, Bd. 1, S. 85—112, Paderborn 1950. — Für das ausländische Schrifttum sei hier besonders hingewiesen auf die ausführliche und gründliche Abhandlung von Oliver P. Field: The Effect of an Unconstitutional Statute, Minneapolis/USA 1935.

Diese Regelung stimmt mit dem im staatsrechtlichen Schrifttum allgemein vertretenen Grundsatz der Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze⁹ überein. Ihre Aufstellung bot daher keinen Anlaß, sich mit diesem Grundsatz eingehend auseinanderzusetzen und nach seiner Begründung zu fragen¹⁰. Erst in den letzten Jahren wurde — nach den Erfahrungen aus einer längeren Spruchpraxis des BVerfG — dieses „Dogma“ von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze vereinzelt in Zweifel gezogen¹¹. Die Auseinandersetzung entzündete sich hauptsächlich an der prozessualen Frage, ob die Normenkontrollentscheidungen des BVerfG Feststellungs- oder Gestaltungsurteile seien. Verschiedentlich wurde die Frage auch dahin gestellt, ob verfassungswidrige Gesetze ipso jure nichtig oder nur durch eine Entscheidung des BVerfG rückwirkend vernichtbar seien. Die bei weitem überwiegende Ansicht in Rechtslehre und Rechtsprechung betont seitdem den deklaratorischen Charakter der Entscheidungen bzw. die Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. Das BVerfG selbst hat sich zu dieser Frage bisher noch nicht ausdrücklich erklärt; die immer wieder zitierten Äußerungen sind meist nur beiläufig gemacht und mehrdeutig¹². Auf diese sehr verengte, prozessual bestimmte Fragestellung hat sich die Diskussion im wesentlichen beschränkt.

⁹ Beispielhaft seien hier erwähnt: Arndt, Grundgesetz, S. 5, DöV 1959, S. 81 ff., BB 1960, S. 993 ff. und 1351 ff.; Bachof, AöR Bd. 87 (1962), S. 33; Bettermann, ZZP Bd. 72 (1959), S. 36, AöR Bd. 86 (1961), S. 158; Dagoglou, a.a.O., S. 8 ff.; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 142 f. und bei Mosler, a.a.O., S. 787 f.; Geiger, a.a.O., Anm. 4 zu § 78; Hamann, NJW 1959, S. 1497 f.; Hamel, a.a.O., S. 108; Holtkotten in Bonner Kommentar, Anm. B 2 zu Art. 93 (S. 30 ff.); Löwisch, JZ 1961, S. 731 f.; Maunz, Staatsrecht, § 26 II 3 a; ders. in Maunz-Dürig, Rdnr. 18 und 19 zu Art. 31; Maurer, DöV 1963, S. 683; Michel, NJW 1960, S. 845; Müller, DVBl. 1962, S. 162; Scheuner, BB 1960, S. 1255; Sigloch, JZ 1958, S. 81; ders., in Maunz-Sigloch-Müller Bleibtreu, Rdnr. 19 zu § 80; Sturm, a.a.O., S. 16 f.; Wintrich, a.a.O., S. 204.

¹⁰ Eine gewisse Ausnahme bildet die ungedruckte Dissertation von Ernst Windisch: Die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurt 1956, die eine Fülle beachtlicher Gesichtspunkte zusammenträgt, aber leider nicht systematisch auswertet und ordnet.

¹¹ Vgl. besonders Götz, NJW 1960, S. 1177 ff., und Hoffmann, JZ 1961, S. 193 ff., vorher schon bei Windisch, a.a.O., S. 50 ff.; ferner Haak, a.a.O., S. 157 ff., jedoch ohne eigene Stellungnahme; Maunz und Dürig in Maunz-Dürig, Rdnr. 62—64 zu Art. 20; anders aber Maunz in Maunz-Dürig, Rdnr. 18 und 19 zu Art. 31; Rupp, JuS 1963, S. 469; gegen Götz und Hoffmann vor allem Arndt, BB 1960, S. 993 ff., und Bachof, AöR Bd. 87 (1962), S. 31 ff.

¹² Bezeichnend ist, daß dieselben Äußerungen zur Stützung entgegengesetzter Standpunkte angeführt werden, vgl. einerseits Bachof, AöR Bd. 87 (1962), S. 35, andererseits Götz, NJW 1960, S. 1179 f., und Hoffmann, JZ 1961, S. 197 ff.

Nach dem Wortlaut am eindeutigsten ist wohl BVerfGE 1, 37: „Aus der Feststellung der Nichtigkeit des Gesetzes ergibt sich, daß es wegen Widerspruchs mit dem Grundgesetz von Anfang an rechtsunwirksam war“, jedoch hat das Urteil nicht die eigentlich dann zu erwartenden Folgerungen gezogen; näheres dazu im Dritten Teil, Kap. 2, Abschn. 2. Unklarer BVerfGE 2, 172:

Ursache für die unkritische allgemeine Anerkennung des Grundsatzes der *Ipsa-jure*-Nichtigkeit ist wohl die logische Evidenz und scheinbare Unangreifbarkeit des ihm zugrunde liegenden Gedankenganges¹³. Danach hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes notwendig dessen Nichtigkeit zur Folge, weil die Verfassung gegenüber dem Gesetz höherrangig ist. Der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verlangt die ausschließliche Geltung der höherrangigen Verfassung, weil sonst die Verfassung selbst ihren Geltungsanspruch aufgibt. Es gilt der Satz: *Lex superior derogat legi inferiori*. Darum kann das verfassungswidrige Gesetz zu keiner Zeit Geltung erlangen, sondern ist von Anfang an nichtig.

Diese Art der Begründung ist schon „klassisch“. Sie findet sich bereits in der berühmten Entscheidung *Marbury v. Madison* des Supreme Court der Vereinigten Staaten aus dem Jahre 1803¹⁴. Diese Entscheidung gilt allgemein als der Ausgangspunkt für jedes richterliche Prüfungsrecht und jede Normenkontrolle¹⁵. Chief Justice *Marshall* argumentierte u. a. folgendermaßen:

„Certainly all those, who have framed written constitutions contemplate them as forming fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, the theorie of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void.“¹⁶

„Eine Unterwerfungspflicht besteht ... bis zu ... Wiederaufhebung oder Nichtigklärung“, ferner BVerfGE 3, 44: „... denn bis zur Entscheidung des BVerfG könnte sich niemand auf die Nichtigkeit des Art. 29 GAK berufen“, und auch BVerfGE 8, 71: „Soweit Rechtsvorschriften für nichtig erklärt werden, gilt die Nichtigkeit rückwirkend vom Zeitpunkt ihres ersten Inkrafttretens an ...“ Von einer konstitutiven oder deklaratorischen Wirkung seiner Entscheidungen hat das BVerfG in bezug auf die Normenkontrolle noch nie gesprochen, die Frage war auch nie entscheidungserheblich. Anders dagegen der BGH in BGHZ 39, 48 f.: „Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bewirkt nicht nur die rückwirkende Vernichtung dieser Vorschrift. Sie stellt vielmehr deren anfängliche Nichtigkeit fest...“, und in NJW 1965, S. 296 f.; ebenso auch der BayVerfGH, Entscheidungen vom 17. August 1949 (VerwRspr. Bd. 2, S. 16) und vom 28. Juli 1950 (VerwRspr. Bd. 3, S. 151).

¹³ Besonders deutlich bei *Arndt*, DöV 1959, S. 82; *Hamann*, NJW 1959, S. 1465; *Löwisch*, JZ 1961, S. 731; ähnlich auch *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 26 Ia und III (S. 114 f.); *Müller*, DVBL 1962, S. 162; *Sigloch*, JZ 1958, S. 80 f.; im älteren Schrifttum schon bei *Robert v. Mohl*: Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, in: Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 1, S. 66–95; *ders.*, Stichwort „Gesetz“, in: Deutsches Staats-Wörterbuch, Bd. 4, S. 267–288.

¹⁴ Vgl. *Cranch*, a.a.O., Bd. 1, S. 137 ff.

¹⁵ Zur Bedeutung dieser Entscheidung und der späteren Kritik daran *Ernst Wolf*, a.a.O., S. 33 ff.

¹⁶ Vgl. *Cranch*, a.a.O., Bd. 1, S. 177, auch bei *Haak*, a.a.O., S. 103 f.; *Ernst Wolf*, a.a.O., S. 34.

Diese Beweisführung hat sich praktisch bis heute unverändert erhalten. Ihrer inneren Logik und Überzeugungskraft kann man sich nur schwer entziehen. Gleichwohl hat der Gesetzgeber selbst an der strengen Durchsetzbarkeit dieses Grundsatzes offenbar erhebliche Zweifel gehabt oder sie zumindest für unzuweckmäßig gehalten. In dem unmittelbar auf § 78 folgenden § 79 BVerfGG hat er nämlich den Fortbestand sämtlicher rechts- bzw. bestandskräftigen Hoheitsakte angeordnet, die auf dem für nichtig erklärten Gesetz beruhen. Nur bei Strafurteilen hat er die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens eingeräumt. Mit dem so unabweisbar erscheinenden Grundsatz der anfänglichen Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze läßt sich das nicht ohne weiteres in Einklang bringen. Was heißt „nichtig erklären“, wenn die Auswirkungen des Gesetzes bestehen bleiben? Die Theorie und die Bedürfnisse der Praxis laufen hier ganz offensichtlich auseinander.

Aus diesem Grunde soll hier die Frage nach der Berechtigung dieser Theorie in unserer Rechtsordnung und die allgemeinere nach Inhalt und Folgen der Normenkontrollentscheidungen des BVerfG neu gestellt werden. Der maßgebende Gesichtspunkt ist dabei nicht, ob diese Theorie in sich folgerichtig und einleuchtend ist, sondern ob und in welchem Umfang das mit dieser Theorie und der Normenkontrolle überhaupt erstrebte Ziel einer möglichst umfassenden und zugleich durchsetzbaren Verfassungssicherung erreicht werden kann¹⁷.

2. Gegenstand und Aufbau der Untersuchung

Die Frage nach Inhalt und Folgen der Normenkontrollentscheidungen des BVerfG soll in mehrfacher Hinsicht eingegrenzt werden. Gegenstand der Erörterung sind nur Entscheidungen, die ein Gesetz für verfassungswidrig erklären. Alle Probleme der verfassungskonformen Auslegung von Rechtssätzen¹⁸ werden daher nicht behandelt, ohne daß damit gesagt ist, daß nicht teilweise sehr enge sachliche Berührungspunkte bestehen¹⁹. Ferner beschäftigt sich diese Untersuchung nur mit Entscheidungen über die Verfassungswidrigkeit formeller nachkonstitutioneller Gesetze. Verfassungswidrige Landesgesetze bleiben außer Betracht. Zwar liegen die Probleme zum Teil sehr ähnlich, aber die grundlegenden Fragestellungen werden bei ver-

¹⁷ Dieser richtige Ansatzpunkt findet sich auch bei *Windisch*, a.a.O., S. 50 f.

¹⁸ Dazu neuerdings zwei Monographien: *Volker Haak*: Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Bonn 1963; ferner *Wolf-Dieter Eckhardt*: Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Ihre dogmatische Berechtigung und ihre Grenzen im deutschen Recht, Berlin 1964.

¹⁹ Vgl. dazu auch die Schlußbemerkung.

fassungswidrigen Gesetzen besonders deutlich. Sie stehen auch im Mittelpunkt der Spruchpraxis des BVerfG, auf der diese Untersuchung in erster Linie aufbaut.

Nach dem geltenden Recht kann das BVerfG die zuvor näher gekennzeichneten Entscheidungen im Rahmen von drei verschiedenen Verfahrensarten fällen:

1. bei der Entscheidung über einen Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages wegen Meinungsverschiedenheiten über die Vereinbarkeit eines Rechtssatzes²⁰ mit der Verfassung, Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG, § 13 Ziff. 6 und §§ 76 ff. BVerfGG;
3. bei der Entscheidung über den Antrag eines Gerichts, das ein für die Entscheidung eines Rechtsstreites erhebliches Gesetz²¹ für verfassungswidrig hält, Art. 100 Abs. 1 GG, § 13 Ziff. 11 und §§ 80 ff. BVerfGG;
3. bei der Entscheidung über eine Verfassungsbeschwerde gemäß §§ 90 ff. BVerfGG, und zwar in den beiden Fällen des § 95 Abs. 3 Satz 1 und 2.

Man ist gewohnt, diese verschiedenen Verfahren mit den unscharfen Begriffen „abstrakte“ und „konkrete Normenkontrolle“ zu bezeichnen. Es erscheint treffender, im Anschluß an Wolff²² anstatt von Normenkontrolle von Rechtssatzkontrolle zu sprechen und ferner die Beiwörter „abstrakt“ und „konkret“ wegzulassen. Sie verleiten nämlich nur zu dem Mißverständnis, als übe das BVerfG jeweils eine verschiedene Tätigkeit aus. Das ist aber nicht der Fall. Die zwischen den genannten Verfahrensarten bestehenden Unterschiede betreffen nur die Voraussetzungen und den Gegenstand der Kontrolle, verändern aber nicht den Charakter der Prüfungstätigkeit. In allen drei Verfahrensarten entscheidet das BVerfG mit denselben Wirkungen, losgelöst vom Anlaßfall, über die Verfassungsmäßigkeit eines Rechtssatzes. Die Kontrolle ist immer gleichartig, nicht einmal abstrakt und einmal konkret²³.

²⁰ Im Rahmen dieses Verfahrens kann das BVerfG nicht nur formelle Gesetze, sondern auch Rechtsverordnungen überprüfen, vgl. BVerfGE 1, 126.

²¹ Gilt nur für formelle nachkonstitutionelle Gesetze, vgl. BVerfGE 1, 189–201; ständige Rechtsprechung.

²² Vgl. Verwaltungsrecht I, § 24 II b 1 (S. 98).

²³ Das folgt m. E. eindeutig aus den Bestimmungen der §§ 31 Abs. 2, 81, 82 Abs. 1 und 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG. Wie hier auch Henke, Staat Bd. 3 (1964), S. 433 f. und Zacher in Nawiasky-Leusser, a.a.O., Anm. 3 zu Art. 92; a. A. Müller, DVBL 1962, S. 161, der nicht genügend beachtet, daß die unterschiedlichen Verfahrensvorschriften den Inhalt der jeweiligen Entscheidung unberührt lassen.

Die Untersuchung gliedert sich in drei Teile: Der erste Teil enthält im Anschluß an die bisherige Problemstellung eine Auseinandersetzung mit der Lehre von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. Sie erstreckt sich einmal auf die rechts- und die verfassungstheoretischen Grundlagen dieser Lehre, zum anderen auf deren Vereinbarkeit mit dem geltenden Verfassungsrecht, insbesondere mit den Bestimmungen über die Rechtssatzkontrolle im IX. Abschnitt des Grundgesetzes.

Diese Erörterung führt zu dem Ergebnis, daß der Grundsatz der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist. Daraus ergibt sich zwangsläufig die weitere Frage, ob es möglich ist, verfassungswidrige Gesetze im Sinne der bisherigen Problemstellung grundsätzlich als rückwirkend vernichtbar anzusehen. Die Frage läßt sich nicht ohne weiteres bejahen. Die Entscheidungen des BVerfG ergehen oft erst nach Jahren, und bis dahin hat das verfassungswidrige Gesetz zahlreiche, sehr verschiedenartige Wirkungen geäußert. Der Gesetzgeber hat in § 79 BVerfGG klar zum Ausdruck gebracht, daß man diese Wirkungen nicht alle rechtlich ungeschehen machen kann. Möglicherweise wird in gleicher Weise auch die Vernichtbarkeit der Gesetze selbst eingeschränkt.

Um die praktische Bedeutung dieser Frage in vollem Umfang zu erkennen, wird im zweiten Teil ein Überblick über Entscheidungen des BVerfG gegeben, die Aussagen über die Folgen der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen enthalten. Daran wird deutlich, ob und inwieweit im konkreten Fall eine rückwirkende Unwirksamkeit verwirklicht worden ist.

Im dritten Teil wird die Spruchpraxis des BVerfG ausgewertet und den Gründen für die Lücken und Ungereimtheiten in den Bestimmungen des BVerfGG und in den Entscheidungen nachgegangen. Abschließend wird versucht, neue Fragestellungen und Ansatzpunkte aufzuzeigen, nach denen sich Möglichkeiten und Grenzen der Vernichtung verfassungswidriger Gesetze beurteilen lassen.

Erster Teil

Kritik der Lehre von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze

1. Kapitel

Die rechtliche Aussage dieser Lehre und ihre rechts- und verfassungstheoretischen Grundlagen

1. Analyse des Satzes: Verfassungswidrige Gesetze sind ipso jure nichtig

Jede kritische Würdigung der Lehre von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze muß damit beginnen, zunächst die rechtliche Aussage des Satzes: „Verfassungswidrige Gesetze sind ipso jure nichtig“ näher zu untersuchen. Meist wird dieser Satz ohne jedes Problembewußtsein als allgemeingültig und selbstverständlich angesehen. Dadurch bleiben sein genauer Inhalt und die stillschweigend in ihm gemachten Voraussetzungen verborgen. Vor allem gilt das für die rechtliche Beziehung zwischen Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit.

a) Die innere Struktur dieses Satzes

Die Begriffe *Verfassungswidrigkeit* und *Nichtigkeit* werden häufig nicht scharf auseinandergehalten, sondern miteinander vertauscht. Das liegt wohl daran, daß sich nach allgemeiner Lehre die Nichtigkeit ipso jure oder ‚automatisch‘ aus der Verfassungswidrigkeit ergibt. Dadurch wird der unterschiedliche Inhalt beider Begriffe nicht bewußt. Vielmehr verleitet dieser Umstand dazu, entweder beide Begriffe für gleichbedeutend zu halten oder zumindest einen Kausalzusammenhang oder eine logische Verknüpfung zwischen beiden anzunehmen. Dieser Eindruck wird durch oberflächliche und mißverständliche Formulierungen in den Entscheidungen des BVerfG noch verstärkt. Regelmäßig heißt es in der Entscheidungsformel oder am Schluß der Entscheidungsgründe: „... verstößt das Gesetz gegen

Art. ... GG und ist daher (oder deshalb) nichtig.“¹ Der Ausspruch der Nichtigkeit erscheint so selbstverständlich, daß dafür keine Begründung gegeben und auch nicht auf § 78 Satz 1 BVerfGG als gesetzliche Grundlage Bezug genommen wird. Bisweilen wird auch nur von Verfassungswidrigkeit gesprochen, obwohl nach dem Sinnzusammenhang unzweifelhaft auch die Nichtigkeit ausgesprochen werden sollte². Ein entsprechender „Zusatz“ verstand sich offenbar von selbst, so daß man ihn weglassen konnte.

Ein besonders prägnantes Beispiel für die begrifflichen Unschärfen enthält die „Wahlkreisentscheidung“ des BVerfG vom 22. Mai 1963³. In drei aufeinanderfolgenden Absätzen finden sich widersprüchliche Feststellungen, die dadurch bedingt sind, daß zwischen Nichtigkeit und Verfassungswidrigkeit nicht klar unterschieden wird. So wird dort ausgeführt:

„... folgt aber nicht, daß die Wahlkreiseinteilung zu jenem Zeitpunkt schon verfassungswidrig gewesen war.“

Dann heißt es einige Sätze später:

„Die Wahlkreiseinteilung ist verfassungswidrig geworden, weil offenkundig ist, daß ...“

und schließlich:

„Die Verfassungswidrigkeit der Wahlkreiseinteilung war jedoch am 17. September 1961 noch nicht so eindeutig erkennbar, daß diese auch schon zu jenem Zeitpunkt als ungültig angesehen werden muß.“⁴

Gerade der letzte Satz macht deutlich, daß kein logischer oder ursächlicher Zusammenhang zwischen Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit besteht; und zwar aus dem einfachen Grunde, weil der Satz: „Verfassungswidrige Gesetze sind ipso jure nichtig“ ein *Rechtssatz* und kein *Syllogismus* ist. Er enthält dessen typische Merkmale, nämlich die Zuordnung einer Rechtsfolge, der Nichtigkeit, zu einem bestimmten Tatbestand, der Verfassungswidrigkeit. Eine Rechtsfolge ergibt sich aber nie mit *logischer* Notwendigkeit aus dem Tatbestand, sondern ist einem Tatbestand auf Grund der im Rechtssatz enthaltenen Geltungsanordnung zugeordnet. Der Tatbestand ist nur Bedin-

¹ Die Abfassung der Entscheidungsformeln ist uneinheitlich. Während vor allem früher, vereinzelt aber auch noch heute, nur gesagt wurde, die und die Bestimmung sei nichtig, heißt es jetzt regelmäßig in der Formel und nicht nur in den Gründen: ... mit Art. ... GG unvereinbar *und daher* (!) nichtig. Vgl. z. B. BVerfGE 3, 19; 8, 261; 9, 306; 10, 258; 11, 78; 11, 204; 12, 144; 12, 207; 13, 31; 14, 175; 14, 255; 15, 1; 15, 153; 17, 123.

² Vgl. z. B. BVerfGE 7, 320.

³ BVerfGE 16, 130—144.

⁴ BVerfGE 16, 141 f.; gerade den letzten Satz kritisiert *Frowein*, DöV 1963, S. 860. Er will das Merkmal der Evidenz in den Begriff der Verfassungswidrigkeit hineinnehmen; das ist aber begrifflich kaum möglich.

gung, nicht Ursache der Rechtsfolge⁵. Für den Rechtssatzcharakter ist es dabei unbeachtlich, ob die Rechtsfolge dem Tatbestand ipso jure oder kraft eines besonderen Rechtsaktes zugeordnet wird.

Aus der Struktur dieses Satzes als Rechtssatz ergibt sich die weitere Folge, daß es grundsätzlich möglich sein muß, dem Tatbestand der Verfassungswidrigkeit verschiedene Rechtsfolgen zuzuordnen. Die Zuordnung einer bestimmten Rechtsfolge ergibt sich nämlich immer erst aus der Abwägung der unterschiedlichsten rechtlichen Interessen und ist nicht durch logische Deduktionen vorausbestimmt.

b) Das Verhältnis von Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit

In unserer Rechtsordnung finden sich keine Anhaltspunkte dafür, daß generell der Verfassungswidrigkeit irgendeines Aktes die Rechtsfolge der Nichtigkeit⁶ zugeordnet ist. Eine solche Vorstellung bestimmt jedoch den Grundsatz von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze mit und wird auch durch den Nichtigkeitsbegriff im weitesten Sinne nahegelegt: Ganz allgemein besagt Nichtigkeit, daß einer tatsächlichen Handlung keine rechtliche Bedeutung zukommt. Der nichtige Akt ist rechtlich nicht vorhanden und kann zu keiner Zeit irgendwelche Rechtswirkungen hervorbringen. Jedermann kann sich zu jeder Zeit auf die Nichtigkeit berufen⁷. In diesem rechtslogischen Sinne wird die Nichtigkeit als der notwendige Gegenbegriff zur Rechtsgeltung und zur Rechtserheblichkeit verstanden⁸. Es liegt dann 'nahe, die Nichtigkeit als unabdingbare Folge eines jeden Verstoßes gegen zwingendes Recht anzusehen, da sonst eben die Verbindlichkeit des Rechts gefährdet erscheint.

Die Vorstellung von der Nichtigkeit als *notwendiger* Sanktion für jede Rechtswidrigkeit hat sich im Privatrecht herausgebildet, kann aber keine allgemeine Geltung beanspruchen⁹. Sogar im Zivilrecht gilt dieser Grundsatz nicht unbeschränkt¹⁰, hat aber doch in § 134 BGB

⁵ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 156.

⁶ Ausführlich zum rechtstheoretischen Problem der Nichtigkeit, *Winkler*: Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten, Eine rechtstheoretische Grundlegung, Tübingen 1960.

⁷ Vgl. *Imboden*, a.a.O., S. 5; *Winkler*, a.a.O., S. 8 f.; Hinweise zur Begriffsgeschichte bei *v. Hippel*, Untersuchungen, S. 10 ff.; *Kelsen*, Staatsgerichtsbarkeit, S. 44; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 51 III c (S. 300).

⁸ *Imboden*, a.a.O., S. 5 f.; *Winkler*, a.a.O., S. 15 ff.

⁹ *Imboden*, a.a.O., S. 8 f.

¹⁰ Man denke nur an die inhaltlich sehr verschiedenartigen Nichtigkeitsbegriffe im Zivilrecht, die mit dem allgemeinen rechtslogischen Begriff der Nichtigkeit nicht identisch sind, z. B. die „heilbare“ Nichtigkeit des § 313 Satz 2 BGB oder die „Nichtigkeit“ des § 23 EheG; vgl. dazu auch *v. Hippel*, Untersuchungen, S. 14 ff.

im Kern seinen Niederschlag gefunden. Er konnte sich im Zivilrecht um so leichter entwickeln, als die Gesetzwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen der grundsätzlichen Herrschaft des Parteiwillens eine seltene Ausnahme ist. Außerdem bereitet die prozessuale Durchsetzung der Nichtigkeitssanktion kaum Schwierigkeiten, da die Folgen überschaubar sind und das bis ins einzelne durchgebildete Zivilrecht die weitgehende Rückabwicklung der Rechtswirkungen tatsächlicher Handlungen, etwa nach dem Bereicherungsrecht, zuläßt¹¹.

Die Vorstellung von der Nichtigkeit als notwendiger Folge jeder Rechtswidrigkeit gilt jedoch nur sehr begrenzt im Verwaltungsrecht und noch weniger im Prozeßrecht. Die Bedürfnisse hoheitlicher Tätigkeit und das von dem Verhältnis Rechtssatz und Willenserklärung wesentlich verschiedene Verhältnis von Rechtssatz und Verwaltungsakt¹² erlauben es nicht, jeden rechtswidrigen Verwaltungsakt als von vornherein nichtig anzusehen. Die ihrem Wesen nach unabdingbaren Rechtssätze des öffentlichen Rechts sollen durch ihre Anwendung für die Allgemeinheit eine soziale Ordnung ermöglichen und gestalten. Dazu müssen die erlassenen Verwaltungsakte regelmäßig ohne Rücksicht auf ihre Rechtmäßigkeit — auch die Verfassungsmäßigkeit — vorläufig durchsetzbar sein und unanfechtbar werden können. Sonst würde ein Schwebezustand geschaffen, der die Rechtssicherheit und eine gezielte Verwaltungstätigkeit erheblich beeinträchtigen würde. Hoheitlicher Willkür ist dadurch eine Schranke gezogen, daß zumindest alle belastenden Maßnahmen unter dem Vorbehalt des Gesetzes stehen und ihrem Erlaß verfahrensmäßige Sicherungen vorgeschaltet sind, die eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte begründen und somit ihre Wirkungskraft rechtfertigen¹³. Was für das Verwaltungsrecht nur kurz angedeutet wurde, gilt in weit stärkerem Maße für das Prozeßrecht.

Im Gegensatz zum Zivilrecht bestimmt der öffentlich-rechtliche Rechtssatz in weitem Maße inhaltlich das hoheitliche Handeln (Gesetzmäßigkeitsgrundsatz) und zieht nicht nur äußere Schranken. Dadurch verliert der Gesetzesverstoß wegen der Fülle zu beachtender Vorschriften auch den Ausnahmecharakter und die Offenkundigkeit, die für den zivilrechtlichen Gesetzesverstoß typisch sind. Es ist daher heute ein feststehender Grundsatz des Verwaltungsrechts, daß Verwaltungsakte nur bei schwerer und offenkundiger Rechtswidrigkeit

¹¹ Zu diesen sehr wesentlichen Unterschieden vgl. auch *v. Hippel*, Untersuchungen, S. 19 f., und *Imboden*, a.a.O., S. 70 f.

¹² Vgl. *Forsthoff*, Lehrbuch, § 12 (S. 206); *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 50 I a (S. 288).

¹³ *Forsthoff*, Lehrbuch, § 12 (S. 206); dazu auch *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 50 I a (S. 288); *ders.*, MDR 1951, S. 523.

von Anfang an nichtig, sonst dagegen nur anfechtbar sind¹⁴. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist jedoch immer gegeben, auch bei einem nichtigen Verwaltungsakt.

Diese kurzen Hinweise auf das Zivil- und das Verwaltungsrecht machen zweierlei deutlich: Die Vorstellung von der Nichtigkeit als notwendiger Folge der Rechtswidrigkeit ist dem Privatrecht entlehnt und von dessen Besonderheiten her bestimmt. Sie kann keine Allgemeingültigkeit beanspruchen und vermag daher auch nicht die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze zu begründen¹⁵. Ferner gibt es keinen allgemeingültigen Nichtigkeitsbegriff, sofern man dabei an eine konkrete, durchsetzbare Rechtsfolge für einen bestimmten Tatbestand denkt und nicht an einen rechtstheoretischen oder rechtslogischen Gegenbegriff zur Rechtsgeltung und Rechtsverbindlichkeit. Die konkrete Ausprägung des Nichtigkeitsbegriffes im Verwaltungsrecht z. B. steht im Zusammenhang mit dem Begriff der Anfechtbarkeit. In den Folgerungen gleichen sich Nichtigkeit und Anfechtbarkeit; sie unterscheiden sich nur darin, daß bei der Nichtigkeit die Klagemöglichkeit an keine Frist gebunden ist. Der nichtige Verwaltungsakt ist aber ebenso wie der anfechtbare vorläufig vollstreckbar. Insoweit kann man also nicht zu jeder Zeit die Nichtigkeit geltend machen. Gerade durch diesen Umstand der vorläufigen Vollstreckbarkeit erhält der Begriff der Nichtigkeit einen ganz anderen Sinn als im Zivilrecht.

c) Sinn und Zweck von ipso jure eintretenden Rechtsfolgen

Für das Verständnis und die kritische Würdigung des Satzes: „Verfassungswidrige Gesetze sind ipso jure nichtig“ ist schließlich noch der Umstand wesentlich, daß die Rechtsfolge der Nichtigkeit ipso jure eintritt. Die Rechtsfolge Nichtigkeit ist einem bestimmten Tatbestand von Anfang an zugeordnet, ohne daß es eines zusätzlichen Aktes bedarf, um diese Rechtsfolge auszusprechen. Es ist gerade ein Merkmal der herkömmlichen Vorstellung von der allgemeinen Nichtigkeitsanktion, daß sie ipso jure eintritt¹⁶, denn nur eine bereits eingetretene Rechtsfolge kann jedermann zu jeder Zeit geltend machen.

Man muß sich jedoch immer bewußt bleiben, daß derartige von selbst eintretende Rechtsfolgen *Fiktionen* sind. Es gibt in einer Rechtsordnung keine Rechtssätze, die sich von selbst anwenden. Ein Sach-

¹⁴ Das ist heute allgemein in Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Umstritten sind lediglich die Maßstäbe, nach denen Schwere und Offenkundigkeit des Fehlers zu bestimmen sind, vgl. dazu *Wolff*, MDR 1951, S. 523 ff., und *ders.*, Verwaltungsrecht I, § 51 III (S. 297 ff.); auch *Winkler*, a.a.O., S. 30 ff.

¹⁵ So zutreffend auch *Windisch*, a.a.O., S. 57 ff.

¹⁶ *Kelsen*, Staatsgerichtsbarkeit, S. 44.

verhalt bewirkt niemals aus sich selbst heraus eine Rechtsfolge, denn keine normative Ordnung macht sich selbst geltend. Sie bedarf zu ihrer Verwirklichung stets des sie anwendenden oder beobachtenden Menschen. Es geht ja nicht darum, durch Rechtssätze den normativen Bereich zu ordnen, sondern die Wirklichkeit¹⁷. Fiktionen werden in Rechtssätzen sehr oft verwendet und haben dort eine durchaus sinnvolle Aufgabe. Sie sind eine stark abgekürzte und vereinfachte Form, um regelmäßig die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit anderer Rechtssätze oder ganzer Normenkomplexe auszusprechen. Wenn etwa ein Verwaltungsakt wegen eines bestimmten Fehlers als ipso jure nichtig fingiert wird, so besagt das, daß z. B. die Rechtsfolge anfänglicher Unwirksamkeit durch keine Ausschlußfristen mehr berührt werden kann, weil sie als von selbst eingetreten angesehen wird. Durch die Fiktion erspart man sich, das besonders auszusprechen. Regelmäßig ist die Fiktion nicht mehr als ein derartiger rechtstechnischer Kunstgriff¹⁸. Man sollte daher auch die Fiktion der ipso jure eintretenden Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze nur aufrechterhalten, wenn sie einem solchen Zweck dient. Anderenfalls sollte man darauf verzichten, denn allzuleicht werden Fiktionen als solche nicht erkannt; sie verdecken dann die wirklichen Probleme und verleiten zu Scheinlösungen¹⁹.

Die Analyse des Satzes: „Verfassungswidrige Gesetze sind ipso jure nichtig“ hat deutlich gemacht, daß dieser Grundsatz weder inhaltlich eindeutig noch aus sich selbst heraus erklärbar ist. Die Gründe dafür seien noch einmal kurz zusammengefaßt: Der Satz ist kein Syllogismus, sondern ein Rechtssatz mit dem Tatbestandsmerkmal Verfassungswidrigkeit und der Rechtsfolge Nichtigkeit. Die Rechtsfolge Nichtigkeit ist inhaltlich nicht eindeutig bestimmt und nicht denknotwendig jeder Rechtswidrigkeit zugeordnet. Die Vorstellung von ipso jure eintretenden Rechtsfolgen ist eine Fiktion, als dogmatische Aussage ist sie m. E. unzutreffend.

Es gilt daher, nach weiteren Rechtfertigungsgründen für den Grundsatz der Ipso-jure-Nichtigkeit zu suchen. Sie können nur in der besonderen rechtlichen Bewertung liegen, die die h. L. aus allgemeinen rechtstheoretischen oder aus verfassungsrechtlichen Erwägungen gerade der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes im Gegensatz zu anderen verfassungswidrigen Staatsakten beimißt. Sie sind somit ungeschriebene Voraussetzungen dieses Grundsatzes.

¹⁷ Zu diesem für die gesamte Untersuchung grundlegenden Ausgangspunkt, der insbesondere alle normativistischen Abstraktionen zu vermeiden sucht, vor allem Heller, Souveränität, S. 39 f. und 50 f.; auch Schmitt, Legalität, S. 307 f.; ders., Hüter, S. 38 ff.

¹⁸ Dazu auch Esser, a.a.O., S. 37 ff.; ferner Larenz, Methodenlehre, S. 166 ff.

¹⁹ Vgl. Esser, a.a.O., S. 81 ff. und 199; Larenz, Methodenlehre, S. 168.

2. Der verfassungstheoretische Ausgangspunkt und die Zielsetzung dieser Lehre

a) Der theoretische Ausgangspunkt:

Die Rangordnung der Rechtsquellen als Mittel der Verfassungssicherung

Der Satz von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze ist in der Lehre von der Rangordnung der Rechtsquellen verwurzelt und aus ihr abgeleitet²⁰. Hier liegen der Schlüssel zu seinem Verständnis und der Ansatzpunkt für eine Kritik. Vor allem seine scheinbare Selbstverständlichkeit und logische Evidenz haben hier ihren Ursprung.

Sobald in einer Rechtsordnung mehrere rechtsetzende Organe und damit auch verschiedenartige Rechtsquellen bestehen, muß zwangsläufig auch das Verhältnis dieser Rechtsquellen untereinander, insbesondere der Fall der Kollision, geklärt werden. Zur Lösung solcher Konflikte bedient man sich allgemein der Theorie von der Rang- oder Stufenordnung der Rechtsquellen. Diese wurde aus der naheliegenden Vorstellung entwickelt, daß wegen des Grundsatzes der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung auf eine Frage auch immer nur eine Antwort gegeben werden kann²¹. Im Falle der Kollision ist dann, so wird unmittelbar daraus gefolgert, jeweils nur die vorrangige Norm wirksam²². Unter den zahlreichen möglichen Kollisionen, z. B. Bundesrecht — Landesrecht, staatliches Recht — autonomes Recht, Gesetzesrecht — Verordnungsrecht, will die Theorie von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze den Konflikt Verfassung — Gesetz lösen. Da die Verfassung gegenüber dem Gesetz grundsätzlich als höherrangig angesehen wird, sind verfassungswidrige Gesetze von Anfang an ungültig. Der Satz: „Verfassungswidrige Gesetze sind ipso jure nichtig“ ist somit nur eine Konkretisierung des Rangordnungssatzes: „Lex superior derogat legi inferiori.“²³

Einfachheit und Überzeugungskraft dieses Gedankenganges lassen sich gut an folgendem Beispiel eines verfassungswidrigen Gesetzes verdeutlichen: Nimmt man etwa an, § 211 Abs. 1 StGB hätte folgenden Wortlaut: „Der (Taxi-)Mörder wird mit dem Tode bestraft“, so verstieße diese Bestimmung eindeutig gegen Art. 102 GG: „Die Todesstrafe ist abgeschafft.“ Ein solcher Konflikt läßt sich scheinbar nur über die anfängliche Unwirksamkeit des § 211 Abs. 1 StGB lösen, wenn die Verfassung (das Grundgesetz) eine unmittelbar geltende Rechtsquelle sein

²⁰ Eine ausführliche Darstellung dieser Lehre bei Hensel, HdbDStR § 84 (S. 313—329); Wolff, Verwaltungsrecht I, § 26 I (S. 114 ff.).

²¹ Vgl. Hensel, a.a.O., S. 313; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 26 I a (S. 114).

²² Wolff, Verwaltungsrecht I, § 26 III (S. 115).

²³ Vgl. die in der Einleitung, Anm. 13 erwähnten Vertreter dieser Ansicht.

soll. Auch die ‚automatische‘ anfängliche Unwirksamkeit als Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes erscheint hier so nahelegend und unproblematisch, daß von daher die allgemein übliche rechtslogische Begründung der Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit ohne weiteres verständlich wird.

Derartige Beweisführungen verdecken aber in ihrer formallogischen Struktur das eigentliche Problem, da sie an einem Konfliktfall orientiert sind, der in dieser Eindeutigkeit nie auftreten wird. Solch offenkundige Verfassungsverstöße müssen hier von vornherein außer Betracht bleiben, da sie, solange das Gesetzgebungsverfahren überhaupt noch funktioniert, durch dessen verfahrensmäßige Sicherungen ausgeschaltet sind. Allerdings wird im Schrifttum, soweit man die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit in ihrer Allgemeingültigkeit überhaupt in Frage stellt, immer wieder versucht, in Anlehnung an das Verwaltungsrecht nach Schwere und Offenkundigkeit des Verfassungsverstößes zu unterscheiden und derartige verfassungswidrige Gesetze auf jeden Fall als ipso jure nichtig anzusehen. Nach welchen genaueren Kriterien jedoch diese Unterscheidung erfolgen soll, bleibt meist offen²⁴.

Theoretisch sind vielleicht ganz schwere Formverstöße, wie fehlende Ausfertigung durch den Bundespräsidenten oder mangelnde Zustimmung des Bundesrates, als sogenannte Nichtigkeitsgründe denkbar. Es hat aber m. E. keinen praktischen Wert, derart konstruierte Fälle in die Überlegungen mit einzubeziehen, das lenkt nur von den zentralen Fragen ab. Abgesehen davon müßte dann von den Vertretern dieser Meinung einmal klargestellt werden, in welcher Hinsicht sich die Nichtigkeitssanktion von der Sanktion der rückwirkenden Vernichtung unterscheiden soll²⁵. Zur Überwindung einer Frist wie im Verwaltungsrecht besteht z. B. keine Veranlassung, denn das Rechtssatzkontrollverfahren selbst ist an keine Frist gebunden, anders mitunter die zugrunde liegenden Anlaß-Verfahren. Entscheidend gegen jede derartige Unterscheidung spricht aber der konkrete Vorgang der Entstehung eines Gesetzes. Und da ist es ein Unding, ein Gesetz, das von einem oder mehreren Referenten vorbereitet, von der Mehrzahl der Mitglieder des Bundestages (und eventuell des Bundesrates) nach mehrfacher Beratung beschlossen und vom Bundespräsidenten geprüft und ausgefertigt worden ist, noch als *offenkundig* verfassungswidrig zu bezeichnen. So ver-

²⁴ Vgl. Götz, NJW 1960, S. 1179; Kipp, a.a.O., S. 98 ff.; Rupp, JuS 1963, S. 469; gegen derartige Unterscheidungen aus praktischen Erwägungen auch Arndt, BB 1960, S. 993.

²⁵ Insoweit ist der von Bachof, AöR Bd. 87 (1962), S. 32, erhobene Vorwurf „unfruchtbarer Begriffsjurisprudenz“ sicherlich nicht ganz unberechtigt, obwohl er sich an späterer Stelle selbst diesem Vorwurf aussetzt, vgl. dazu unten S. 62 f.

messen wird das BVerfG niemals sein, denn ein solcher Vorwurf stellt die gesamte Grundorganisation unseres Staates in Frage²⁶. Damit wird allen am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten bescheinigt, daß sie nicht in der Lage bzw. gewillt sind, offenkundige Verfassungsverstöße aus den Gesetzesentwürfen auszumerzen. Insoweit verbietet sich jede vorilige Parallele zum Verwaltungsrecht. Der Erlaß eines Verwaltungsaktes durch einen Beamten kann nicht mit dem Erlaß eines Gesetzes auf eine Stufe gestellt werden.

Will man den Konflikt Verfassung — Gesetz in seiner Wirklichkeit und nicht nur in begrifflicher Abstraktion und daran orientierten Beispielen sichtbar machen, so braucht man in dem zuvor genannten Beispiel den Art. 102 GG nur durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 oder durch Art. 1 Abs. 1 GG zu ersetzen. Der ohne weiteres denkbare Konfliktfall zwischen Todesstrafe und Recht auf Leben oder zwischen Todesstrafe und Menschenwürde zeigt deutlich, daß das zentrale Problem jeweils in der Feststellung liegt, ob überhaupt ein Widerspruch zwischen Verfassung und Gesetz vorliegt. In diesem Fall ließen sich beide Meinungen vertreten, und es ist mehr eine Frage der Weltanschauung als juristischer Hermeneutik, ob man einen Verstoß annimmt oder nicht²⁷.

Für das Verfassungsrecht — vor allem für den Grundrechtsteil einer Verfassung — ist es gerade typisch, daß seine Bestimmungen nicht mehr inhaltlich eindeutig und leicht subsumierbar sind. Dadurch erhalten Rechtssatzkontrollentscheidungen — zumal wenn sie losgelöst von einem Einzelfall ergehen — ein viel größeres Maß an reiner, nicht mehr aus dem Inhalt des Rechtssatzes ableitbarer Entscheidung, als es der sonstigen richterlichen Tätigkeit zukommt. Je größer aber das dezisionistische Element bei der Feststellung des Tatbestandes eines Rechtssatzes wird, desto stärker wirkt sich das bei der Bestimmung der möglichen Rechtsfolgen aus. Der Inhalt einer Rechtsfolge ist nie völlig unabhängig von Art und Form der Tatbestandsfeststellung. Dieses äußerst schwierige Problem kann hier nur angedeutet werden; die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit klammert es von vornherein aus, wenn sie einfach die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes voraussetzt, ohne zu fragen, wie es zu dieser Feststellung kommt.

Noch aus einem anderen Grunde wird die Rangordnungslehre den Besonderheiten des Konfliktes Verfassung — Gesetz nicht gerecht. Sie ist nämlich von einem Konflikt her konzipiert, der durch *inhaltlich* abweichende Regelungen verschiedenrangiger Rechtsquellen hervorgerufen wird. Insoweit mag der Grundsatz von der Einheit und Widerspruchs-

²⁶ Darauf hat besonders Schmitt, Reichsgericht, S. 106 f., hingewiesen.

²⁷ Zu dem sachlichen Problem vgl. Dürig in Maunz-Dürig, RdNr. 13 und 14 zu Art. 2 Abs. 2 GG.

freiheit der Rechtsordnung vielleicht den Schluß von der Verfassungswidrigkeit auf die Nichtigkeit nahelegen. Derartige inhaltliche Kollisionen mit der Verfassung machen zwar den Hauptanteil verfassungswidriger Gesetze aus, es gibt aber auch andere Gründe für eine Verfassungswidrigkeit²⁸. Beruht z. B. die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auf der Verletzung von Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren oder von Zuständigkeitsbestimmungen, so verliert der Schluß von der Verfassungswidrigkeit auf die Nichtigkeit seine Evidenz. In solchen Fällen stehen sich nicht inhaltlich widersprechende Aussagen gegenüber, von denen nur eine Geltung beanspruchen kann, vielmehr sind Form- und Verfahrensverstöße in der Regel heilbar. Die Nichtigkeit ließe sich dann nicht aus Gründen der Rangordnung rechtfertigen, sondern nur mit dem allgemeinen Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Aktes. Ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß jede Rechtswidrigkeit die Nichtigkeit nach sich zieht, besteht aber nicht²⁹. Diese wenigen Hinweise zeigen, daß die Rangordnungslehre und ebenso die daraus abgeleitete Theorie von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze die konkreten Erscheinungsformen des Konfliktes Verfassung — Gesetz nicht voll erfassen. Damit werden aber zugleich auch grundsätzliche Bedenken gegen die Rangordnungslehre selbst hervorgerufen³⁰.

Die Vorstellung von einer Rangordnung der Rechtssätze ist heute weit verbreitet, und es erstaunt daher nicht, wenn man damit auch den Konflikt Verfassung — Gesetz lösen will. Die Rangordnungslehre ist noch nicht alt; sie verbreitete sich hauptsächlich nach dem ersten Weltkrieg, vor allem unter dem Einfluß der von *Merkel* und *Kelsen* entwickelten Theorie vom „Stufenbau der Rechtsordnung“³¹. Diese Theorie besagt, daß sich alle von den verschiedenen Organen gesetzten Normen in einer Stufenpyramide zusammenfassen lassen. Die jeweils höheren Normen enthalten inhaltlich, wenn auch in allgemeiner Form, schon die niederen Normen, die aus ihnen ableitbar sind. Das Rangverhältnis ist notwendig inhaltlich bestimmt, und selbstverständlich haben nur die Normen Geltung, die jeweils allen übergeordneten Normen entsprechen.

Diese Theorie ist zunächst nicht mehr als ein rechtstheoretisches Denkmodell, mit dessen Hilfe das Verhältnis verschiedener Rechtssätze

²⁸ Vgl. dazu auch *Schmitt*, Hüter, S. 39/40 (Fußnote).

²⁹ Vgl. dazu oben Abschn. 1 b.

³⁰ Dazu neuerdings *Henke*, Staat Bd. 3 (1964), S. 436 ff.; früher bereits *Heller*, Souveränität, S. 88 ff.; *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 7—11; *ders.*, Hüter, S. 39/40 (Fußnote).

³¹ Vgl. *Merkel*, AöR Bd. 37 (1918), S. 56 ff.; *Kelsen*, Hauptprobleme, S. XV f.; *ders.*, Rechtslehre, S. 228 ff.

zueinander bestimmt werden soll, die in einem Bereich des „Rechts an sich“ verselbständigt gedacht werden³². Man macht aber einen vom positiven Recht her nicht mehr begründbaren Gedankensprung, wenn man von diesem Bereich des „Rechts an sich“ aus den konkreten Konflikt Verfassung — Gesetz rechtlich erfassen und lösen will. Auf Grund des positiven Verfassungsrechts läßt sich das Verhältnis Verfassung — Gesetz zunächst nur als ein formales Rangverhältnis konkurrierender rechtsetzender Organe begreifen³³. Es besteht hier lediglich ein Kompetenzverhältnis und insoweit der Vorrang einer bestimmten Form staatlicher Willensäußerung. Allein daraus erwächst aber noch kein inhaltlich bestimmtes Rangverhältnis von Rechtssätzen.

Bezeichnenderweise fand die Auffassung von einem *inhaltlich* bestimmten Rangverhältnis zwischen Verfassung und Gesetz in Deutschland erst mit dem Inkrafttreten der Weimarer Verfassung weitere Verbreitung. Zuvor hatte kaum Grund zu einer solchen Annahme³⁴ bestanden, denn die Verfassungen enthielten in der Hauptsache Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmungen über die Grundorganisation des Staates. Und auch dort, wo ein Grundrechtskatalog zur Verfassung gehörte, diente dieser in erster Linie dem Schutz des Einzelnen vor der Exekutive und deren Verordnungsgewalt, nicht aber dem Schutz vor dem Gesetzgeber. Die Weimarer Verfassung hatte dagegen eine Fülle von materiellen Gehalten in sich aufgenommen, wie sie bisher ohne Beispiel war³⁵. Nunmehr meinte man, die Verfassung als eine allumfassende rechtliche Grundordnung im Sinne des rechtstheoretischen Schemas von *Kelsen* ansehen zu können. Unter der Geltung des Grundgesetzes ist diese Vorstellung noch stärker in den Vordergrund getreten, versteht man doch ganz überwiegend das Grundgesetz als eine oberste Wertordnung, die die allgemeinen Maßstäbe für alles staatliche Handeln schon in sich enthält³⁶. Für diese Auffassung lassen sich vielleicht die verschiedensten Gründe anführen. Diese haben aber alle letztlich ihren Ursprung in bestimmten philosophischen und weltanschaulichen Vorstellungen, die man in einigen Verfassungsartikeln verwirklicht sieht.

³² Vgl. ferner die kritischen Bemerkungen zu dieser Theorie bei *Hauriou*, a.a.O., S. 106 f. und bei *Heller*, Souveränität, S. 107.

³³ Vgl. *Henke*, Staat Bd. 3 (1964), S. 443; früher bereits *Schmitt*, Hüter, S. 40 (Fußnote unten); *ders.*, Legalität, S. 307 f.

³⁴ Vgl. *Meyer-Anschütz*, a.a.O., § 8 (S. 29 ff.) und § 173 (S. 744 f.) mit weiteren Nachweisen.

³⁵ Ausführlich dazu *Schmitt*, HdBStR § 110 (S. 572—606).

³⁶ Diese Auffassung kehrt auch in der Spruchpraxis des BVerfG immer wieder; sie findet sich bereits in dem ersten Urteil des Gerichts, dem sog. Südweststaaturteil vom 23. Okt. 1951, BVerfGE 1, 14—66; vgl. auch *Stein*, NJW 1964, S. 1745 ff.

Unmittelbar aus dem GG läßt sich dagegen nur ein formales Rangverhältnis rechtsetzender Organe begründen.

Mit der Kennzeichnung der Verfassung als rechtliche Grundordnung verschiebt man leicht die gesamte Problematik verfassungswidriger Gesetze in den Bereich der Rechtstheorie, indem man den Konflikt Verfassung — Gesetz jetzt nur mehr als ein Problem kollidierender Rechtssätze ansieht, das dann auch nur im Bereich des „Rechts an sich“ gelöst zu werden braucht. In dieser Verengung und Isolierung liegen die zuvor genannten Unzulänglichkeiten, insbesondere auch der mangelnde Wirklichkeitsbezug, der Theorie von der Ipso-jure-Nichtigkeit begründet. *Kelsen* selbst hatte noch klarer als mancher seiner Nachfolger gesehen, daß sich der Konflikt Verfassung — Gesetz nicht in dem rechtstheoretischen Problem der Kollision von Rechtssätzen erschöpft, sondern daß es in erster Linie um den bestmöglichen Schutz der Verfassung vor dem Zugriff des Gesetzgebers geht. Fiktionen können diesen Schutz nicht bewirken. Das zeigen die in der von ihm konzipierten österreichischen Verfassung³⁷ enthaltenen Bestimmungen zur Garantie der Verfassung durch einen Gerichtshof. Diese Regelungen³⁸ lassen von vornherein überhaupt nicht den Gedanken an eine Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze aufkommen.

b) Das konkrete verfassungspolitische Ziel:

Schutz der Verfassung vor dem Zugriff des Gesetzgebers

Die so stark im Vordergrund stehenden Rangordnungsprobleme haben dazu geführt, daß man die verfassungspolitische Zielsetzung der gesamten Rechtssatzkontrolle und damit auch der Lehre von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze aus den Augen verloren hat. Wie zuvor unter a) schon angedeutet, geht es nicht um die Erhaltung eines widerspruchsfreien Bereichs des „Rechts an sich“, sondern um den Schutz der Verfassung vor dem Zugriff des Gesetzgebers, oder, allgemeiner gesagt, um die beste Form der Verfassungsgarantie³⁹. Nur an diesen Maßstäben kann die Brauchbarkeit der Theorie von der Ipso-jure-Nichtigkeit gemessen werden.

³⁷ Vgl. *Kelsen*, Staatsrecht, S. 160 f.

³⁸ Vgl. Art. 140 Abs. 3; dessen Wortlaut siehe unten S. 39.

³⁹ Schärfere als heute wurde dieses Problem bereits bei den ersten Diskussionen über die Zulassung eines richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen gesehen. Die sehr unterschiedliche Problemsicht wird besonders deutlich in der interessanten Auseinandersetzung zwischen *Robert v. Mohl*: Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, in: Staatsrecht und Völkerrecht, S. 66—95, Tübingen 1860, und *ders.*, Stichwort „Gesetz“ in: Deutsches Staatswörterbuch, S. 267—288, insbes. S. 275, Stuttgart u. Leipzig 1859, und *Joh. Caspar Bluntschli*: Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl. Stuttgart 1876, Bd. 2, S. 137 f. und S. 138 Fußn. 7, *ders.* in Form einer redaktionellen Anmerkung zum Stichwort „Gesetz“ von *Robert v. Mohl*, a.a.O., S. 276.

a) Die ursprüngliche Sicherung der Verfassung durch den Gesetzgeber

Die Kennzeichnung der Verfassungsgarantie als Schutz der Verfassung vor dem Zugriff des Gesetzgebers nimmt ganz bewußt auf die konkrete Verfassungslage der Gegenwart Bezug. Im 19. Jahrhundert würde man in Deutschland Verfassungsgarantie niemals in diesem Sinne verstanden haben, denn von dem parlamentarischen Gesetzgeber drohte der Verfassung keine Gefahr. Die Probleme verfassungswidriger Gesetze wurden darum auch nur ganz beiläufig und meist mit Blick auf die Vereinigten Staaten von Amerika erörtert⁴⁰. Die Verfassung schien gerade durch den parlamentarischen Gesetzgeber am besten gesichert. Kennzeichnend für den damaligen Zustand ist die Begründung, mit der *Bluntschli* ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen ablehnte: „Der gesetzgebende Körper aber trägt in seiner Bildung die wichtigsten Garantien, daß er seine Befugnisse nicht in verfassungswidrigem Geiste ausübe.“⁴¹

Eine Verletzung der Verfassung durch den Gesetzgeber war im parlamentarischen Gesetzgebungsstaat des 19. Jahrhunderts am wenigsten zu befürchten, weil das Gesetz, dadurch daß es in öffentlicher Diskussion zustande kam, alle denkbare Gewähr der Gerechtigkeit und Vernünftigkeit in sich trug. Die Autorität des im Parlament repräsentierten Staatsvolkes war so groß, daß man ihm am wenigsten eine Verletzung der Verfassung zutraute⁴². Viel eher konnte in der damaligen Lage die monarchische Exekutive die Verfassung gefährden. Die Verfassungen waren daher auch in erster Linie darauf bedacht, die Machtverteilung im Staate zu regeln und organisatorische Bestimmungen für das Gesetzgebungsverfahren aufzustellen. Die in den Landesverfassungen aufgeführten Freiheitsrechte erschienen durch den allgemeinen Gesetzesvorbehalt ausreichend gesichert. Und dieser war auch justizförmig durch das allgemein anerkannte richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen geschützt.

Es erschien dagegen nicht notwendig, dem Gesetzgeber Schranken für den möglichen Inhalt der Gesetze zu ziehen. Insoweit bot das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren Sicherheit genug. Die Einhaltung verfahrensrechtlicher Bestimmungen ließ sich leicht, z. B. vor der Ausfertigung und Verkündung der Gesetze, kontrollieren. Anders war dagegen das Verhältnis Gesetz — Verordnung. Das Verordnungsrecht des Monarchen wurde durch den Gesetzesvorbehalt (Freiheits- und Eigentumsklausel) inhaltlich begrenzt. Die Möglichkeit von Kollisionen wurde dadurch viel größer. Ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber

⁴⁰ Vgl. vor allem *Bluntschli* und *v. Mohl*, a.a.O.

⁴¹ *Bluntschli*, Staatsrecht, S. 138; dazu auch *Schmitt*, Hüter, S. 76 ff.

⁴² Vgl. *Schmitt*, Reichsgericht, S. 67, *ders.*, Parlamentarismus, S. 61.

Verordnungen bedeutete nur eine weitere Beschränkung der Macht der Exekutive, tastete dagegen die Autorität des parlamentarischen Gesetzgebers nicht an, sondern stärkte sie nur noch. Ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen wurde darum auch allgemein anerkannt, während es gegenüber Gesetzen abgelehnt wurde⁴³.

Der heutigen vornehmlich an Rangordnungsproblemen orientierten Betrachtungsweise wird der Unterschied im Verhältnis Verfassung — Gesetz und Gesetz — Verordnung kaum mehr bewußt. Danach sind gesetzwidrige Verordnungen ebenso ipso jure nichtig wie verfassungswidrige Gesetze. Zu einer anderen Auskunft als: „Lex superior derogat legi inferiori“ ist man nicht imstande.

β) Das neuerliche Bedürfnis nach Schutz der Verfassung vor dem Gesetzgeber

Der Glaube, daß der Bestand der Verfassung durch den Gesetzgeber selbst am besten gesichert sei, ging nach dem ersten Weltkrieg weitgehend verloren und hat einem verbreiteten Mißtrauen gegenüber dem Gesetzgeber, wie überhaupt auch gegenüber dem Parlamentarismus, Platz gemacht. Das ist ein viel beschriebenes Phänomen, auf das hier nicht weiter eingegangen zu werden braucht⁴⁴. Die Folge war, daß man nunmehr meinte, den Lebensbereich des Einzelnen vor der ‚Willkür wechselnder Parlamentsmehrheiten‘ schützen zu müssen⁴⁵. Man nahm deshalb in die Weimarer Verfassung einen umfangreichen Katalog von Grundrechten und allgemeinen Programmsätzen auf, „hinter deren im Wege des Kompromisses aufgetürmten Wällen die verschiedenen Parteien ihre wichtigsten religiösen, wirtschaftlichen und geistigen Güter geborgen“⁴⁶ hatten. Was hier von der Weimarer Verfassung gesagt ist, läßt sich im Kern auch für das Grundgesetz sagen.

Zwangsläufig muß eine Verfassung, die derart inhaltlich angereichert und vom Mißtrauen gegenüber dem Gesetzgeber konzipiert ist, irgendwelche Formen herausbilden, um Übergriffe des Gesetzgebers abwehren zu können⁴⁷. Mit der Anerkennung eines allgemeinen akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen in der berühmten Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. November 1925⁴⁸ war dieses

⁴³ Sehr deutlich wird dieser Unterschied bei Georg Jellinek, a.a.O., S. 396 ff. dargestellt; vgl. auch Meyer-Anschütz, a.a.O., § 173 (S. 745).

⁴⁴ Vgl. etwa Thoma auf der 1. Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer, AöR Bd. 43 (1922), S. 267 ff.; Schmitt, Reichsgericht, S. 67 ff.; ferner auch Scupin, a.a.O., insbes. S. 325 ff.

⁴⁵ Diese neue Lage wird treffend gekennzeichnet von Thoma, AöR Bd. 43 (1922), S. 274 ff.

⁴⁶ Vgl. Thoma, AöR Bd. 43 (1922), S. 274.

⁴⁷ Vgl. Schmitt, Legalität, S. 307.

⁴⁸ RGZ Bd. 111, S. 322 ff.

Ziel im Grundsatz erreicht. Das verfassungswidrige Gesetz wurde damit erstmals in Deutschland zu einem aktuellen staatsrechtlichen Problem. Die Fülle der wissenschaftlichen Literatur zum richterlichen Prüfungsrecht aus dieser Zeit beweist das nur zu deutlich⁴⁹. Im Grundgesetz ist die Verfassungsgarantie, vor allem auch gegenüber dem Gesetzgeber, dann weiter ausgebaut worden und hat in der Bildung eines mit zahlreichen Kompetenzen ausgestatteten Bundesverfassungsgerichts einen vorläufigen Abschluß gefunden.

An dieser geschichtlichen Entwicklung wird offenbar, daß es keinen Sinn hat, ohne Rücksicht auf die konkrete Verfassungslage nach einer ‚absoluten‘ Form der Verfassungsgarantie zu suchen⁵⁰. Die zentrale Frage, wer die Verfassung in welcher Hinsicht gefährdet, bliebe dann ausgeklammert, und es würde nicht mehr nach dem in der jeweiligen verfassungspolitischen Lage geeignetsten Mittel der Verfassungssicherung gesucht. Diese verfassungspolitische und verfassungsorganisatorische Fragestellung muß im Mittelpunkt der Würdigung aller Versuche zur Lösung des Konfliktes Verfassung — Gesetz stehen⁵¹.

Bereits bei der Analyse des Satzes von der Ipso-jure-Nichtigkeit ergab sich, daß diese Theorie verfassungspolitische und verfassungsorganisatorische Fragen ausklammert. Auf diese Weise läßt sich das Problem dann sehr leicht abstrakt-begrifflich lösen, und formal erreicht die Theorie von der Ipso-jure-Nichtigkeit eine ‚vollkommene‘ Verfassungsgarantie. Die Verfassung ist nämlich unantastbar, da verfassungswidrige Gesetze danach überhaupt nicht bzw. nur für eine ‚juristische Sekunde‘ gelten. Das BVerfG ist dann doch eigentlich überflüssig.

⁴⁹ Vgl. die umfangreichen Literaturhinweise bei v. Hippel, Prüfungsrecht, S. 554 f. (Anm. 32 u. 33) und bei Merk, a.a.O., § 34. Außerdem legte die Reichsregierung einen Gesetzentwurf zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze durch den Staatsgerichtshof vor. Dieser Gesetzentwurf wurde zwar nicht beschlossen, übte aber als Diskussionsgrundlage einen starken Einfluß aus (RT-Drucksache Nr. 2855, 3. Wahlperiode 1924, Bd. 412). Zu dem Entwurf ausführlich Grau, AöR Bd. 50 (1926), S. 287—334. Bezeichnend ist ferner, daß sich der 34. Deutsche Juristentag (Verhandlungen, Bd. 2, S. 193 bis 288) und die Staatsrechtslehrertagung eingehend mit Problemen der Verfassungsgerichtsbarkeit befaßten (VVdstRL, Heft 5, 1928).

⁵⁰ Vgl. Schmitt, Reichsgericht, S. 66.

⁵¹ Thoma hat dieses Problem schon in der Weimarer Zeit sehr kurz und treffend gekennzeichnet: „... pflegt verkannt oder nicht genügend begriffen zu werden, daß es sich hier nicht um ein Problem der Rechtslogik oder der Rechtsphilosophie, sondern ganz ausschließlich um ein Problem der Verfassungspolitik und des Verfassungsrechts handelt. Das verfassungspolitische Problem geht insoweit, als es sich um die Gerichte oder ein Gericht (z. B. den Staatsgerichtshof) handelt, dahin: Soll über den Gesetzgeber ein Areopag gestellt werden, der die Gesetze auf ihren Inhalt prüft? Und der dann freilich die Frage übrig läßt: Wer prüft die Lauterkeit und Richtigkeit seiner Entscheidungen? Quis custodiet ipsos custodes?“ (vgl. Thoma, Funktionen, S. 143).

Nun kann man diese Lehre nicht allein dadurch kritisieren, daß man ihren fiktiven Charakter sehr stark betont. Fiktionen sind, wie bereits ausgeführt wurde⁵², grundsätzlich erlaubte rechtstechnische Kunstgriffe. Daher würden gegen diese Lehre keine durchgreifenden Bedenken bestehen, wenn sie nur die verkürzte Formel für eine organisatorische Form der Verfassungsgarantie wäre, die in ihrem Vollzug und in ihren Auswirkungen einer Ipso-jure-Nichtigkeit wenigstens nahekommt. Sollte es eine derartige organisatorische Form geben, müßte freilich noch festgestellt werden, ob sie auch im Grundgesetz verwirklicht worden ist.

3. Mögliche Formen einer Verfassungsgarantie im Vergleich zum Grundsatz der Ipso-jure-Nichtigkeit

Der kurze Rückblick auf die verfassungsgeschichtliche Entwicklung in Deutschland hat gezeigt, daß es verschiedene Mittel gibt, die Verfassung zu sichern, je nachdem, von wem und in welcher Form der Angriff auf die Verfassung zu befürchten ist. Es wäre ein aussichtsloses Beginnen, nun alle theoretisch möglichen Formen einer Verfassungsgarantie aufzuzählen. Die Verfassungswirklichkeit ist so vielgestaltig, daß sie immer wieder neue Formen hervorbringt und daher ein Überblick immer unvollständig bliebe. Jedoch gibt eine kurze Übersicht über Regelungen innerhalb und außerhalb Deutschlands eine ausreichende Vorstellung von der Vielfalt möglicher Formen⁵³. In diesem Zusammenhang interessiert dabei besonders die Frage nach den Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit, insbesondere inwieweit jeweils die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit verwirklicht ist.

a) Die verschiedenartigen Regelungen im inner- und im außerdeutschen Bereich

Neben dem Grundgesetz, auf dessen Bestimmungen zur Garantie der Verfassung im folgenden Kapitel noch gesondert eingegangen wird, enthalten fast alle deutschen Landesverfassungen Regelungen zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze; allerdings ist die verfahrensmäßige Ausgestaltung unterschiedlich geregelt. Eine Ausnahme bildet Art. 64 Abs. 2 der Verfassung von *Berlin* vom 1. September 1950 (GVBl. 1950, S. 433 ff.), der bestimmt:

⁵² Siehe oben Abschnitt 1 c.

⁵³ Einen umfassenden und tiefen Einblick gibt der von *Mosler* herausgegebene Sammelband: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Köln-Berlin 1962; ferner auch *Engelhardt*, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, JÖR NF Bd. 8 (1959), S. 101—138.

„Die Gerichte sind nicht befugt, Gesetze und Verordnungen, die das Abgeordnetenhaus beschlossen hat, auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.“⁵⁴

Auch die Verfassung der *DDR* vom 7. Oktober 1949 enthält praktisch einen Ausschluß der Rechtssatzkontrolle, wenn darunter die verbindliche Prüfung durch einen Dritten verstanden wird. In Art. 66 Abs. 3 heißt es:

„Der Verfassungsausschuß prüft die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen der Republik.“

In Abs. 6 dieses Art. 66 heißt es dann aber:

„Über das Gutachten des Verfassungsausschusses entscheidet die Volkammer. Ihre Entscheidung ist für jedermann verbindlich.“

Alle anderen deutschen Landesverfassungen lassen eine Prüfung zu und haben die Entscheidung einem obersten Gerichtshof übertragen, der mit allgemeinverbindlicher Wirkung über die Verfassungswidrigkeit befindet⁵⁵. Die hier interessierenden Bestimmungen über die Rechtsfolgen der festgestellten Verfassungswidrigkeit sind in der Mehrzahl dem § 78 BVerfGG nachgebildet. Es heißt dort jeweils, daß der Gerichtshof, wenn er ein Gesetz für verfassungswidrig hält, in der Entscheidung zugleich dessen „Nichtigkeit feststellt“⁵⁶. Insofern erinnern diese Regelungen an die Theorie von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze.

Die gesetzlichen Regelungen in *Hessen* und *Rheinland-Pfalz* weichen jedoch von diesem gleichförmigen Schema ab. § 43 Abs. 2 und 3 des hessischen Gesetzes über den Staatsgerichtshof vom 12. Dezember 1947 (GVBl. 1948, S. 3 ff.) bestimmen bezüglich der Rechtssatzkontrollentscheidungen:

⁵⁴ Kritisch zur Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem GG *Bachof-Jesch*, JÖR NF Bd. 6 (1957), S. 52; auch *Hoffmann*, JZ 1961, S. 193. Für unvereinbar mit dem GG halten diese Regelung OVG Berlin (Urteil v. 24. 5. 1957), OVG 4, 166; neuerdings auch der BFH (Urteil v. 18. 12. 1963), JZ 1965, S. 21.

⁵⁵ *Baden-Württemberg*: Art. 68 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 (GBL 1953, S. 173 ff.); *Bayern*: Art. 65 und 98 Satz 4 (GVBl. 1946, S. 333 ff.); *Bremen*: Art. 140 und 142 (GVBl. 1947, S. 251 ff.); *Hamburg*: Art. 64 Abs. 2 und 65 Abs. 2 Ziff. 2 (GVBl. 1952, S. 117 ff.); *Hessen*: Art. 131 bis 133 (GVBl. 1946, S. 229 ff.); *Niedersachsen*: Art. 42 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 (GVBl. 1951, S. 103 ff.); *Nordrhein-Westfalen*: Art. 75 Ziff. 3 (GVBl. 1950 S. 127); *Rheinland-Pfalz*: Art. 130 Abs. 1 und 3 (GVBl. 1947, S. 209 ff.); *Saarland*: Art. 99 (ABL 1947, S. 1077); *Schleswig-Holstein*: Art. 37 Ziff. 2 (GVBl. 1950, S. 3). Einen kurzen Überblick geben auch *Bachof-Jesch*, JÖR NF Bd. 6 (1957), S. 51 f.

⁵⁶ *Baden-Württemberg*: § 50 StGHG (GBL 1954, S. 171); *Bayern*: Art. 53 Abs. 4 VerfGHG (GVBl. 1947, S. 24 ff.); *Hamburg*: § 37 VerfGHG (GVBl. 1953, S. 231); *Niedersachsen*: § 37 StGHG (GVBl. 1955, S. 17 ff.); *Nordrhein-Westfalen*: § 37 VerfGHG (GVBl. 1952, S. 35 ff.); *Saarland*: § 43 VerfGHG (ABL 1958, S. 735 ff.); *Schleswig-Holstein*: Es gilt das BVerfGG, da in Art. 37 Ziff. 2 der Verfassung dem BVerfG die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten zugewiesen worden ist (Art. 99 GG).

„Der Staatsgerichtshof kann seinem Urteil rückwirkende Kraft verleihen und bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Wiederaufnahme anderer, bereits rechtskräftig abgeschlossener Verfahren zulässig ist, soweit eine dort erlassene Entscheidung zu seinem Urteil in Widerspruch steht.

Erachtet der Staatsgerichtshof die Voraussetzungen des Art. 150 HV⁵⁷ für gegeben, so muß er feststellen, daß das Gesetz oder die Verordnung niemals gültig war, und die Wiederaufnahme aller Verfahren anordnen, deren Entscheidung auf dem ungültigen Gesetz oder der ungültigen Verordnung beruht.“

Ähnlich heißt es in dem Landesgesetz über den Verfassungsgerichtshof in Rheinland-Pfalz vom 23. Juli 1949 (GVBL 1949, S. 285) in § 26 Abs. 3:

„Der Verfassungsgerichtshof kann in den Fällen des Abs. 1⁵⁸ seinem Urteil rückwirkende Kraft verleihen und bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Wiederaufnahme anderer bereits rechtskräftig abgeschlossener Verfahren zulässig ist, soweit eine dort erlassene Entscheidung zu seinem Urteil in Widerspruch steht.“

Diese Bestimmungen besagen also, daß regelmäßig durch das Urteil des Gerichtshofs das verfassungswidrige Gesetz nur für die Zukunft aufgehoben wird. Der Gerichtshof kann davon abweichen und seinem Urteil „rückwirkende Kraft“ verleihen und die Folgen für bereits rechtskräftig abgeschlossene Verfahren selbst festsetzen. Nur bei Verstößen gegen „die demokratischen Grundgedanken der Verfassung“ oder die „republikanisch-parlamentarische Staatsform“ gem. Art. 150 Hess. Verf. muß in Hessen der Staatsgerichtshof feststellen, daß das Gesetz niemals gültig oder, mit anderen Worten, ipso jure nichtig war.

Man kann also schon angesichts des geltenden deutschen Rechts nicht von einer allgemeinen Geltung des Grundsatzes der Ipso-jure-Nichtigkeit sprechen⁵⁹. Noch viel weniger ist das in ausländischen Rechtsordnungen der Fall, soweit sie überhaupt eine repressive Rechtssatzkontrolle kennen. An erster Stelle ist hier die von Kelsen konzipierte⁶⁰ Regelung der Verfassung Österreichs zu nennen, weil sie im Schrifttum zu Problemen verfassungswidriger Gesetze häufig erwähnt wird und

⁵⁷ Art. 150 Hess. Verf. lautet:

„Keinerlei Verfassungsänderung darf die demokratischen Grundgedanken der Verfassung und die republikanisch-parlamentarische Staatsform antasten. Die Errichtung einer Diktatur, in welcher Form auch immer, ist verboten.

Hiergegen verstößende Gesetzesanträge gelangen nicht zur Abstimmung, gleichwohl beschlossene Gesetze nicht zur Ausfertigung. Trotzdem verkündete Gesetze sind nicht zu befolgen.“

⁵⁸ Eine Entscheidung, „die die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder einer Gesetzesvorlage ausspricht“.

⁵⁹ Diese Tatsache ist offenbar von Bachof, AöR Bd. 87 (1962), S. 35, Bettermann, AöR Bd. 86 (1961), S. 161 FuBn. 53 a, und Scheuner, BB 1960, S. 1255 übersehen worden.

⁶⁰ Vgl. Kelsen, Staatsrecht, S. 160 f.

auch zum Vorbild für Regelungen in anderen Staaten geworden ist. Art. 140 Abs. 3 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes vom 1. Oktober 1920 i. d. F. von 1929 bestimmt:

„Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem ein Gesetz oder ein bestimmter Teil eines solchen als verfassungswidrig aufgehoben wird, verpflichtet den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung; die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Außerkrafttreten eine Frist bestimmt. Die Frist darf ein Jahr nicht überschreiten.“⁶¹

Dieser Verfassungsartikel spricht ganz klar aus, daß auch verfassungswidrige Gesetze bis zur Aufhebung voll gültig sind⁶². Diese Geltung kann auch nicht in irgendeiner Form rückwirkend beeinträchtigt werden, der Verfassungsgerichtshof kann sogar das Außerkrafttreten noch bis zu einem halben Jahr hinausschieben. Eine Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze kennt die österreichische Verfassung in keinem Fall.

Einen im wesentlichen gleichen Inhalt haben Art. 152 Abs. 2 der Verfassung der Türkei vom 20. Juli 1961⁶³ und Art. 136 Abs. 1 der Verfassung Italiens vom 1. Januar 1948⁶⁴, letzterer allerdings ohne die Möglichkeit, das Außerkrafttreten bis zu sechs Monaten hinauszuschieben. Eine wiederum etwas abweichende Form der Verfassungsgarantie enthält die Verfassung Jugoslawiens vom 7. April 1964⁶⁵. In Art. 245 Abs. 1 und 2 heißt es:

„Wenn das Verfassungsgericht Jugoslawiens festgestellt hat, daß ein Bundesgesetz nicht im Einklang mit der Verfassung Jugoslawiens steht, ist die Bundesversammlung verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Tage der Bekanntmachung des entsprechenden Beschlusses des Verfassungsgerichtes, das betreffende Gesetz mit der Verfassung in Einklang zu bringen.

Wenn die Versammlung das Gesetz innerhalb dieser Frist nicht mit der Verfassung in Einklang bringt, treten das betreffende Gesetz bzw. dessen mit der Verfassung nicht in Einklang stehende Bestimmungen außer Kraft, was von dem Verfassungsgericht Jugoslawiens durch seine dementsprechende Entscheidung festgestellt wird.“

Die hier gebrachten Beispiele sind schon ziemlich weit entwickelte und durchgebildete Formen einer justizförmigen Verfassungsgarantie.

⁶¹ Vgl. Ermacora, Verfassungsgerichtshof, S. 215; Mosler, a.a.O., S. 965.

⁶² Vgl. dazu Ermacora, Verfassungsgerichtshof, S. 221 ff.; Kelsen, Staatsrecht, S. 214; Melichar, a.a.O., S. 457 ff.

⁶³ Abgedruckt bei Mosler, a.a.O., S. 1002; auch JöR NF Bd. 13 (1964), S. 412 ff.

⁶⁴ Ebenfalls abgedruckt bei Mosler, a.a.O., S. 925; auch JöR NF Bd. 8 (1959), S. 199 ff.; näheres dazu bei Haak, a.a.O., S. 178 ff.

⁶⁵ Abgedruckt in JöR NF Bd. 13 (1964), S. 284 ff.

Viele Länder kennen dagegen nur die Frühform der Verfassungsgarantie: ein allgemeines akzessorisches richterliches Prüfungsrecht. Dies bildet sich häufig heraus, ohne in der Verfassung ausdrücklich verankert zu sein. Seine Rechtfertigung wird darin gesehen, daß der Richter an die Verfassung stärker als an das Gesetz gebunden ist. Demgemäß hat er ein Gesetz, das er für verfassungswidrig hält, bei der Entscheidung eines Rechtsstreites außer Anwendung zu lassen⁶⁶.

Bisher sind nur Formen repressiver, also nach Verkündung eines Gesetzes erfolgender, justizförmiger Rechtssatzkontrolle erwähnt worden. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es auch sehr wirksame Formen präventiver, außerparlamentarischer Verfassungssicherung gibt. In Frankreich können, bzw. müssen in den Fällen des Art. 61 der Verfassung vom 4. Oktober 1958⁶⁷, Gesetzesbeschlüsse vor ihrer Ausfertigung dem Conseil constitutionnel vorgelegt werden. Dieser muß spätestens innerhalb eines Monats (!) verbindlich über die Verfassungsmäßigkeit entscheiden, so daß gegebenenfalls dann die Verkündung des Gesetzes zu unterbleiben hat (Art. 62). Diese, wie auch jede andere Form präventiver Rechtssatzkontrolle schaltet alle mit unserem Thema angesprochenen Probleme von vornherein aus.

Hier ist keine erschöpfende rechtsvergleichende Darstellung möglicher Formen einer Verfassungsgarantie beabsichtigt, so daß diese wenigen Beispiele genügen mögen. Damit ist einmal an Hand des geltenden Rechts bewiesen, daß die Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes sehr unterschiedlich geregelt werden können und von einer allgemeinen Geltung des Grundsatzes der Ipso-jure-Nichtigkeit nicht — auch nicht für den deutschen Bereich⁶⁸ — die Rede sein kann. Gleichwohl sind alle hier angeführten Formen grundsätzlich geeignet, einen Schutz vor Zugriffen des Gesetzgebers auf die Verfassung zu bewirken. Die Lösungen entsprechen rechtsstaatlichen Grundsätzen, wenn auch im einzelnen die Schwerpunkte verschieden gesetzt sind.

b) Mögliche Verfahren zur Verwirklichung einer Ipso-jure-Nichtigkeit

Von den zuvor geschilderten verfahrensmäßigen Formen der Verfassungsgarantie läßt sich, wenn überhaupt, nur bei einem allgemeinen akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht sagen, daß es die Verwirk-

⁶⁶ Vgl. die Nachweise bei Bernhardt, a.a.O., S. 727 ff. Auf der Grundlage dieser Vorstellung hatte sich in den Vereinigten Staaten zum ersten Mal in der Neuzeit ein richterliches Prüfungsrecht entwickelt, das dann einen starken Einfluß auf die Verfassungsentwicklung in anderen Staaten ausübte. Ausgangspunkt in Amerika war der berühmte Fall *Marbury v. Madison* aus dem Jahre 1803; vgl. auch die Hinweise in der Einleitung.

⁶⁷ Abgedruckt bei Mosler, a.a.O., S. 915; dazu ausführlich Buerstedde, JÖR NF Bd. 12 (1963), S. 145—200.

⁶⁸ A. A. Bachof, Bettermann und Scheuner, vgl. oben Anm. 59.

lichung der Rechtsfolge der Ipso-jure-Nichtigkeit ermöglicht. Um von einer Ipso-jure-Nichtigkeit sprechen zu können, muß wenigstens im Grundsatz die Möglichkeit vorhanden sein, daß jedermann zu jeder Zeit diese Rechtsfolge geltend machen kann. Das allgemeine akzessorische richterliche Prüfungsrecht scheint diesem verfahrensrechtlichen Erfordernis einigermaßen gerecht zu werden. Man könnte das etwa folgendermaßen begründen: Da der Richter an die Verfassung stärker als an das Gesetz gebunden ist, muß er ein von ihm für verfassungswidrig gehaltenes Gesetz bei der Entscheidung eines Rechtsstreites außer Anwendung lassen. Diesem Gesetz fehlt also, so könnte man folgern, von Anfang an die Verbindlichkeit für den Richter. Die Verbindlichkeit für den Richter mache aber erst die Geltung des Gesetzes aus. Daher sei die anfängliche Unverbindlichkeit gleichbedeutend mit anfänglicher Ungültigkeit oder Ipso-jure-Nichtigkeit⁶⁹.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Bei näherer Betrachtung besteht die verfahrensmäßige Besonderheit eines allgemeinen akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts allein darin, daß unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, daß ein Gesetz von Anfang an unwirksam und also auch ipso jure nichtig ist. Würden etwa alle Richter, die zur Anwendung des Gesetzes berufen sind, dieses wegen Verfassungswidrigkeit außer Anwendung lassen, könnte das schließlich als anfängliche Unwirksamkeit oder Ipso-jure-Nichtigkeit bezeichnet werden. Man müßte allerdings voraussetzen, daß Geltung eines Gesetzes mit richterlicher Anwendung gleichbedeutend ist und daß ein Gesetz nur durch richterliche Anwendung Rechtswirkungen entfaltet. Das ist aber allenfalls für Bereiche zutreffend, in denen die Rechtsanwendung ausschließlich dem Richter vorbehalten ist, wie z. B. im materiellen Strafrecht⁷⁰. Sobald jedoch einzelne Richter das Gesetz nicht für verfassungswidrig halten und zur Grundlage ihrer Entscheidung machen, was regelmäßig der Fall sein dürfte, kann schon nicht mehr von Ipso-jure-Nichtigkeit gesprochen werden.

Der Fehler in diesem Gedankengang liegt darin, daß von der subjektiven Unverbindlichkeit eines Gesetzes für den einzelnen Richter auf die objektive Ungültigkeit geschlossen wird⁷¹. Dieser Schluß ist erst zulässig, wenn die Verfassungswidrigkeit allgemeingültig fest-

⁶⁹ Diese Argumentation findet sich bei Haak, a.a.O., S. 127: „Man kann also sagen, daß ein Gesetz gültig ist, wenn der Richter berechtigt und verpflichtet („berufen“) ist, es anzuwenden; und daß es ungültig ist, wenn der Richter berechtigt und verpflichtet ist, es nicht anzuwenden.“ — Ähnlich auch Imboden, a.a.O., S. 25 u. 43.

⁷⁰ Auf diese stillschweigend gemachten Voraussetzungen geht Haak, a.a.O., nicht ein.

⁷¹ Dagegen auch zutreffend Windisch, a.a.O., S. 42.

steht und das Gesetz nicht den Auslegungsversuchen einiger tausend Richter anheimgestellt ist. Nur ex post läßt sich feststellen, ob alle Richter das Gesetz außer Anwendung gelassen haben und es darum ‚ipso jure nichtig‘ war. Eine solche einheitliche Meinung wird aber niemals vorhanden sein, bevor die Frage nicht letztinstanzlich entschieden ist, weil Verfassungsverstöße nicht für jeden Richter offenkundig sind. Hinzu kommt das allgemeine Bemühen um eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung und der Umstand, daß offenkundige Verfassungsverstöße ohnehin durch das Gesetzgebungsverfahren praktisch ausgeschaltet sind⁷². Es ist also nicht möglich, allein aus dem Bestehen eines allgemeinen akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts zu folgern, daß verfassungswidrige Gesetze ipso jure nichtig sind. Oder man setzt Unverbindlichkeit mit Nichtigkeit gleich und subjektiviert dadurch den Nichtigkeitsbegriff.

Art. 150 der hessischen Verfassung⁷³ macht besonders deutlich, wie schwer es ist, die Rechtsfolge der Ipso-jure-Nichtigkeit zu verwirklichen. Unter dem Eindruck der Geschehnisse des Jahres 1933 wollte der hessische Verfassungsgeber die Möglichkeit einer ‚legalen Revolution‘ von vornherein ausschließen und entzog deshalb in Art. 150 Abs. 1 „die demokratischen Grundgedanken der Verfassung und die republikanisch-parlamentarische Staatsform“ dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers. Unmittelbar im Anschluß daran folgt in Abs. 2 die erstaunliche Bestimmung: „Trotzdem verkündete Gesetze sind nicht zu befolgen.“ Man fragt sich unwillkürlich, was diese Aufforderung zum Ungehorsam soll. Was heißt „demokratische Grundgedanken der Verfassung“ im konkreten Fall? Derartige Verstöße sind nicht ohne weiteres erkennbar, und die Frage nach dem *Quis judicabit?*⁷⁴ ist unausweichlich. Die Entscheidung darüber, was zu den demokratischen Grundgedanken der Verfassung gehört, enthält ein so starkes dezisionistisches Element, daß das Risiko des Ungehorsams viel zu groß ist. Die in Art. 150 Abs. 2 getroffene Regelung läuft daher leer und bewirkt keine Verfassungssicherung. Im Grunde ist sie nicht mehr als eine pathetische Umschreibung der in Abs. 1 bereits geregelten Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an bestimmte Grundentscheidungen der Verfassung⁷⁵.

Die bisherige kritische Untersuchung des Grundsatzes der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze hat ergeben, daß die

⁷² Vgl. dazu oben Abschnitt 2 a.

⁷³ Vgl. den Wortlaut in Anm. 57.

⁷⁴ Dazu Heller, Souveränität, S. 107.

⁷⁵ Zur Charakterisierung des Art. 150 vgl. auch Windisch, a.a.O., S. 50 und 90 f.

Frage nach den Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit nicht mit Hilfe der Logik und der Rechtstheorie überzeugend beantwortet werden kann. Es gibt darauf überhaupt keine allgemeingültige Antwort. Vielmehr sind die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit weitgehend durch die organisatorisch-verfahrensmäßigen Formen bedingt, die die einzelnen Rechtsordnungen herausgebildet haben, um jeweils ihre Verfassung vor dem Zugriff des Gesetzgebers zu schützen. Auch die Frage nach der Berechtigung der Lehre von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze wird daher letztlich durch das positive Recht beantwortet. Darum wird nunmehr versucht, die konkrete Gestaltung des Rechtssatzkontrollverfahrens durch das GG und das BVerfGG aufzuzeigen. Dabei wird sich dann herausstellen, ob und inwieweit die allgemein behauptete Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze im geltenden Recht eine Stütze findet.

2. Kapitel

Die Frage der Vereinbarkeit dieser Lehre mit den Bestimmungen des GG und des BVerfGG

1. Mögliche Anhaltspunkte im Wortlaut von GG und BVerfGG

Das GG enthält keine ausdrückliche Regelung über die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes. In den Art. 93 und 100 sind lediglich einzelne Zuständigkeiten des BVerfG aufgezählt¹. Zwar ist in Art. 94 Abs. 2 GG von Entscheidungen des BVerfG, die Gesetzeskraft haben, die Rede. Damit sind sicherlich Entscheidungen im Rahmen von Rechtssatzkontrollverfahren gemeint, aber eine eindeutige Aussage über die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit ergibt sich daraus nicht².

Es liegt dagegen nahe anzunehmen, die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit habe in § 78 Satz 1 BVerfGG ihren positivrechtlichen Niederschlag gefunden, so daß damit die Frage de lege lata entschieden sei. Der Wortlaut der Bestimmung scheint diese Ansicht zu bestätigen:

„Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so stellt es in seiner Entscheidung die Nichtigkeit fest. Sind weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes aus denselben Gründen mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar, so kann sie das Bundesverfassungsgericht gleichfalls für nichtig erklären.“

Mit den Worten: „... so stellt es ... die Nichtigkeit fest“, so könnte man sagen, sei klargestellt, daß die Entscheidung des BVerfG ein Feststellungs- bzw. deklaratorisches und kein Gestaltungs- bzw. konstitutives Urteil sei, die Nichtigkeit also bereits ipso jure von Anfang an bestanden habe³.

¹ So richtig Müller, DVBL 1962, S. 162, der allerdings aus diesem Umstand den Schluß zieht, daß deshalb der Grundsatz der Ipso-jure-Nichtigkeit gilt; ferner Götz, NJW 1960, S. 1177.

² Immerhin ist bemerkenswert, daß ein Vorläufer des Art. 94 Abs. 2, nämlich Art. 99 Abs. 2 Satz 1 HChE gelautet hatte: „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, durch welche die Nichtigkeit eines Gesetzes oder eines Teiles eines solchen festgestellt wird, haben Gesetzeskraft“. Näheres zur Entstehungsgeschichte in Abschn. 2 a dieses Kapitels.

³ Vgl. etwa Löwisch, JZ 1961, S. 732; ferner BGH in NJW 1965, S. 297; dazu ausführlich Götz, NJW 1960, S. 1178.

Eine derart strenge Wortauslegung überzeugt jedoch nicht. Das Wort *feststellen* hat im Gesetz keine spezifische Bedeutung, denn in Satz 2 des § 78 und auch in § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG umschreibt der Gesetzgeber den gleichen Vorgang mit den Worten nichtig *erklären*⁴. Angesichts dieser Tatsache ist es wenig sinnvoll, den vielleicht unterschiedlichen Bedeutungsinhalten von ‚feststellen‘ und ‚erklären‘ nachzugehen⁵, da der Gesetzgeber diese Worte offensichtlich gleichbedeutend gebraucht hat. Insoweit ist der Wortlaut des Gesetzes also neutral und spricht weder entscheidend für noch gegen die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit.

Ähnlich verhält es sich mit der Verwendung des Begriffes ‚Nichtigkeit‘. Bereits in anderem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, daß die konkrete Bedeutung dieses Begriffes im Zivil- und im Verwaltungsrecht sehr unterschiedlich ist⁶. In der Gesetzessprache und auch im Schrifttum gibt es keine strenge begriffliche Unterscheidung zwischen einer Ipso-jure-Nichtigkeit und einer rückwirkenden Vernichtung. Das wäre aber notwendig, um in dem Wortlaut des § 78 eine Bestätigung der Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit sehen zu können. Der Gesetzgeber verbindet mit dem Begriff ‚Nichtigkeit‘ nicht notwendig das ‚ipso jure‘, sondern versteht darunter häufig nur ‚Unwirksamkeit‘ oder ‚Ungültigkeit‘ und fügt dann einen erläuternden Zusatz hinzu, z. B. in § 142 BGB die Worte „von Anfang an“ oder in § 23 EheG, daß man sich auf die ‚Nichtigkeit‘ erst nach der gerichtlichen Entscheidung berufen kann.

Solche begrifflichen Unklarheiten bestanden auch bei der Formulierung des § 78 Satz 1 BVerfGG. In der amtlichen Begründung des RegE zum BVerfGG findet sich zu dem Begriff der Nichtigkeit auch wieder der erläuternde Zusatz: „Diese Wirkung tritt ex tunc ein.“⁷ Wie wenig den Schöpfern des BVerfGG die begrifflichen Unterschiede zwischen Unwirksamkeit, Ipso-jure-Nichtigkeit, rückwirkender Vernichtung und Verfassungswidrigkeit geläufig waren, macht die Erläuterung des § 78 bei Geiger⁸, der an der Vorbereitung und an den Beratungen des Gesetzes maßgeblich beteiligt war, besonders deutlich. Dort heißt es:

„Die Vorschrift wird nicht erst durch die Entscheidung vernichtet, sie ist schon vorher nichtig; aber ihre Nichtigkeit kann erst auf Grund der

⁴ Vgl. Götz, NJW 1960, S. 1178.

⁵ Vgl. Götz, NJW 1960, S. 1178.

⁶ Vgl. Kap. 1, Abschn. 1 b, auch Götz, NJW 1960, S. 1178, Bachof, AöR Bd. 87 (1962), S. 32.

⁷ Vgl. BT-Drucksache Nr. 788 (1. Wahlperiode 1949), S. 34.

⁸ Kommentar, Anm. 4 zu § 78 (S. 249); ähnlich auch Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 143: Die Nichtigkeit darf erst nach der Entscheidung des BVerfG „beachtet“ werden.

Entscheidung des BVG ‚geltend gemacht‘ werden. Sie wird erst von diesem Zeitpunkt an rechtlich erheblich. Die Entscheidung ist also unter dem ersten Gesichtspunkt betrachtet ein Feststellungsurteil, unter dem zweiten Gesichtspunkt betrachtet ein Gestaltungsurteil.“

Was ist eine „rechtlich nicht erhebliche“ Nichtigkeit? Man vermißt hier eine klare Unterscheidung von Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit als Tatbestand und Rechtsfolge. Die Verfassungswidrigkeit wird festgestellt und hat von Anfang an bestanden, sie wird rechtlich erheblich, wenn ihr durch die Entscheidung des BVerfG eine Rechtsfolge zugeordnet wird⁹. Die begrifflichen Unklarheiten lassen sich kaum noch vergrößern. Sieht man außerdem den Nichtigkeitsbegriff des § 78 Satz 1 BVerfGG im Zusammenhang mit dem unmittelbar darauffolgenden § 79, der den § 78 Satz 1 erheblich modifiziert, so wird daran noch einmal deutlich, daß eine strenge Auslegung des Wortlautes des § 78 weder gewichtige Argumente für noch gegen die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit liefert. Darum soll die Wortauslegung hier auch nicht weiter vertieft werden.

2. Die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen über die Rechtssatzkontrolle

a) Die einschlägigen Bestimmungen des GG

Die Beratungen des GG waren geprägt von den staatsrechtlichen Erfahrungen, die man in der Weimarer- und in der NS-Zeit gemacht hatte. Auf jeden Fall sollten die Schwächen der Weimarer Verfassung, von denen man annahm, daß sie deren Aushöhlung und die nationalsozialistische Machtergreifung gefördert hätten, beseitigt werden¹⁰. Man empfand ein tiefes Mißtrauen gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber und seinen Fähigkeiten zu Selbstbeschränkung und Selbstkontrolle. Dies war u. a. durch die Auswirkungen eines formalisierten Legalitätsbegriffes hervorgerufen, der die nationalsozialistische Machtergreifung wesentlich erleichtert hatte¹¹. In der neuen Verfassung wollte man die zutage getretenen Fehler auf keinen Fall wiederholen. Aus diesem Grunde betonte man besonders den Vorrang der Verfassung und war um seine Sicherung bemüht. Einmal sollte die Verfassung nur erschwert abänderbar und teilweise sogar unantastbar

⁹ In diesem Sinne ist jedes Urteil ein ‚Feststellungsurteil‘, insofern es dessen Wesensmerkmal ist, daß zuvor ein Tatbestand „festgestellt“ wird, und zugleich ein ‚Gestaltungsurteil‘, als erst auf Grund der Entscheidung eine Rechtsfolge durchgesetzt werden kann.

¹⁰ Vgl. *Maunz*, Staatsrecht, § 2 II (S. 7 f.).

¹¹ Dazu *Schmitt*: Das Problem der Legalität, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924—1954, S. 440 ff., insbesondere auch die Nachbemerkung auf S. 450; ferner *Scupin*, a.a.O., S. 326 f.

sein, zum anderen erstrebte man eine umfassende, stark fortgebildete Verfassungsgerichtsbarkeit, zu deren wesentlichen Aufgaben die Befugnis gehören sollte, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.

Im Parlamentarischen Rat standen die Beratungen zu dem letztgenannten Themenkreis ganz unter dem Blickwinkel des allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts, wie es sich in der Weimarer Zeit entwickelt hatte¹². Dieses war zunächst sehr umstritten gewesen, schließlich aber von der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹³ und dem überwiegenden Teil der Lehre¹⁴ anerkannt worden. Danach konnte jeder Richter bei der Entscheidung eines Rechtsstreites ein nach seiner Ansicht verfassungswidriges Gesetz ‚außer Anwendung lassen‘ und statt dessen unmittelbar auf der Grundlage der Verfassung entscheiden. Die neue Regelung sollte nun vor allem einen schon in der Weimarer Zeit häufig kritisierten Mangel¹⁵ des allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts beseitigen. Um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und eine gründlichere Prüfung der Gesetze zu gewährleisten, sollten nicht mehr alle Richter befugt sein, ein Gesetz in einem Rechtsstreit außer Anwendung zu lassen. Ihnen sollte nur mehr ein Vorprüfungsrecht zustehen, die endgültige Entscheidung aber einem obersten Gerichtshof vorbehalten bleiben¹⁶. Die Weimarer Regelung sollte also grundsätzlich übernommen und aus praktischen Gründen die Konzentrierung bei einer Instanz neu eingeführt werden. Daneben sollten in Anlehnung an Art. 13 Abs. 2 WRV bestimmte Bundesorgane oder Landesorgane die Überprüfung von Rechtssätzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit beantragen können. Außer bei der Antragsberechtigung sah man zwischen beiden Verfahren keine wesentlichen Unterschiede. Sie wurden daher auch gemeinsam beraten und in dem Art. 128 b Ziff. 3 zusammengefügt, nachdem sie vorher getrennt geregelt waren¹⁷. Der heutige Art. 100, bei den Beratungen zunächst

¹² Bezeichnenderweise wurden die Beratungen meist unter dem Stichwort ‚richterliches Prüfungsrecht‘ oder ‚richterliche Prüfungszuständigkeit‘ geführt, vgl. *v. Doemming-Füsslein-Matz*, JÖR NF Bd. 1 (1951), S. 735; HChE Darstellender Teil, S. 57 f. und 94; HA-Prot., S. 274.

¹³ Vgl. die berühmte Entscheidung RGZ 111, 322 ff.

¹⁴ Ausführlich dazu *Maurer*, DöV 1963, S. 683 ff.; umfangreiche Literaturnachweise auch bei *v. Hippel*, Prüfungsrecht, S. 554 f.; ferner *Merk*, a.a.O., § 34.

¹⁵ Vgl. die Nachweise bei *Maurer*, DöV 1963, S. 686 f.; besonders deutlich bei den Diskussionen auf dem 34. Deutschen Juristentag 1926 (Verhandlungen, Bd. 2, S. 193 ff.).

¹⁶ Vgl. *v. Doemming-Füsslein-Matz*, JÖR NF Bd. 1 (1951), S. 735; HChE Darstellender Teil, S. 57 f. und 94.

¹⁷ Im HChE und bei den ersten Beratungen im Parlamentarischen Rat handelte es sich um die Art. 98 und 44; dazu auch *v. Doemming-Füsslein-Matz*, JÖR NF Bd. 1 (1951), S. 674 f.

Art. 137, wurde kaum diskutiert. Man sah in ihm eine reine Verfahrensvorschrift für die Gerichte, die sich zwangsläufig aus der Zuständigkeitsbestimmung des Art. 128 b Ziff. 3 ergab. Art. 137 wurde bei seiner 1. Lesung im Hauptausschuß ohne Aussprache einstimmig angenommen¹⁸. Die grundsätzlichen Fragen hatte man zuvor bei der Beratung des Art. 128 b, des späteren Art. 93 GG, im Hauptausschuß geklärt.

Die im Parlamentarischen Rat herrschende Ansicht über Inhalt und Bedeutung dieses ‚richterlichen Prüfungsrechts‘ hat wohl am deutlichsten der Abgeordnete *Strauß* bei der ersten Lesung des Art. 128 b im Hauptausschuß in der Sitzung vom 8. Dezember 1948 zum Ausdruck gebracht¹⁹:

„Die hier genannten Fälle²⁰ betreffen die Entscheidung über die Anwendbarkeit eines Gesetzes, das heißt im wesentlichen die Prüfung der Frage, die man als die richterliche Prüfungszuständigkeit bezeichnet hat und die in Deutschland erst unter der Weimarer Verfassung durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und wohl sämtlicher anderen oberen Gerichtshöfe bejahend beantwortet worden ist. ... Wir glauben, daß es sich hier um die unmittelbare Anwendung der richterlichen Gewalt handelt, auf Grund deren der Richter in jedem Rechtsstreit zu prüfen hat, ob das Gesetz, das er anwendet, wirklich Gesetz ist. Wir glauben nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Einheitlichkeit, daß diese Fragen nicht von jedem einzelnen Richter unterer Instanz entschieden werden sollen, sondern daß hier von vornherein für eine Einheitlichkeit dadurch gesorgt werden soll, daß diese Fälle einem obersten Gericht zugewiesen werden.“

Diese Problemsicht wird auch durch Äußerungen anderer Mitglieder des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates bestätigt²¹. Bei den späteren Beratungen wurde dann hauptsächlich nur mehr die Frage erörtert, ob diese Prüfungszuständigkeit beim Obersten Bundesgericht oder beim Bundesverfassungsgericht bestehen sollte²², weil einige mehr den politischen Charakter²³, andere den reinen Rechtscharakter²⁴ dieser Entscheidungen betonten.

Die Motive der Schöpfer des GG zeigen deutlich, warum bei den Beratungen nur selten über die Auswirkungen der Rechtssatzkontroll-

¹⁸ Vgl. HA-Prot., S. 305; ferner *v. Doemming-Füsslein-Matz*, JÖR NF Bd. 1 (1951), S. 737.

¹⁹ Vgl. HA-Prot., S. 274.

²⁰ Damit war auch das Verfahren gem. Art. 13 Abs. 2 WRV gemeint, heute Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG.

²¹ Vgl. etwa *Zinn*, Bericht, S. 45; *v. Mangoldt*, Kommentar, Anm. 2 und 3 zu Art. 100 (S. 537 f.).

²² Vgl. HA-Prot., S. 274 ff.; dazu auch *v. Doemming-Füsslein-Matz*, JÖR NF Bd. 1 (1951), S. 673 ff.

²³ So besonders der Abg. *Zinn*, HA-Prot., S. 274 f.; sehr deutlich nochmals in seinem Bericht, S. 45 f.

²⁴ So z. B. der Abg. *Strauß*, HA-Prot., S. 275.

entscheidungen gesprochen wurde. Im Vordergrund stand immer der praktische Vorteil einer Konzentration, und man übersah, daß gerade durch die Konzentration auch neue Probleme entstanden. Aus den Debatten über die Formulierung des späteren Art. 94 Abs. 2²⁵ wird ebenfalls erkennbar, daß man die Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen nicht als schwerwiegendes Problem empfand. Durch die Gesetzeskraft der Rechtssatzkontrollentscheidungen des BVerfG wollte man vor allem eine ‚Fall-Bindung‘ für ähnliche Prozesse in den unteren Instanzen erreichen²⁶. Die Rechtskraft sollte ausgedehnt werden, und man verstand unter Gesetzeskraft so etwas wie eine Rechtskraft *inter omnes*, ohne darüber hinausgehende Wirkungen²⁷. Vor allem dachte man wohl nicht an irgendwelche Auswirkungen der Entscheidung für die Vergangenheit. So umschrieb der Abgeordnete *Zinn* den Inhalt der Gesetzeskraft mit den Worten: „... hat nach unserer Vorlage diese Entscheidung Gesetzeskraft, also die Bedeutung, daß das Gesetz als aufgehoben (!) anzusehen ist.“²⁸ In Art. 99 Abs. 2 Satz 1 HChE, einem Vorläufer des Art. 94 Abs. 2 GG, hatte es zwar geheißen: „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, durch welche die Nichtigkeit eines Gesetzes oder eines Teiles eines solchen festgestellt wird, haben Gesetzeskraft.“ Aber die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze empfand man auch im Parlamentarischen Rat als selbstverständlich, ohne daß man hier irgendwelche Probleme vermutete. Vor allem sah man keine Unterschiede zwischen einem ‚außer Anwendung lassen‘ und einem ‚Nichtig- oder Ungültigerklären‘. Außerdem waren die Beratungen stark durch einen Gesetzesentwurf der Reichsregierung vom 11. Dezember 1926²⁹ beeinflusst, der in der Weimarer Zeit viel beachtet worden war und die Prüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch den Staatsgerichtshof zum Gegenstand hatte. In der Begründung dieses Entwurfes wurde, als offenbar selbstverständlich und unproblematisch, lediglich gesagt:

„Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs stellt im Falle einer Ungültigkeitserklärung fest, daß die fragliche Rechtsnorm von Anfang an nichtig gewesen ist. Rechtskräftige Entscheidungen aus der Zwischenzeit, die diese Norm als gültig behandelt haben, bleiben nach den allgemeinen Grundsätzen über die Grenzen der Rückwirkung unberührt.“³⁰

²⁵ Vgl. dazu *v. Doemming-Füsslein-Matz*, JÖR NF Bd. 1 (1951), S. 684 ff.

²⁶ Sehr deutlich bei *Schmid*, HA-Prot., S. 277.

²⁷ Vgl. auch dazu die Ausführungen der Abg. *v. Mangoldt* und *Zinn*, HA-Prot., S. 276 f.

²⁸ Vgl. HA-Prot., S. 277.

²⁹ Vgl. RT-Drucksache Nr. 2855 (3. Wahlperiode, 1924, Bd. 412); dazu die Diskussionen auf dem 34. Deutschen Juristentag; näheres bei *Maurer*, DÖV 1963, S. 686 f. Mehrfach wird dieser Gesetzesentwurf im Bericht von *Zinn*, S. 43 ff., erwähnt.

³⁰ Vgl. RT-Drucksache Nr. 2855, S. 5 (3. Wahlperiode 1924, Bd. 412).

Ebenso wie der Reichsregierung fehlte eben auch dem Parlamentarischen Rat insoweit jedes Problembewußtsein.

Zusammenfassend kann aus der Entstehungsgeschichte des GG also nur entnommen werden, daß die hier zu untersuchenden Probleme der Folgen gesetzeskräftiger Rechtssatzkontrollentscheidungen nicht erkannt wurden und daher weder gelöst worden sind noch gelöst werden sollten.

b) Die einschlägigen Bestimmungen des BVerfGG

Bei den Beratungen zum BVerfGG³¹ erkannte man jedoch bald, daß die Regelung der Folgen der festgestellten Verfassungswidrigkeit ein zentrales Problem der gesamten Rechtssatzkontrolle ist³². Der Rechtsausschuß des Bundestages hat sich sehr ausführlich in mehreren Sitzungen mit diesen Fragen befaßt und klar und deutlich die praktischen Schwierigkeiten einer möglichst wirkungsvollen Durchsetzung der Rechtssatzkontrollentscheidungen gesehen. Sie wurden vor allem bei der Beratung des späteren § 78 BVerfGG erörtert. § 78 BVerfGG geht auf § 72 des RegE zurück, der sinngemäß dem § 78 entspricht. In der amtlichen Begründung des RegE sind die Grundgedanken, die zu dieser Regelung geführt haben, kurz und knapp dargelegt:

„Anders als die Beschlüsse des Reichsgerichts nach Art. 13 der Weimarer Verfassung soll die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur die Unvereinbarkeit der Rechtsnorm mit einer Rechtsnorm höheren Ranges, sondern die sich daraus ergebende Rechtsfolge feststellen: die Nichtigkeit der Rechtsnorm niederen Ranges. Diese Wirkung tritt ex tunc ein. Maßgebend ist der Augenblick der Entstehung des Widerspruches...“³³

Neben dem § 72 des RegE lag dem Rechtsausschuß § 43 des Entwurfes der SPD vor, der dem § 43 des hess.StGHG vom 12. Dezember 1947³⁴ nachgebildet war. § 43 des SPD-Entwurfes lautete:

„(1) Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat Gesetzeskraft.

(2) Das Bundesverfassungsgericht kann seinem Urteil rückwirkende Kraft verleihen und bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Wiederaufnahme anderer, bereits rechtskräftig abgeschlossener Verfahren zulässig ist, soweit eine dort erlassene Entscheidung zu seinem Urteil in Widerspruch steht.“³⁵

³¹ Zur Entstehungsgeschichte des gesamten BVerfGG Geiger, Kommentar, Einl. IV, S. XIX ff.

³² So bezeichnete der Vertreter des BJM im RA das „als die allerschwierigste Frage des ganzen Gesetzes“, vgl. Prot. der 52. Sitzung des RA des Deutschen Bundestages in: RA-Drucksache Nr. 94 (1. Wahlperiode 1949), Teil VI (im folgenden zitiert: RA-Prot., a.a.O.), S. 42. — Eine Namensnennung ist dem Verf. untersagt, da die Verhandlungen nicht öffentlich waren.

³³ Vgl. BT-Drucksache Nr. 788 (1. Wahlperiode 1949), S. 34.

³⁴ Vgl. den Wortlaut dieser Bestimmung oben S. 38.

³⁵ Vgl. Drucksache Nr. 328 (1. Wahlperiode 1949), S. 9.

Auf Regierungsseite hielt man zunächst den Fortbestand rechtskräftiger Entscheidungen trotz der anfänglichen Ungültigkeit des Gesetzes für so selbstverständlich und zur Abwendung unüberschaubarer Folgen notwendig, daß eine ausdrückliche Regelung nicht vorgesehen war³⁶. Bei der eingehenden und gründlichen Erörterung der Folgen der Nichtigkeitsfeststellung in der 52. Sitzung des RA³⁷ wurden aber von allen Seiten immer wieder schwerwiegende Bedenken gegen die Unantastbarkeit rechtskräftiger Entscheidungen vorgebracht. Mehrfach wurde darauf hingewiesen, daß es für das Gerechtigkeitsempfinden unerträglich sei, z. B. ein Strafurteil, das auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruhe, bestehen zu lassen³⁸. Im RA wurden die verschiedenartigsten Fälle anderer verfassungswidriger Gesetze erörtert; schließlich setzte sich immer stärker die Meinung durch, daß man wegen der unterschiedlichen Wirkungen verfassungswidriger Gesetze keine einheitliche Regelung treffen könne und allein der Hinweis auf die Rechtskraft nicht ausreiche³⁹. Eine solche Regelung müsse aber — und das wurde in erster Linie gegen den SPD-Entwurf vorgebracht — allein der Gesetzgeber treffen. Wenn man dem BVerfG die Regelung so verschiedenartiger Sachverhalte zubillige, würde man es zum Gesetzgeber machen, was nicht möglich sei⁴⁰. In den späteren Beratungen wurde daraufhin der RegE unter Beibehaltung des § 72 durch einen § 72 a ergänzt. In diesem Paragraphen sollten die Wirkungen der Nichtigkeitsklärung für die einzelnen Fälle geregelt werden. Von da an konzentrierten sich die Beratungen ganz auf die Formulierung dieses § 72 a⁴¹, der später als § 79 in die endgültige Fassung einging, während der § 72 im wesentlichen unverändert als § 78 in die Endfassung übernommen wurde.

Die Einzelheiten des § 79 BVerfGG und seiner Entstehungsgeschichte⁴² interessieren nicht in diesem Zusammenhang, wenn man die Vorstellungen des Gesetzgebers zur Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit verdeutlichen will. Zwar müßte grundsätzlich die Erörterung der Auswirkungen der Nichtigkeitsfeststellung noch am besten die Vorstellungen des Gesetzgebers über Inhalt und Bedeutung der Rechtssatzkontrollentscheidungen offenbaren, aber damit würde man schon im Ansatzpunkt den Auffassungen der Schöpfer des BVerfGG nicht

³⁶ Vgl. die bereits erwähnte amtl. Begründung des RegE zu § 72; ferner RA-Prot. a.a.O., S. 42.

³⁷ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 42—48.

³⁸ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 43 f.

³⁹ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 48.

⁴⁰ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 43 und 45.

⁴¹ Vgl. die Verhandlungen in der 72. und 82. Sitzung des RA, RA-Prot. a.a.O., S. 51—83. Der Wortlaut dieses § 72 a unten S. 93.

⁴² Dazu ausführlich unten in Teil 3, Kap. 1, Abschn. 1.

gerecht. Die wohl überwiegende Meinung im RA war nämlich, daß die Nichtigkeitsfeststellung des Gesetzes selbst und deren Auswirkungen zwei verschiedene und unterscheidbare Dinge seien. Der beste Beweis dafür ist, daß man den § 72 trotz der umfangreichen Überlegungen zu § 72 a unverändert ließ. Demgegenüber empfindet man heute bisweilen die §§ 78 und 79 als inkonsequent und widersprüchlich, weil einerseits dem BVerfG generell die Feststellung der Nichtigkeit vorgeschrieben wird, andererseits aber die Folgen der Nichtigkeit ganz erheblich eingeschränkt und modifiziert werden⁴³.

Die Nichtigkeit des Gesetzes als Folge der Verfassungswidrigkeit hielt man in den Beratungen für unumgänglich und zwingend geboten. Das wird einmal deutlich an der Begründung des RegE, die völlig an den rechtstheoretischen Rangordnungsvorstellungen orientiert ist, wie sie zuvor bereits dargelegt und kritisch beleuchtet wurden⁴⁴. Aber auch in den Beratungen selbst tauchten verschiedentlich Formulierungen auf, wie die Nichtigkeit sei eine „absolut notwendige Rechtsfolge“⁴⁵ oder die „Nichtigkeit des Gesetzes ... sei schon kraft der Verfassung eingetreten; die Nichtigkeit werde vom Bundesverfassungsgericht nur deklaratorisch festgestellt“⁴⁶. So eindeutig sind die Formulierungen allerdings nicht immer. Vor allem läßt sich daraus nicht entnehmen, in § 78 habe man sich ganz bewußt für die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit entschieden. Es fehlte das Wissen um eine Alternative, denn die Unterscheidung Ipso-jure-Nichtigkeit — Vernichtung ex tunc war dem Ausschuß nicht geläufig. Die entsprechenden Äußerungen in den Ausschußberatungen und auch in den Bundestagslesungen⁴⁷ sind mehr eine Rechtsansicht des jeweiligen Redners als ein Hinweis oder eine Erläuterung zu einer im Gesetz in ganz bestimmter Weise entschiedenen Frage.

Von der Nichtigkeitsklärung des Gesetzes selbst sind aber nach Ansicht des RA die „Wirkungen der Nichtigkeit“ auf die durch das nichtige

⁴³ Vgl. etwa *Spanner*, Gutachten, S. 36 f.

⁴⁴ Vgl. oben Kap. 1, Abschn. 2 a.

⁴⁵ Vgl. das sten. Prot. der 31. Sitzung des RA am 21. 4. 1950, S. 97.

⁴⁶ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 78.

⁴⁷ Vgl. die Ausführungen des Abg. *Wahl* und des Abg. *Neumayer* bei der 2. Lesung des BVerfGG am 18. Januar 1951, BT-Prot. (112. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4227 f. und 4234. Auch der in der 3. Lesung des BVerfGG am 25. Januar 1951 gestellte, aber abgelehnte Antrag der Zentrumsfraktion, das Wort ‚Nichtigkeit‘ in § 78 durch das Wort ‚Ungültigkeit‘ zu ersetzen, ändert diesen Eindruck nicht. Dadurch sollte nicht die Frage Ipso-jure-Nichtigkeit oder rückwirkende Vernichtung geklärt werden, sondern es ging um die Verfassungswidrigkeit vorkonstitutioneller Gesetze, bei der man an dem Wort Nichtigkeit Anstoß nahm, weil es sich niemals um eine anfängliche Ungültigkeit handeln konnte, vgl. BT-Prot. (114. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4299.

Gesetz in irgendeiner Form beeinflussen und geregelten Lebenssachverhalte zu unterscheiden. Diese meinte man selbständig und getrennt regeln zu können⁴⁸. Bezeichnenderweise erklärte der Vertreter des BJM, nachdem man in der 52. Sitzung lange und ausführlich über die Schwierigkeiten, die sich aus einer Nichtigkeitsklärung ergeben könnten, beraten hatte, man sei bereit, „die Frage noch einmal zu durchdenken und Eventualvorschläge vorzulegen in der Linie: Vernichtung ex tunc, Wirkung ex nunc“⁴⁹. Dieser Eventualvorschlag war dann der § 72 a, aus dem später § 79 hervorging.

Zu dieser Unterscheidung läßt sich kritisch folgendes bemerken: Selbstverständlich kann man die Folgen der Verfassungswidrigkeit ganz bewußt auf die Nichtigkeit des Rechtssatzes beschränken. Man findet dann die „rechtlich nicht erhebliche Nichtigkeit“⁵⁰ wieder, deren Sinn als Rechtsfolge allein darin besteht, einen abstrakten Satz für unbeachtlich zu erklären. Das ist ein ganz neuer Nichtigkeitsbegriff, der im rein normativen Bereich verbleibt. Dagegen ist die Feststellung der Verfassungswidrigkeit für die durch die bisherige Anwendung und Befolgung des Gesetzes entstandene Rechtswirklichkeit praktisch ohne Bedeutung. Sicherlich hatte man im RA nicht genau bedacht, daß durch diese Unterscheidung der Begriff der Nichtigkeit weitgehend inhaltsleer wird. Man hatte nur versucht, einen Kompromiß zwischen der theoretisch so notwendig erscheinenden Nichtigkeitsfeststellung und den ebenso unabweisbaren praktischen Bedürfnissen zu finden. Leider nahm der RA die Unvereinbarkeit von beidem nicht zum Anlaß, die in § 78 Satz 1 aufgestellte Nichtigkeitsanktion noch einmal zu überdenken, sondern er begnügte sich mit einer begrifflichen Scheinlösung.

Diese Hinweise auf die Entstehungsgeschichte sind zwar für das Verständnis der Rechtssatzkontrollbestimmungen sehr aufschlußreich, sie geben aber kein klares Bild von den Vorstellungen des Gesetzgebers zur Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit und damit auch keine Antwort auf die Frage der Berechtigung dieses Grundsatzes im geltenden Recht. Im Parlamentarischen Rat hat man das Problem der Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes überhaupt nicht richtig erkannt, da der Blickwinkel weitgehend von dem allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht der Weimarer Zeit bestimmt war. Bei den Beratungen zum BVerfGG sah man zwar recht deutlich die grundsätzlichen Schwierigkeiten einer Verwirklichung der Nichtigkeitsanktion,

⁴⁸ Diese Vorstellung kommt in den Protokollen mehrfach deutlich zum Ausdruck, vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 42 unten, S. 43, 58, 72 f.

⁴⁹ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 43 oben.

⁵⁰ Vgl. *Geiger*, Kommentar, Anm. 4 zu § 78 (S. 249); ähnlich auch *Friesenhahn*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 143.

aber die fehlende praktische Erfahrung ließ zuviel Raum für rechtstheoretische Erwägungen und wirklichkeitsfremde Abstraktionen.

3. Systematische Interpretation der Bestimmungen des GG über das Rechtssatzkontrollverfahren

Das GG enthält im IX. Abschnitt in den Art. 93, 94 und 100 Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmungen, durch die die Rechtssatzkontrolle in ihrem Kern, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, geregelt wird⁵¹. Verschiedentlich wird behauptet, diese Artikel seien reine „Verfahrensvorschriften“, und darum könne sich aus ihnen auch nichts über die Berechtigung der Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit herleiten lassen⁵². Richtig an dieser Behauptung ist, daß es sich bei diesen Artikeln zwar um Verfahrensbestimmungen handelt, im übrigen verbirgt sich aber dahinter eine merkwürdige Abwertung des Verfahrensrechts. Ihr muß entschieden widersprochen werden.

Stellt man sich auf den schon an anderer Stelle dargelegten Standpunkt, daß kein Rechtssatz sich jemals selbst anwenden und geltend machen kann, sondern dazu stets bestimmter Instanzen und Organe bedarf⁵³, so kann grundsätzlich auch die Frage nach der Geltung verfassungswidriger Gesetze nicht unabhängig von den verfahrensmäßigen Formen der Geltendmachung beantwortet werden. Wenn es keine Instanz gibt, die in irgendeiner Form, sei es inzidenter oder selbständig, über die Verfassungswidrigkeit und Gültigkeit eines Gesetzes entscheiden kann, dann gibt es auch keine nichtigen oder ungültigen Gesetze. Vielmehr besteht in einer solchen Lage eine unbeschränkte und unbeschränkbare Gesetzesbindung, deren Herr allein der Gesetzgeber selbst ist. Zwangsläufig sind dann alle Gesetze, auch die verfassungswidrigen, solange gültig, bis der Gesetzgeber sie aufhebt. Dieser Zusammenhang zwischen zuständiger Entscheidungsinstanz und Gesetzesgeltung läßt sich nicht wegdisputieren. Er beweist, wie Verfahrensrecht und sogenanntes materielles Recht aufeinander bezogen sind und sich gegenseitig durchformen⁵⁴. Nur auf Grund der Verfahrensbestim-

⁵¹ Zunächst war beabsichtigt, noch mehr verfahrensrechtliche Bestimmungen in das GG aufzunehmen, vgl. z. B. die Nachweise zur Entstehungsgeschichte des Art. 94 bei *v. Doemming-Füsslein-Matz*, JÖR NF Bd. 1 (1951), S. 683 ff.; erst später hat man wegen der teilweise sehr schwierigen Einzelfragen darauf verzichtet und dem Bundesgesetzgeber die Regelung überlassen.

⁵² Vgl. etwa *Bachof*, AÖR Bd. 87 (1962), S. 34; *Hamann*, NJW 1959, S. 1469; *Scheuner*, BB 1960, S. 1255.

⁵³ Vgl. oben Kap. 1, Abschn. 1 c.

⁵⁴ Bei allen Vorbehalten gegenüber einzelnen Thesen von *Haak* ist dieser Zusammenhang von ihm deutlich erkannt und für das GG ausgewertet worden, vgl. a.a.O., S. 157 ff. Zu diesem Zusammenhang auch sehr klar *Kelsen*, Staatsgerichtsbarkeit, S. 44, *ders.*, Rechtslehre, S. 278.

mungen des GG kann demnach endgültig die Frage beantwortet werden, ob die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit mit dem GG vereinbar ist oder nicht.

Soweit überhaupt versucht wird, die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit aus dem geltenden Verfassungsrecht und nicht nur mit allgemeinen theoretischen Erwägungen zu rechtfertigen, beruft man sich aber häufig nicht in erster Linie auf diese Verfahrensbestimmungen, sondern auf die Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 und 79 GG⁵⁵. Nur um zu dieser Ansicht Stellung nehmen zu können, sei daher kurz auf deren normativen Gehalt eingegangen.

a) Der normative Gehalt der Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 und 79 GG

Die Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 und 79 GG enthalten keine speziellen Bestimmungen über die Rechtssatzkontrolle. Allerdings setzen sie die Bindung aller staatlichen Gewalt, vor allem auch des Gesetzgebers, an die Verfassung und insoweit auch einen ‚Vorrang‘ der Verfassung fest. Sie schaffen dadurch immerhin die Grundvoraussetzung, um überhaupt Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen zu können. Alle weiteren Schlüsse dahingehend, daß damit auch die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungsrechtlich verankert sei, verkennen den normativen Gehalt dieser Bestimmungen und wiederholen nur bereits bekannte Gedankengänge der Rangordnungslehre. Sie begegnen damit genau denselben bereits dagegen geäußerten Bedenken⁵⁶.

Art. 1 Abs. 3 spricht die Bindung aller staatlichen Gewalt, auch der Gesetzgebung, an die Grundrechte „als unmittelbar geltendes Recht“ aus. Dadurch ist klargestellt, daß es sich bei den Grundrechten nicht um bloße Programmsätze und leere Deklamationen, sondern um unmittelbar anwendbare Rechtssätze handelt. Damit wird bewußt auf einen Unterschied zum Grundrechtsteil der Weimarer Verfassung hingewiesen. Die damals bestehenden Zweifel über den Rechtscharakter der Grundrechte sind nunmehr ausgeräumt⁵⁷. Art. 20 Abs. 3 bringt in allgemeinerer Form die Bindung des Gesetzgebers „an die verfassungsmäßige Ordnung“ und nicht nur wie Art. 1 Abs. 3 an die Grundrechte zum Ausdruck. Art. 79 erläutert im einzelnen die Schranken dieser Bindung einschließlich der verfahrensmäßigen Möglichkeiten, sie zu übersteigen. Die Folgen eines Verstoßes des Gesetzgebers gegen diese Bin-

⁵⁵ *Arndt*, DöV 1959, S. 82 f.; *ders.*, BB 1960, S. 994 und S. 1351 f.; *Hamann*, NJW 1959, S. 1467; *Löwisch*, JZ 1961, S. 731; *Scheuner*, BB 1960, S. 1255.

⁵⁶ Siehe oben Kap. 1, Abschn. 2 a.

⁵⁷ Vgl. *v. Mangoldt-Klein*, a.a.O., Vorbem. II, 2 zu I: Die Grundrechte, S. 102; *Dürig* in *Maunz-Dürig*, RdNr. 92 zu Art. 1; ebenso *Henke*, Staat Bd. 3 (1964), S. 444.

dung und die Lösung einer Kollision von Rechtssätzen sind jedoch in diesen Bestimmungen nicht geregelt⁵⁸. Die Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 sind *Verhaltensnormen*, die festlegen, was der Gesetzgeber und andere staatliche Gewalten tun dürfen und was sie nicht tun dürfen und darum verfassungswidrig ist. Darin erschöpft sich ihr normativer Gehalt. Will man aus dieser Bindung weitergehend auf die automatische Nichtigkeit aller verfassungswidrigen Gesetze schließen, so bedarf es dazu wiederum der weiteren Voraussetzung, daß eine normative Ordnung sich jemals selbst geltend machen könne und nicht auf die Entscheidungen konkreter Instanzen in bestimmten Verfahren angewiesen sei. Die Berufung auf diese Verfassungsartikel bringt also keine neuen Gesichtspunkte; damit wird nur die gesamte Rangordnungslehre wiederholt und in bestimmte Artikel des GG hineininterpretiert. Auch ein Hinweis auf Art. 79 GG macht die Argumentation nicht überzeugender. Selbstverständlich wäre mit der Ablehnung einer Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze die Annahme vorläufiger Geltung eines jeden — auch des verfassungswidrigen — Gesetzes verknüpft. Ohne Zweifel steckt darin eine Verfassungsdurchbrechung, aber auch Art. 79 vermag hier nicht mehr zu sagen, als daß diese unzulässig ist. Gleichwohl ist sie aber vorhanden, selbst dann, wenn gegen Abs. 3 des Art. 79 verstoßen worden ist.

Schließlich ist die Berufung auf Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 auch in sich nicht ganz schlüssig, denn in diesen Bestimmungen wird die Bindung *aller* staatlichen Gewalt an die Verfassung ausgesprochen. Dem Argument des ‚weil nicht sein kann, was nicht sein darf‘ müßten ebenso alle anderen staatlichen Handlungen anheimfallen und ein verfassungswidriger Verwaltungsakt ebenso ipso jure nichtig sein wie ein „verfassungswidriges“ Urteil des BVerfG. Das wird aber von niemandem behauptet. Das Lehrbuch des Staatsrechts von *Meyer-Anschütz* begnügte sich seinerzeit gegenüber derartigen Argumenten mit dem lapidaren Satz: „Die Deduktion beweist also zuviel, mithin nichts.“⁵⁹

b) Die Bedeutung der Art. 93 und 100 GG und die Unterschiede zum Rechtszustand unter der Weimarer Verfassung

Wie bereits angedeutet, können nur die Bestimmungen des GG über das Rechtssatzkontrollverfahren etwas über die Berechtigung der Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit aussagen. Der wesentliche Inhalt der grundgesetzlichen Verfahrensregelung läßt sich wie folgt zusammen-

⁵⁸ So zutreffend *Götz*, NJW 1960, S. 1177, und *Hoffmann*, JZ 1961, S. 196; *Kipp*, a.a.O., S. 93; mißverständlich hingegen die Formulierungen bei *Henke*, Staat Bd. 3 (1964), S. 445.

⁵⁹ Vgl. § 173, S. 740.

fassen: Allein das BVerfG kann verbindlich über die Verfassungswidrigkeit formeller nachkonstitutioneller Gesetze entscheiden. Das folgt aus den Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 und 100 Abs. 1 GG, durch die dem BVerfG eine entsprechende Entscheidungszuständigkeit⁶⁰ zugewiesen wird. Daß es sich nach dem Sinn der Bestimmung um eine ausschließliche Zuständigkeit handelt, ist selbstverständlich und bedarf keiner besonderen Betonung. Diese Entscheidungszuständigkeit kann im Rahmen von drei verschiedenen Verfahrensarten ausgeübt werden:

1. bei der Entscheidung über einen Antrag gem. Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG;
2. bei der Entscheidung über den Vorlagebeschluß eines Gerichtes gem. Art. 100 Abs. 1 GG und
3. bei der Entscheidung über eine Verfassungsbeschwerde gem. §§ 90 ff. BVerfGG, wenn diese unmittelbar gegen ein Gesetz oder gegen eine Entscheidung auf Grund eines für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes gerichtet ist (§ 95 Abs. 3 Satz 1 und 2).

Dieses erste wesentliche Merkmal der grundgesetzlichen Zuständigkeits- und Verfahrensregelung läßt sich am besten als *Konzentration* oder *Entscheidungsmonopol*⁶¹ kennzeichnen. Hier zeigt sich ein bedeutender Unterschied zur Rechtslage unter der Weimarer Verfassung. Während heute die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes bei dem BVerfG monopolisiert ist, konnte in der Weimarer Zeit auf sehr verschiedenen Wegen die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes festgestellt werden⁶²:

Einmal gab es ein allgemeines, akzessorisches Prüfungsrecht, auf Grund dessen jeder Richter die Möglichkeit hatte, bei der Entscheidung eines Rechtsstreites ein Gesetz, das er für verfassungswidrig hielt, außer Anwendung zu lassen. Dieses Recht hatten alle Gerichte in allen Gerichtszweigen⁶³.

⁶⁰ Richtigerweise wird heute immer zwischen Prüfungszuständigkeit und Entscheidungszuständigkeit unterschieden. Durch Art. 100 GG ist diese Unterscheidung unumgänglich geworden; vgl. *Arndt*, BB 1960, S. 534; *Maunz* und *Dürig* in *Maunz-Dürig*, Rdnr. 65 zu Art. 20.

⁶¹ Dieser Begriff bei *Arndt*, BB 1959, S. 534; auch *Maunz* und *Dürig* in *Maunz-Dürig*, Rdnr. 64 zu Art. 20.

⁶² Einen guten und ausführlichen Überblick bieten *Hensel*, HdbDStR § 84 V C (S. 327 ff.); *Friesenhahn*, Staatsgerichtsbarkeit, S. 533 ff.; *v. Hippel*, Prüfungsrecht, S. 552 ff.; *Merk*, a.a.O., § 34—36 (S. 443—510).

⁶³ In der Lehre wurde die Zulässigkeit eines Prüfungsrechts z. T. heftig bestritten, so etwa von *Anschütz*, Kommentar, Anm. 5 zu Art. 70 (S. 371 ff.) und *Thoma*, AöR Bd. 43 (1922), S. 267 ff., *ders.*, Funktionen, S. 143 f.; vgl. dazu auch den Überblick bei *Maurer*, DÖV 1963, S. 683 ff.

Außerdem konnte gem. Art. 13 Abs. 2 WRV „ein oberster Gerichtshof des Reichs“ die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit der Reichsverfassung — nicht nur mit einfachem Reichsrecht — feststellen. Diese Zuständigkeit lag gem. § 1 des Ausführungsgesetzes zu Art. 13 vom 8. April 1920 (RGBl. I 1920, S. 510) grundsätzlich beim Reichsgericht und war nur für bestimmte Sachbereiche anderen oberen Gerichten zugewiesen⁶⁴.

Schließlich hatte auch der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich im Rahmen seiner Zuständigkeit zur Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten gem. Art. 19 WRV die Möglichkeit, Verstöße von Landesgesetzen gegen die Reichsverfassung festzustellen⁶⁵. In den bekannten Wahlrechtsentscheidungen⁶⁶ hat er das z. B. mehrfach getan.

Durch das GG sollte ganz bewußt dieses Nebeneinander von verschiedenen zuständigen Instanzen beseitigt werden — die Entstehungsgeschichte des Art. 93 GG zeigt das besonders deutlich⁶⁷ —, um die Rechtssicherheit und vor allem eine einheitliche Rechtsprechung und Verfassungsauslegung besser gewährleisten zu können. Mit der ‚Konzentration‘ beim BVerfG ist dieses Ziel auch tatsächlich erreicht worden.

Die Besonderheit des Kontrollverfahrens gegenüber der Weimarer Zeit liegt jedoch nicht nur in der Konzentration, wenn das vielleicht auch in erster Linie von den Schöpfern des GG beabsichtigt war. Sonst müßte man nämlich die vom BVerfG ausgeübte Rechtssatzkontrolle im wesentlichen als ein bei einer Instanz konzentriertes richterliches Prüfungsrecht kennzeichnen können. Damit würde aber die rechtliche Bedeutung der Tätigkeit des BVerfG nur teilweise erfaßt. Das Prüfungsrecht unter der WRV — von dem Verfahren gem. Art. 13 Abs. 2 zunächst einmal abgesehen — war nämlich nicht nur allgemein, sondern auch streng *akzessorisch*, d. h. es konnte nur im Rahmen eines Rechtsstreites, soweit es für dessen Entscheidung darauf ankam, ausgeübt werden⁶⁸.

Auf unsere heutigen Verhältnisse übertragen würde das bedeuten: Allein das BVerfG entscheidet darüber, ob in einem Rechtsstreit ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit ‚außer Anwendung gelassen‘ werden kann. Durch eine solche Entscheidung würde nicht allgemeinver-

⁶⁴ Vgl. *Anschütz*, Kommentar, Anm. 5 zu Art. 13 (S. 106 f.); *Hensel*, HdbDStR § 84 V C (S. 328).

⁶⁵ Ausführlich dazu und zur Zulässigkeit dieser Praxis *Friesenhahn*, Staatsgerichtsbarkeit, S. 539 ff.

⁶⁶ Überblick bei *Walter Jellinek*, AöR Bd. 54 (1928), S. 99—139.

⁶⁷ Vgl. dazu oben Kap. 2, Abschn. 2 a.

⁶⁸ Das wird nicht immer mit der notwendigen Deutlichkeit hervorgehoben. Sehr klar allerdings bei *Schmitt*, Hüter, S. 16 ff., und *ders.*, Reichsgericht, S. 88 f.; vgl. auch *Kneser*, AöR Bd. 89 (1964), S. 132.

bindlich die Verfassungswidrigkeit festgestellt, sondern es würde nur zwischen zwei Parteien, allein mit Wirkung für diese, eine Rechtsfrage entschieden. In einem späteren Rechtsstreit könnte grundsätzlich bei einer Änderung der Rechtsprechung ein früher außer Anwendung gelassenes Gesetz wieder angewandt werden. Von einer solchen Entscheidung des BVerfG ginge lediglich eine gewisse Präcedenzwirkung aus, der aber in unserem Recht keine eigene Rechtsqualität zukommt⁶⁹. Die erstrebten praktischen Vorzüge — einheitliche Rechtsprechung und Verfassungsauslegung, keine abweichenden Entscheidungen mehrerer letztinstanzlicher Gerichte — wären auch mit einem solchen Verfahren bereits erreicht⁷⁰.

Kennzeichen eines streng akzessorischen Prüfungsrechts — gleich, ob allgemein oder konzentriert — ist also immer, daß ein Gesetz nur ‚außer Anwendung gelassen‘ und nicht für ‚nichtig erklärt‘ wird. ‚Außer Anwendung lassen‘ und ‚nichtig erklären‘ sind nicht dasselbe. Allerdings wird diese Unterscheidung nicht immer mit der notwendigen Schärfe erkannt. In der Weimarer Zeit ist nie ein Gesetz für ‚nichtig erklärt‘ worden. Entweder war es nur ein ‚außer Anwendung lassen‘ oder man beschränkte sich, wie im Verfahren gem. Art. 13 Abs. 2 WRV, auf die bloße Feststellung der Verfassungswidrigkeit⁷¹. Zwar wurde, z. B. in der berühmten Entscheidung des RG vom 4. November 1925, von „Gültigkeit aberkennen“ gesprochen, aber das war eine begriffliche Unschärfe, die das RG selbst an späterer Stelle der Urteilsgründe berichtigt hat, wenn es dann von einem „außer Anwendung lassen“ spricht⁷². Die Entscheidungen gem. Art. 13 Abs. 2 WRV hatten zwar Gesetzeskraft (§ 3 Abs. 3 des Gesetzes vom 8. April 1920), aber über deren Bedeutung bestanden erhebliche Unklarheiten⁷³.

⁶⁹ Vgl. *Schmitt*, Reichsgericht, S. 89. In etwa wird in den Vereinigten Staaten ein solches Verfahren praktiziert, obwohl dort die Besonderheit der anerkannten Präcedenzwirkung gerichtlicher Urteile besteht. So hat der Supreme Court in einer Entscheidung ausgeführt: „a statute may be invalid as applied to one state of facts and valid as applied to another“ (zitiert nach *Field*, a.a.O., S. 7).

⁷⁰ Vgl. dazu auch *Windisch*, a.a.O., S. 45 ff.

⁷¹ Das kommt in dem Überblick von *Maurer*, DöV 1963, S. 683 ff. nicht klar zum Ausdruck. *Maurer* setzt an den Anfang seiner Ausführungen die unbewiesene These, daß ein richterliches Prüfungsrecht nur möglich sei, wenn der Grundsatz der anfänglichen Nichtigkeit herrsche. Dadurch werden die Unterschiede zwischen der Weimarer Verfassung und dem GG von vornherein verzerrt dargestellt.

⁷² Vgl. RGZ 111, 322 und später richtig 323 oben; dazu auch *Schmitt*, Reichsgericht, S. 91.

⁷³ In den Kommentaren zu Art. 13 finden sich sehr unklare Formulierungen, aus denen nicht hervorgeht, ob die reichsgesetzwidrigen Landesgesetze ipso jure nichtig sind oder rückwirkend vernichtet werden. Widersprüchlich heißt es bei *Giese*, a.a.O., Anm. 1 zu Art. 13 (S. 63): „... mit Inkrafttreten einer Norm des Reichsrechts verlieren alle den Gegenstand be-

Nach unserem geltenden Recht ist das BVerfG nicht nur alleinständig zur Entscheidung über die Nichtanwendung eines Gesetzes in einem bestimmten Rechtsstreit, sondern es entscheidet — auch im Verfahren gem. Art. 100 GG oder §§ 90 ff. BVerfGG — grundsätzlich allgemeinverbindlich und mit Gesetzeskraft über die Gültigkeit eines Gesetzes⁷⁴. Darin liegt der zweite wesentliche Unterschied zur Rechtslage unter der Weimarer Verfassung: Dem BVerfG steht nicht nur eine Suspensionskompetenz, sondern auch eine *Verwerfungskompetenz* zu. Gegenüber einem akzessorischen Prüfungsrecht ist das ein rechtliches „Mehr“ und geht über das zur Entscheidung eines Rechtsstreites unabdingbar Notwendige hinaus⁷⁵. Nur im Verfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG ist eine allgemeinverbindliche Entscheidung notwendig, da es um die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage und nicht um die Entscheidung eines konkreten Rechtsstreites geht. Die Verwerfungskompetenz des BVerfG ist zwar nicht im GG, sondern nur im BVerfGG ausdrücklich festgelegt (§§ 31 und 78). Dennoch bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine derartige Kompetenz. Sie ist nämlich von den Schöpfern des GG eindeutig gewollt. Das ergibt sich aus der bereits dargelegten Entstehungsgeschichte des Art. 94 Abs. 2⁷⁶ und auch aus dessen Wortlaut, denn gesetzeskräftige Entscheidungen des BVerfG sind nur bei Bestehen einer Verwerfungskompetenz denkbar und sinnvoll. Für ein bloßes ‚außer Anwendung lassen‘ bedarf es keiner Gesetzeskraft. Art. 94 Abs. 2 GG enthält also, wenn nicht selbst eine Verwerfungskompetenz, so doch zumindest die Ermächtigung an den Gesetzgeber, im BVerfGG dem BVerfG eine Verwerfungskompetenz einzuräumen⁷⁷.

treffenden Normen des Landesrechts ipso jure für immer ihre Existenz“; in Anm. 2 zu Art. 13 (S. 64) heißt es dagegen: „... daß diese Entscheidung als verfassungsgerichtliches Erkenntnis das als verfassungswidrig erkannte Landesrecht in seiner Existenz vernichtet.“ *Anschütz*, Kommentar, Anm. 6 zu Art. 13 (S. 108) spricht von der Nichtigkeit der Norm, die lediglich festgestellt werde, fügt aber hinzu, daß die inzwischen eingetretenen Rechtswirkungen der Norm „nach den allgemeinen Grundsätzen über die Rückwirkung unberührt“ blieben. So auch *Poetzsch-Heffter*, a.a.O., Anm. 9 b zu Art. 13 (S. 127); ähnlich *Merk*, a.a.O., S. 503 f.

⁷⁴ Vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG. Für die Entscheidung im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gem. § 95 Abs. 3 BVerfGG gilt das ebenfalls. Der Gesetzgeber hat inzwischen durch Änderungsgesetz vom 3. August 1963 (BGBl. I, S. 589) § 31 Abs. 2 entsprechend ergänzt.

⁷⁵ Das wird in BVerfGE 1, 197 f. nicht klar erkannt. Das BVerfG ist im Verfahren gem. Art. 100 Abs. 1 genauso ‚Hüter der Verfassung‘, wie im Verfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2. Ob das beabsichtigt oder unbeabsichtigt ist, spielt keine Rolle. Maßgebend ist der Entscheidungsinhalt.

⁷⁶ Siehe oben Kap. 2, Abschn. 2 a; vgl. auch die ursprünglich für Art. 94 Abs. 2 vorgesehene Formulierung; zweifelnd *Bachof*, DöV 1962, S. 660, der diesen Artikel offenbar übersehen hat.

⁷⁷ Die insoweit bei *Müller*, DVBl. 1962, S. 162, und *Löwisch*, JZ 1961, S. 731, bestehenden Bedenken sind also gegenstandslos.

c) Die Bedeutung von Konzentration und Verwerfungskompetenz für den Grundsatz der Ipso-jure-Nichtigkeit

Man hat versucht, gerade unter Berufung auf Art. 100 Abs. 1 GG die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit zu rechtfertigen, und gesagt:

„Die Auffassung, daß ein mit der Verfassung ... nicht vereinbares Gesetz niemals in Gesetzeskraft erwächst, wird nicht zuletzt durch Art. 100 GG bestätigt. Diese Vorschrift berechtigt und verpflichtet den Richter, jedes Gesetz auf seine Übereinstimmung mit der Verfassung zu prüfen. Zugleich enthält Art. 100 GG das Verbot, ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz der Entscheidung zugrunde zu legen. Das heißt nichts anderes, als daß einem solchen Gesetz von der Verfassung das Gelten abgesprochen wird.“⁷⁸

Den Sinn des Art. 100 Abs. 1 GG kann man wohl kaum ärger mißverstehen. Nicht auf das Prüfungs-⁷⁹, sondern auf das Entscheidungsrecht kommt es an. Das wird dem einzelnen Richter aber gerade entzogen, er hat vielmehr eine Vorlagepflicht beim BVerfG. Ebenso ist die Behauptung unzutreffend, gem. Art. 100 dürfe ein Richter ein von ihm für verfassungswidrig gehaltenes Gesetz nicht seiner Entscheidung zugrunde legen. Das muß er sogar in den vielen Fällen tun, in denen das BVerfG seine Vorlage als unbegründet verwirft. Der Richter muß dann insoweit ein Urteil fällen, nicht wie er, sondern wie es das BVerfG für richtig hält⁸⁰. Und schließlich kann man nicht aus der Befugnis zur vorläufigen Nichtanwendung eines Gesetzes — mehr besagt Art. 100 insoweit nicht — auf dessen Ipso-jure-Nichtigkeit schließen, oder man verändert fortwährend den Inhalt des Begriffes Nichtigkeit. In dieser Beweiskette fehlen zu viele Glieder.

An der Verfahrensvorschrift des Art. 100 wird auch deutlich, wie stark dadurch die „unmittelbare“ Grundrechtsbindung des Art. 1 Abs. 3 GG modifiziert wird. Das „unmittelbar gelten“ bedeutet für den Richter nicht ‚unmittelbar anwenden können‘, denn kein Richter darf die Verfassung unmittelbar gegen das (formelle, nachkonstitutionelle) Gesetz anwenden. Zwar besteht grundsätzlich ein Vorrang der Verfassung vor dem Gesetz, aber nur nach Maßgabe der Entscheidung des BVerfG⁸¹. Nach dem GG gibt es nur eine Instanz, der eine Verwerfungskompetenz zusteht, und bis diese Instanz entschieden hat, sind alle Gesetze gültig, auch wenn der eine oder andere Richter oder eine Verwaltungsbehörde ein Gesetz vorläufig außer Anwendung lassen. Die generelle

⁷⁸ So *Arndt*, DöV 1959, S. 83; dagegen *Hoffmann*, JZ 1961, S. 197.

⁷⁹ Das wird in Art. 100 Abs. 1 im Grunde schon vorausgesetzt, wie *Arndt*, BB 1959, S. 534 richtig betont hat.

⁸⁰ So zutreffend *Haak*, a.a.O., S. 160 f.

⁸¹ Auf diese systematische Bedeutung des Art. 100 hat *Haak*, a.a.O., S. 159 ff. zutreffend hingewiesen.

Geltung eines Gesetzes kann nur durch eine ebenso generelle Ungültigkeitserklärung und nicht durch ein vorläufiges ‚außer Anwendung lassen‘ einzelner Instanzen beendet werden. Kelsen, dem man so gerne seine formallogische Betrachtung des Rechts vorwirft, hat diesen Zusammenhang zwischen Gesetzesgeltung und Verwerfungskompetenz deutlich gesehen. Er bemerkt dazu⁸², daß, sobald die Rechtsordnung die Befugnis, über die Fehlerhaftigkeit eines Rechtssatzes und deren Folgen zu entscheiden, von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht und ganz bestimmten Instanzen vorbehält, dieser Rechtssatz nicht mehr als ipso jure nichtig, sondern nur noch als vernichtbar anzusehen ist. Der gegen diese Argumentation erhobene Vorwurf, sie „verwechsele Gesetzesgeltung und Verwerfungskompetenz“⁸³, ist eine bloße Behauptung und nicht ohne weiteres verständlich. Er müßte einmal näher begründet und erläutert werden.

Aus dem im GG festgelegten Verwerfungsmonopol des BVerfG ergibt sich also zwingend, daß die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze mit dem GG unvereinbar und daher abzulehnen ist. Natürlich ist es leicht, dennoch die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit mit Hilfe begrifflicher Abstraktionen weiter aufrechtzuerhalten. Besonders häufig kann man das in der deutschen Literatur feststellen⁸⁴. Sie hält die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit für ein rechtslogisches Postulat und bedient sich zur Begründung unbewußter Begriffsverschiebungen. So unterscheidet man etwa zwischen Geltung und Wirksamkeit eines Rechtssatzes⁸⁵, zwischen Nichtigkeit und rechtlich erheblicher Nichtigkeit⁸⁶ oder zwischen Nichtigkeit und sanktionsloser Nichtigkeit⁸⁷. Verfassungswidrige Gesetze sind dann, je nachdem, was man unter Geltung versteht, ipso jure ungültig, aber dennoch wirksam⁸⁸, oder nichtig, aber die Nichtigkeit ist erst nach der Entscheidung des BVerfG rechtlich erheblich. Diese begrifflichen Unterscheidungen führen nicht weiter. Sie sind ausschließlich darauf ausgerichtet, die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit um jeden Preis beizubehalten. Die Frage, ob diese Theorie der Rechtswirklichkeit entspricht, wird dagegen gar nicht erst gestellt und bleibt ungelöst.

⁸² Vgl. Staatsgerichtsbarkeit, S. 44, und Rechtslehre, S. 273; ferner Windisch, a.a.O., S. 40 und 63.

⁸³ So Bachof, AöR Bd. 87 (1962), S. 34.

⁸⁴ Vgl. dazu auch Imboden, a.a.O., S. 68; ferner Spanner, Gutachten, S. 36 f.

⁸⁵ So Zuck, DöV 1962, S. 658.

⁸⁶ Vgl. Geiger, Kommentar, Anm. 4 zu § 78 (S. 249); ähnlich auch Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 143.

⁸⁷ So anscheinend Bachof, AöR Bd. 87 (1962), S. 34.

⁸⁸ Vgl. Zuck, DöV 1962, S. 658.

Gegenüber der hier vertretenen Ablehnung der Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit wird schließlich noch ein anderer Einwand erhoben. Jedermann könne sich auch schon vor der Entscheidung des BVerfG auf die Nichtigkeit eines Gesetzes berufen. Er könne diese z. B. im Prozeß gegenüber einem Vertragskontrahenten geltend machen oder etwa einen Verwaltungsakt wegen Verfassungswidrigkeit der Rechtsgrundlage anfechten⁸⁹. Dieses Argument überzeugt nicht. Es ist m. E. nicht einzusehen, daß die Möglichkeit einer solchen Berufung ein Beweis für die Ipso-jure-Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes ist. Eine Rechtsfolge tritt nicht deshalb ein, weil man sich im Prozeß darauf beruft. Das zeigt auch deutlich der Umstand, daß die Berufung auf die Verfassungswidrigkeit keinen Suspensiveffekt hat. Dieser tritt erst unter besonderen Voraussetzungen auf Grund einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 BVerfGG ein. Erfahrungsgemäß macht das BVerfG aber von dieser Möglichkeit nur selten Gebrauch. Die geringe Überzeugungskraft derartiger Einwände ist darauf zurückzuführen, daß sie meist die normativistischen Gedankengänge der Rangordnungslehre zur stillschweigenden Voraussetzung haben. Dadurch wird die Bedeutung der für die Frage der Ipso-jure-Nichtigkeit allein maßgeblichen Verfassungsbestimmungen, wie z. B. des Art. 100, nicht in vollem Umfang erkannt. Vielmehr werden sie von vornherein im Sinne der Rangordnungslehre ausgelegt. Das heißt: Man sucht in der Verfassung nur die Bestätigung der Ipso-jure-Nichtigkeit, nicht aber deren Begründung.

Die im ersten Teil dieser Untersuchung durchgeführte Kritik der Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze hat die Unvereinbarkeit dieser Theorie mit dem geltenden Verfassungsrecht ergeben und kann damit als abgeschlossen betrachtet werden. Im Rahmen dieser Kritik wurde auf verschiedene Grundprobleme jeder Rechtssatzkontrolle eingegangen. Dabei blieb bisher die heute viel erörterte Frage nach der funktionalen Stellung der Rechtssatzkontrolle im gewaltengliedernden Rechtsstaat, also nach der Zugehörigkeit zur Gesetzgebung oder zur Rechtsprechung, ausgeklammert, weil sie nicht unmittelbar mit dem Grundsatz der Ipso-jure-Nichtigkeit zusammenhängt. Da sie jedoch regelmäßig zusammen mit den zuvor besprochenen Problemen erörtert wird, seien einige kurze Bemerkungen dazu in der Form eines Exkurses angefügt.

⁸⁹ Vgl. Bachof, AöR Bd. 87 (1962), S. 34.

Exkurs:

Die Stellung der Rechtssatzkontrolle innerhalb der Staatsfunktionen

Auf der Grundlage der in der Einleitung gekennzeichneten, allgemein verbreiteten Problemsicht könnte man das Ergebnis des ersten Teils dieser Untersuchung wie folgt zusammenfassen: Verfassungswidrige Gesetze sind nicht ipso jure nichtig, sondern nur rückwirkend vernichtbar; darum sind die entsprechenden Entscheidungen des BVerfG keine Feststellungs-, sondern Gestaltungsurteile. In Wirklichkeit geht eine solche Folgerung jedoch zu weit; es wäre richtiger, zu sagen, die Entscheidungen des BVerfG haben konstitutive Wirkung, denn die Frage, ob es sich überhaupt um Urteile im herkömmlichen Sinne unseres Prozeßrechts handelt, ist noch unbeantwortet. Die Meinungen darüber, ob Rechtssatzkontrollentscheidungen Rechtsprechungs- oder Gesetzgebungsakte sind, sind im Schrifttum sehr geteilt. Überwiegend wird der Rechtsprechungscharakter betont⁹⁰, im neueren Schrifttum finden sich allerdings auch zahlreiche Stimmen für den Gesetzgebungscharakter⁹¹. Die Frage kann hier nicht abschließend erörtert werden, es sei nur auf einige Punkte aufmerksam gemacht, die in der bisherigen Auseinandersetzung nicht immer klar hervortreten und zu mancherlei Polemik und Mißverständnissen Anlaß geben.

Zu einem großen Teil beruhen die Meinungsverschiedenheiten darauf, daß über den Inhalt der Begriffe Rechtsprechung und Gesetzgebung keine Klarheit herrscht. Meist begnügt man sich mit sehr vagen Umschreibungen des Begriffes der Rechtsprechung im materiellen Sinne. Wenn es auch sehr schwierig ist, eine genaue Definition des Begriffes

⁹⁰ Unter anderen seien hier erwähnt: *Arndt*, DöV 1959, S. 81 f.; *Bachof*, Grundgesetz und Richtermacht, S. 35 ff.; *ders.*, AöR Bd. 87 (1962), S. 34; *Bettermann*, ZZP Bd. 72 (1959), S. 36; *Friesenhahn*, Wesen, S. 129 ff.; anders aber *ders.*, Staatsgerichtsbarkeit, S. 526; *Geiger*, Kommentar, Anm. 14 zu § 31 (S. 117); *Goessl*, a.a.O., S. 42 f.; *Lechner* bei Wintrich-Lechner, a.a.O., S. 713; *ders.*, Kommentar, Anm. III, 1 zu § 31 (S. 181); *v. Mangoldt*, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 93 (S. 504 ff.); wohl auch *v. Mangoldt-Klein*, a.a.O., Einleitung IV, 5 (S. 7 f.); *Maunz* in Maunz-Sigloch-Müller Bleibtreu-Klein, Rdnr. 7 zu § 1; *ders.*, in Maunz-Dürig, Rdnr. 19 zu Art. 31; *Menger*, a.a.O., § 26 (S. 86 ff.); *Müller*, DVBl 1962, S. 161 f.; *Scheuner*, DVBl 1952, S. 617; *Schumann*, a.a.O., S. 64; *Wintrich*, a.a.O., S. 204 f.; ebenso auch BGH in NJW 1965, S. 296 f.

⁹¹ So z. B. *Drath*, a.a.O., S. 96; *Henke*, Staat Bd. 3 (1964), S. 449 ff.; *Krüger*, Verfassungswandlung, S. 161; *ders.*, Staatslehre, S. 708; *Leibholz*, Status, S. 78; *Mayer*, a.a.O., S. 49; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 19 I b 5 (S. 73); aus dem älteren Schrifttum vor allem *Schmitt*, Hüter, S. 45. Bemerkenswert auch die Formulierung des BVerfG in BVerfGE 1, 409: „... daß jede Normenkontrolle begrifflich ein Hinübergreifen der richterlichen Gewalt in die gesetzgeberische Sphäre“ sei.

Rechtsprechung zu geben⁹², so sollte man doch wenigstens sagen, ob man deren Schwerpunkt in der Rechtsanwendung und Subsumtion, in der Streitentscheidung durch einen unbeteiligten Dritten, in der Einzelfallentscheidung oder in dem verselbständigten Ausspruch dessen, was Rechtens ist, sieht⁹³. Häufig wird die Frage auch dahin mißverstanden, als ginge es darum, ob Rechtssatzkontrollentscheidungen Rechtsentscheidungen oder politische Entscheidungen seien. Abgesehen davon, ob eine solche Fragestellung überhaupt möglich ist, liegt dieses Problem auf einer ganz anderen Ebene. Das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung ist keineswegs mit dem von Recht und Politik identisch. Mit einer Zuordnung der Rechtssatzkontrolle zur Gesetzgebung verbindet sich daher auch kein abfälliges Werturteil über die Entscheidung oder über die entscheidende Instanz. Auch organisatorische Fragen haben in diesem Zusammenhang keine Bedeutung. Selbst wenn man die Rechtssatzkontrolle des BVerfG als Gesetzgebung im materiellen Sinne auffaßt, so kann es trotzdem sinnvoll sein, die Entscheidungen einem gerichtsformig konstituierten Organ anzuvertrauen, dessen Organwalter den Status eines Richters haben und das in einem prozeßähnlichen Verfahren entscheidet. Das ist allein eine Frage der bestmöglichen organisatorischen Form eines „Hüters der Verfassung“, die wesentlich durch verfassungspolitische Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt wird.

Die heute weitverbreitete Zuordnung der Rechtssatzkontrolle zur Rechtsprechung muß man, ebenso wie die dafür vorgetragenen Argumente, aus der geschichtlichen Entwicklung verstehen. Die Gegner einer jeden selbständigen Rechtssatzkontrolle haben immer darauf hingewiesen, daß es sich dabei nicht um Rechtsprechung und um Rechtsentscheidungen, sondern um Gesetzgebung und um politische Willensentscheidungen handle. Diese stünden allein dem Parlament zu; der Richter könne sich nicht gleichsam über das Parlament stellen⁹⁴. Häufig wurde auch vor einer Politik im Gewande der Justiz⁹⁵ gewarnt. Auch im Parlamentarischen Rat hat man gerade diese Bedenken gegen die

⁹² Ein Überblick über das umfangreiche Schrifttum zum Begriff der Rechtsprechung bei *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 19 (S. 71); aus neuerer Zeit vgl. noch *Eichenberger*, a.a.O., S. 1—23; *Friesenhahn*, Begriff, insbes. S. 27; *Franz Klein*, DöV 1964, S. 471 ff.; *Henke*, Staat Bd. 3 (1964), S. 449 ff.

⁹³ Zu den verschiedenen Definitionsversuchen vgl. *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 19 I (S. 71 ff.).

⁹⁴ So überwiegend die Literatur des älteren deutschen Staatsrechts; charakteristisch etwa *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, Bd. 2, S. 137 f.; *Meyer-Anschütz*, a.a.O., § 173 (S. 736 ff.) mit zahlreichen Literaturhinweisen; *Thoma*, Funktionen, S. 143 f.

⁹⁵ Besonders deutlich bei *Schmitt*, Hüter, S. 36 ff.

Rechtssatzkontrolle sehr eingehend erörtert⁹⁶. Nachdem nunmehr die justizförmige Rechtssatzkontrolle durch die Verfassung anerkannt ist, versucht man sie gegen die früheren Angriffe zu verteidigen und stellt den Rechtsprechungscharakter heraus. Besonders geeignet erweist sich hierfür die Theorie der Ipso-jure-Nichtigkeit: Vom Richter werde nur gezwungenermaßen auf Grund seiner Verfassungsbindung ausgesprochen und festgestellt, was durch die Verfassung selbst bereits entschieden sei⁹⁷. Auf diese Weise meint man, jedes konstitutive und volitive Element bei solchen Entscheidungen ableugnen zu können. Außerdem fehle dem BVerfG jede Möglichkeit zu freier Rechtsgestaltung nach Zweckmäßigkeitserwägungen⁹⁸.

Beide Argumente überzeugen nicht. Sie beurteilen Rechtsprechung und Gesetzgebung nach Kriterien, die heute nicht mehr maßgebend sind. Das rechtsschöpferische Element ist eine anerkannte Eigenart jeder Rechtsprechung⁹⁹. Immer wieder müssen weitgefaßte und unklare Rechtssätze näher konkretisiert werden; manche Grundrechtsbestimmungen und bürgerlich-rechtliche Generalklauseln sind sich insoweit sehr ähnlich. Rechtsprechung ist noch nie bloße Subsumtionsautomatik gewesen. Auf der anderen Seite ist die Gestaltungsfreiheit heute nicht mehr ein ausschließliches Kriterium der Gesetzgebung. Der Gesetzgeber ist nicht mehr souverän, sondern als ‚pouvoir constitué‘ ebenso an die Verfassung gebunden wie das BVerfG¹⁰⁰. Bisweilen räumt die Verfassung dem Gesetzgeber nur ein eng begrenztes Ermessen ein, von freier Rechtsgestaltung nach Zweckmäßigkeitserwägungen kann insoweit nicht die Rede sein. Trotzdem ist noch niemand auf den Gedanken gekommen, deshalb den Gesetzgebungscharakter zu verneinen.

⁹⁶ Deutlich zeigt das der Bericht des Abg. Zinn als Berichterstatter des HA für das Plenum des Parlamentarischen Rates (S. 44–48), der sich vor allem mit den von Carl Schmitt aufgewiesenen Gefahren einer justizförmigen Rechtssatzkontrolle auseinandersetzt und sie im Grunde als berechtigt anerkennt. Demgegenüber ist die Äußerung des Abg. Susterhenn in der Sitzung des Plenums vom 8. September 1948 (Sten. Bericht, S. 25): „Wir haben keine Angst vor der von dem mit zwei „t“ geschriebenen Namensvetter des Herrn Kollegen Carlo Schmid an die Wand gemalten Gefahr einer sogenannten justizförmigen Politik“ wohl kaum repräsentativ. Der Bericht von Zinn unterscheidet sich in seinem vorsichtigen und abwägenden Urteil wohlthuend von dem Pathos, mit dem man bei den Beratungen des BVerfGG vom BVerfG als der „Krönung des Rechtsstaates“ sprach, vgl. BT-Prot. (112. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4218.

⁹⁷ Vgl. etwa Arndt, DöV 1959, S. 81 ff.; Bettermann, ZZP Bd. 72 (1959), S. 36; Wintrich, a.a.O., S. 204.

⁹⁸ Vgl. Müller, DVBl. 1962, S. 163; Scheuner, DVBl. 1952, S. 617; Wintrich, a.a.O., S. 204.

⁹⁹ So zutreffend Henke, Staat Bd. 3 (1964), S. 449; Wintrich, a.a.O., S. 205; Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 45.

¹⁰⁰ Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 19 I b 5 (S. 73); auch Henke, Staat Bd. 3 (1964), S. 450 f.

Wenn heute verschiedene Rechtslehrer die Tätigkeit des BVerfG im Rahmen der Rechtssatzkontrolle der Gesetzgebung im materiellen Sinne zurechnen, so ist dafür in erster Linie die *Allgemeinverbindlichkeit* der Entscheidungen maßgebend¹⁰¹. Das BVerfG entscheidet im Rahmen der Rechtssatzkontrolle immer allgemeinverbindlich und losgelöst vom konkreten Einzelfall über Inhalt und Gültigkeit eines Rechtssatzes. Mag auch die Entscheidung in der Regel durch einen Rechtsstreit (Art. 100 Abs. 1 GG) oder eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Hoheitsakt (§ 95 Abs. 1 und 2 BVerfGG) veranlaßt sein; nicht der Anlaß, sondern der Inhalt der Entscheidung ist für die Zuordnung bestimmend. Daher ist es auch unbeachtlich, daß häufig vom BVerfG in einem anderen Teil der Entscheidungsformel Sachentscheidungen zu dem Anlaßfall getroffen werden.

Die Allgemeinverbindlichkeit und Loslösung von der Einzelfallentscheidung sind der sonstigen Rechtsprechungstätigkeit fremd¹⁰². M. E. ist es daher allein zutreffend, die selbständige Rechtssatzkontrolle durch das BVerfG als Gesetzgebung im materiellen Sinne zu kennzeichnen. Stellt das BVerfG die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes fest oder legt es ein Gesetz verfassungskonform aus, so ist das immer zugleich authentische Verfassungs- und Gesetzesinterpretation¹⁰³. Bezeichnenderweise hat sich im 19. Jahrhundert regelmäßig der Gesetzgeber das Recht zu authentischer Interpretation ausdrücklich vorbehalten¹⁰⁴. Authentische Interpretation ist nichts anderes als bindende Feststellung von Inhalt und Umfang des geltenden Rechts. Zutreffend ist darum von Bundesverfassungsrichtern die Rechtssatzkontrolle als Teilnahme „am Prozeß der staatlichen Willensbildung“¹⁰⁵ bezeichnet worden. Fällt nicht gerade die Teilnahme an der staatlichen Willensbildung durch Feststellung von Inhalt und Umfang des geltenden Rechts in den Kernbereich der Gesetzgebung?

¹⁰¹ So ausdrücklich Henke, Staat Bd. 3 (1964); Mayer, a.a.O., S. 49; ähnlich Krüger, Verfassungswandlung, S. 161.

¹⁰² So richtig Henke, Staat Bd. 3 (1964), S. 449; a. A. Müller, DVBl. 1962, S. 163. Müllers Hinweis auf § 325 ZPO überzeugt nicht, denn die Möglichkeit einer begrenzten Rechtskraftstreckung bedeutet keine Loslösung der Entscheidung vom Einzelfall.

¹⁰³ Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 19 I b 5 (S. 73); Schmitt, Hüter, S. 45. A. A. Scheuner, DVBl. 1952, S. 617, und im Anschluß daran Lechner, Kommentar, Anm. III, 1 zu § 31 (S. 181); ferner Goessl, a.a.O., S. 44 f.; Müller, DVBl. 1962, S. 161. Sie verstehen unter ‚authentischer Interpretation‘ nur Akte freier Rechtsgestaltung; zum Begriff vgl. auch v. Mangoldt-Klein, a.a.O., Einleitung IV, 3 (S. 7), der darunter nur die Interpretation durch den Gesetzgeber selbst versteht, anders aber z. B. § 153 der sächsischen Verfassung von 1831; dazu Schmitt, Hüter, S. 45.

¹⁰⁴ Vgl. die ausführlichen Nachweise bei Goessl, a.a.O., S. 44, Fußnote 185.

¹⁰⁵ Vgl. Leibholz, Status, S. 72, und Wintrich, a.a.O., S. 201.

Selbstverständlich gilt das zuvor Gesagte nur für Rechtssatzkontrollentscheidungen des BVerfG. Die von allen Gerichten *inzident* ausgeübte Rechtssatzkontrolle von vorkonstitutionellen Gesetzen, Rechtsverordnungen oder Satzungen fällt nicht aus dem Bereich der Rechtsprechung heraus. In derartigen Fällen handelt es sich um Einzelfallentscheidungen durch einen unbeteiligten Dritten, in denen Rechtssätze ‚außer Anwendung gelassen‘, aber nicht für ‚ungültig erklärt‘ werden¹⁰⁶. Wenn hier das entscheidende Merkmal für die Zuordnung zu Gesetzgebung oder Rechtsprechung darin gesehen wird, ob die Kontrolle selbständig oder *inzident* zur Entscheidung eines Rechtsstreites ausgeübt wird, so ist das keine neue Erkenntnis. Herbert Krüger¹⁰⁷ weist zutreffend darauf hin, daß bereits Alexis de Tocqueville das klar erkannt hat, wenn er sagt:

„Lorsqu'il prononce sur une loi, sans partir d'une procès, il sort complètement de sa sphère et il pénètre dans celle de pouvoir législatif.“¹⁰⁸

¹⁰⁶ Im Urteil vom 9. Dezember 1964 hat das OVG Münster diesen Unterschied sehr deutlich ausgesprochen, vgl. NJW 1965, S. 2173 = JZ 1965 S. 718; in der Literatur besonders bei Schmitt, Reichsgericht, S. 87 f.

¹⁰⁷ Vgl. Verfassungswandlung, S. 161.

¹⁰⁸ Vgl. Alexis de Tocqueville, De la Démocratie en Amérique, S. 100.

Zweiter Teil

Der Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze und die Spruchpraxis des BVerfG

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen läßt sich zunächst nur negativ zusammenfassen: Es gibt weder eine überzeugende rechtstheoretische Rechtfertigung der Lehre von der Ipso-jure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze noch ist diese Lehre mit den Bestimmungen des GG und des BVerfGG vereinbar. Es wäre voreilig, daraus nunmehr entsprechend der bisher üblichen Fragestellung¹ positiv zu folgern, daß verfassungswidrige Gesetze durch die Entscheidung des BVerfG grundsätzlich für rückwirkend unwirksam erklärt werden müssen. Eine solche Folgerung ergibt sich nicht denkbare, sie ist auch an keiner Stelle des GG ausdrücklich vorgeschrieben. Vielmehr wurde festgestellt, daß die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit grundsätzlich unterschiedlich geregelt werden können.

Es ist daher die Frage berechtigt, ob die rückwirkende Vernichtung verfassungswidriger Gesetze die allein dem GG gemäße Rechtsfolge ist oder inwieweit Stellung und Funktion des BVerfG im System des GG und der Gegenstand der Entscheidung die möglichen Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit beeinflussen und begrenzen. Bevor eine Antwort auf diese Frage versucht werden soll, erscheint ein Überblick über vom BVerfG bereits entschiedene Fälle und die jeweils an die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes geknüpften konkreten Rechtsfolgen am besten geeignet, eventuell bestehende Grenzen zu erkennen und Unzulänglichkeiten der bisherigen Lehren aufzuzeigen. Dadurch wird am ehesten der Fehler vermieden, die Probleme verfassungswidriger Gesetze, wie bisher, nur begrifflich und unter rein theoretischen Gesichtspunkten ohne Rücksicht auf die Verfassungswirklichkeit zu lösen.

1. Der grundsätzliche Ausgangspunkt des BVerfG

Wie in der Einleitung schon erwähnt², hat sich das BVerfG noch nicht ausdrücklich zu der Frage geäußert, ob seinen Entscheidungen

¹ Vgl. dazu die Hinweise in der Einleitung unter 1.

² Vgl. dort Anm. 12.

deklaratorische oder konstitutive Bedeutung zukommt. Bereits mehrfach hat es aber zu erkennen gegeben, daß es die von ihm für verfassungswidrig erklärten Gesetze grundsätzlich für von Anfang an unwirksam hält. Ob diese Unwirksamkeit von selbst (*ipso jure*) oder erst rückwirkend durch seine Entscheidung eintritt, hat das Gericht offen gelassen; jedenfalls ist es aber der Ansicht, daß *nach* seiner Entscheidung verfassungswidrige Gesetze als von Anfang an unwirksam anzusehen sind. Diesen Grundsatz hat das BVerfG zwar, ebenso wie die Lehre³, niemals näher begründet, aber auch nicht zu irgendeiner Zeit als Grundsatz in Frage gestellt. Offenbar hält es ihn für ein zwingendes Gebot unseres Verfassungsrechts.

Bereits in einem Leitsatz des ersten Urteils des BVerfG, dem sogenannten Südweststaaturteil vom 23. Oktober 1951⁴, heißt es:

„Stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß ein nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenes Gesetz wegen Widerspruchs mit dem Grundgesetz nichtig ist, so ist dieses Gesetz von Anfang an rechtsunwirksam.“⁵

Diesen Standpunkt hat das BVerfG auch in späteren Entscheidungen⁶ ausdrücklich beibehalten. In der praktischen Durchführung müßte der Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit zur Folge haben, daß das BVerfG in seinen Entscheidungen jeweils versucht, die durch das verfassungswidrige Gesetz vor der Entscheidung hervorgerufenen Wirkungen möglichst weitgehend zu beseitigen. Anderenfalls würden ja nur einige Worte aus den Gesetzesblättern entfernt. Von diesem Grundsatz ginge keine durchgreifende Verfassungssicherung aus, er bliebe im Grunde eine leere Floskel.

2. Die Auslegung des § 79 BVerfGG durch das BVerfG

Zwangsläufig mußte sich das BVerfG mit den Folgen dieses grundsätzlichen Ausgangspunktes besonders im Rahmen seiner Rechtsprechung zu § 79 BVerfGG⁷ befassen. Der Gesetzgeber selbst hat hier dem

³ Vgl. die Hinweise in der Einleitung. Das gilt auch für diejenigen, die die Theorie der *ipso-jure*-Nichtigkeit ablehnen.

⁴ BVerfGE 1, 14—66.

⁵ Vgl. BVerfGE 1, 15 (Leitsatz Nr. 6).

⁶ Vgl. BVerfGE 2, 173; 8, 71.

⁷ Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„(1) Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer gemäß § 78 für nichtig erklärten Norm beruht, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig.

(2) Im übrigen bleiben vorbehaltlich der Vorschriften des § 95 Abs. 2 oder einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer gemäß § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig.

Versuch, das als verfassungswidrig erkannte Gesetz auch in allen seinen rechtlichen Auswirkungen ungeschehen zu machen, einen Riegel vorgeschoben. Da § 79 BVerfGG, insbesondere Abs. 2 Satz 1, eine sehr erhebliche Einschränkung des Grundsatzes anfänglicher Unwirksamkeit enthält, lag es auf der Hand, daß das BVerfG die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift prüfen mußte. In der Entscheidung vom 12. Dezember 1957⁸ über die Verfassungsmäßigkeit des § 26 Abs. 5 des Einkommensteuergesetzes in der Fassung vom 13. November 1957 (BGBl. I, S. 1793) hat das BVerfG inzidenter auch die Verfassungsmäßigkeit des § 79 BVerfGG bejaht, denn beide Bestimmungen enthalten denselben Grundgedanken. § 26 Abs. 5 EStG 1957, dessen Erlaß durch die Nichtigerklärung des § 26 EStG 1951 durch das BVerfG⁹ veranlaßt worden war, lautet:

„Die Berichtigung vor dem 21. Februar 1957 rechtskräftig gewordener Steuerbescheide kann nicht mit der Begründung verlangt werden, daß § 26 des Einkommensteuergesetzes in den vor dem 21. Februar 1957 angewendeten Fassungen nichtig sei.“

Mit folgenden Erwägungen begründete das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit des § 26 Abs. 5 EStG 1957:

„Bei der gesetzlichen Regelung der Frage, welche Wirkungen die Nichtigerklärung einer Rechtsnorm für die nicht mehr anfechtbaren Hoheitsakte hat, die auf der nachträglich für nichtig erklärten Norm beruhen, treten notwendig zwei Grundsätze in Widerstreit: Die Forderung nach Rechtssicherheit ... und die Forderung nach Gerechtigkeit im Einzelfall. Vor der Frage, welchem dieser Prinzipien der Vorzug zu geben sei, stand der Gesetzgeber bereits bei der Beratung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht ... Er hat in § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG — ebenso wie später in § 26 Abs. 5 EStG 1957 — die Rechtssicherheit höher bewertet. Das Grundgesetz hat er hierdurch nicht verletzt: sowohl der Grundsatz der Rechtssicherheit wie das Prinzip der Gerechtigkeit im Einzelfall haben Verfassungsrang; ... Es stand daher dem Gesetzgeber frei, welchem der beiden Grundsätze er den Vorzug geben wollte. Seine Entscheidung für die Rechtssicherheit steht deshalb mit dem Grundgesetz in Einklang...“^{10/11}

Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung durchzuführen ist, gilt die Vorschrift des § 767 der Zivilprozeßordnung entsprechend. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen.“

⁸ BVerfGE 7, 194—198.

⁹ Vgl. die Entscheidung des BVerfG vom 17. Januar 1957, durch die § 26 des Einkommensteuergesetzes in der Fassung vom 17. Januar 1952 (BGBl. I, S. 33) für verfassungswidrig und nichtig erklärt worden war, BVerfGE 6, 55—84.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 7, 195 f.

¹¹ Auch der BFH hat in seinem Urteil vom 28. Oktober 1964 (NJW 1965, S. 1455 f.) die Verfassungsmäßigkeit des § 79 ausdrücklich anerkannt.

Es würde dem vom BVerfG aufgestellten Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit entsprechen, wenn die Regelung des § 79 Abs. 1 BVerfGG weit ausgelegt würde, weil durch sie eine weitgehende Beseitigung der Auswirkungen verfassungswidriger Strafgesetze ermöglicht wird. Demgegenüber ist es jedoch bemerkenswert, daß das BVerfG den § 79 Abs. 1 BVerfGG in zweifacher Hinsicht einschränkend ausgelegt hat.

Das BVerfG hatte darüber zu entscheiden, ob gegen Strafurteile der württemberg-badischen Friedensgerichte gem. § 79 Abs. 1 BVerfGG eine Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig sei¹². In dem Beschluß vom 7. Juli 1960¹³ hat das BVerfG ausgeführt, daß

„§ 79 Abs. 1 BVerfGG einen Wiederaufnahmegrund nur dann einräumt, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil auf einer für nichtig erklärten Norm des materiellen Strafrechts beruht, nicht aber auch dann, wenn die Norm dem Gerichtsverfassungs- oder Verfahrensrecht angehört. ... Nur für Strafurteile hat der Gesetzgeber in § 79 Abs. 1 BVerfGG eine Ausnahme geschaffen. Er ist dabei von der Auffassung ausgegangen, das elementare Rechtsgefühl gebiete es, dem auf Grund einer nichtigen strafrechtlichen Norm Verurteilten die Möglichkeit einzuräumen, das Strafverfahren noch einmal aufzurollen ... Die Bestimmung des § 79 Abs. 1 BVerfGG regelt also eine Ausnahme. Die Meinung, sie betreffe auch Strafurteile, die auf nichtigen Normen des Gerichtsverfassungs- oder des Verfahrensrechts beruhen, verkennt den Sinn der Bestimmung und ist daher unrichtig.“¹⁴

In anderem Zusammenhang hat dann das BVerfG nochmals die Regelung des § 79 Abs. 1 BVerfGG eng ausgelegt und dadurch im Ergebnis auch den Grundsatz rückwirkender Vernichtung verfassungswidriger Gesetze eingeschränkt. Im Anschluß an die teilweise Nichtigklärung des § 49 StVO¹⁵ und des § 71 StVZO¹⁶ hat das BVerfG in seinem Beschluß vom 7. März 1963¹⁷ die Vollstreckung von Strafurteilen, die auf den für nichtig erklärten Normen beruhten, für zulässig erklärt. Den Einwand, daß in § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG grundsätzlich die Vollstreckung aus Hoheitsakten, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, für unzulässig erklärt wird, versucht das BVerfG mit folgenden sehr formalen Erwägungen auszuräumen:

„Wortlaut und Sinnzusammenhang des § 79 BVerfGG sprechen aber für die Zulässigkeit der Vollstreckung. Der Gesetzgeber hat in § 79 Abs. 1 und 2 BVerfGG die Bestimmungen für rechtskräftige Strafurteile und für andere nicht mehr anfechtbare Entscheidungen deutlich unterschieden. Die in § 79 Abs. 1 BVerfGG für rechtskräftige Strafurteile zugelassene Wieder-

¹² Am 17. November 1959 hatte das BVerfG das württemberg-badische Gesetz Nr. 241 über die Friedensgerichtsbarkeit vom 29. März 1949 (Reg.Bl. S. 47) für nichtig erklärt, vgl. BVerfGE 10, 200—221.

¹³ BVerfGE 11, 263—265.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 11, 265.

¹⁵ Beschluß vom 25. Juli 1962 (BVerfGE 14, 254—260).

¹⁶ Urteil vom 3. Juli 1962 (BVerfGE 14, 174—190).

¹⁷ BVerfGE 15, 309—312.

aufnahme enthält kein Vollstreckungsverbot, sondern überläßt es dem Verurteilten, im Weg des Wiederaufnahmeverfahrens die Aufhebung oder Berichtigung des auf einer für nichtig erklärten Norm beruhenden Urteils zu erwirken. § 79 Abs. 2 BVerfGG betrifft nicht Strafurteile, sondern alle sonstigen Hoheitsakte (Entscheidungen), die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen. Das in Abs. 2 Satz 2 ausgesprochene Vollstreckungsverbot kann sich nach seiner Stellung im Gesetz nur auf diese in Abs. 2 Satz 1 geregelten Entscheidungen, aber nicht auf die in Abs. 1 behandelten Strafurteile beziehen.“¹⁸

Einschränkend fügt das Gericht jedoch hinzu:

„Jedenfalls ist dies dann nicht der Fall, wenn die Verurteilung auch auf eine andere inhaltsgleiche Rechtsnorm hätte gestützt werden können, ohne daß der Schuldausspruch oder der Strafausspruch deshalb anders ausgefallen wäre.“¹⁸

Ob dieses Ergebnis in dem konkret entschiedenen Fall billigenwert ist, braucht hier nicht erörtert zu werden. In diesem Zusammenhang genügt der Hinweis darauf, daß auch in dieser Entscheidung das BVerfG nicht die an sich zu erwartenden Folgerungen aus dem Grundsatz der anfänglichen Unwirksamkeit gezogen hat. Die zuletzt genannte Entscheidung weist außerdem noch die Besonderheit auf, daß die auf einer für verfassungswidrig erklärten Norm beruhenden Zustände nicht nur nicht beseitigt werden, sondern durch die Zulassung der weiteren Vollstreckung über das Maß des § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG hinaus für die Zukunft Bestand haben und sogar noch vertieft werden¹⁹.

An den Beispielen aus Entscheidungen des BVerfG zu § 79 BVerfGG wurde bereits erkennbar, daß in der Praxis nicht das Bestreben vorherrscht, die rückwirkende Vernichtung verfassungswidriger Gesetze durch eine entsprechende Auslegung des § 79 besonders nachhaltig zu verwirklichen. Man mag vielleicht bisher noch einwenden können, es handele sich um vereinzelte Sonderfälle, die keine Verallgemeinerung zuließen. An zahlreichen anderen Entscheidungen wird aber deutlich, daß das BVerfG aus den verschiedensten Gründen immer wieder vor der Notwendigkeit steht, den Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit erheblich einzuschränken, wenn es zu sinnvollen Ergebnissen kommen will. An Hand der Spruchpraxis lassen sich verschiedene Fallgruppen zusammenstellen, bei denen das BVerfG mit im wesentlichen gleichartigen Argumenten weitgehende Einschränkungen seines allgemeinen Grundsatzes rechtfertigte. Die nachfolgende Darstellung dieser Fallgruppen erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit oder auf dogmatisch klare Unterscheidbarkeit. In erster Linie dient sie dazu, die um-

¹⁸ Vgl. BVerfGE 15, 311 f.

¹⁹ Zu den Problemen verfassungswidriger Strafgesetze näheres unten in Teil 3, Kap. 3, Abschn. 3.

fangreiche Spruchpraxis des BVerfG zu den Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes überhaupt einmal zu ordnen.

3. Die Fälle verfassungswidriger Organisationsgesetze

Es ist sicherlich ein Zufall, aber dennoch bezeichnend, daß das BVerfG sich bereits in seinem ersten Urteil, dem sogenannten Südweststaaturteil, mit Problemen verfassungswidriger Gesetze befassen mußte, die nicht allein mit Hilfe des BVerfGG, sondern nur unter Rückgriff auf allgemeine verfassungsrechtliche Erwägungen zu lösen waren. In seiner Entscheidung vom 23. Oktober 1951²⁰ erklärte der 2. Senat des BVerfG das sogenannte 1. Neugliederungsgesetz²¹ für nichtig. Durch dieses Gesetz hatte die im Frühjahr 1951 ablaufende Wahlperiode der Landtage von Baden und Württemberg-Hohenzollern bis zum 31. März 1952 verlängert werden sollen (§ 1 1. Neugliederungsgesetz). Zunächst führte das BVerfG in der Entscheidung aus, wegen der anfänglichen Unwirksamkeit dieses Gesetzes sei die Verlängerung der Wahlperiode nicht eingetreten, und seit Mai 1951 hätten daher die Landtage rechtlich nicht mehr existiert²². Hätte das BVerfG den Gedanken der anfänglichen Unwirksamkeit des „Verlängerungsgesetzes“ folgerichtig weitergeführt, so hätte das bedeutet, daß die rechtlich nicht bestehenden Landtage auch keine rechtserheblichen Maßnahmen und Beschlüsse vornehmen konnten.

Diese Folgerung hat das BVerfG jedoch nicht gezogen. Es hat vielmehr sämtliche bis zur Verkündung des Urteils des BVerfG am 23. Oktober 1951 ergangenen Akte der Landtage als rechtlich voll wirksam — auch für die Zukunft — anerkannt. In den Gründen des Urteils wird dazu folgendes ausgeführt:

„Die Handlungen (Maßnahmen, Beschlüsse usw.), die sie [erg.: die Landtage] bis zur Verkündung dieses Urteils vorgenommen haben, können dagegen in ihrem Rechtsbestand und in ihrer Verbindlichkeit durch dieses Urteil nicht in Frage gestellt werden. Das widerspräche nicht nur dem Ablauf des Geschehens in der Vergangenheit und der Bewertung, die er allgemein in der Öffentlichkeit erfahren hat — jedermann hielt die vom ‚verlängerten‘ Landtag gefaßten Beschlüsse und getroffenen Maßnahmen für verbindlich und wirksam —, sondern wäre auch unvereinbar mit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Aus diesen Gründen wird auch sonst im öffentlichen Recht unterschieden zwischen der Berufung oder Konstituierung eines Organs, die nichtig sein kann, und den

²⁰ BVerfGE 1, 14—66.

²¹ Der genaue Titel dieses Gesetzes lautet: Erstes Gesetz zur Durchführung der Neugliederung in dem die Länder Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern umfassenden Gebiete gem. Art. 118 Satz 2 des Grundgesetzes vom 4. Mai 1951 (BGBl. I, S. 283).

²² Vgl. BVerfGE 1, 37.

von diesem Organ im Rahmen seiner ‚Zuständigkeit‘ erlassenen Hoheitsakten, die trotz jener Nichtigkeit der Berufung des Organs gültig sein können (vgl. § 34 DBG; auch Entscheidung des RStGH vom 22. März 1929, 13/28, Lammers-Simons II, S. 135).“²³

Es ist erstaunlich, daß das BVerfG gerade im Rahmen dieses Urteils den Grundsatz von der anfänglichen Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze formuliert hat²⁴, obwohl im konkreten Fall keine Folgerungen aus der anfänglichen Unwirksamkeit des „Verlängerungsgesetzes“ gezogen wurden. Noch erstaunlicher ist allerdings, daß das BVerfG in der Begründung zur Rechtfertigung auf die Entscheidung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich (RStGH) vom 22. März 1929²⁵ verweist. Gerade diese Entscheidung macht nämlich die Ungereimtheiten in der Begründung des BVerfG besonders deutlich. Die Entscheidungen gleichen sich nur im Ergebnis, weichen dagegen in der Begründung erheblich voneinander ab²⁶. Für den RStGH stellte sich die Frage, ob trotz der Verfassungswidrigkeit des sächsischen Wahlgesetzes der tatsächlich gewählte Landtag dennoch bis zur Entscheidung des RStGH rechtlich bestanden hat. Vom BVerfG wird das für die beiden „verlängerten“ Landtage von vornherein verneint, während der RStGH sich für den rechtlichen Bestand des Landtages bis zur Urteilsverkündung ausgesprochen hat. Der entsprechende Teil der Entscheidungsgründe zeigt deutlich den anderen Gedankengang:

„Wie alle diese Umstände zeigen, ist der Landtag nicht mit einem solchen Fehler ins Leben getreten, daß man ihn von Anfang an nicht als eine verfassungsmäßige Volksvertretung hätte ansehen dürfen. Seinen Handlungen, den von ihm erlassenen Gesetzen und seinen sonstigen Beschlüssen muß deshalb Rechtswirksamkeit zuerkannt werden, jedoch nur denen, die bis zu dem Zeitpunkte vorgenommen sind, in dem die Ungültigkeit seiner Wahl und damit der seinem rechtlichen Bestande anhaftende Mangel maßgeblich festgestellt und ausgesprochen wird, d. h. den vor der Verkündung des gegenwärtigen Urteils des Staatsgerichtshofs liegenden. Von jetzt an kommt ihm allerdings die Stellung eines Landtages nicht mehr zu.“²⁷

Den Standpunkt des 2. Senats des BVerfG im Südweststaaturteil hat der 1. Senat in seinem Beschluß vom 11. November 1953²⁸ geteilt. Darin lehnte er den Erlaß einer einstweiligen Anordnung ab, durch die der Vollzug einer in Art. 29 GAK²⁹ anberaumten Neuwahl aus-

²³ Vgl. BVerfGE 1, 38.

²⁴ Vgl. BVerfGE 1, 15 (Leitsatz Nr. 6) und oben S. 70.

²⁵ Lammers-Simons, Bd. 2, S. 127—136.

²⁶ Näheres dazu unten Teil 3, Kap. 2, Abschn. 2.

²⁷ Vgl. Lammers-Simons, Bd. 2, S. 135 f.

²⁸ BVerfGE 3, 41—45.

²⁹ Art. 29 Abs. 2 und 3 des badisch-württembergischen Gesetzes zur vorläufigen Angleichung des Kommunalrechts vom 13. Juli 1953 — GAK — (GBl. S. 97) haben folgenden Wortlaut:

„(2) Die Amtszeit der nach bisherigem Recht Ende 1954 ausscheidenden

gesetzt werden sollte, weil Art. 29 GAK verfassungswidrig sei. Dem gemeinen Wohl, so heißt es in dem Beschluß, entstünden keine schweren Nachteile, wenn die Neuwahl durchgeführt und nachträglich Art. 29 GAK für verfassungswidrig erklärt würde:

„Wenn nämlich, diesen Fall vorausgesetzt, die Wahl vom 15. November 1953 für nichtig erklärt würde, so würden die gewählten Vertreter ihre Mandate verlieren; die neu gewählten Gemeinderäte und Kreistage wären damit aufgelöst; an ihre Stelle würden wieder die alten Körperschaften treten. Die Gefahr, daß sich in der Zwischenzeit zwei Parlamente als rechtmäßig gewählt ansehen, wäre nicht gegeben: denn bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts könnte sich niemand auf die Nichtigkeit des Art. 29 GAK berufen. Auch die Rechtsgültigkeit der in der Zwischenzeit gefaßten Beschlüsse der aufgelösten Körperschaften würde nicht ernstlich in Frage gestellt werden können. Das Bundesverfassungsgericht hat unter Hinweis auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bereits entschieden, daß auch Handlungen eines rechtlich nicht mehr existierenden Landtages rechtsbeständig und verbindlich bleiben (vgl. BVerfGE 1, 14 [38]). Dies muß auch für Handlungen eines Gemeinderates und Kreistages gelten, die in ihrer Bedeutung nicht an die Gesetzgebungsakte eines Landtages heranreichen.“³⁰

Eine ähnliche Problematik wie bei dem „Verlängerungsgesetz“ ergab sich auch im Rahmen der Entscheidungen des BVerfG über die Friedensgerichtsbarkeit im Gebiet des früheren Landes Württemberg-Baden. Am 17. November 1959³¹ hatte das BVerfG das württemberg-badische Gesetz Nr. 241 über die Friedensgerichtsbarkeit³² in vollem Umfange für nichtig erklärt. Einige Zeit später hatte sich das BVerfG dann auf Grund einer Verfassungsbeschwerde mit der Frage zu beschäftigen, ob die Urteile der Friedensgerichte nunmehr als „Nichturteile“ anzusehen seien. Bei einer strengen Beobachtung des Grundsatzes anfänglicher Unwirksamkeit hätte das nahegelegen. Das BVerfG hat jedoch in seinem Beschluß vom 5. April 1960³³ die Frage verneint und dazu ausgeführt:

„Die Friedensgerichte haben aber in einem förmlichen Verfahren entschieden, das dem der ordentlichen Gerichte nachgebildet war: gegen ihre Entscheidungen konnten in allen Fällen die bei den Amtsgerichten eingerichteten Friedensobergerichte angerufen werden, die zwar — als Teil der Friedensgerichtsbarkeit — von der Nichtigkeit des ganzen Ge-

Hälfte der Mitglieder des Gemeinderats endet mit dem 30. November 1953, diejenige der anderen Hälfte mit dem 30. November 1956.

(3) Die Amtszeit der zur Zeit im Amt befindlichen Mitglieder der Kreistage endet mit dem 30. November 1953.“

Dadurch wurde die Wahlzeit um ein Jahr verkürzt.

³⁰ Vgl. BVerfGE 3, 44 f.

³¹ BVerfGE 10, 200—221.

³² Gesetz vom 29. März 1949 (RegBl. S. 47).

³³ BVerfGE 11, 61—63.

setzes mit erfaßt worden sind, aber, wie der Beschluß vom 17. November 1959 ... feststellt, für sich betrachtet zweifellos Gerichte im Sinne des Art. 92 GG waren. Schon deshalb können weder die Entscheidungen der Friedensobergerichte noch auch die der Friedensgerichte als schlechthin nichtig behandelt werden. Dieses Ergebnis wird auch durch das Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit gefordert, denn die Friedensgerichtsbarkeit hat ein Jahrzehnt lang bestanden, ohne daß ihre Verfassungswidrigkeit erkannt worden wäre.“³⁴

Im Endergebnis läuft diese Entscheidung, insbesondere wenn man sie im Zusammenhang mit der bereits zitierten Entscheidung vom 7. Juli 1960³⁵ sieht, darauf hinaus, daß das Gesetz über die Friedensgerichtsbarkeit zwar als von Anfang an unwirksam erklärt wurde, daß aber konkrete rechtliche Folgerungen daraus nur für die Zukunft gezogen wurden, alle Auswirkungen in der Vergangenheit dagegen bestehen blieben³⁶.

4. Die Fälle „situationsbedingter“ Verfassungswidrigkeit von Gesetzen

Die bisher angeführten Beispiele aus der Spruchpraxis des BVerfG waren dadurch gekennzeichnet, daß das Gericht zwar jeweils die Bestimmungen für „nichtig“ erklärte, in der praktischen Auswirkung kam dagegen die „Nichtig-Erklärung“ einer bloßen Aufhebung des Gesetzes für die Zukunft gleich.

Daneben gibt es in der Spruchpraxis des BVerfG noch verschiedene Fallgruppen, in denen Gesetze zwar für verfassungswidrig erklärt wurden, aber aus den verschiedensten Gründen ganz bewußt weder eine anfängliche noch eine zukünftige Unwirksamkeit ausgesprochen wurde. Diese Gesetze blieben also trotz ihrer Verfassungswidrigkeit weiter gültig und wirksam. Derartige Entscheidungen machen die Unvollkommenheit der bisherigen Problemsicht besonders deutlich. Sie sind weder mit dem Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit noch mit dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 78 Satz 1 BVerfGG vereinbar. Gleichwohl sind diese Entscheidungen, wie sich zeigen wird, im Ergebnis richtig, denn das BVerfG konnte die Fälle kaum anders entscheiden, wenn es erst einmal von der Verfassungswidrigkeit des betreffenden Gesetzes überzeugt war.

a) Die verfassungswidrigen Übergangsgesetze aus der Besatzungszeit

In dem Beschluß vom 17. Dezember 1958³⁷ beschäftigte sich das BVerfG mit der Frage der Vereinbarkeit von Bewirtschaftungsvor-

³⁴ Vgl. BVerfGE 11, 62 f.

³⁵ Siehe oben S. 72 (BVerfGE 11, 263—265).

³⁶ Vgl. dazu auch *Jauernig*, NJW 1960, S. 1888.

³⁷ BVerfGE 9, 63—73.

schriften für Mühlenbetriebe mit Art. 12 GG. In der Entscheidung heißt es:

„Denn selbst wenn das Recht der Berufswahl im Sinn der Entscheidung vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 7, 377 [400 ff.]) berührt würde, ... so war es verfassungsrechtlich vertretbar, das seit Jahren eingespielte System der Bewirtschaftung für eine kurze Übergangs- und Auslaufzeit beizubehalten, selbst wenn an sich ein anderes, dem Grundgesetz besser entsprechendes System hätte entwickelt werden können. In Fällen wie dem hier vorliegenden wird die Notwendigkeit, so zu entscheiden, besonders augenfällig: einerseits konnte die bestehende Regelung nicht mit dem 23. Mai 1949 ersatzlos wegfallen, wenn nicht ein Chaos entstehen sollte; andererseits wäre es dem hier allein zum Handeln berufenen Bundesgesetzgeber unmöglich gewesen, in einigermaßen absehbarer Zeit die bestehende Regelung durch eine neue zu ersetzen — denn er konnte seine Tätigkeit erst nach dem 7. September 1949 aufnehmen, und er hätte hier vor besonders großen sachlichen Schwierigkeiten gestanden, da die Entscheidung darüber, ob die zwangswirtschaftliche Ordnung ganz oder in Teilen verfassungswidrig sei, schwierige Rechtsfragen aufgeworfen hätte, für deren rasche Klärung damals die Voraussetzungen fehlten. Damit war die einstweilige Beibehaltung der bestehenden Regelung unvermeidlich. Der Rechtsstaat konnte eben auch auf diesem Gebiet nicht an einem Tage voll verwirklicht werden.“³⁸

Der Grundgedanke dieser Entscheidung ist, daß eine möglicherweise verfassungswidrige Regelung während des Ausnahmezustandes einer Übergangszeit hingenommen werden muß, wenn ohne sie die staatliche Ordnung gefährdet wäre, indem durch den Wegfall der gesetzlichen Regelung ein rechtsleerer Raum entstünde.

Noch klarer kommt dieser Gedanke in den Beschlüssen des BVerfG vom 21. März 1961³⁹ und vom 16. Februar 1965⁴⁰ zum Ausdruck. Das Gericht hatte über die Wirksamkeit des Zustimmungsgesetzes zum Überleitungsvertrag zu befinden, soweit darin die Fortgeltung der Devisenbewirtschaftungsgesetze der einzelnen Besatzungszonen angeordnet worden war. Die erste Entscheidung befaßt sich mit der Fortgeltung der Devisenbewirtschaftung für den Außenhandel, die zweite mit der Fortgeltung für den Interzonenhandel. Diese Gesetze enthalten ein mit zahlreichen Ausnahmen versehenes Verbot des Außenhandels und des Interzonenhandels. Es war daher die Vereinbarkeit der Fortgeltungsanordnung mit Art. 12 GG zu prüfen. In den Gründen des Beschlusses vom 21. März 1961 heißt es:

„Wären am 5. Mai 1955 unvermittelt die devisa-rechtlichen Vorschriften außer Kraft gesetzt worden, so wäre trotzdem noch in weitem Umfang chaotische Unordnung eingetreten... Unter diesen Umständen war zunächst die Fortführung des devisa-rechtlichen Systems des Besatzungsrechts un-

³⁸ Vgl. BVerfGE 9, 71 f.

³⁹ BVerfGE 12, 231—296.

⁴⁰ BVerfGE 18, 353—366.

umgänglich. War es auch mit seinem grundsätzlichen Verbot aller Außenhandelsgeschäfte längst überholt, so wäre doch die Umkehrung des Prinzips in diesem Zeitpunkt kaum durchführbar gewesen, zumal über das Maß der nach dem Grundgesetz künftig zulässigen Beschränkungen der Berufsfreiheit im Außenhandel bis zum ‚Apothekenurteil‘ des Bundesverfassungsgerichts noch keine volle Klarheit herrschte... Im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG war jedoch unerläßliche Voraussetzung für die Duldung eines dieser Grundrechtsnorm nicht voll entsprechenden Übergangszustandes ..., daß alsbald die Vorarbeiten für ein neues dem Grundgesetz entsprechendes deutsches Gesetz aufgenommen wurden und daß bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht zu viel Zeit verstreichen durfte.“⁴¹

Diese Erwägungen hat das BVerfG in seinem Beschluß vom 16. Februar 1965 wiederholt und auch für den Interzonenhandel als voll gültig betrachtet⁴².

Ebenfalls in diese Gruppe von Fällen gehört die Entscheidung des BVerfG vom 20. März 1963⁴³. Das BVerfG erklärte das Zustimmungsgesetz zum Überleitungsvertrag auch insoweit für verfassungsmäßig, als es die Weitergeltung des an sich verfassungswidrigen § 6 Abs. 1 Satz 3 HöfeO (Vorrang der männlichen Erbfolge) angeordnet habe. Das BVerfG führt zunächst aus, daß § 6 Abs. 1 Satz 3 HöfeO wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG verfassungswidrig sei⁴⁴, fährt aber fort, daß gleichwohl diese Bestimmung noch für eine gewisse Zeit gültig sei. In den Gründen heißt es:

„Insbesondere im Verhältnis zum Besatzungsrecht war ein großer Schritt in Richtung auf eine grundgesetzmäßige Ordnung getan, da der deutsche Gesetzgeber seit dem 5. Mai 1955 Rechtsvorschriften der Besatzungsbehörden aufheben und ändern ... konnte. ... Demgegenüber bedeutet das zeitweilige Fortbestehen eines verhältnismäßig kleinen Bestandes von verfassungswidrigen Besatzungsnormen nur eine geringe Beschränkung... Bei dem hohen Grade der Ungewißheit hierüber [erg.: der Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs. 1 Satz 3 HöfeO, d. Verf.], der besonders durch die eingehend begründete Auffassung des höchsten deutschen Zivilgerichts bestärkt werden mußte, kann dem Gesetzgeber nicht der Vorwurf der Verfassungsverletzung gemacht werden, wenn er bisher die Beseitigung des männlichen Vorrangs unterlassen hat... Nachdem diese Klärung erfolgt ist, muß der Gesetzgeber, um eine Verfassungsverletzung zu vermeiden, in einem angemessenen Zeitraum einen verfassungsgemäßen Zustand herbeiführen. Bei Berücksichtigung aller Umstände, auch der bisherigen Vorarbeiten, endigt diese Frist spätestens im Herbst 1965...“^{45/46}

⁴¹ Vgl. BVerfGE 12, 293.

⁴² Vgl. BVerfGE 18, 365 f.

⁴³ BVerfGE 15, 337—352.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 15, 342 ff.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 15, 349 und 352.

⁴⁶ Der Gesetzgeber ist inzwischen dieser Pflicht durch das Erste Gesetz zur Änderung der Höfeordnung vom 24. August 1964 (BGBl. I, S. 693) nachgekommen.

b) Die durch Veränderung tatsächlicher Verhältnisse bedingte
Verfassungswidrigkeit von Gesetzen

Außer bei den Übergangsgesetzen aus der Besatzungszeit haben sich auch noch bei einem anderen Typ von Gesetzen Schwierigkeiten ergeben, die das BVerfG veranlaßten, derartige Gesetze zwar für verfassungswidrig, nicht aber für ungültig zu erklären. In einer Entscheidung vom 11. Juni 1958⁴⁷ hat das BVerfG das deutlich ausgesprochen.

Auf eine Verfassungsbeschwerde hin stellte das BVerfG fest, daß die nach dem Gesetz 131 festgesetzte Höhe der Versorgungsbezüge für Ruhegehaltsempfänger nicht mehr die sich aus Art. 33 Abs. 5 GG ergebende Mindestgrenze erreichte und deshalb verfassungswidrig geworden sei⁴⁸. Unmittelbar anschließend heißt es dann in den Gründen:

„Für den Inhalt einer solchen Entscheidung ergibt sich jedoch aus dem hergebrachten Grundsatz, daß die Gehälter generell durch Gesetz zu regeln sind, eine bedeutsame Schranke: Grundsätzlich ist ein gegen die Verfassung verstoßendes Gesetz für nichtig zu erklären. Bei einem Besoldungsgesetz, das infolge einer Änderung der Verhältnisse nicht mehr den Mindestanforderungen eines angemessenen Unterhalts entspricht, würde aber eine solche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einen Zustand herbeiführen, welcher der verfassungsmäßigen Ordnung noch weniger entsprechen würde; denn Art. 33 Abs. 5 GG verlangt, daß generelle gesetzliche Besoldungsregelungen überhaupt vorhanden sind. Wegen des Zusammenhangs der beiden verfassungsrechtlichen Grundsätze — Garantie eines angemessenen Lebensunterhalts und generelle gesetzliche Besoldungsregelung — darf daher das Bundesverfassungsgericht unzulänglich gewordene Besoldungsgesetze nicht für nichtig erklären; es ist in derartigen Fällen auf die Feststellung beschränkt, daß der Bundesgesetzgeber durch das Unterlassen einer Besoldungsänderung das in Art. 33 Abs. 5 GG enthaltene Recht verletzt habe. Eine solche Entscheidung, die das unzureichende bisherige Besoldungsgesetz zunächst bestehen läßt, ist jedoch nicht ohne praktische Bedeutung; denn sie verpflichtet den Gesetzgeber verfassungsrechtlich zu entsprechendem Handeln...“⁴⁹

Ein ähnlicher Sachverhalt liegt dem Urteil vom 13. Dezember 1961⁵⁰ zugrunde. Das BVerfG stellte fest, daß verschiedene Durchführungsverordnungen zum Bundesentschädigungsgesetz dadurch gegen Art. 3 GG verstoßen hätten, daß die Rentenhöchstbeträge nicht rechtzeitig, sondern um zwei Jahre zu spät, erhöht worden seien. Das BVerfG sah auch hier von einer Nichtigerklärung der Verordnung mit folgender Begründung ab:

⁴⁷ BVerfGE 8, 1—28.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 8, 19.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 8, 19 f.

⁵⁰ BVerfGE 13, 248—261.

„Sind die Verfassungsbeschwerden nach allem begründet, so kann dies doch nicht zu einer Nichtigerklärung der Normen führen, auf denen die von den Beschwerdeführern angegriffene Nichterhöhung der Rentenhöchstbeträge vom 1. April 1957 an beruht, denn damit könnte das Anliegen der Beschwerdeführer nicht erfüllt werden, die schon von diesem Zeitpunkt ab in den Genuß der erhöhten Leistungen kommen wollen. Ihrer begründeten Beschwer abzuwehren ist aber das Institut der Verfassungsbeschwerde bestimmt. Es bleibt daher nur übrig, festzustellen, daß die Nichterhöhung der Höchstreten für die Zeit vom 1. April 1957 bis 31. März 1959 verfassungswidrig ist.“⁵¹

Die Eigenart und Problematik dieser Gesetze liegt in ihrer „situationsbedingten“ Verfassungswidrigkeit begründet. Dadurch entziehen sie sich einer rechtlichen Erfassung nach dem Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit. Noch deutlicher zeigt das der Beschluß des 2. Senats vom 22. Mai 1963⁵² über die Verfassungswidrigkeit der Wahlkreiseinteilung. Nach den Feststellungen des BVerfG verstieß die aus dem Jahre 1949 stammende Wahlkreiseinteilung wegen der Veränderungen in der Bevölkerungsdichte bei der Bundestagswahl 1961 gegen das Gebot der Wahlrechtsgleichheit und damit gegen das GG⁵³. Eine strenge Durchführung des Grundsatzes anfänglicher Unwirksamkeit hätte nun völlig unhaltbare Ergebnisse zur Folge gehabt. Wegen der Ungültigkeit der Bundestagswahl 1961 hätte der Bundestag keine neue verfassungsmäßige Wahlkreiseinteilung beschließen können, da kein verfassungsgemäß gewähltes Parlament bestanden hätte. Andererseits hätte auch keine Neuwahl stattfinden können, solange eine verfassungsmäßige Wahlkreisordnung fehlte.

Bei dieser Sachlage war zu erwarten, daß das BVerfG nicht das Ende des parlamentarischen Regierungssystems verkünden würde⁵⁴. Das BVerfG fand folgenden Ausweg und nahm trotz der Verfassungswidrigkeit die Gültigkeit der Wahlkreiseinteilung bei der Bundestagswahl 1961 an. Das Gericht begründete seine Auffassung mit folgenden Erwägungen:

„Die Verfassungswidrigkeit der Wahlkreiseinteilung war jedoch am 17. September 1961 noch nicht so eindeutig erkennbar, daß diese auch schon zu jenem Zeitpunkt als ungültig angesehen werden muß... Die Schwierigkeit, die darin besteht, den genauen Zeitpunkt zu bestimmen, an dem die ursprünglich verfassungsmäßig gewesene Wahlkreiseinteilung ver-

⁵¹ Vgl. BVerfGE 13, 260.

⁵² BVerfGE 16, 130—144.

⁵³ So jedenfalls müssen die unklaren Äußerungen in den Gründen verstanden werden. Die Unklarheiten beruhen auf der ungenauen Verwendung der Begriffe „Verfassungswidrigkeit“ und „Ungültigkeit“, vgl. BVerfGE 16, 141 f.; dazu auch oben Teil 1, Kap. 1, Abschn. 1 a.

⁵⁴ Vgl. dazu auch Frowein, DÖV 1963, S. 857 ff., mit aufschlußreichen Hinweisen auf ähnliche Fälle in anderen Ländern.

fassungswidrig geworden ist, beruht im vorliegenden Fall vor allem darauf, daß diese Entwicklung von fließenden Übergängen gekennzeichnet und ihr ‚Trend‘ in den Einzelheiten nicht mit genügender Sicherheit vorausszusehen war. In Anbetracht dieser Umstände, die auch eine ... rückläufige Entwicklung nicht von vornherein ausschlossen, fehlte dem Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit vor den letzten Bundestagswahlen noch die Evidenz, die erforderlich gewesen wäre, um der Wahlkreiseinteilung schon zu jener Zeit ihre Geltungskraft zu nehmen.“⁵⁵

Wie stark Verfassungsverstöße durch die jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse bedingt sein und sich mit ihnen ändern können, kommt auch in einem Urteil des 1. Senates, ebenfalls vom 22. Mai 1963⁵⁶, klar zum Ausdruck. Der 1. Senat führte aus, zur Zeit (!) sei die Besteuerung des Werkfernverkehrs noch verfassungsmäßig, weil die Auswirkungen dieser Steuer noch nicht in vollem Umfange überblickt werden könnten. Darum sei auch im Augenblick dem BVerfG die Feststellung der Verfassungswidrigkeit verwehrt. Im einzelnen bemerkt das Gericht dazu:

„Gleichwohl vermag das Gericht nicht die Unzumutbarkeit und damit die Verfassungswidrigkeit des Eingriffs festzustellen, da, wie dargelegt ist, angesichts der verhältnismäßigen Kürze des seit der Steuererhöhung verflossenen Zeitraums die Auswirkungen der Maßnahme noch nicht in jeder Hinsicht mit der Klarheit übersehen werden können, die den Richter befähigen würde, die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Norm auszusprechen. Bei dieser Sachlage muß die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung aufrechterhalten bleiben. Angesichts der besonderen Schwierigkeiten, denen eine rechtliche Ordnung des modernen Verkehrswesens ... begegnet, ... muß auch dem Gesetzgeber eine längere Frist zugebilligt werden, innerhalb deren er die Wirkung einzelner von ihm versuchsweise getroffener Anordnungen beobachten und für seine weiteren Entscheidungen auswerten darf. Sollte allerdings die Eindämmung des Werkfernverkehrs auf die Dauer im wesentlichen nur dem Güterfernverkehr zugute kommen ..., wäre erneut zu prüfen, ob die steuerliche Sonderbelastung des Werkfernverkehrs ... noch weiter aufrechterhalten werden kann ...“⁵⁷

An dieser Entscheidung ist für unsere Fragestellung bemerkenswert, daß das BVerfG bei einer erneuten Prüfung des Gesetzes sicherlich nicht mehr dessen anfängliche Unwirksamkeit aussprechen kann, sollte es dann einen Verfassungsverstoß ‚erkennen‘ können. Daneben hat das BVerfG in dieser Entscheidung einige wichtige Grundfragen der Verfassungsauslegung angeschnitten, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Sie machen deutlich, daß die überkommenen richterlichen Erkenntnismethoden für die Verfassungsauslegung nicht mehr ausreichen⁵⁸.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 16, 142 f.

⁵⁶ BVerfGE 16, 147—188.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 16, 187 f.

⁵⁸ Zu den Geltungsproblemen derartiger Gesetze ausführlich Hoppe, DöV 1965, S. 546—553.

5. Die Fälle einer auf Art. 3 GG beruhenden teilweisen Verfassungswidrigkeit von Gesetzen

Bereits in mehreren Entscheidungen des BVerfG ist zum Ausdruck gekommen, daß Verstöße von Gesetzen gegen den Gleichheitssatz häufig schwierige Fragen im Hinblick auf die Folgen der festgestellten Verfassungswidrigkeit aufwerfen. Der Verwerfungskompetenz des BVerfG sind hier Schranken gezogen, die durch seine Stellung und Funktion im organisatorischen System des GG bedingt sind. Der Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit führt auch hier zu keiner angemessenen Lösung.

Zum ersten Mal tauchte diese Problematik, wenn auch nur andeutungsweise, in der Entscheidung des BVerfG vom 20. Februar 1957⁵⁹ auf. Mit einer Verfassungsbeschwerde war dort gerügt worden, daß der Gesetzgeber nicht gem. Art. 131 GG die Rechtsverhältnisse aller im öffentlichen Dienst stehenden Personen geregelt und dadurch Art. 3 GG verletzt habe. Dazu führt das BVerfG dann in den Entscheidungsgründen aus:

„Eine auf Art. 3 GG gestützte Verfassungsbeschwerde, die bei einem entsprechenden Verfassungsauftrag gegen ein teilweises Unterlassen des Gesetzgebers zulässig ist, kann jedoch ihrer Natur nach gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG nur zu der Feststellung führen, daß das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt worden ist. Dem Gesetzgeber bleibt es alsdann überlassen, innerhalb angemessener Frist seine bisherige Regelung auf den unter Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG übergangenen Personenkreis zu erstrecken oder aber den gesamten von dem Verfassungsauftrag ergriffenen Bereich neu zu regeln, sofern ihm das ohne Verletzung anderer Grundrechte oder Verfassungsbestimmungen noch möglich ist. Weitere Einwirkungsmöglichkeiten auf den Gesetzgeber stehen dem Bundesverfassungsgericht nicht zu ... Die Frage, ob dann, wenn der Gesetzgeber die verfassungsmäßigen Folgerungen aus einer solchen verfassungsgerichtlichen Feststellung in angemessener Frist nicht ziehen sollte, eine ‚endgültige‘ Ablehnung jeder Ergänzungsregelung anzunehmen sei, die dann zur Nichtigkeit auch der positiven Teilregelung gem. Art. 3 Abs. 1 GG führen müsse, braucht daher nicht erörtert zu werden.“⁶⁰

Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar um die Frage verfassungswidriger Unterlassungen des Gesetzgebers⁶¹, die nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist. Aber das Problem ist nicht wesentlich anders, wenn ein ausdrücklich in einem Gesetz festgesetzter Ausschluß einer Personengruppe gegen Art. 3 GG verstößt. Ein Beispiel dafür ist der Beschluß des BVerfG vom 11. Juni 1958⁶². Auch hier hatte sich

⁵⁹ BVerfGE 6, 257—273.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 6, 265 f.

⁶¹ Dazu ausführlich Seiwert, a.a.O., insbesondere auch zu dieser Entscheidung auf S. 73 f., ferner Schumann, AöR Bd. 88 (1963), S. 331 ff.

⁶² BVerfGE 8, 28—38.

das BVerfG mit der Besoldungsregelung für Ruhegehaltsempfänger nach dem Gesetz 131 zu befassen. In den Gründen wird ausgeführt:

„Eine auf Art. 3 GG gestützte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts muß die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nach Möglichkeit wahren. Das ist bei Gesetzen, die unter Verstoß gegen dieses Grundrecht eine bestimmte Personengruppe belasten, ohne weiteres möglich, indem das Bundesverfassungsgericht die belastende Norm für nichtig erklärt und dadurch dem Gesetzgeber jede neue Gestaltungsmöglichkeit offen hält. Verstößt jedoch ein Gesetz durch *Begünstigung* bestimmter Personengruppen gegen Art. 3 GG, so kann das Bundesverfassungsgericht entweder die begünstigende Vorschrift für nichtig erklären oder feststellen, daß die Nichtberücksichtigung bestimmter Gruppen — also das Unterlassen des Gesetzgebers — verfassungswidrig ist. ... Wie die Entstehungsgeschichte des Änderungsg ergibt, war für die vom Bundesgesetzgeber beschlossene Höhe der neuen Bezüge gerade die Frage von entscheidender Bedeutung, ob nach Art. 3 GG alle Versorgungsempfänger, also auch die Ruhegehaltsempfänger nach dem G 131, zu berücksichtigen seien. Das Bundesverfassungsgericht würde also unzulässigerweise in die Entschließungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen, wenn es nur die einschränkende gesetzliche Bestimmung ... für nichtig erklären und dadurch allen Versorgungsempfängern unmittelbar Ansprüche auf die gleichen Bezüge in der festgelegten Höhe zubilligen würde.“⁶³

Auf eine kurze Formel gebracht, handelt es sich um folgenden Grundsatz: Die Nichtigerklärung einer gegen Art. 3 GG verstoßenden Teilregelung kann nicht nur kassatorischen, sondern auch legislatorischen Charakter haben und ist dann dem BVerfG regelmäßig untersagt.

Allerdings gilt dieser Grundsatz nach Ansicht des BVerfG nicht uneingeschränkt. In der zuvor erwähnten Entscheidung sagt das BVerfG nämlich auch:

„Dagegen ist eine Entscheidung, die — wie der Beschluß vom 21. Februar 1957 (BVerfGE 6, 273 ff.) — einen Teil einer Bestimmung für nichtig erklärt, nur dann zulässig, wenn das Bundesverfassungsgericht mit Sicherheit annehmen kann, daß der Gesetzgeber bei Beachtung des Art. 3 GG die verbleibende Fassung gewählt, also das Gesetz auf alle nach Art. 3 GG zu berücksichtigenden Gruppen unverändert erstreckt haben würde.“⁶⁴

Diese Auffassung hat das Gericht später noch mehrfach bestätigt. So hat es z. B. in den Beschlüssen vom 11. Oktober 1962⁶⁵ und vom 14. November 1962⁶⁶ zwei Vorlagebeschlüsse nach Art. 100 Abs. 1 GG als unzulässig abgewiesen, weil die Ausdehnung einer begünstigenden Regelung durch Nichtigerklärung der Einschränkung ein unzulässiger Eingriff in den Bereich des Gesetzgebers wäre⁶⁷. Nicht selten hängen

⁶³ Vgl. BVerfGE 8, 37 f.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 8, 37.

⁶⁵ BVerfGE 14, 308—312.

⁶⁶ BVerfGE 15, 121—126.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 14, 311 f. und 15, 125 f.

Art und Weise des Vorgehens des BVerfG in solchen Fällen von dem zufälligen technischen Aufbau eines Gesetzes ab. Wenn ein Gesetz alle *begünstigten* Gruppen aufführt, dann lehnt das BVerfG es ab, das Gesetz entsprechend zu ergänzen; auch dann, wenn es, wie in der Entscheidung vom 6. November 1962⁶⁸ die Aufnahme einer weiteren Gruppe von Begünstigten für verfassungsrechtlich zwingend geboten hält. Nach Ansicht des BVerfG handelt es sich um einen unzulässigen Eingriff in die Gesetzgebung⁶⁹. Ist das Gesetz dagegen so gestaltet, daß die von einer Begünstigung *ausgeschlossenen* Gruppen ausdrücklich aufgeführt werden, dann erklärt das BVerfG den Ausschluß für nichtig, sofern die dadurch bewirkte Ausdehnung der Regelung verfassungsrechtlich geboten ist. So hat es z. B. in dem Beschluß vom 8. Oktober 1963⁷⁰ auf eine Verfassungsbeschwerde hin ein Urteil des BGH aufgehoben, weil der Ausschluß einer bestimmten Personengruppe von Wiedergutmachungsleistungen verfassungswidrig sei und es gleichzeitig verfassungsrechtlich geboten sei, die Wiedergutmachung auch an die bisher ausgenommene Gruppe zu gewähren. Das BVerfG erklärte daher den Ausschluß für nichtig, und der BGH hatte nunmehr auf Grund der erweiterten Regelung neu zu entscheiden⁷¹.

Soweit ersichtlich, stammt die letzte Entscheidung zu diesem Problemkreis vom 12. Januar 1965⁷². Das BVerfG hatte über die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung des „Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes“⁷³ zu befinden, nach der Beginn und Umfang der Wiedergutmachung für entlassene Referendare und geprüfte Kandidaten unterschiedlich geregelt waren. In diesem Beschluß hat das BVerfG die von ihm bisher entwickelten Grundsätze zur teilweisen Verfassungswidrigkeit bei Gleichheitsverletzungen folgendermaßen zusammengefaßt:

„In einem Fall wie dem vorliegenden muß sich deshalb das Bundesverfassungsgericht darauf beschränken festzustellen, daß die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG dadurch verletzt sind, daß das Gesetz Beginn und Umfang der Wiedergutmachung für geprüfte Kandidaten und für entlassene Referendare verschieden geregelt hat... Hingegen kann das Gericht nicht — über diese Feststellung hinausgehend — entscheiden, daß die für entlassene Referendare geltende Regelung auf

⁶⁸ BVerfGE 15, 46—77.

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 15, 75 f.

⁷⁰ BVerfGE 17, 122—135.

⁷¹ Vgl. BVerfGE 17, 134; dazu auch Küster, a.a.O., S. 28, Fußnote 23, der allerdings übersieht, daß diese Praxis des BVerfG keineswegs neuartig ist.

⁷² BVerfGE 18, 288—302.

⁷³ Gesetz vom 11. Mai 1951 (BGBl. I S. 291) mit mehreren späteren Änderungen und Ergänzungen.

die Beschwerdeführer zu erstrecken ist. Denn weder ist es verfassungsrechtlich geboten, den Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gerade auf diese Weise zu beseitigen..., noch kann mit Sicherheit angenommen werden, daß der Gesetzgeber, hätte er den Verstoß gegen den Gleichheitssatz erkannt, ihm dadurch begegnet wäre, daß er die geprüften Kandidaten in die für entlassene Referendare geltende Regelung einbezogen hätte...⁷⁴

Damit soll der keineswegs vollständige Überblick über die Spruchpraxis des BVerfG abgeschlossen werden. Es wurden nur die Entscheidungen herausgegriffen, in denen das BVerfG selbst nähere Ausführungen zu den Folgen der von ihm festgestellten Verfassungswidrigkeit gemacht hat. Daneben haben zahlreiche Rechtssatzkontrollentscheidungen des BVerfG erst bei ihrer späteren Durchsetzung schwierige Fragen hinsichtlich der konkreten Folgen der Verfassungswidrigkeit aufgeworfen, ohne daß das BVerfG vorher schon dazu Stellung genommen hatte. Man denke etwa an die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der §§ 1628 und 1629 Abs. 1 BGB (Stichentscheid des Vaters)⁷⁵ oder des § 10 b EStG 1957 (steuerbegünstigte Spenden an politische Parteien)⁷⁶. Mit den Folgen der Verfassungswidrigkeit der §§ 1628 und 1629 Abs. 1 BGB hat sich inzwischen der BGH in seinem Urteil vom 29. Januar 1963⁷⁷ ausführlich befaßt, bezüglich des § 10 b EStG 1957 wurden die offenen Fragen durch Ministerialerlasse⁷⁸ geregelt.

Allgemein läßt sich zu der Spruchpraxis des BVerfG sagen, daß sich in ihr eine tiefe Kluft zwischen dem immer wieder betonten Grundsatz der anfänglichen Unwirksamkeit und den jeweils in einzelnen Entscheidungen an die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes geknüpften konkreten Rechtsfolgen offenbart. Das BVerfG war mit Recht immer darauf aus, unbeirrt von allen konstruktiven Bedenken und Schwierigkeiten, sinnvolle und vor allem durchsetzbare Entscheidungen zu treffen, die eben kein ‚Chaos verursachen‘ und nicht um jeden Preis den einmal geschehenen Verfassungsverstoß zu beseitigen versuchten. Die nunmehr vierzehnjährige Spruchpraxis hat

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 18, 301 f.; dazu auch Küster, a.a.O., S. 28 f.

⁷⁵ Urteil vom 29. Juli 1959 (BVerfGE 10, 59—89).

⁷⁶ Urteil vom 24. Juni 1958 (BVerfGE 8, 51—71).

⁷⁷ BGHZ 39, 45—53. In dieser Entscheidung findet sich auch eine ausführliche Auseinandersetzung mit der umfangreichen Literatur zu den Folgen der Entscheidung über den Stichentscheid des Vaters; dazu auch Sturm a.a.O.

⁷⁸ Vgl. dazu den Erlaß des Finanzministers von NRW vom 15. Juli 1958 — S 2120 e — 3572/VB 2, veröffentlicht im BStBl 1958 Teil II S. 103. Im BStBl 1958 Teil II wird auch auf die gleichlautenden Erlasse in fast allen anderen Bundesländern hingewiesen.

wesentlich zur Ordnung und Festigung unseres Verfassungsgefüges beigetragen, wodurch die Richtigkeit der Entscheidungen im Ergebnis in weitem Umfange bestätigt wird. Das bedeutet jedoch nicht, daß damit auch das verfassungsrechtliche Problem der Folgen von Rechtsatzkontrollentscheidungen bereits gelöst wäre. Wenn auch die Entscheidungen des BVerfG im Ergebnis regelmäßig zu billigen sind, so sind doch die Begründungen häufig begrifflich unscharf und in sich widerspruchsvoll. Das BVerfG will die Durchbrechungen des Grundsatzes anfänglicher Unwirksamkeit nicht offen zugeben und rechtfertigt statt dessen seine Entscheidungen mit ganz allgemeinen rechtlichen Erwägungen. Das mindert die Überzeugungskraft der Entscheidungen und läßt sie leicht als von Fall zu Fall getroffene Billigkeitsentscheidungen erscheinen, die verfassungsdogmatisch nicht einheitlich erfaßbar sind.

Dritter Teil

Möglichkeiten und Grenzen der Vernichtung verfassungswidriger Gesetze

Der Einblick in die Spruchpraxis des BVerfG hat deutlich gemacht, daß der Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze nicht nur stark eingeschränkt und häufig durchbrochen wird, sondern daß es aus den verschiedensten Gründen oft gar nicht möglich ist, ein Gesetz rückwirkend zu vernichten, wenn man nicht ein Chaos verursachen will. Immer wieder mußte das BVerfG den Blick auf die möglichen Auswirkungen seiner Rechtssatzkontrollentscheidungen richten und war gezwungen, die Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes unter Hinweis auf allgemeine Rechtsgrundsätze oder auf seine Stellung und Funktion im System des GG dem jeweiligen Fall anzupassen.

Solange man die hier sichtbar werdenden, jeder Rechtssatzkontrolle immanenten Grenzen nicht klar erkannt hat, besteht die Gefahr, daß die Feststellung der Verfassungswidrigkeit unterbleibt, um den jeweils sich abzeichnenden Schwierigkeiten zu entgehen¹. Die in der Einleitung erwähnten Äußerungen der Bundesverfassungsrichter *Friesenhahn* und *Heck* zeigen, daß diese Befürchtung nicht unberechtigt ist. Wenn das BVerfG irgendwelche Rechtssätze für verfassungswidrig hält, muß es das immer, ohne Rücksicht auf die Folgen, allgemeinverbindlich feststellen. Anderenfalls verfehlt es seine Aufgabe als Hüter der Verfassung. Zum Ausgleich dafür muß das BVerfG aber in begrenztem Umfang die Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes selbst regeln können oder, soweit das möglich ist, vom Gesetzgeber festsetzen lassen. Wenn überhaupt, dann kann man nur hier, nicht bei der Auslegung der Verfassung und der Prüfung der Gesetze, Zugeständnisse machen. Die zuvor dargestellte Praxis des BVerfG zeigt ja auch tatsächlich verschiedene Ansätze in dieser Richtung, allerdings werden die dahinterstehenden Grundgedanken nicht recht deutlich.

¹ Darauf weist mit Recht auch *Arndt*, BB 1960, S. 995 hin.

Im dritten Teil dieser Untersuchung wird nun der Versuch gemacht, den Ursachen für die Schwierigkeiten bei der Verwirklichung des Grundsatzes anfänglicher Unwirksamkeit nachzugehen. Zu diesem Zweck wird in erster Linie die Spruchpraxis des BVerfG ausgewertet, während das allgemeine rechtsphilosophische Problem der Nichtigkeit und der Unwirksamkeit weitgehend außer Betracht bleibt. Wenn auf diese Weise einige Grundsätze über die Folgen der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen herausgearbeitet werden, so sind diese notwendig lückenhaft und ergänzungsbedürftig, da die Spruchpraxis des BVerfG zu diesen Fragen noch nicht umfangreich genug ist. Ebenfalls ist es, selbst bei viel Phantasie, nicht möglich, alle theoretisch denkbaren Fälle verfassungswidriger Gesetze in die Überlegungen miteinzubeziehen. Dafür sind die möglichen Inhalte zukünftiger Gesetze zu wenig überschaubar.

1. Kapitel

Die Unvollkommenheit der Regelung des § 79 BVerfGG und ihre Ursachen

Die Entscheidungen des BVerfG haben gezeigt, daß eine uneingeschränkte rückwirkende Vernichtung verfassungswidriger Gesetze häufig undurchführbar ist. § 79 BVerfGG enthält zwar wichtige Einschränkungen der rückwirkenden Vernichtung, aber diese Regelung ist unvollkommen und hat dem BVerfG verschiedentlich erhebliche Auslegungsschwierigkeiten bereitet; außerdem gilt sie nur für einen Teilbereich. So konnten z. B. alle die im zweiten Teil unter 3 bis 5 erwähnten Fälle nicht mit Hilfe des § 79 gelöst werden. Die Gründe dafür gehen eindeutig aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 79 hervor; zugleich gibt die Entstehungsgeschichte auch einen tiefen Einblick in die Grundprobleme jeder Gesetzesvernichtung.

1. Der Wortlaut des § 79 BVerfGG und seine Entstehungsgeschichte

§ 79 begrenzt ausschließlich für Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte² die Folgen, die man eigentlich bei einer streng durchgeführten rückwirkenden Vernichtung erwarten würde. Nach dieser Bestimmung werden nämlich nicht die auf Grund eines verfassungswidrigen Gesetzes ergangenen Hoheitsakte mit der „Nichtigerklärung“ des Gesetzes automatisch unwirksam, sondern sie bleiben zunächst einmal bestehen. Bei Strafurteilen wird die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens eingeräumt (Abs. 1), bei allen sonstigen Akten wird die Vollstreckung unterbunden. Nur soweit diese Hoheitsakte im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht rechts- oder bestandskräftig geworden sind, sind sie angreifbar. § 79 bezieht sich also nach seinem Wortlaut nur auf wenige und eng begrenzte Auswirkungen, die verfassungswidrige Gesetze hervorrufen können.

² Ausführlich dazu *Kneser*, AöR Bd. 89 (1964), S. 177 f. mit zutreffender Kritik an vereinzelt vertretenen abweichenden Auffassungen; ebenso *Lechner*, a.a.O., Allgemeines zu § 79 (S. 242) und *Geiger*, Kommentar, Anm. 4 zu § 79 (S. 253).

Dieser beschränkte Geltungsbereich erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 79³ und der dahinterstehenden Problemsicht des Gesetzgebers. Zunächst war, wie schon an früherer Stelle⁴ erwähnt, eine dem § 79 entsprechende Regelung nicht vorgesehen. In der amtlichen Begründung zum Entwurf des späteren § 78 hatte man sich hinsichtlich der Grenzen einer grundsätzlich rückwirkenden Vernichtung mit einem kurzen Hinweis auf die Rechts- bzw. Bestandskraft begnügt, hielt hingegen eine besondere Regelung für überflüssig. Es heißt in der Begründung:

„Die Entscheidung des Gerichts, daß eine Norm nichtig ist, berührt die Rechtskraft eines auf Grund dieser Norm ergangenen Urteils und die Rechtsbeständigkeit eines anspruchsbegründenden Verwaltungsaktes nicht. Das verlangt die Rechtssicherheit.“⁵

Bei der Beratung des § 78 in der 52. Sitzung des Rechtsausschusses wurden die Folgen der Entscheidungen des BVerfG jedoch dann ausführlich erörtert⁶. Einzelne Ausschußmitglieder führten zum Teil sehr anschauliche Beispiele verfassungswidriger Ehegesetze, Strafgesetze, Steuergesetze, Enteignungs- und Umlegungsgesetze usw. an und wiesen auf die unterschiedlichen Vernichtungsprobleme hin⁷. Man hielt es kaum für möglich, jeweils die einzelnen Folgen im voraus gesondert zu regeln, und die Meinungen gingen hin und her, ob man besser bei der Entscheidung jeweils dem Gesetzgeber oder, wie es der SPD-Entwurf⁸ vorsah, dem BVerfG die Regelung der einzelnen Folgen der „Nichtigerklärung“ überlassen solle. Schließlich einigte man sich dahin, auf jeden Fall im Strafrecht die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zuzulassen⁹, im übrigen sei jedoch eine allgemeingültige Regelung kaum möglich. Wenn aber ein durch verfassungswidrige Gesetze geschehenes Unrecht nicht wiedergutzumachen sei, solle man einen Ersatzanspruch gegen den Staat gewähren; vor

³ Auf die interessante und aufschlußreiche Entstehungsgeschichte des § 79 ist erstmals *Kneser*, AöR Bd. 89 (1964), S. 132–134 näher eingegangen; einige Hinweise auch schon bei *Arndt*, DöV 1959, S. 81 ff.; allgemein zur Entstehungsgeschichte des BVerfGG *Geiger*, Kommentar, Einleitung IV, S. XIX ff.

⁴ Siehe oben Teil 1, Kap. 2, Abschn. 2 b.

⁵ Vgl. BT-Drucksache Nr. 788 (1. Wahlperiode 1949), S. 34.

⁶ Unterlage für die folgenden Ausführungen sind die in der Drucksache Nr. 94 Teil VI des Rechtsausschusses des Bundestages enthaltenen Auszüge aus den Protokollen. Die Protokolle sind sämtlich nicht wörtlich, sondern in indirekter Rede abgefaßt.

⁷ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 43 ff.

⁸ Vgl. § 43, BT-Drucksache Nr. 328 (1. Wahlperiode 1949); siehe auch oben Teil 1, Kap. 2, Abschn. 2 b.

⁹ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 48.

allem dann, wenn der Gesetzgeber die Folgen der Ungültigerklärung nicht rechtzeitig regelt¹⁰.

Ein zur Klärung der Meinungsverschiedenheiten gebildeter Unterausschuß¹¹ schlug dann in der 72. Sitzung die Einfügung eines neuen § 72 a vor, eines Vorläufers der jetzigen Fassung des § 79, der wie folgt lautete¹²:

„(1) Für Entscheidungen, die auf einer gemäß § 72 für nichtig erklärten Norm beruhen, gilt folgendes:

(2) Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig.

(3) Ein Verwaltungsakt ist nichtig, wenn weder dem Begünstigten noch einem Dritten daraus ein Rechtsanspruch erwachsen ist.

(4) Die Vollstreckung aus einer gerichtlichen Entscheidung ist unzulässig. Das gleiche gilt für den Vollzug eines Verwaltungsaktes, der eine Rechtspflicht auferlegt.

(5) Wer auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung oder eines Verwaltungsaktes etwas erlangt hat, ist nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zur Herausgabe verpflichtet.

(6) Für einen Schaden, der durch eine Entscheidung entstanden ist und nach Abs. 2 bis 5 nicht beseitigt wird, haftet unbeschadet besonderer gesetzlicher Regelung die juristische Person, deren Gericht oder Behörde die Entscheidung erlassen hat.“

Der Vertreter des BJM faßte den Grundgedanken dieses § 72 a wie folgt zusammen:

„... werde von dem Grundsatz beherrscht, Entscheidungen gleich welcher Art, die auf einem inzwischen aufgehobenen Gesetz beruhen, nach Möglichkeit zu erhalten, da man die Konsequenzen nicht absehen könne, die in dem einen oder anderen Fall durch die Beseitigung dieser Entscheidung entstünden. Daher habe man nur so vorgehen können, diese Hoheitsakte auf Grund eines für nichtig erklärten Gesetzes zu erhalten, ihnen aber Wirkungen zu nehmen, die denjenigen, der daraus eine Rechtspflicht herleiten müsse, zu Unrecht belaste.“¹³

Die Beratungen im RA konzentrierten sich zunächst auf Abs. 5 und 6¹⁴. Mehrere Ausschußmitglieder wandten sich erneut gegen die in der gesamten Regelung zum Ausdruck kommende Tendenz, die auf Grund des für nichtig erklärten Gesetzes bereits ergangenen Hoheitsakte in ihrem Bestande zu erhalten. Man solle dagegen eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes anstreben und sich nicht mit Bereicherungs- und mit Schadenersatzansprüchen gegen den Staat zufriedenen-

¹⁰ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 45 f.

¹¹ Vgl. *Geiger*, Kommentar, Einleitung IV, S. XXII.

¹² Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 50 f.; abgedruckt auch bei *Kneser*, AöR Bd. 89 (1964), S. 134.

¹³ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 51.

¹⁴ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 53–56.

geben¹⁵. Der RA befaßte sich dann nochmals mit dem § 72 a in der 82. Sitzung. Gegen den § 72 a, der ja nur im Wege eines Kompromisses zwischen den gegensätzlichen Standpunkten entstanden war, waren von Regierungsseite und auch von den Vertretern der Länder schwere Bedenken erhoben worden¹⁶. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens sei es mit Ausnahme von Strafurteilen wegen der unübersehbaren Folgen nicht zu vertreten, die auf Grund des für nichtig erklärten Gesetzes ergangenen Einzelakte sämtlich in ihrem Rechtsbestand zu erschüttern. Auch ergäben sich aus der in Abs. 6 festgelegten subsidiären Staatshaftung erhebliche Schwierigkeiten bei der Schadensfeststellung.

Ursache für die zunächst unüberbrückbar erscheinenden Gegensätze war u. a. der Umstand, daß zugleich mit dem § 79 auch immer über die Folgen einer Verfassungsbeschwerde beraten wurde¹⁷. Dadurch trennte man nicht scharf genug zwischen den Folgen der Verfassungswidrigkeit für die Anlaßfälle und den Folgen für die Allgemeinheit, die durch die Gesetzeskraft der Entscheidungen hervorgerufen werden. Als dieser grundsätzliche Unterschied erst einmal klargelegt war¹⁸, bildete sich im Ausschuß bald eine Meinung dahingehend, daß zumindest für die Anlaßfälle die Rechtslage erneut zu beurteilen sei; auch die mögliche Rechtskraft der zugrunde liegenden Entscheidungen könne nicht entgegenstehen. Für die anderen bestands- oder rechtskräftigen Hoheitsakte dachte man zunächst an eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn diese Akte innerhalb einer bestimmten Zeit vor Nichtigenerklärung erlassen worden waren¹⁹. Jedoch sah man bald, daß auch dadurch nicht die grundsätzlichen Schwierigkeiten einer Auswirkung auf bereits abgeschlossene Verfahren beseitigt werden konnten.

Man wich schließlich von dem vorgeschlagenen § 72 a erheblich ab und legte den grundsätzlichen Fortbestand sämtlicher Hoheitsakte mit einer Sonderregelung für Strafurteile fest. Im übrigen wurden erbrachte Leistungen als rechtsbeständig angesehen und Bereicherungsansprüche ausdrücklich ausgeschlossen. Man war der Ansicht, daß in Fällen schweren Unrechts am besten noch der Gesetzgeber selbst durch ein Spezialgesetz helfen könne²⁰ und nahm darum ausdrücklich in § 79 Abs. 2 Satz 1 einen Gesetzesvorbehalt auf. Wenn die Mehrheit des Ausschusses ihre grundsätzlichen Bedenken gegen den Fortbestand der

¹⁵ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 53.

¹⁶ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 56 und 58.

¹⁷ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 57.

¹⁸ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 60 f.

¹⁹ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 59 f. u. 73.

²⁰ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 78.

Hoheitsakte also doch aufgab und der heutigen Fassung des § 79 zustimmte, so war dafür wohl folgender, von einem Ausschußmitglied geäußelter Gedanke maßgebend:

„... man könne sich auch auf den rigorosen Standpunkt stellen, daß es jedermanns eigene Sache sei, Recht wahrzunehmen, und daß derjenige, der in der Wahrnehmung der ihm durch die Verfassung gegebenen Rechte nicht bis zum äußersten gehe, unter Umständen seine Ansprüche verwerke.“²¹

Bei den drei Lesungen des BVerfGG im Bundestag gingen zwar die Abgeordneten *Wahl*²² und *Neumayer*²³ in ihren Referaten ausführlich auf die Schwierigkeiten bei der Abfassung des § 79 ein, jedoch wurde der Wortlaut nicht mehr geändert. Ein Antrag der Zentrumsfraktion, den § 79 Abs. 2 aus grundsätzlichen Erwägungen zu streichen²⁴, wurde abgelehnt.

2. Die verengte Problemsicht des Gesetzgebers und ihre Gründe

Die Entstehungsgeschichte bestätigt in vollem Umfang den schon aus dem Wortlaut ersichtlichen begrenzten Anwendungsbereich des § 79. Allerdings muß man eine wesentliche Einschränkung machen: § 79 wurde nicht, wie man es bei dem engen Zusammenhang mit § 78 vielleicht vermuten könnte, als eine abschließende und eng auszulegende Ausnahmeregelung verstanden; man war sich vielmehr genau der Tatsache bewußt, daß diese Regelung unvollständig und im Einzelfall jeweils ergänzungsbedürftig sei. Ebenso hatte man gesehen, daß es nicht möglich war, die Folgen der Entscheidungen im voraus allgemeingültig zu regeln. Auch hier gilt, was das Plenum des BVerfGG für das gesamte BVerfGG festgestellt hat, daß „der Gesetzgeber ... in dieser Erkenntnis bewußt Raum für die Ausgestaltung des Verfahrens durch die Gerichtspraxis gelassen hat“²⁵.

Man könnte nun versuchen, die vielen ungeklärten Einzelfragen im Wege der Auslegung des § 79 BVerfGG zu lösen; die gründliche Untersuchung von *Kneser*²⁶ ist dafür ein gutes Beispiel. Man muß sich jedoch darüber im klaren sein, daß man auf diese Weise immer nur zu begrenzten Teilregelungen gelangt, ohne daß die allgemeinen Grenzen jeder Gesetzesvernichtung wirklich deutlich werden. Der Gesetzgeber

²¹ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 79; ähnlich der Abg. *Wahl* im Bundestag, vgl. BT-Prot. (112. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4228.

²² Vgl. BT-Prot. (112. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4227 f.

²³ Vgl. BT-Prot. (112. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4234.

²⁴ Vgl. BT-Prot. (114. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4299.

²⁵ Vgl. den Beschluß des Plenums des BVerfGG vom 8. Dezember 1952, BVerfGE 2, 79—98 (84).

²⁶ AÖR Bd. 89 (1964), S. 129—211.

hat nämlich in zwei wesentlichen Punkten das Problem der Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze nicht voll erkannt. Diese unvollkommene Problemsicht hat sich im Gesetzeswortlaut des § 79 BVerfGG niedergeschlagen. Sie läßt sich allein mit den Mitteln der Auslegung nicht mehr ausgleichen. Einmal hat der Gesetzgeber nur bei Hoheitsakten eine Regelung der Folgen der Verfassungswidrigkeit für notwendig erachtet, zum anderen war seine Vorstellung vom Gegenstand eines Rechtssatzkontrollverfahrens unzutreffend.

a) Die Beschränkung der Regelung auf Hoheitsakte

§ 79 BVerfGG regelt nur die Folgen der Verfassungswidrigkeit für Hoheitsakte. Diese Beschränkung beruht darauf, daß nur in der Rechts- und Bestandskraft von Hoheitsakten eine Grenze für die grundsätzlich rückwirkende Vernichtung gesehen wurde. Die Begründung des RegE zu dem späteren § 78 zeigt das deutlich²⁷. Zwangsläufig konzentrierte sich der Blick daher ausschließlich auf Hoheitsakte, da diese allein der Rechts- bzw. Bestandskraft fähig sind. Dieser prozessual bestimmte Blickwinkel hat sich während der gesamten Beratungen letztlich nicht geändert und ist auch heute noch weit verbreitet²⁸. Daneben ist der enge Anwendungsbereich dieser Bestimmung besonders durch die Vorstellung verursacht, daß ein Gesetz hauptsächlich in Form von hoheitlichen Vollzugsakten rechtserhebliche Wirkungen äußert und diese allein eine durchgreifende rückwirkende Vernichtung begrenzen. In dieser Beschränkung der (schutzwürdigen) Rechtswirkungen eines Gesetzes auf Akte hoheitlicher Rechtsanwendung liegt der wesentliche Grund für die Unvollständigkeit des § 79.

Diese Vorstellung ist allenfalls für einige Rechtssätze des öffentlichen Rechts und des materiellen Strafrechts zutreffend. Bei einer Norm des Strafrechts kann man vielleicht noch am ehesten sagen, daß sie ausschließlich in der Form von Hoheitsakten Rechtswirkungen äußert, da die Gesetzesanwendung allein dem Richter vorbehalten ist. Bezeichnend ist, daß gerade der Fall eines „nichtigen“ Strafgesetzes immer wieder im Ausschluß erörtert wurde. Bei Normen des Zivilrechts besteht ein solcher Vorbehalt nicht: Die Rechtswirkungen von Bestimmungen des Ehe- oder des Familienrechts beschränken sich nicht auf deren Anwendung in einem entsprechenden Zivilprozeßurteil. Der für verfassungswidrig erklärte § 1629 Abs. 1 BGB (Stichentscheid des Vaters)²⁹ ist ein überzeugendes Beispiel. Gerade außerhalb von Urteilen hat diese

²⁷ Siehe oben S. 92.

²⁸ Besonders deutlich bei Arndt, DöV 1959, S. 82 und BB 1960, S. 994.

²⁹ Urteil vom 29. Juli 1959 (BVerfGE 10, 59—89).

Bestimmung zahllose Wirkungen hervorgerufen und Rechtsbeziehungen gestaltet³⁰.

Häufig, ja sogar in der Regel, entfalten Gesetze auch dadurch Wirkungen, daß man sich ihnen *freiwillig* unterwirft und sie befolgt. So bedurften z. B. die verfassungswidrigen Vorschriften über steuerbegünstigte Spenden an politische Parteien³¹ keiner hoheitlichen Vollzugsakte, eben weil sie die Rechtsstellung des Einzelnen begünstigten. Ähnlich ist es bei den vielen Gesetzen, die soziale Leistungen gewähren und bei denen die ausdrücklich festgelegte Nichtbegünstigung bestimmter Personen gegen den Gleichheitssatz verstößt³²: Nur ausnahmsweise äußert sich die verfassungswidrige Benachteiligung durch Hoheitsakte, z. B. wenn eine beantragte Leistung unter Berufung auf die später für verfassungswidrig erklärte Bestimmung abgelehnt worden ist, regelmäßig liegt sie in dem schlichten Nichtgewähren der Leistung.

Daneben gibt es die verschiedenartigsten Verfahrens- und Organisationsgesetze, von denen tiefgreifende Wirkungen außerhalb hoheitlicher Vollzugsakte ausgehen. Nur beispielsweise seien hier aus unserer bisherigen Staatspraxis erwähnt: Wahlgesetze³³, Volksbefragungsgesetze über ABC-Waffen³⁴, das Gesetz über die Friedensgerichtsbarkeit³⁵, das Bundessozialhilfegesetz³⁶ usw. Nicht zu vergessen sind in diesem Zusammenhang die in Form von Gesetzen ergangenen organisatorischen Maßnahmen. Sie sind in keiner Weise mehr durch Hoheitsakte vollziehbar, vielmehr ordnen sie selbst unmittelbar etwas an, wie z. B. die Verlängerung der Wahlperiode eines Landtages³⁷ oder die Gründung einer Volkswagen-AG³⁸.

Alle diese Gesetze und ihre Wirkungen werden von § 79 BVerfGG nicht erfaßt. Ihre Vernichtbarkeit läßt sich auch über den Weg einer weiten Auslegung des § 79 nicht hinreichend begrenzen. Gleichwohl ist

³⁰ Mit dem Einfluß der Entscheidung auf diese Auswirkungen hat sich der BGH in seinem Urteil vom 29. Januar 1963 (BGHZ 39, 45—53) eingehend auseinandergesetzt.

³¹ Urteil vom 24. Juni 1958 (BVerfGE 8, 51—71).

³² Vgl. dazu etwa die oben in Teil 2 unter 5 genannten Entscheidungen oder auch die drei Entscheidungen vom 24. Juli 1963 (BVerfGE 17, 1—38; 17, 38—62; 17, 62—67).

³³ Vgl. dazu den Beschluß vom 11. November 1953 (BVerfGE 3, 41 ff.).

³⁴ Vgl. die Urteile vom 30. Juli 1958 (BVerfGE 8, 104 ff.; 8, 122 ff.); besonders aufschlußreich die einstweiligen Anordnungen in BVerfGE 7, 367 ff.; 7, 374 ff.; 8, 42 ff.

³⁵ Entscheidung vom 17. November 1959 (BVerfGE 10, 200 ff.).

³⁶ Hier ist bereits seit mehreren Jahren ein Rechtssatzkontrollverfahren anhängig.

³⁷ Urteil vom 23. Oktober 1951 (BVerfGE 1, 14—66).

³⁸ Urteil vom 17. Mai 1961 (BVerfGE 12, 354—369).

eine Begrenzung häufig unumgänglich, wie die Spruchpraxis des BVerfG zur Genüge beweist. Daraus ergibt sich eine weitere Folgerung: Auf keinen Fall kann man den engen Anwendungsbereich des § 79 begrifflich überspielen und sagen, nur hoheitliche Vollzugsakte seien eben ‚Rechtswirkungen‘ eines Gesetzes, alles andere hingegen ‚tatsächliche Wirkungen‘ und daher nicht schutzwürdig. Ob eine derartige Unterscheidung überhaupt sinnvoll und möglich ist, wird noch in einem anderen Zusammenhang erörtert³⁹, das Problem wird dadurch nicht weitergeführt. Schon die Praxis des BVerfG macht deutlich, daß dann eben auch gewisse ‚tatsächliche Wirkungen‘ der Vernichtbarkeit eines Gesetzes Grenzen ziehen.

b) *Der Gegenstand des Rechtssatzkontrollverfahrens
in der Sicht des Gesetzgebers*

Eng mit der Beschränkung der schutzwürdigen Rechtswirkungen auf Hoheitsakte hängt die Vorstellung des Gesetzgebers vom Gegenstand des Rechtssatzkontrollverfahrens zusammen. Bei den Verhandlungen dachte man in erster Linie an Gesetze im Sinne des sogenannten „klassischen“ Gesetzesbegriffs, nämlich an abstrakt generelle Regeln, die in Freiheit und Eigentum eingreifen⁴⁰. Bei einem derartigen Gesetzesbegriff liegt die Gleichsetzung von Rechtswirkungen mit hoheitlichen Vollzugsakten noch am nächsten, obwohl sie auch hier nicht voll zutrifft. Allenfalls ließe sich das für Ermächtigungsnormen zu Einzeleingriffen, wie z. B. Enteignungsgesetzen, sagen. Steuergesetze dagegen, die ebenfalls dem klassischen Gesetzesbegriff unterfallen, können auch Rechtswirkungen außerhalb von Vollzugsakten durch schlichtes Befolgen entfalten. Auch im Wortlaut des § 79 ist angedeutet, daß man vornehmlich an belastende Einzeleingriffe und die zugrunde liegenden Rechtssätze dachte. So heißt es in § 79 Abs. 2 Satz 2: „Die Vollstreckung aus einer solchen (!) Entscheidung ist unzulässig.“

Jede Regelung der Folgen der Entscheidungen, die stillschweigend von einem solchen Gesetzesbegriff ausgeht, erfaßt nur einen Teilbereich und ist daher unvollständig. Die Zulässigkeit eines Rechtssatzkontrollverfahrens ist nämlich an einen rein formellen Begriff des Gesetzes bzw. des Rechtssatzes geknüpft, der sämtliche Handlungen des Gesetzgebers umfaßt, die dieser in der Form eines Gesetzes beschlossen hat und die als solche ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet worden sind. Dieser Begriff setzt also keinen irgendwie gearteten Gesetzesinhalt voraus, sondern bestimmt sich nach rein formalen Kriterien.

³⁹ Siehe unten Kap. 3, Abschn. 1 b.

⁴⁰ Die in den Protokollen immer wieder erörterten Beispiele von verfassungswidrigen Gesetzen machen das besonders deutlich.

Das BVerfG hat das klar erkannt und bereits mehrfach ausgesprochen. Schon in der ersten Rechtssatzkontrollentscheidung, die das BVerfG getroffen hat, dem sogenannten „Südweststaaturteil“⁴¹, wurde diese Tatsache sichtbar. Die darin zu prüfende Verlängerung der Wahlperiode eines Landtages enthält in keiner Form Merkmale einer abstrakt generellen Regel, sondern ist ein Organisationsakt in der Form eines Gesetzes. In einer Entscheidung vom 30. Juli 1952 hat das BVerfG dann auch deutlich gesagt:

„Für das Normenkontrollverfahren ist es ohne Bedeutung, ob das zu prüfende Gesetz materielle Rechtssätze enthält. Auch ein Gesetz, das keine Rechte oder Pflichten für den Staatsbürger begründet, ist der Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG zugänglich.“⁴²

In einem Beschluß vom 10. Juni 1953 hat das BVerfG diese Auffassung wiederholt:

„Unter (Bundes- oder Landes-)Recht im Sinne dieser Vorschriften sind zunächst alle formellen Gesetze zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie Rechtssätze im Sinne des überkommenen Rechtssatzbegriffes enthalten oder nicht... Das gleiche muß für Rechtsverordnungen gelten.“⁴³

Auch für Vertragsgesetze im Sinne des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG hat das BVerfG am 4. Mai 1955⁴⁴ diese Meinung vertreten. Dieser formelle Gesetzesbegriff gilt für *alle* Arten von Rechtssatzkontrollverfahren. In der Entscheidung vom 17. Mai 1961 über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Privatisierung der Volkswagen-GmbH weist das Gericht noch einmal ausdrücklich darauf hin:

„Aus der Wahl der Gesetzesform ergibt sich die Zulässigkeit der verfassungsgerichtlichen Kontrollen, die gegenüber Gesetzen vorgesehen sind... Unerheblich ist deshalb, ob die Wahl der Gesetzesform durch den Inhalt geboten war, ebenso, ob es sich zwar um einen nur in Gesetzesform gekleideten Fiskalakt handelt, die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde sich aber aus einer grundsätzlichen Bindung auch des als Fiskus handelnden Staates an die Grundrechte ergäbe.“⁴⁵

Daraus ergibt sich ein wichtiger Grundsatz für jede Gesetzesvernichtung: Es ist nicht möglich, bei einem rein formal bestimmten Verfahrensgegenstand einheitliche Regeln zu finden, die für alle Probleme der Vernichtung gültig sind. Notwendigerweise muß vielmehr nach dem Rechtscharakter des Staatsaktes, der vernichtet werden soll, unterschieden und immer erst klargestellt werden, um was für einen Gesetzestyp es sich handelt⁴⁶, ob z. B. um einen Organisationsakt, eine

⁴¹ Urteil vom 23. Oktober 1951 (BVerfGE 1, 14—66).

⁴² Vgl. BVerfGE 1, 410.

⁴³ Vgl. BVerfGE 2, 312.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 4, 162.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 12, 361.

⁴⁶ Andeutungsweise findet sich dieser Grundsatz auch bei Müller, DöV 1965, S. 759 f.

Verfahrensregelung, eine allgemeine Verhaltensnorm, eine Ermächtigunggrundlage für Einzeleingriffe usw. Dann erst lassen sich die unterschiedlichen Wirkungen des für verfassungswidrig erklärten Gesetzes klar erkennen. Diese Tatsache kommt in dem Begriff ‚Rechtssatzkontrolle‘ oder dem sonst üblichen der ‚Normenkontrolle‘ nicht mit der nötigen Eindeutigkeit zum Ausdruck. Das macht keine neue Begriffsbildung notwendig, aber es wäre verkehrt, würde man den Begriffen ‚Rechtssatz‘ oder ‚Norm‘ irgendeinen materiellen Inhalt geben. Dann wird das Problem sofort verfälscht, denn in Wirklichkeit handelt es sich um eine Kontrolle von allen Staatsakten, die in der *Form* eines Gesetzes (bzw. einer Rechtsverordnung) nach außen getreten sind.

2. Kapitel

Die bisherigen Argumente für eine über § 79 BVerfGG hinausgehende Begrenzung der Vernichtung

Schon der Gesetzgeber hatte bemerkt, daß mit § 79 die Probleme der Gesetzesvernichtung nur in einem Teilbereich und lückenhaft gelöst worden sind. Inzwischen ist durch die Spruchpraxis des BVerfG diese Unvollkommenheit besonders deutlich geworden. Die Mängel des § 79 werden auch von der Rechtslehre allgemein nicht bestritten; auf die zuvor dargelegten Gründe wird allerdings nur selten eingegangen. Man ist sich im wesentlichen auch darüber einig, daß in den Fällen, in denen § 79 nicht anwendbar ist, keinesfalls immer eine möglichst durchgreifende rückwirkende Vernichtung erfolgen muß. Vielmehr hat man gerade aus der Spruchpraxis des BVerfG die Einsicht gewonnen, daß es in den verschiedenartigsten Fällen nicht möglich ist, die Wirkungen eines Gesetzes bis zu der Entscheidung des BVerfG wiederaufzurollen und rechtlich ungeschehen zu machen¹. Die Begründungen für eine über § 79 hinausgehende Einschränkung der Vernichtung sind jedoch häufig unklar und wenig überzeugend. Es geht daraus nicht hervor, wo wirklich die Grenzen der Vernichtung liegen. Für diejenigen, die vorher so prinzipiell und entschieden die *Ipsa-jure*-Nichtigkeit oder rückwirkende Vernichtung aller verfassungswidrigen Gesetze vertreten haben, ist es besonders schwierig, noch überzeugende Argumente für eine Einschränkung zu finden.

1. Der Grundsatz der Rechtssicherheit und der „Rechtsschein“ verfassungswidriger Gesetze

Zur Rechtfertigung einer weitergehenden Einschränkung der Vernichtung wird in erster Linie immer auf den Grundsatz der Rechtssicherheit und auf den von verfassungswidrigen Gesetzen ausgehenden „Rechtsschein“ hingewiesen². Bei der Vernichtung verfassungswidriger

¹ Vgl. dazu Arndt, BB 1960, S. 994; Geiger, Kommentar, Anm. 4 zu § 78 (S. 249 f.), ferner in DRiZ 1951, S. 175; Scheuner, BB 1960, S. 1255; Sigloch, JZ 1958, S. 80 ff.

² Vgl. Arndt, DöV 1959, S. 83 f.; Geiger, Kommentar, Anm. 4 zu § 78 (S. 250); Hamann, NJW 1959, S. 1467 f.; Löwisch, JZ 1961, S. 732; Maisch, NJW 1959, S. 1476; Scheuner, BB 1960, S. 1255.

Gesetze bestehe, so wird ausgeführt, ein Konflikt zwischen den Grundprinzipien der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit, der häufig zugunsten der Rechtssicherheit entschieden werden müsse. Von diesem Standpunkt her wird § 79 gerade als ein Ausdruck der Entscheidung des Gesetzgebers für die Rechtssicherheit verstanden³, und darum müsse das BVerfG bei seinen Entscheidungen immer auf die Wahrung dieses Grundsatzes besonders bedacht sein, auch wenn sich aus dem Wortlaut des § 79 konkret für den Fall nichts entnehmen ließe. Daneben wird, insbesondere von den Vertretern einer *Ipsso-jure*-Nichtigkeit, betont, daß verfassungswidrige Gesetze zwar von Anfang an ungültig seien, daß aber dennoch von diesen „Gesetzen“ bis zu ihrer Nichtigkeitsklärung ein rechtserheblicher „Rechtsschein“ ausgehe. Das Vertrauen auf diesen Rechtsschein müsse geschützt werden, und deshalb müßten die durch den Rechtsschein verursachten Wirkungen bestehen bleiben⁴.

Es ist sicherlich richtig, daß in § 79 auch der Grundsatz der Rechtssicherheit seinen Niederschlag gefunden hat. Bei den Beratungen des § 79 wurde mehrfach auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit hingewiesen⁵. Ebenso versteht das BVerfG die gesamte Regelung des § 79 als einen Ausfluß der Rechtssicherheit. Aus diesem Grunde hält es die Bestimmung auch für verfassungsmäßig, weil der Gesetzgeber bei einem Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit der Rechtssicherheit den Vorzug geben könne, die ebenso wie die Gerechtigkeit zu den Grundprinzipien unserer Verfassung gehöre⁶.

Zu dieser Argumentation ist zu sagen, daß die Probleme der Gesetzesvernichtung in keiner Weise vereinfacht und leichter lösbar werden, wenn man sie generell als einen Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit begreift. Diese für die verschiedenartigsten Rechtsprobleme gern gebrauchte Formel — man denke nur etwa an den Widerruf rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte⁷ — führt zu einer kaum überprüfbar und berechenbar Wertung und Interessenabwägung, die jeweils nur im Einzelfall möglich ist. Die Begriffe Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sind viel zu allgemein, als daß un-

³ So besonders *Geiger*, Kommentar, Anm. 4 zu § 78 (S. 249) und Anm. 1 zu § 79 (S. 251); vgl. auch BVerfGE 2, 404 f. und 7, 195 f.

⁴ Vgl. etwa *Scheuner*, BB 1960, S. 994 f.; ähnlich auch *Löwisch*, JZ 1961, S. 732 ff.

⁵ Vgl. Abg. *Neumayer*, BT-Prot. (112. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4234; ferner der Abg. *Laforet*, BT-Prot. (114. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4289; auch BT-Drucksache Nr. 788 (1. Wahlperiode 1949), S. 34 (Begründung zu § 72 RegE). Bei den Beratungen im RA stand diese Ansicht allerdings nicht so beherrschend im Mittelpunkt; so zutreffend *Arndt*, DöV 1959, S. 82.

⁶ Vgl. BVerfGE 2, 404 f.; vor allem 7, 195 f., siehe oben S. 71.

⁷ Dazu näher *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 53 III und IV (S. 317 ff.) mit ausführlichen Nachweisen.

mittelbar aus ihnen konkrete Maßstäbe für die Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze entnommen werden könnten⁸. Im Grunde verlangt man lediglich eine Selbstverständlichkeit, nämlich die Ausrichtung der Lösung am allgemeinen Gerechtigkeitsprinzip. Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sind keine sich ausschließenden Gegensätze, sondern die Rechtssicherheit ist nur eine besondere Ausprägung des Gerechtigkeitsprinzips⁹. Mit dieser allgemeinen Formel kann man die unterschiedlichsten Entscheidungen begründen.

Bei dem Versuch, etwa den Begriff der Rechtssicherheit hinsichtlich der Grenzen der Vernichtbarkeit näher zu konkretisieren, ergeben sich sofort erhebliche Schwierigkeiten. In der Regel versteht man in diesem Zusammenhang unter Rechtssicherheit eine gewisse Beständigkeit von Rechtsakten verbunden mit einem individuellen Vertrauensschutz. Einmal Geordnetes und Geregeltes soll möglichst nicht wieder aufgerollt werden. Aber was heißt Bestandskraft und Vertrauensschutz, wenn es sich z. B. darum handelt, daß die Nichtgewährung einer Rente oder die Belastung mit einer Steuer verfassungswidrig war? Für einen individuellen Vertrauensschutz fehlt hier jeder Bezugspunkt. Häufig werden auch keine Vollzugsakte vorhanden sein, so daß dann auch für eine Bestandskraft Anknüpfungspunkte fehlen. Ebensowenig dürften die Erwägungen, die das BVerfG z. B. veranlaßt haben, die verfassungswidrige Wahlkreiseinteilung nicht für nichtig zu erklären¹⁰, allein mit den Kategorien Rechtssicherheit — Gerechtigkeit erfassbar sein. Gerade bei Organisationsgesetzen hilft die Alternative Gerechtigkeit — Rechtssicherheit nicht weiter. Solange über den Inhalt des Begriffs der Rechtssicherheit keine Klarheit besteht, bleiben die Grenzen der Vernichtung im dunkeln, und man muß sich mit unvorhersehbaren Fall-zu-Fall-Entscheidungen zufrieden geben. Das widerspricht aber gerade in einem anderen wesentlichen Punkt der Rechtssicherheit, denn dazu gehört auch, daß richterliche Entscheidungen weitgehend vorhersehbar und berechenbar sind und sich nicht in einer unüberschaubaren Kasuistik verlieren¹¹. Sollte es nicht möglich sein, für die Grenzen der

⁸ Besonders deutlich wird das an den Ausführungen *Geigers*, Kommentar, Anm. 4 zu § 78 (S. 250): „Wohl aber können die Rücksicht auf das Gebot der Rechtssicherheit und die Anerkennung des Rechtscheins es rechtfertigen, daß gewisse selbständige Maßnahmen, die sich nicht unmittelbar auf die nichtige Vorschrift gründen, aber unter der stillschweigenden Voraussetzung der Gültigkeit jener Vorschrift ergangen sind, gültig bleiben...“ Allgemeiner und unklarer kann man es kaum formulieren; was heißt denn „gewisse selbständige Maßnahmen“?

⁹ Ausführlich zur Bedeutung der Rechtssicherheit *Henkel*, a.a.O., § 30 (S. 333—339); ferner dazu *Dahm*, a.a.O., S. 17; *Klein*, Rückwirkung, Spalte 39 f.; *Wolff*, Gerechtigkeit, S. 103 ff.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 16, 130—144 (141 ff.); siehe auch oben S. 81 f.

¹¹ Vgl. *Henkel*, a.a.O., § 30 IV (S. 338 f.).

Vernichtung ein eindeutigeres und klareres Kriterium als die Wahrung der Rechtssicherheit zu finden, so wäre es zweifellos besser, das BVerfG doch gleich zur selbständigen Regelung der Folgen der Verfassungswidrigkeit zu ermächtigen. Dann gibt man wenigstens offen zu, daß man die Folgen der Verfassungswidrigkeit nicht im voraus normativ erfassen kann.

Auch die Berufung auf den „Rechtsschein“ verfassungswidriger Gesetze enthält keine juristisch brauchbaren Maßstäbe für die Grenzen der Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze. Die „Rechtsscheintheorie“ ist ein deutlicher Beweis dafür, welche dogmatischen Schwierigkeiten entstehen, wenn man ein Gesetz rückwirkend vernichten, seine Auswirkungen aber zum großen Teil bestehen lassen will. Vertritt man die Ansicht, das verfassungswidrige Gesetz sei, entweder ipso jure oder durch die Entscheidung des BVerfG, rechtlich als von Anfang an unwirksam anzusehen, dann bleibt zunächst offen, wie durch ein nur „tatsächlich“ bestehendes Gesetz rechtserhebliche Wirkungen hervorgerufen werden können. Hier soll die „Rechtsscheintheorie“ einen Ausweg schaffen. Das Gesetz hat zwar rechtlich nicht bestanden, aber dennoch einen rechtserheblichen Rechtsschein auf Grund seiner Verkündung im Gesetzblatt hervorgerufen¹². Dieser Rechtsschein soll dann die Grundlage für die Rechtswirkungen des Gesetzes sein.

Es fällt nicht schwer, zu erkennen, daß diese Theorie einzig und allein deshalb entwickelt worden ist, um das Dogma der anfänglichen Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze aufrechterhalten zu können. Letztlich dürfte es sich aber wirklich nur um eine „Schein“begründung und eine Begriffsspielerei handeln, die allenfalls den überzeugt, der sie erfunden hat. Wodurch unterscheidet sich ein Gesetz von dem „Rechtsschein“ eines Gesetzes, wenn beide dieselben Rechtswirkungen hervorrufen? Hier wird lediglich durch Einführung eines neuen Begriffes die eigentliche Frage zu umgehen versucht, ob überhaupt zwischen dem Bestehenbleiben eines Gesetzes und dem Bestehenbleiben von dessen Auswirkungen unterschieden werden kann.

Den bisher seltsamsten Vorschlag zur Aufrechterhaltung von Rechtswirkungen verfassungswidriger Gesetze hat wohl *Zuck* gemacht. Es heißt bei ihm wörtlich:

„...bliebe aber das Problem, wie ein nicht geltendes Gesetz, das nie gegolten hat, rechtliche Wirkungen hervorrufen kann. Hier ließe sich nur mit einem ungeschriebenen Rechtssatz (!) helfen, der an die Stelle des nicht geltenden Gesetzes tritt und die Wirkungen hervorbringt.“¹³

¹² Vgl. besonders *Hamann*, NJW 1959, S. 1467 f.; *Löwisch*, JZ 1961, S. 732; *Scheuner*, BB 1960, S. 1255.

¹³ Vgl. DöV 1962, S. 658 Fußn. 20.

Es ist wohl keine Theorie absurd genug, als daß sie nicht vertreten werden könnte, um den Grundsatz der anfänglichen Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze aufrechtzuerhalten. An Stelle dieses von *Zuck* geforderten „ungeschriebenen Rechtssatzes“ kann man doch besser das verfassungswidrige Gesetz selbst in Geltung lassen. Ist denn dieser ungeschriebene Rechtssatz plötzlich verfassungsmäßig?

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß in der Rechtslehre richtigerweise die Notwendigkeit erkannt worden ist, die rückwirkende Vernichtung verfassungswidriger Gesetze auch über die Regelung des § 79 BVerfGG hinaus zu beschränken¹⁴. Diese Notwendigkeit läßt sich auf Grund der Spruchpraxis des BVerfG auch gar nicht mehr ernsthaft bestreiten. Bisher ist es jedoch noch nicht gelungen, juristisch brauchbare Abgrenzungskriterien dafür zu finden, wann und in welchem Umfang ein Gesetz und seine Auswirkungen vernichtbar sind und wann nicht. Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, daß der Grundsatz der Rechtssicherheit jeweils besonders zu beachten ist, weil es nicht Sinn der Rechtssatzkontrolle sein kann, einmal Geregeltes und Geordnetes völlig umzustoßen und dadurch ein Chaos zu verursachen¹⁵. Der Begriff der Rechtssicherheit ist aber viel zu allgemein und unscharf, als daß daraus unmittelbar irgendwelche konkreten Maßstäbe für die Vernichtung abgeleitet werden könnten. Es sei denn, man versteht darunter: Alles soll so bleiben, wie es ist. Aber dann ist von dem Grundsatz anfänglicher Unwirksamkeit nicht mehr übrig geblieben, als eine leere Floskel. Auch der Hinweis auf den angeblichen rechtserheblichen „Rechtsschein“ verfassungswidriger Gesetze führt nicht weiter, da daraus ebensowenig konkrete Maßstäbe der Vernichtbarkeit zu entnehmen sind und außerdem nur durch neue begriffliche Unterscheidungen die entscheidenden Fragen umgangen und verdeckt werden.

2. Das praktische Beispiel des „Südweststaaturteils“

Schon mehrfach hat sich das BVerfG auf den „Rechtsschein“ verfassungswidriger Gesetze und das Bedürfnis nach Rechtssicherheit berufen, wenn es galt, von § 79 nicht gedeckte aber dennoch notwendige Einschränkungen des Grundsatzes der anfänglichen Unwirksamkeit zu rechtfertigen. Wie wenig überzeugend und sogar widerspruchsvoll derartige Begründungen sein können, macht das „Südweststaaturteil“ vom 23. Oktober 1951¹⁶ besonders deutlich.

¹⁴ Besonders deutlich bei *Arndt*, BB 1960, S. 994 und 1351 f.; *Scheuner*, BB 1960, S. 1255 f.; auch *Löwisch*, JZ 1961, S. 731 ff.

¹⁵ So zutreffend rh.-pf. OVG in OVGE Bd. 2, S. 195; *Jerusalem*, a.a.O., S. 166.

¹⁶ BVerfGE 1, 14—66.

Das BVerfG erklärte das sogenannte 1. Neugliederungsgesetz vom 4. Mai 1951¹⁷, durch das die im Frühjahr 1951 ablaufende Wahlperiode der Landtage von Baden und Württemberg-Hohenzollern bis zum 31. März 1952 verlängert worden war, für verfassungswidrig. Gleichzeitig führte das BVerfG aus, dieses Gesetz sei von Anfang an unwirksam, die Verlängerung der Wahlperiode sei darum gar nicht erst eingetreten, und seit Mai 1951 hätten daher die Landtage rechtlich nicht mehr existiert¹⁸. Dennoch seien aber alle Maßnahmen und Beschlüsse der Landtage rechtlich voll wirksam. Das BVerfG berief sich zur Begründung vor allem auf „das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“ und den „Rechtsschein“ des Gesetzes, sowie die Bewertung der Handlungen des Landtages in der Öffentlichkeit, denn „jedermann hielt die vom ‚verlängerten‘ Landtag gefaßten Beschlüsse und getroffenen Maßnahmen für verbindlich und wirksam“¹⁹.

Diese Begründung deckt nicht die vom BVerfG getroffene Entscheidung und ist in sich widerspruchsvoll. Die Berufung auf „das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“ rechtfertigt es nicht, den vor der Entscheidung des BVerfG gefaßten Beschlüssen der Landtage dauernde Wirksamkeit — auch für die Zukunft — zuzusprechen. Aus Gründen der Rechtssicherheit konnten die Handlungen der rechtlich nicht mehr bestehenden Landtage allenfalls bis zur Entscheidung des BVerfG und eventuell für eine Übergangszeit wirksam bleiben. Von dem Augenblick der Entscheidung des BVerfG an bestand dagegen kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Aufrechterhaltung der von den Landtagen beschlossenen Gesetze; sie hätten ja von den neu gewählten Landtagen erneut verabschiedet werden können²⁰.

Die Begründung des BVerfG ist auch noch unter einem anderen Gesichtspunkt nicht schlüssig. Hält man nämlich die Feststellung des Gerichts, die Landtage hätten vom Mai 1951 bis zum 23. Oktober 1951 — dem Tage der Verkündung des Urteils — rechtlich nicht mehr bestanden, für rechtlich möglich und zutreffend, so muß man folgerichtig auch alle Handlungen der Landtage während dieser Zeit, insbesondere deren Gesetzesbeschlüsse, als „parlamentslos“ und daher

¹⁷ BGBl. I, S. 283; siehe auch oben Teil 2, Anm. 21.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 1, 37 und die Entscheidungsformel auf S. 20.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 1, 38; siehe auch oben S. 74.

²⁰ Diese Folgerung hat man z. B. in der Weimarer Zeit aus der Entscheidung des StGH für das Deutsche Reich vom 17. Dezember 1927 (*Lammers-Simons*, Bd. 1, S. 341—352) im Land Hamburg auch gezogen; vgl. Walter *Jellinek*, AöR Bd. 54 (1928), S. 119—123. Im übrigen bestanden jedoch erhebliche Unklarheiten über die Folgen der Wahlrechtsentscheidungen des StGH in den Jahren 1927 und 1928; ausführlich dazu Walter *Jellinek*, AöR Bd. 54 (1928), S. 116—139.

formell verfassungswidrig ansehen. Obwohl diese Gesetze also verfassungswidrig sind, hat das BVerfG sie für wirksam erklärt. Dadurch verwickelt sich das Gericht in einen kaum lösbaren Widerspruch, indem es die Frage nach den Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen in ein und derselben Entscheidung ganz verschieden beantwortet: Das verfassungswidrige „Verlängerungsgesetz“ ist von Anfang an unwirksam, die gleichfalls verfassungswidrigen Gesetze der Landtage sind hingegen — auch für die Zukunft — voll wirksam. Das BVerfG scheint diesen Widerspruch nicht gesehen zu haben. Nur so ist es zu erklären, daß das Gericht gerade in dieser Entscheidung den Grundsatz der anfänglichen Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze aufgestellt hat. Außerdem erhebt sich dann die Frage, warum das „Bedürfnis nach Rechtssicherheit“ erst die verfassungswidrigen Gesetze der Landtage und nicht schon das „Verlängerungsgesetz“ vorläufig gültig sein lassen kann. Hätte das BVerfG das „Verlängerungsgesetz“ bis zu seiner Entscheidung als wirksam angesehen, dann hätten die Landtage rechtlich bestanden und ihre Beschlüsse wären verfassungsmäßig gewesen²¹. Wenn das BVerfG jedoch die anfängliche Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze für unumgänglich hielt, dann wurden auch die von den Landtagen beschlossenen Gesetze davon erfaßt. Die Auswirkungen dieser Gesetze, insbesondere die auf ihrer Grundlage ergangenen Hoheitsakte, hätten ja immer noch aus Gründen der Rechtssicherheit bestehen bleiben können. In diesem Zusammenhang wäre auch eine Berufung auf § 79 BVerfGG, der in den Entscheidungsgründen merkwürdigerweise überhaupt nicht erwähnt wird, gerechtfertigt gewesen.

Die Entscheidung des BVerfG mag im Ergebnis vielleicht zu billigen sein, sie bedient sich aber einer absolut unzulänglichen und widerspruchsvollen Begründung. Außerdem wird daran offenbar, wie wenig stichhaltig und brauchbar die Berufung auf Rechtsschein und Rechtssicherheit ist. Das BVerfG hat hier im Grunde das Verlängerungsgesetz nur für die Zukunft aufgehoben. Seine Feststellung, der Landtag habe seit Mai 1951 rechtlich nicht mehr bestanden, hat es überhaupt nicht

²¹ Das BVerfG beruft sich im „Südweststaaturteil“ zu Unrecht auf die Entscheidung des StGH vom 22. März 1929 (*Lammers-Simons*, Bd. 2, S. 127—136 = RGZ 123, Anhang, S. 13—24). Im Gegensatz zum BVerfG ist der Gedankengang des StGH in sich widerspruchsfrei, da der StGH von dem rechtlichen Bestand des Landtages ausgeht. In Leitsatz 5 seiner Entscheidung wird das sehr deutlich: „Die die Ungültigkeit einer Landtagswahl aussprechende, eine Auflösung des Landtags erübrigende Entscheidung des Staatsgerichtshofs hat jedoch in der Regel nur die Wirkung, daß der gewählte Landtag mit der Verkündung der Entscheidung sein Rechtsdasein verliert, die von ihm bis dahin erlassenen Gesetze und sonstigen Beschlüsse aber rechtsgültig bleiben.“ Vgl. *Lammers-Simons*, Bd. 2, S. 128.

ernst genommen und keinerlei Folgerungen daraus gezogen. Das war lediglich eine „Konzession“ an die zuvor gemachte Prämisse von der anfänglichen Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze.

3. Kapitel

Die Vernichtung als Problem einer Übergangsregelung

Der entscheidende Mangel der bisherigen Versuche, Möglichkeiten und Grenzen der Vernichtung verfassungswidriger Gesetze genauer zu erfassen, besteht darin, daß man sich über den wirklichen Gegenstand der Vernichtung nur wenig Gedanken gemacht hat¹. Einmal hat man, darauf wurde bereits eingegangen, keine klaren Vorstellungen von den sehr unterschiedlichen Typen verfassungswidriger Gesetze und ihrer jeweiligen Auswirkungen. Zum anderen gibt man sich aber auch keine genaue Rechenschaft darüber, warum denn notwendig die rückwirkende Vernichtung eingeschränkt werden muß und nicht streng durchgeführt werden kann. Allzuleicht versucht man, diese Schwierigkeit begrifflich zu überspielen, anstatt sie zu lösen.

Die Vernichtung kann sich niemals darin erschöpfen, einige Worte oder Sätze aus den Gesetzesblättern zu entfernen. Soll von der Rechtsatzkontrolle eine durchgreifende und fühlbare Verfassungssicherung ausgehen — und das ist, wie bereits mehrfach festgestellt, ihr eigentlicher Sinn —, muß in erster Linie eine umfassende „Vernichtung der Auswirkungen“ eines Gesetzes, die dieses vor der Entscheidung des BVerfG hervorgerufen hat, erstrebt werden. Das Problem stellt sich also bei der Vernichtbarkeit der Auswirkungen eines Gesetzes. Darum ist es m. E. auch abwegig, zwischen der Vernichtbarkeit eines Gesetzes und der Vernichtbarkeit seiner Auswirkungen zu unterscheiden².

1. Die Wirkungen verfassungswidriger Gesetze als Gegenstand der Vernichtung

Die rückwirkende Vernichtung eines verfassungswidrigen Gesetzes bereitet keine Schwierigkeiten, solange das betreffende Gesetz noch keine Lebenssachverhalte in irgendeiner Weise ordnend gestaltet oder

¹ Eine Ausnahme bildet die bereits im Jahre 1950 erschienene Abhandlung von Kipp, a.a.O., S. 105 ff., der bisher wohl als einziger erkannt hat, daß die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit nach dem Typ des Gesetzes unterschieden werden müssen. Dieser methodisch richtige Ansatzpunkt ist aber später dann nicht mehr aufgegriffen und weitergeführt worden. Ausdrücklich ablehnend Arndt, DöV 1959, S. 83.

² Siehe dazu auch oben S. 52 f.

beeinflusst hat. In einem solchen Fall besteht die Rückwirkung wirklich nur in einer Korrektur des Gesetzblattes. Beispielsweise ließe sich hier an die Vernichtung eines Wahlgesetzes denken, bevor die Wahl stattgefunden hat³. Schwierig wird es allerdings schon, wenn bereits unmittelbare Wahlvorbereitungen getroffen worden sind. Andere Beispiele sind die Vernichtung eines Gesetzes über die Privatisierung der Volkswagen-GmbH oder eines Gesetzes betreffend die Volksbefragung über ABC-Waffen, bevor Privatisierung bzw. Volksbefragung durchgeführt worden sind.

Solche Fälle sind jedoch selten, und sie wären noch seltener, wenn nicht das BVerfG gerade bei derartigen Gesetzen durch Erlass einer einstweiligen Anordnung häufig die Entfaltung von Wirkungen bewußt verhinderte⁴. Regelmäßig tauchen Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes aber erst nach geraumer Zeit bei seiner praktischen Handhabung auf. Häufig offenbart sich erst dabei sein wirklicher Inhalt⁵, vor allem soweit es um seine Vereinbarkeit mit den Grundrechten, insbesondere dem allgemeinen Gleichheitssatz, geht. Die Entscheidung des BVerfG über die Besteuerung des Werkfernverkehrs⁶ und die Entscheidung über die Zulässigkeit von steuerbegünstigten Spenden an politische Parteien⁷ sind besonders einprägsame Beispiele. Der wohl wichtigste Grund für die Seltenheit solcher Fälle liegt schließlich darin, daß sich der Zeitpunkt, in dem ein Gesetz beginnt, Wirkungen im weitesten Sinne⁸ zu äußern, kaum genau bestimmen läßt. Nur in wenigen Fällen wird die hoheitliche Gesetzesanwendung im Einzelfall die erste Wirkung eines Gesetzes sein. In der Regel entfaltet ein Gesetz schon viel früher Wirkungen, dadurch, daß die Betroffenen sich dem Gesetz freiwillig unterwerfen und ihr Verhalten entsprechend einrichten. Der Gesetzgeber selbst hat das im Ansatzpunkt bereits erkannt, wenn er die Verfassungsbeschwerde z. B. auch unmit-

³ Vgl. z. B. die Fälle BVerfGE 11, 351 ff. und 12, 10 ff.; anders dagegen BVerfGE 3, 45 ff. und 11, 266 ff.

⁴ Vgl. die sehr interessanten Begründungen, auf Grund deren das BVerfG gegenüber Volksbefragungsgesetzen über ABC-Waffen den Erlass einer einstweiligen Anordnung für geboten hielt, BVerfGE 7, 367 ff. für Hamburg, ferner BVerfGE 7, 374 ff. für Bremen und BVerfGE 8, 42 ff. für Hessen. Wenig überzeugend hingegen die unterschiedlichen Entscheidungen über den Erlass einer einstweiligen Anordnung bei Wahlgesetzen in BVerfGE 11, 104 ff. und 11, 309.

⁵ Vgl. dazu Heller, Staatslehre, S. 255.

⁶ Vgl. BVerfGE 16, 147 ff. (187); siehe auch oben S. 82.

⁷ Vgl. BVerfGE 8, 51 ff.

⁸ Hier wird bewußt nur ganz allgemein von den Wirkungen eines Gesetzes gesprochen. Zu der Frage, inwieweit man innerhalb der Wirkungen eines Gesetzes nach „tatsächlichen“ und „Rechts“wirkungen unterscheiden kann, näheres in diesem Abschnitt unter b.

telbar gegen ein Gesetz zugelassen hat (§ 93 Abs. 2 BVerfGG)⁹. In seiner Entscheidung vom 20. Juli 1954 hat das BVerfG z. B. ausgeführt:

„Das Investitionshilfegesetz kann unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, weil es in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, ohne daß es eines Vollzugsaktes bedarf.“¹⁰

Es kann also davon ausgegangen werden, daß regelmäßig jedes verkündete Gesetz vor der Entscheidung über seine Verfassungsmäßigkeit viele verschiedenartige Wirkungen geäußert hat. Das gilt vor allem auch deshalb, weil der Entscheidung meist ein langwieriges Vorverfahren vorausgeht und auch die Verfahren selbst bei dem BVerfG lange Zeit anhängig sind, ehe sie entschieden werden. Bei jeder Gesetzesvernichtung muß daher auf die inzwischen hervorgerufenen Wirkungen Rücksicht genommen werden. Ob und inwieweit diese Wirkungen die Vernichtbarkeit beschränken, ist eine später noch zu beantwortende Frage. Zunächst müssen diese Wirkungen und ihre Ursachen einmal näher analysiert werden.

a) Die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit als Ursache der Wirkkraft verfassungswidriger Gesetze

Bei der Kritik an der Regelung des § 79 BVerfGG wurde bereits angedeutet, daß die zahllosen Auswirkungen eines Gesetzes vor und neben hoheitlicher Gesetzesanwendung nicht von vornherein für mögliche Grenzen der Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze unberücksichtigt bleiben können. Diese Wirkungen sind vielmehr Ausfluß einer freiwilligen Anerkennung und loyalen Befolgung der Gesetze, sei es durch die Organe des Staates, sei es durch den einzelnen. Eben deshalb sind diese Wirkungen auch grundsätzlich schutzwürdig, da jede Rechtsordnung auf die regelmäßige Befolgung der Gesetze notwendig angewiesen ist, wenn sie mehr als eine Zwangsordnung sein will; das gehört zu ihren unabdingbaren Voraussetzungen¹¹.

Die eigentliche Ursache und der Rechtfertigungsgrund für die regelmäßige Befolgung und damit für die Wirkkraft aller Gesetze sind der Umstand, daß jedes förmliche Gesetz als Ausdruck einer parlamentarischen Mehrheitsentscheidung grundsätzlich eine sogenannte „Vermutung der Verfassungsmäßigkeit“ für sich hat. Von der herrschenden Meinung ist das Bestehen einer solchen Vermutung bisher nie angezweifelt worden¹². Lediglich gegenüber der Verwendung des sonst vornehmlich im

⁹ Vgl. dazu ausführlich Bettermann, AöR Bd. 86 (1961), S. 129 ff.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 4, 11.

¹¹ Näheres dazu bei Heller, Staatslehre, S. 190 f., ders., Souveränität, S. 40; vgl. auch Maisch, NJW 1959, S. 1476.

¹² Vgl. nur etwa BVerfGE 2, 282; 9, 350; BFH in BB 1959, S. 364; OVG Münster in DöV 1960, S. 196; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 153;

Prozeßrecht gebrauchten Begriffs der ‚Vermutung‘ sind einzelne berechnete Vorbehalte¹³ gemacht worden. Neuerdings wird jedoch diese Vermutung auch in der Sache mit Schlagworten als „politische Spekulation“¹⁴, „psychologisch bedingte Erwägung“¹⁴, als „Befehlsideologie“¹⁵ und „Vermutung des Rechts für die Macht“¹⁵ unter Berufung auf eine Lehre vom „demokratischen Mißtrauen“¹⁶ abgetan. Sinn und Zweck dieser Polemik sind nicht recht verständlich, denn ohne die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze würde das System des parlamentarischen Gesetzesstaates weitgehend seine innere Rechtfertigung verlieren¹⁷. Sie ist eine der „drei Prämien auf den legalen Machtbesitz“¹⁸ und Voraussetzung für die grundsätzliche Bindung aller staatlichen Gewalt an die Gesetze. Die sofortige Vollziehbarkeit von Hoheitsakten wäre ohne diese Vermutung nicht zu verantworten.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß diese Äußerungen auf dem Mißverständnis beruhen, als ob mit der Möglichkeit einer Gesetzeskontrolle auch diese Vermutung hinfällig geworden sei. Das ist aber unrichtig, denn dadurch wird aus einer unwiderlegbaren nur eine widerlegbare Vermutung¹⁹. Das GG nimmt es mit der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit formeller nachkonstitutioneller Gesetze und damit zugleich auch mit der Autorität des im Parlament repräsentierten Staatsvolkes besonders ernst. Allein durch eine Entscheidung des BVerfG kann nämlich diese Vermutung widerlegt werden²⁰, und nur das BVerfG selbst kann heute für seine Entscheidungen noch eine unwiderlegbare Vermutung der Verfassungsmäßigkeit in Anspruch nehmen.

Der Umstand, daß die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes widerlegbar geworden ist, darf aber nicht dazu führen, daß jetzt auch das Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit und Bestandskraft eines Gesetzes nicht mehr geschützt wird. In dem Moment würde die Vermutung selbst in Frage gestellt²¹. Konkret heißt das: Durch die

Maisch, NJW 1959, S. 1476; *Maunz und Dürig* in *Maunz-Dürig*, Rdnr. 62 und 63 zu Art. 20; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 30 I b (S. 138).

¹³ Vgl. *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 50 I a (S. 288) mit weiteren Nachweisen.

¹⁴ Vgl. *Hoffmann*, JZ 1961, S. 201, Fußn. 89.

¹⁵ Vgl. *Arndt*, NJW 1959, S. 2147; *ders.*, BB 1960, S. 993; *ders.*, Grundgesetz, S. 5.

¹⁶ So besonders *Hamann*, NJW 1959, S. 1466 f.; ferner *Arndt*, DöV 1959, S. 83 und BB 1959, S. 533 ff.

¹⁷ Das bedarf keiner eingehenden Ausführungen mehr, alles notwendige dazu hat bereits vor über 30 Jahren *Schmitt*, Legalität, S. 274 ff. dargelegt; vgl. auch die Ausführungen von *Maisch*, NJW 1959, S. 1476.

¹⁸ Dazu *Schmitt*, Legalität, S. 291 f. und die Nachbemerkung, S. 348; *ders.*, Reichsgericht, Nachbemerkung, S. 107.

¹⁹ Vgl. *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 30 I b 1 (S. 138).

²⁰ *Maunz und Dürig* in *Maunz-Dürig*, Rdnr. 64 zu Art. 20.

²¹ Vgl. *Schmitt*, Reichsgericht, Nachbemerkung, S. 106.

Vernichtung eines verfassungswidrigen Gesetzes darf nicht generell derjenige benachteiligt werden, der auf diese Vermutung vertraut und das Gesetz freiwillig anerkannt und befolgt hat.

Diesen für die Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze wichtigen Grundsatz läßt die wohl nicht bis in die letzten Folgen durchdachte Regelung des § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG²² nahezu unberücksichtigt. Danach wird z. B. nur derjenige durch die Nichtigerklärung eines Steuergesetzes begünstigt, der den Steuerbescheid nicht hat rechts- oder bestandskräftig werden lassen²³. Die heute immer wieder zu beobachtende praktische Auswirkung dieser Regelung ist, daß die Gerichte binnen kurzer Zeit mit Tausenden von Klagen überhäuft werden, sobald z. B. Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit eines Steuergesetzes auftauchen²⁴, vor allem wenn bereits ein Verfahren beim BVerfG anhängig ist. Wird das Gesetz dann für nichtig erklärt, so müssen ungewöhnlich hohe Steuerbeträge zurückgezahlt werden, die die Finanzhaushalte einzelner Länder oder Gemeinden völlig aus dem Gleichgewicht bringen können. Als Beispiel dafür sei aus jüngster Zeit die Entscheidung des BVerfG vom 13. Juli 1965²⁵ über die Verfassungswidrigkeit einer erhöhten Gewerbesteuer für Zweigstellen von Unternehmen des Wareneinzelhandels erwähnt. Einzelne Städte sahen sich daraufhin Rückforderungsansprüchen von mehreren Millionen DM gegenüber. Die Rückzahlungsbeträge bei einer möglichen Nichtigerklärung der Lohnsummensteuer dürften noch um ein Vielfaches darüber liegen. Es kann nicht verwundern, wenn angesichts dieser Rechtslage das BVerfG versucht, wenn irgend möglich, verfassungskonform auszulegen²⁶. Wird das Gesetz nicht für nichtig erklärt, werden auch die eingelegten Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel wieder zurückgenommen. Das Risiko eines solchen Prozesses ist dadurch sehr gering. Auch das in § 79 Abs. 2 BVerfGG aufgestellte Vollstreckungsverbot läuft letzten Endes auf das rechtspolitisch bedenkliche Ergebnis hinaus, daß z. B.

²² Bezeichnenderweise ist die in § 79 Abs. 2 Satz 1 festgelegte Beschränkung auf die „nicht mehr anfechtbaren“ Entscheidungen erst unmittelbar vor der Schlußabstimmung über § 79 im RA des BT auf Vorschlag eines Abgeordneten eingefügt worden, ohne daß darüber diskutiert wurde; vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 79 f.

²³ Dazu z. B. *Bachmüller*, Deutsche Zeitung vom 23. Sept. 1963, S. 6 unter der treffenden Überschrift: „Unsichere Rechtssicherheit“. Auch *Friesenhahn*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 143 macht auf die unterschiedliche Behandlung der zurückliegenden Fälle aufmerksam.

²⁴ So sind beispielsweise die Verwaltungsgerichte innerhalb weniger Wochen mit Tausenden von Klagen überhäuft worden, als sich die Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der Lohnsummensteuer „herumsprachen“.

²⁵ BVerfGE 19, 101—118.

²⁶ Vgl. die Bemerkung von *Heck* in der Einleitung.

gerade der unpünktliche und säumige Steuerzahler durch die Nichtig-
erklärung begünstigt wird²⁷.

Die Folgen dieser Regelung sind hier vielleicht etwas überspitzt dargestellt, aber gleichwohl läßt sich für diese Regelung nur schwer eine überzeugende Rechtfertigung finden. Vor allem kann man nicht so leicht argumentieren, daß nur derjenige, der um sein Recht kämpft, dafür belohnt werden müsse²⁸. In Wirklichkeit wird der „Kampf ums Recht“ doch nur von den wenigen geführt, deren Fall zum Anlaß der Rechtssatzkontrollentscheidung wird und die möglicherweise auch schon ein langwieriges Vorverfahren in Kauf genommen haben. Die Prozeßflut wird dagegen vornehmlich von denen hervorgerufen, die von der Allgemeinverbindlichkeit einer in Kürze zu erwartenden Entscheidung noch Nutzen ziehen wollen. Außerdem ist es rechtspolitisch ein wesentlicher Unterschied, ob man nur den „Kampf“ gegen falsche Tatsachenfeststellung und unrichtige Gesetzesanwendung verlangt und dann entsprechend belohnt, oder ob man zugleich auch zum „Kampf“ gegen das richtig angewendete, aber möglicherweise verfassungswidrige Gesetz auffordert²⁹. Man sollte über „Kampf“ und „demokratischem Mißtrauen“ nicht den Wert des Rechtsfriedens und einer freiwilligen Befolgung der Gesetze vergessen. Eine Rechtsordnung kann darauf nicht verzichten.

Für die *Anlaßfälle* muß allerdings notwendig das als verfassungswidrig erkannte Gesetz außer Anwendung bleiben, anderenfalls liefen diese Verfahren leer. Ob und inwieweit aber alle anderen Fälle unterschiedlich oder gleich zu behandeln sind, ist eine schwierige Frage, die hier nicht beantwortet zu werden braucht. Man könnte vielleicht de lege ferenda an eine Ausschußfrist denken, die spätestens mit der Anhängigkeit eines Kontrollverfahrens bei dem BVerfG beginnen müßte. Sicherlich sind aber die in § 79 Abs. 2 BVerfGG gewählten Merkmale der Bestandskraft und der Rechtskraft sowie das der Vollstreckung wenig brauchbar.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob § 79 Abs. 2 BVerfGG insoweit mit der Verfassung voll in Einklang steht. Jedenfalls hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 14. März 1963³⁰ sich m. E. die Sache zu leicht gemacht. Die dort vorgetragenen Bedenken gegen eine inhaltlich ähnliche Bestimmung eines anderen Gesetzes hat es mit der Bemerkung abgetan, daß „solche nur mittelbar nachteiligen Auswirkungen

auf den Rechtsfrieden“³¹ verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden seien. Eine Änderung des § 79 Abs. 2 BVerfGG wäre zumindest rechtspolitisch sehr zu begrüßen.

Die mißglückte Regelung des § 79 Abs. 2 BVerfGG macht besonders deutlich, daß sich erst dann sinnvolle Grundsätze über die Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze aufstellen lassen, wenn *alle* Auswirkungen eines Gesetzes beachtet werden. Insbesondere dürfen nicht die Wirkungen außer Betracht bleiben, die durch die freiwillige Anerkennung und Befolgung eines Gesetzes eintreten. Sie sind in besonderem Maße Ausfluß des Vertrauens in die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und gerade deshalb ebenso schutzwürdig wie diejenigen Auswirkungen, die erst durch den Einsatz hoheitlicher Machtmittel entstehen. Sie treten vielleicht nach außen hin weniger in Erscheinung, aber sie müssen deshalb nicht weniger gewichtig und einschneidend sein.

b) Die durch verfassungswidrige Gesetze hervorgerufene Rechtswirklichkeit

Jede rückwirkende Vernichtung eines Gesetzes stößt an eine unübersteigbare Grenze, wenn sie nachträglich noch in die Wirklichkeit eingreifen und die durch das Gesetz bereits hervorgerufenen tatsächlichen Veränderungen dieser Wirklichkeit etwa in Teilbereichen ungeschehen machen will. Die Wirklichkeit und die in ihr enthaltenen Seinssachen sind sie erst einmal vorhanden, nicht mehr isolieren und ungeschehen machen. Dazu ist weder das BVerfG noch sonst jemand imstande³². Aus diesem Grunde ist im Hinblick auf die Vernichtbarkeit von Gesetzen auch die Frage unausweichlich, welches Verhältnis zwischen dem verfassungswidrigen Gesetz samt den von ihm hervorgerufenen Wirkungen und der Wirklichkeit besteht. Nur insoweit zwischen diesen Wirkungen und der Wirklichkeit eine sinnvolle Unterscheidung und Trennung durchführbar sind, ist auch eine rückwirkende Vernichtung denkbar.

Man ist gewohnt, das hiermit angesprochene Verhältnis von Recht und Wirklichkeit als den Dualismus von Sein und Sollen zu begreifen. Das Recht ist danach eine reine Sollensordnung, die der Seinswelt selbständig und unabhängig gegenübersteht. Ob dieser Dualismus von Sein und Sollen, wie ihn am prägnantesten die Reine Rechtslehre vertritt³³, überhaupt Stellung und Funktion des Rechts treffend kennzeichnet, mag hier dahinstehen; das ist eine rechtsphilosophische Frage,

²⁷ Vgl. Bachmüller, Deutsche Zeitung vom 23. Sept. 1963, S. 6.

²⁸ Vgl. z. B. RA-Prot. a.a.O., S. 79; ferner der Abg. Wahl, BT-Prot. (112. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4228; auch Arndt, BB 1960, S. 994.

²⁹ Vgl. dazu auch Maisch, NJW 1959, S. 1476.

³⁰ BVerfGE 15, 313—327.

³¹ Vgl. BVerfGE 15, 326.

³² Vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 158.

³³ Vgl. Kelsen, Rechtslehre, S. 19, ders., Hauptprobleme, S. 93.

die nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist³⁴. Jedenfalls ist aber die behauptete Beziehungslosigkeit zwischen Sein und Sollen und damit auch zwischen Recht und Wirklichkeit nicht zutreffend, wie Hermann Heller überzeugend nachgewiesen hat. Letztlich bleibt auch unklar, wie diese angebliche Beziehungslosigkeit eigentlich vorzustellen ist, wenn Kelsen neuerdings bezüglich der Norm sagt, „ein Minimum an sogenannter Wirksamkeit ist eine Bedingung ihrer Geltung“³⁵. Damit wird doch wohl etwas Faktisches zur Bedingung des Normativen gemacht.

Im Anschluß an Heller wird hier das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit als ein Verhältnis „korrelativer Zuordnung“ verstanden³⁶. Das Recht steht der Wirklichkeit einerseits mit einer gewissen Selbständigkeit gegenüber, ist aber andererseits notwendig auf die Wirklichkeit bezogen. Ein Gesetz tritt der Wirklichkeit als normative Ordnungsmacht gegenüber, um diese zu formen und zu gestalten. Diese Funktion kann es nur erfüllen, wenn es zuvor wenigstens in einem Teilbereich die Wirklichkeit in seinen Begriffen und Regelungen festgehalten hat und diese zum Ausgangspunkt für eine neu zu ordnende Wirklichkeit nimmt³⁷. Jede Geltung eines Gesetzes setzt darum auch, wie Kelsen durchaus zutreffend bemerkt, die Wirksamkeit voraus, muß also eine Gestaltungs- und Ordnungsfunktion auch entfalten, sonst bleibt das Gesetz immer nur ein „normatives Sinngebilde“³⁸.

Auch das verfassungswidrige Gesetz hat, solange die ihm zukommende Vermutung der Verfassungsmäßigkeit nicht widerlegt ist, die gleiche Ordnungs- und Gestaltungskraft wie alle anderen Gesetze. Durch seine Befolgung und Anwendung beeinflußt es unzählige Sachverhalte und verliert dadurch insoweit für die Vergangenheit seine ursprüngliche Eigenständigkeit. Das Gesetz schlägt sich in der Wirklichkeit nieder und geht in sie über, aus dem faktischen Sein wird durch die Anwendung und Befolgung des Gesetzes ein „normgeformtes Sein“³⁹, aus der Wirklichkeit eine *Rechtswirklichkeit*. Das Gesetz kann insoweit nicht mehr abstrakt ohne die von ihm hervorgerufene Rechtswirklichkeit gedacht werden. Besonders deutlich wird das an Organisationsakten in der Form eines Gesetzes. Wenn z. B. die Verlängerung einer Landtagswahlperiode, die Privatisierung der Volkswagen-GmbH oder

³⁴ Ausführlich dazu Heller, *Souveränität*, S. 46 ff., *ders.*, *Staatslehre*, S. 189 f.; *Larenz*, *Rechtsgeltung*, S. 16 ff.; *Schmitt*, *Arten*, S. 17 ff.; neuerdings dazu auch E.-W. Böckenförde, a.a.O., S. 28, Fußn. 61.

³⁵ Vgl. *Rechtslehre*, S. 10.

³⁶ Vgl. Heller, *Staatslehre*, S. 185; ähnlich auch *Larenz*, *Rechtsgeltung*, S. 22 ff.; E.-W. Böckenförde, a.a.O., S. 25 ff.

³⁷ Vgl. Heller, *Staatslehre*, S. 250; E.-W. Böckenförde, a.a.O., S. 26 f.

³⁸ Vgl. Heller, *Staatslehre*, S. 260.

³⁹ Zum Begriff vgl. Heller, *Staatslehre*, S. 192 und 250.

die Anordnung einer Volksbefragung über ABC-Waffen erst einmal durchgeführt sind, haben die anordnenden Gesetze ihren „Zweck erfüllt“⁴⁰. Sie sind nur mehr als normgeformte Seinstatsachen oder als Rechtswirklichkeit vorhanden. Auch ein sogenannter abstrakter Rechtsatz ist, insoweit er seine Ordnungs- und Gestaltungskraft erfüllt hat, nur mehr für die Zukunft normativ wirksam. Wenn etwa die Bestimmungen über den Stichtagsentscheid des Vaters⁴¹ oder über den Vorrang der männlichen Hoferbfolge⁴² nach mehrjähriger Wirksamkeit für verfassungswidrig erklärt werden, so haben diese Bestimmungen vielleicht nicht auf Grund hoheitlichen Zwangs, wohl aber kraft schlichter Befolgung unzählige Lebenssachverhalte geordnet und damit eine Rechtswirklichkeit hervorgebracht, ebenso wie etwa Vorschriften über den Anbau bestimmter Weinreben⁴³ oder eine Bauordnung, die nach mehreren Jahren für ungültig erklärt werden.

Die Rechtswirklichkeit bildet, wie der Begriff schon andeuten soll, in sich eine Einheit. Innerhalb dieser Wirklichkeit kann man nicht mehr zwischen *Rechtswirkungen* und *tatsächlichen Wirkungen* eines Gesetzes unterscheiden⁴⁴, es sei denn, man setzt wieder stillschweigend eine gewisse Beziehungslosigkeit zwischen Sein und Sollen, zwischen Recht und Wirklichkeit voraus. Sicherlich gibt es verschiedene Intensitätsgrade, mit denen ein Gesetz einen bestimmten Sachverhalt durchformt und gestaltet hat. Kann man in einem Lebenssachverhalt jedoch überhaupt noch die Auswirkung eines bestimmten Gesetzes erkennen, so mag diese Auswirkung schwach sein, sie bleibt aber immer eine *Rechtswirkung*. Möglicherweise ist die eine oder andere Wirkung vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt — gerade bei den als verfassungswidrig festgestellten Auswirkungen eines Gesetzes wird das häufig der Fall sein —, dadurch verliert sie aber nicht ihren Charakter als *Rechtswirkung*. Der Wille des Gesetzgebers entscheidet nicht über den Wirkungsbereich eines Gesetzes. Erst in der konkreten Geltungsweise, insbesondere der Handhabung durch die Normadressaten, offenbart sich der wirkliche Inhalt eines Gesetzes⁴⁵. Nur diese konkrete Geltungsweise macht das BVerfG zum Maßstab für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit. Auch das wird an den Urteilen über die Besteuerung des Werkfernverkehrs⁴⁶ oder über die Zulässigkeit von steuerbegünstigten Spenden an politische Parteien⁴⁷ deutlich. Unter den verschiedensten Gesichts-

⁴⁰ So zutreffend für Volksbefragungsgesetze BVerfGE 7, 377.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 10, 59 ff.

⁴² Vgl. BVerfGE 15, 337 ff.

⁴³ Vgl. BVerfGE 8, 71 ff.

⁴⁴ So aber etwa *Arndt*, BB 1960, S. 994 f.; *Scheuner*, BB 1960, S. 1255.

⁴⁵ Vgl. Heller, *Staatslehre*, S. 255.

⁴⁶ BVerfGE 16, 147 ff.; siehe auch oben S. 82.

⁴⁷ BVerfGE 8, 51 ff.

punkten kann man vielleicht innerhalb der Wirkungen eines Gesetzes sinnvoll nach Hoheitsakten und Nicht-Hoheitsakten, nach beabsichtigten und unbeabsichtigten, nach mittelbaren und unmittelbaren Wirkungen unterscheiden; nur darf man daraus nicht plötzlich eine Unterscheidung von ‚Rechtswirkungen‘ und ‚tatsächlichen Wirkungen‘ machen. Die angeblich tatsächlichen Wirkungen erweisen sich dann regelmäßig nur als diejenigen, die man offensichtlich für unvernichtbar hält⁴⁸, weil sonst „ein Chaos verursacht“ würde.

Gegenstand der Vernichtung verfassungswidriger Gesetze ist also immer die von dem jeweiligen verfassungswidrigen Gesetz hervorge-rufene einheitliche Rechtswirklichkeit. Man kann dagegen nicht die Vernichtung auf ein isoliert genommenes Gesetz oder auf einzelne seiner nach willkürlichen Gesichtspunkten ausgewählten Wirkungen beschränken.

2. Das Problem der Wiederherstellung eines verfassungsmäßigen Zustandes

Die Frage nach der Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze läßt sich nunmehr wie folgt präzisieren: Kann man nachträglich noch aus der vom verfassungswidrigen Gesetz hervorgerufenen Rechtswirklichkeit die rechtlichen, insbesondere die verfassungswidrigen, Bestandteile herauslösen und ungeschehen machen? Kann man also die Rechtswirklichkeit „entrechtlichen“ und auf diese Weise wieder einen verfassungsmäßigen Zustand herbeiführen? Auf Grund der bisherigen Ausführungen kann die Frage nur verneint werden. In der Rechtswirklichkeit haben sich ja gerade Recht und Wirklichkeit unlösbar verknüpft: Ein „normgeformtes Sein“ ist ein Sein und kann als solches nicht ungeschehen gemacht werden. Man kann wohl die Auswirkungen als von Anfang an für verfassungswidrig erklären und daran für die Zukunft irgendwelche Folgerungen knüpfen, aber gleichwohl sind die Auswirkungen vorhanden. Dagegen helfen auch keine Fiktionen.

Die gleiche Auffassung hat im Grunde auch schon das BVerfG — wenn auch in etwas anderem Zusammenhang — in dem bekannten Beamtenrechts-Urteil vom 17. Dezember 1953⁴⁹ vertreten. Es heißt dort:

„Zwar mag das hier, wie auf manchen anderen Gebieten, vom Nationalsozialismus gesetzte Recht in einem höheren, philosophischen Sinne ‚Unrecht‘ darstellen. Aber es würde eine in hohem Grade unrealistische Betrachtungsweise sein, diesen Gedanken positiv-rechtlich dahin auszubauen, daß dieses (formale) Recht ex post als nichtig und die dadurch bewirkte Umwandlung des Beamtenverhältnisses als nicht vorhanden betrachtet würde. Eine solche Auffassung würde übersehen, daß es auch eine ‚sozio-

logische‘ Geltung von Rechtsvorschriften gibt...; die nationalsozialistischen Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des Beamtenrechts... sind von den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft hingenommen worden... und haben jahrelang unangefochten bestanden. Die hiermit geschaffenen erheblichen Tatsachen und namentlich auch Rechtszerstörungen lassen sich nicht als nur tatsächliche Behinderungen der Geltung des ‚wirklichen Rechts‘ beiseite schieben und nachträglich wieder ungeschehen machen. Aus Gründen der Rechtssicherheit können sie nur durch neue gesetzgeberische Maßnahmen beseitigt werden.“⁵⁰

Das BVerfG hat in dieser Entscheidung nur mit anderen Worten beschrieben, was im vorigen Abschnitt als Rechtswirklichkeit bezeichnet wurde. Das Grundproblem liegt bei nationalsozialistischem Recht nicht wesentlich anders als bei verfassungswidrigen Gesetzen. Dieses Grundproblem hat m. E. das BVerfG zutreffend erkannt und gelöst; die Formulierungen sind allerdings nicht besonders glücklich gewählt. Der Begriff der „soziologischen“ Geltung erweckt z. B. den Eindruck, als ob es unabhängig davon noch eine „juristische“ Geltung gäbe. M. E. ist jedoch die sogenannte „soziologische“ Geltung gerade ein Wesensmerkmal der Rechtsgeltung überhaupt. Wie soll sich Rechtsgeltung konkret anders äußern als in soziologischer Geltung⁵¹? Auch ist es nicht nur eine „unrealistische Betrachtungsweise“, die mit dem Bedürfnis nach „Rechtssicherheit“ in Widerspruch steht, wenn man versucht, die Umwandlungen auf dem Gebiete des Beamtenrechts wieder ungeschehen zu machen. Vielmehr ist das wegen des zuvor aufgezeigten Verhältnisses von Recht und Wirklichkeit überhaupt nicht möglich.

a) Die Ungenauigkeit des Begriffs der rückwirkenden Vernichtung

Aus den Darlegungen über das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit ergibt sich notwendig auch die Folgerung, daß eine Vorstellung von der rückwirkenden Vernichtung eines verfassungswidrigen Gesetzes im Sinne eines Rechtlich-ungeschehen-Machens, wie sie die Wortbedeutung nahelegt, unzutreffend ist. Der Begriff der rückwirkenden Vernichtung ist also insofern unklar und mißverständlich. Zu dieser Erkenntnis kommt man auch noch auf einem anderen, vielleicht viel überzeugenderen Weg. In den Gesetzesmaterialien, in Rechtsprechung und Rechtslehre ist immer wieder von der rückwirkenden Vernichtung der Wirkungen eines Gesetzes oder von der „ex tunc-Wirkung“ der Entscheidungen des BVerfG die Rede. Was man allerdings als Beispiele dafür anführt, hat selbst bei geringen Anforderungen an begriffliche Schärfe nichts mit rückwirkender Vernichtung zu tun.

⁴⁸ Sehr deutlich bei Arndt, BB 1960, S. 994 f.; ähnlich auch Geiger, Kommentar, Anm. 4 zu § 78 (S. 250); Scheuner, BB 1960, S. 1255 f.

⁴⁹ BVerfGE 3, 58—162.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 3, 118 f.; ähnlich auch der BGH in BGHZ 5, 76—102 (95 ff.).

⁵¹ Zum Problem der Rechtsgeltung vgl. Larenz, Rechtsgeltung, S. 14 f.

Bei den Beratungen des BVerfGG im RA sah man das Wesen einer extunc-Wirkung vor allem darin, daß eine Wiederaufnahmemöglichkeit für bereits rechtskräftig abgeschlossene Verfahren gegeben werde⁵². So hat der Abgeordnete *Wahl* bei der 2. Lesung des BVerfGG im Bundestag die Auffassung des RA zutreffend wiedergegeben, wenn er die in § 79 Abs. 1 BVerfGG geschaffene Möglichkeit zur Wiederaufnahme von Strafverfahren als „die einzige Ausnahme einer automatischen Rückwirkung, die allerdings der Ausschluß glaubte machen zu müssen“⁵³, kennzeichnete. Bei näherer Prüfung erweist sich diese Auffassung als unrichtig. Man kann in der Regelung des § 79 Abs. 1 noch nicht einmal Spuren einer „automatischen Rückwirkung“ finden.

Durch die Entscheidung des BVerfG ändert sich an der durch das verfassungswidrige Strafgesetz geschaffenen Rechtswirklichkeit nichts: Strafurteile, die den Kern der Wirkungen eines verfassungswidrigen Strafgesetzes ausmachen, bleiben gerade bestehen und werden nicht etwa „automatisch“ unwirksam. Ebenso wird auch keine Strafregister- eintragung auf Grund der verfassungsgerichtlichen Entscheidung gelöscht und, nach einer sehr zweifelhaften und ganz am Einzelfall orientierten Auslegung des § 79 Abs. 1 BVerfGG durch das BVerfG⁵⁴, noch nicht einmal notwendig die Strafvollstreckung unterbrochen. Die einzige Folge der Entscheidung des BVerfG besteht in der Möglichkeit, nunmehr ein Wiederaufnahmeverfahren nach den Vorschriften der StPO gegen das Strafurteil anzustrengen. Macht der Verurteilte aus Zweckmäßigkeitsgründen davon keinen Gebrauch — man denke nur an die Strafurteile, die auf den für verfassungswidrig erklärten §§ 49 StVO und 71 StVZO beruhten⁵⁵ —, so bleiben sämtliche Auswirkungen des verfassungswidrigen Gesetzes auch für die Zukunft bestehen. Das darf nicht als Kritik an der Vorschrift des § 79 Abs. 1 BVerfGG mißverstanden werden. Diese mag vielleicht die einzig sinnvolle Regelung der Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Strafgesetzes sein, aber es ist begrifflich ausgeschlossen, das als rückwirkende Vernichtung oder „automatische Rückwirkung“ zu bezeichnen.

⁵² Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 42 ff.

⁵³ Vgl. BT-Prot. (112. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4228. Das Wort „Ausnahme“ ist mißverständlich, nach dem Zusammenhang aber eindeutig im Sinne von „Fall“ oder „Beispiel“ gemeint. Zu dem Inhalt des § 79 Abs. 1 BVerfGG ausführlich *Knieser*, AöR Bd. 89 (1964), S. 157—176.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 15, 312; näheres dazu unten in Abschnitt 3 dieses Kapitels.

⁵⁵ Hier hat sich nämlich ein Verfahren eingebürgert, demzufolge die „nichtige“ Norm nur durch den verfassungsmäßigen § 21 StVG „ersetzt“ wird, ohne Änderung des Strafausspruches, vgl. dazu BVerfGE 15, 306 und 16, 213; dazu auch unten Abschn. 3 dieses Kapitels.

Ein anderes typisches Beispiel für die unklaren Vorstellungen des Gesetzgebers von den Problemen einer Vernichtung verfassungswidriger Gesetze ist der in den Beratungen des RA erörterte sogenannte „Hessische Schulgeldfall“⁵⁶. Der Staatsgerichtshof für das Land Hessen hatte in seiner Entscheidung vom 8. Juli 1949⁵⁷ die Erhebung von Schulgeld auf Grund eines vorkonstitutionellen Gesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 59 Hessische Verfassung (Schulgeldfreiheit) für verfassungswidrig erklärt und gleichzeitig die Rückzahlung des seit Inkrafttreten der Verfassung gezahlten Schulgeldes angeordnet. Daraufhin wurden auch mehrere hunderttausend Mark Schulgeld zurückgezahlt⁵⁸. Bei den Beratungen sah man auch hierin einen typischen Fall rückwirkender Vernichtung.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß mit der Rückzahlung des Schulgeldes eine verhältnismäßig unbedeutende und nebensächliche Wirkung des verfassungswidrigen Gesetzes nicht rückwirkend vernichtet, sondern allenfalls für die Zukunft wiedergutmacht wird. Außerdem geht dieser Ausgleich ex nunc am Kern der Sache vorbei und führt zu einem unbilligen Ergebnis. Jede Vernichtung eines verfassungswidrigen Gesetzes muß nämlich in erster Linie das Ziel verfolgen, gerade eine Beseitigung der besonders einschneidenden verfassungswidrigen Auswirkungen zu erstreben. Wendet man diesen Grundsatz auf den „Schulgeldfall“ an, so besteht der eigentliche Verfassungsverstoß nicht in der finanziellen Belastung als solcher, sondern darin, daß durch die Schulgeldzahlung die mit Art. 59 Hessische Verfassung erstrebte Chancengleichheit verletzt wird und möglicherweise Schulwillige gerade wegen der finanziellen Belastung von Schulbesuch oder Studium abgehalten worden sind. Hier liegen in erster Linie die verfassungswidrigen Auswirkungen des Gesetzes, und es müßte, wenn man überhaupt eine „rückwirkende Vernichtung“ will, wenigstens versucht werden, diese Wirkungen zu beseitigen oder abzuschwächen⁵⁹. Die Rückzahlung des Schulgeldes begünstigt nur die, die sowieso schon am wenigstens durch das Gesetz beeinträchtigt worden sind.

⁵⁶ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 43 und S. 60.

⁵⁷ VerwRspr. Bd. 2, S. 20 ff. (S. 23). Das dort angegebene Entscheidungsdatum (27. Mai) ist unrichtig, vgl. *Zinn-Stein*, Literatur und Entscheidungen zu Art. 59 (S. 293).

⁵⁸ So die Angabe eines Mitgliedes des RA, vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 60; dazu auch der Ministerial-Erlaß über die Rückerstattung von bezahlten Unterrichtsgeldern vom 21. 10. 1949 (Abl. S. 361).

⁵⁹ Man könnte etwa daran denken, durch besondere verkürzte Formen der Ausbildung die Chancengleichheit für die durch das Gesetz Benachteiligten wiederherzustellen. Es soll allerdings nicht verkannt werden, daß dem fast unüberwindliche praktische Schwierigkeiten entgegenstehen, aber daran zeigt sich gerade, wo das eigentliche Problem liegt.

An diesem Beispiel wird m. E. nochmals besonders deutlich, was es heißt, ein verfassungswidriges Gesetz ruft eine einheitliche Rechtswirklichkeit hervor. Man würde sich den Zugang zum eigentlichen Problem sofort verstellen, wenn man die Abhaltung der Schulwilligen vom Schulbesuch als ‚tatsächliche‘ oder ‚mittelbare‘ Auswirkung des Gesetzes von vornherein unberücksichtigt ließe. In dem Moment hat man das Ziel jeder Rechtssatzkontrolle, die umfassende und durchgreifende Verfassungssicherung, aus den Augen verloren. Es mag sein, daß häufig unüberwindliche praktische Schwierigkeiten bestehen, derartige Auswirkungen wiedergutzumachen und ihre Nachwirkungen in Gegenwart und Zukunft abzuschwächen. Aber dann ist es vielleicht besser, ganz auf eine Wiedergutmachung zu verzichten, anstatt unbillige Teilregelungen zu treffen. Man muß diese Frage zumindest bei jeder Rechtssatzkontrollentscheidung prüfen und wird dann allerdings oft erkennen müssen, daß auch die Verfassungssicherung durch eine justizförmige Gesetzeskontrolle ihre engen Grenzen hat.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß es keinen Zweck hat, den Begriff „rückwirkende Vernichtung“ oder „ex tunc-Wirkung“ noch weiter zu verwenden; er verleitet nur zu Mißverständnissen und Fiktionen. Die durch das verfassungswidrige Gesetz hervorgerufene Rechtswirklichkeit muß man als Gegebenheit hinnehmen, man kann sie — das hat auch das BVerfG in dem Beamtenrechtsurteil⁶⁰ im Grunde zugegeben — nicht mehr rückwirkend vernichten. Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob z. B. nicht die Wiederaufnahme von Strafverfahren dennoch sich als naheliegende Folge aus der Entscheidung des BVerfG ergeben kann. Hier ging es nur um die begriffliche Klärung, daß derartige Maßnahmen nicht als rückwirkende Vernichtung ausgegeben werden können. Ebenso wenig können z. B. die Wiederaufnahme von Strafverfahren oder die Rückzahlung von Schulgeld als *Rechtsfolgen* der „Nichtigkeit“ oder „Ungültigkeit“ gekennzeichnet werden. Rechtsfolgen müssen immer an einen Tatbestand anknüpfen, d. h. an ein Verhalten oder eine Handlung. Nichtigkeit besagt nur, daß etwas nicht ist, und kann darum niemals ein Tatbestand sein, aus dem sich Rechtsfolgen ergeben. Rechtsfolgen können sich nur aus der Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit und aus dem darin liegenden Vorwurf der Verfassungsverletzung des Gesetzgebers ergeben. Deshalb wird auch in dieser Untersuchung ganz bewußt nicht von Rechtsfolgen der Nichtigkeit oder Ungültigkeit gesprochen; das würde den Zugang zu dem eigentlichen Problem verstellen.

b) Die Notwendigkeit einer Übergangsregelung als Kernproblem der sogenannten „Vernichtung“

Um die Frage nach der „Vernichtbarkeit“ verfassungswidriger Gesetze nunmehr auch begrifflich treffend zu kennzeichnen, ist es notwendig, nochmals hervorzuheben, daß das Ziel der Rechtssatzkontrolle eine möglichst weitgehende Verfassungssicherung sein muß. Es kommt darauf an, die durch das verfassungswidrige Gesetz hervorgerufene Rechtswirklichkeit möglichst wieder mit der Verfassung in Einklang zu bringen, oder noch genauer, in die vom BVerfG als verfassungsgemäß erklärte Rechtslage zu überführen. Es kommt nicht darauf an, den alten verfassungswidrigen Rechtszustand ganz oder teilweise zu „vernichten“, sondern es geht darum, die neue verfassungsmäßige Rechtslage möglichst bald und durchgreifend zur Geltung zu bringen. Die durch das Gesetz verletzte und insoweit außer acht gelassene Verfassung soll nicht nur „neu in Kraft gesetzt“ werden. Gleichzeitig muß versucht werden, die in der Vergangenheit geschehenen Verfassungsverstöße wiedergutzumachen und deren fortdauernde Nachwirkungen zu beenden. Gerade weil der Zustand auch für die Vergangenheit als verfassungswidrig erkannt worden ist, muß die frühere verfassungswidrige Rechtslage abgelöst und in das neue Recht übergeleitet werden. Es genügt nicht, wenn das alte verfassungswidrige Recht nur von dem neuen verfassungsmäßigen überlagert wird und beides nebeneinander besteht.

Die Lage, die durch eine Entscheidung des BVerfG über die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes entsteht, ist in etwa derjenigen bei Erlass eines neuen Gesetzes vergleichbar. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich die Frage nach den Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des BVerfG begrifflich wohl am treffendsten als ein *Übergangsproblem* kennzeichnen. In diesem Sinne bedarf jede Rechtssatzkontrollentscheidung des BVerfG — ähnlich wie ein neues Gesetz — einer mehr oder weniger stark ausgeprägten Übergangsregelung. Unter dem Begriff der „Übergangsregelung“ können im Gegensatz zum Begriff der „Vernichtung“ die vielfältigen Probleme der Rechtssatzkontrollentscheidungen, wie sie in der Regelung des § 79 BVerfGG und auch in der Spruchpraxis des BVerfG zutage treten, zwanglos eingeordnet und systematisch zusammengefaßt werden. Dabei zeigt sich sogleich, daß eine derartige Übergangsregelung inhaltlich von zwei Grundgedanken bestimmt wird: Sie ist *vergangenheitsbezogen*, insofern als die bereits eingetretenen verfassungswidrigen Auswirkungen eines Gesetzes wiedergutmacht, ausgeglichen und ihre Nachwirkungen beendet werden müssen. Sie ist *zukunftsbezogen*, insofern als das als verfassungsmäßig Erkannte möglichst bald zur Gel-

⁶⁰ BVerfGE 3, 58—162 (118 f.); siehe auch oben S. 118 f.

tung gebracht werden muß. Das ist nicht immer schon damit erreicht, daß ein verfassungswidriges Gesetz für ungültig erklärt wird.

Ob und inwieweit das BVerfG selbst auf Grund seiner verfassungsrechtlichen Stellung derartige Übergangsregelungen treffen kann, wird noch zu erörtern sein⁶¹. Hier geht es zunächst einmal darum aufzuzeigen, in welchem Umfang Übergangsregelungen überhaupt möglich und notwendig sind, erst dann kann gesagt werden, wer diese Regelungen treffen kann und muß.

a) Das Bedürfnis nach Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung

Der Gesetzgeber selbst hat in § 79 BVerfGG eine typische Übergangsregelung getroffen, die allerdings ausschließlich vergangenheitsbezogen ist. Die in Abs. 1 eingeräumte Möglichkeit zur Wiederaufnahme von Strafverfahren ist zwar kein Beispiel für eine rückwirkende Vernichtung, wohl aber eine wirkungsvolle Form der Wiedergutmachung und der Folgenbeseitigung. Demgegenüber tritt in Abs. 2 der Gedanke der Wiedergutmachung und der Folgenbeseitigung völlig zurück. Die Übergangsregelung beschränkt sich hier darauf, durch das Vollstreckungsverbot in Satz 2 das Entstehen neuer, einschneidender verfassungswidriger Auswirkungen zu unterbinden, nicht aber zielt sie darauf ab, bereits eingetretene Auswirkungen auszugleichen oder abzuschwächen⁶². Bei den Gesetzesberatungen hatte insgesamt der Gedanke der Wiedergutmachung und der Folgenbeseitigung noch viel stärker im Vordergrund gestanden. Das wird an der ursprünglich im RA vorgeschlagenen Fassung des § 79 deutlich⁶³, die in Abs. 5 einen Ausgleich nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung und in Abs. 6 einen allgemeinen subsidiären Schadenersatzanspruch gegen den Staat vorgesehen hatte. Systematisch läßt sich eine derartige Bestimmung nur unter dem Gesichtspunkt einer Übergangsregelung rechtlich erfassen. Dahinter verbirgt sich ja gerade das Zugeständnis, daß man Gesetze nicht rückwirkend vernichten, sondern allenfalls für die Zukunft einen gewissen Ausgleich schaffen kann.

Es bleibt nunmehr die allgemeine Frage zu klären, ob und in welchem Umfang in den verschiedenen Fällen verfassungswidriger Gesetze eine Wiedergutmachung und eine Folgenbeseitigung sinnvoll und praktisch durchführbar sind. Der Versuch einer einheitlichen und allgemeingültigen Antwort wäre verfehlt, und er widerspräche auch

⁶¹ Siehe unten unter Buchst. c dieses Abschnitts.

⁶² Allerdings ist der Gesetzesvorbehalt in Abs. 2 Satz 1 gerade zur Aufstellung von Übergangsregelungen aufgenommen worden, vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 78; BT-Prot. (112. Sitzung, 1. Wahlperiode 1949), S. 4234.

⁶³ Vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 57; oben S. 93.

den bisher in dieser Untersuchung gewonnenen Erkenntnissen. Eben- sowenig braucht man sich aber auch mit dem nichtssagenden Hinweis zu begnügen, es komme jeweils auf den Einzelfall an. Auf Grund der bisherigen Erörterungen lassen sich vielmehr einige allgemeine Grundsätze aufstellen, die im Einzelfall die Lösung der Wiedergutmachungs- und der Folgenbeseitigungsfrage erheblich erleichtern. Sie sind damit immerhin eine Vorstufe zur rechtssatzmäßigen Erfassung der Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes.

(1) Ausgangspunkt ist der wichtige Grundsatz, daß es keine allgemeingültige Übergangsregelung gibt. Vielmehr muß grundsätzlich nach den *verschiedenen Typen verfassungswidriger Gesetze* differenziert werden. Das beruht auf der rein formalen Bestimmung des Gegenstandes eines Rechtssatzkontrollverfahrens⁶⁴. So stellt sich die Frage nach Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung immer wieder anders, je nachdem, ob z. B. ein organisatorischer Einzelakt, eine Verfahrensordnung, eine allgemeine Verhaltensnorm, eine Ermächtigungsnorm für Einzeleingriffe, ein Steuergesetz, ein Strafgesetz oder ein leistungsgewährendes Gesetz für verfassungswidrig erklärt wird.

(2) Der Inhalt der Übergangsregelung wird maßgeblich durch den *Grund der Verfassungswidrigkeit* bestimmt. Der Verstoß gegen Grundrechte oder gegen die Staatszielbestimmungen erfordert dringender eine Wiedergutmachung als der Verstoß gegen Verfahrens- oder gegen Zuständigkeitsvorschriften⁶⁵, vor allem wenn diese Verstöße heilbar sind. So ist es z. B. ein wesentlicher Unterschied, ob ein bestimmtes Verhalten nicht bestraft werden kann oder ob ein Rechtssatz des materiellen Strafrechts bestimmten formalen Anforderungen nicht genügt⁶⁶.

(3) Jede Übergangsregelung muß von der *gesamten* von dem verfassungswidrigen Gesetz hervorgerufenen *Rechtswirklichkeit* ausgehen. Sie darf nicht irgendwelche Auswirkungen eines Gesetzes herausgreifen und nur diese wiedergutmachen. Die Wiedergutmachung muß immer bei den Auswirkungen beginnen, in denen der Verfassungsverstoß besonders stark zum Ausdruck kommt. Kann man die schweren Verfassungsverstöße aus praktischen Gründen nicht wiedergutmachen, so sollte man es auch nicht bei den leichteren tun. Das führt zu groben Ungerechtigkeiten gegenüber den Gesetzesbetroffenen. Der „Hessische Schulgeldfall“ ist ein eindringliches Beispiel.

⁶⁴ Siehe oben Teil 3, Kap. 1, Abschn. 2 b.

⁶⁵ Vgl. z. B. die Entscheidung des BVerfG vom 30. Oktober 1962 (BVerfGE 15, 1—25) über die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen vom 17. August 1960 (BGBl. II, S. 2125). Zu den Folgen der Entscheidung vgl. *Ettner*, Der Betrieb 1962, S. 1529—1531.

⁶⁶ Näheres dazu unten in Abschn. 3.

(4) Eng mit diesem Grundsatz hängt das *Verbot von Teil-Übergangsregelungen* zusammen. Es ist vor allen Dingen unangebracht, Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung generell auf Hoheitsakte zu beschränken oder unter dem Gesichtspunkt der Bestands- oder der Rechtskraft grundsätzliche Unterscheidungen zu treffen. Sie sind nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Schwerpunkt der verfassungswidrigen Auswirkungen eines Gesetzes gerade auf Hoheitsakte konzentriert, anderenfalls werden dadurch Ungerechtigkeiten verursacht. Von der durch die Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidungen bedingten Übergangsregelung ist grundsätzlich jedoch die *Sonderstellung der Anläßfälle* zu unterscheiden. Sie sind so zu behandeln, als ob das verfassungswidrige Gesetz nicht bestanden hätte; im Einzelfall läßt sich eine solche Forderung auch durchaus verwirklichen.

(5) Schließlich ist notwendige Voraussetzung für jede Wiedergutmachungs- und jede Folgenbeseitigungsregelung *eine gewisse Überschaubarkeit* der von einem verfassungswidrigen Gesetz Betroffenen und der konkreten *Auswirkungen* des Gesetzes. Wenn diese Überschaubarkeit fehlt, sollte man auf jede Wiedergutmachung, insbesondere auch auf Teilregelungen, verzichten. Der Grad der Überschaubarkeit ist am größten im Strafrecht, am geringsten im Zivilrecht. Innerhalb dieser Rechtsbereiche sind regelmäßig organisatorische und Verfahrensregelungen in ihren Auswirkungen am wenigsten überschaubar⁶⁷. Im Öffentlichen Recht lassen sich hinsichtlich der Überschaubarkeit grobe Unterscheidungen danach treffen, ob zur Entfaltung von Rechtswirkungen das Gesetz notwendig hoheitlicher Vollzugsakte bedarf, wie etwa bei Ermächtigungsnormen zu Einzeleingriffen — z. B. bei Enteignungsgesetzen —, oder ob die Auswirkungen vornehmlich durch freiwillige Anerkennung und Befolgung eintreten, wie bei Gesetzen, die die Rechtsstellung des einzelnen begünstigen oder bei allgemeinen Verhaltensnormen — z. B. bei Regeln des Straßenverkehrs.

Schon diese wenigen Grundsätze ermöglichen einen genauen Einblick in die konkreten Übergangsprobleme einzelner verfassungswidriger Gesetze. Sie machen zugleich deutlich, wie schwierig es sein kann, eine umfassende und gerechte Wiedergutmachungsregelung zu treffen. Gleichwohl sollte man deshalb nicht von Übergangsregelungen gänzlich absehen. Immerhin wird mit einer solchen Regelung, wenn

⁶⁷ Man denke etwa daran, daß das Bundessozialhilfegesetz für verfassungswidrig erklärt würde, auf Grund dessen inzwischen eine völlige Umorganisation und Aufgabenverlagerung im gesamten Bereich der Sozialhilfe eingetreten ist.

sie wirklich den Kern der Auswirkungen eines verfassungswidrigen Gesetzes ergreift, die letztlich erstrebte Verfassungssicherung erheblich gesteigert und vervollkommenet. Das entspricht auch eindeutig dem Willen des Gesetzgebers, denn § 79 BVerfGG ist gerade aus dem Bestreben nach Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung heraus entstanden; man hatte lediglich die rechtliche Seite des Problems noch nicht richtig erkannt und begnügte sich mit einer vom Prozeßrecht her bestimmten Lösung, die die Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidungen nicht genügend beachtete.

ß) Die Vermeidung gesetzessfreier Bereiche

Das Übergangsproblem beschränkt sich aber nicht nur auf Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung. Die andere Seite des Problems besteht darin, die verletzte Verfassung *für die Zukunft* möglichst schnell wieder zur Geltung zu bringen. Es ist nicht immer schon damit getan, daß ein Gesetz für ungültig erklärt wird, das kommt in verschiedenen Entscheidungen deutlich zum Ausdruck. Mehrfach hat das BVerfG Gesetze zwar für verfassungswidrig, aber ganz bewußt nicht für ungültig erklärt⁶⁸, sondern deren beschränkte Weitergeltung für die Zukunft ausgesprochen. Dem Gesetzgeber wurde dann meist nur aufgegeben, innerhalb einer bestimmten Frist eine neue Regelung zu treffen⁶⁹.

Diese Entscheidungen sind zwar mit den überkommenen Vorstellungen von Inhalt und Bedeutung der Rechtssatzkontrollentscheidungen nicht vereinbar, sie lassen sich aber als Übergangsregelungen erklären und auch verfassungsrechtlich rechtfertigen. Die besondere Eigenart dieser Fälle ist bezeichnenderweise gerade an den Gesetzen sichtbar geworden, die die Überleitung des Besatzungsrechts unter das GG zum Gegenstand hatten, also selbst typische Übergangsregelungen waren. So erkannte das BVerfG in drei ganz ähnlich begründeten Entscheidungen für einen begrenzten Zeitraum die Gültigkeit der Bestimmungen über die Mühlenbewirtschaftung⁷⁰, über die Devisenbewirtschaftung⁷¹ und die Gültigkeit des Zustimmungsgesetzes zur Höfe-

⁶⁸ Merkwürdigerweise ist das BVerfG noch nie auf die Unvereinbarkeit derartiger Entscheidungen mit dem ausdrücklich entgegenstehenden Wortlaut des § 78 Satz 1 BVerfGG eingegangen. Anstatt diese Vorschrift einfach zu ignorieren, sollte das Gericht diesen Widerspruch einmal zum Anlaß nehmen, den „Grundsatz“ der Nichtigkeit neu zu überdenken. Das Gericht kann dann ja den § 78 Satz 1 verfassungskonform auslegen.

⁶⁹ Vgl. die in Teil 2 unter 4 und 5 erwähnten Entscheidungen.

⁷⁰ Beschluß vom 17. Dezember 1958 (BVerfGE 9, 63—73); siehe oben S. 78.

⁷¹ Beschluß vom 21. März 1961 (BVerfGE 12, 281—296) und vom 16. Februar 1965 (BVerfGE 18, 353—366); siehe oben S. 78 f.

ordnung⁷² an. Zur Begründung berief sich das BVerfG im wesentlichen auf folgende Gesichtspunkte: Die genannten Bestimmungen stünden zwar mit dem GG nicht voll in Einklang, aber mit dem Inkrafttreten des GG hätte die bisherige Rechtsordnung nicht einfach umgestoßen und durch eine „regellose Freiheit“⁷³ ersetzt werden können. Vielmehr mußte das bisherige Recht erst allmählich abgebaut und in eine grundgesetzmäßige Ordnung überführt werden⁷⁴. Das GG regle aber nicht unmittelbar alle Einzelfragen, deren Regelung zur Vermeidung eines Chaos unbedingt notwendig gewesen wäre. Darum müsse man für eine begrenzte Zeit die Geltung dieser Bestimmungen in Kauf nehmen, denn „der Rechtsstaat konnte eben auch auf diesem Gebiet nicht an einem Tage voll verwirklicht werden“⁷⁵.

Das BVerfG hat hier zutreffend den Ausnahmecharakter der Übergangssituation erkannt und die entsprechenden Folgerungen daraus gezogen. Ein ähnlicher Zustand wie bei Inkrafttreten des GG entsteht aber auch, wenn das BVerfG ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt. Die Urteile über die Verfassungswidrigkeit der Wahlkreiseinteilung⁷⁶ und der Beamtenbesoldung⁷⁷ zeigen das deutlich. Aus dem GG läßt sich unmittelbar nicht entnehmen, wie eine gleichmäßige Wahlkreiseinteilung oder wie eine angemessene Beamtenbesoldung konkret aussieht. Das folgt notwendig aus dem System des GG. Das materielle Verfassungsrecht, also etwa die Grundrechts- oder die Staatszielbestimmungen, stellen nur einen weitgesteckten Gesetzgebungsrahmen und keinen lückenlosen Gesetzgebungsplan dar. Die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ist aber in erster Linie nur ein Negativattest. Es wird darin festgestellt, daß ein bestimmter Rechtssatz verfassungswidrig ist; damit ist aber häufig noch nicht gesagt, welchen Inhalt im einzelnen eine verfassungsmäßige Regelung der entsprechenden Materie hat. Durch die sofortige Ungültigerklärung des verfassungswidrigen Gesetzes kann also ein *gesetzesfreier Raum* entstehen, der durch das GG nicht eindeutig ausgefüllt wird; das beruht auf der Lückenhaftigkeit jeder Verfassung⁷⁸.

⁷² Urteil vom 20. März 1963 (BVerfGE 15, 337—353); siehe oben S. 79.

⁷³ Vgl. BVerfGE 12, 293; oben S. 78 f.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 9, 72; oben S. 78.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 9, 72; oben S. 78.

⁷⁶ Beschluß vom 22. Mai 1963 (BVerfGE 16, 130—144); siehe oben S. 81 f.

⁷⁷ Beschluß vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 8, 1—28); siehe oben S. 80.

⁷⁸ Diesem Umstand haben Art. 140 Abs. 3 der Österr. Verfassung, Art. 152 Abs. 2 der Türkischen Verfassung und Art. 245 Abs. 1 der Jugoslawischen Verfassung Rechnung getragen, wenn sie dem Verfassungsgerichtshof jeweils die Möglichkeit einräumen, für das Außerkrafttreten des verfassungswidrigen Gesetzes eine Frist zu bestimmen; vgl. oben S. 39.

Für den Inhalt von Rechtssatzkontrollentscheidungen ist diese Folge solange bedeutungslos, als derartige gesetzesfreie und vom GG nicht ausgefüllte Bereiche hingenommen werden können und durch plötzlich eintretende Regellosigkeit kein Chaos verursacht wird. Letzteres kann aber aus zwei Gründen sehr häufig der Fall sein: Einmal stützt sich unsere Rechtsordnung weithin auf ein System genereller und spezieller Gesetzesvorbehalte⁷⁹. Würden die zugrunde liegenden Gesetze wegen Verfassungswidrigkeit ersatzlos wegfallen, wären die Vorbehalte gegenstandslos und damit die Grundlage dieser Ordnung erschüttert. Zum anderen hat der Gesetzgeber heute in weitem Umfang die Lenkung und Gestaltung des gesamten wirtschaftlichen und sozialen Lebens übernommen. Der einzelne ist dadurch in eine weitgehende Gesetzesabhängigkeit geraten⁸⁰. Das gilt vor allem im Bereich des immer stärker wachsenden und vom Gesetzgeber gesteuerten Umverteilungsprozesses, also insbesondere bei Steuern und Sozialleistungen. Selbst für kurze Zeit kann hier kaum etwas ungeregelt bleiben, sonst gerät die Umverteilung aus dem Gleichgewicht, und es erwachsen dem einzelnen oder der Gesamtheit schwere Schäden. In solchen Fällen bleibt dem BVerfG praktisch keine andere Möglichkeit, als durch irgendeine Übergangsregelung den gesetzesfreien Raum zu vermeiden.

Dieser Erkenntnis hat sich das BVerfG in den Entscheidungen über die Beamtenbesoldung⁸¹ und über die Wahlkreiseinteilung⁸² nicht verschlossen. Da unmittelbar aus dem GG nicht die Höhe der Beamtenbesoldung entnommen werden konnte, hat es das verfassungswidrige Besoldungsgesetz gerade mit Rücksicht auf den für die Beamtenbesoldung bestehenden Gesetzesvorbehalt⁸³ nicht für ungültig erklärt. Vielmehr hat es eine Übergangsregelung dahingehend getroffen, daß das Gesetz noch für eine gewisse Zeit fortgilt und der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Besoldung unter Beachtung der Rechtsauffassung des BVerfG neu zu regeln. Einen ähnlichen Weg ist das BVerfG in der Wahlkreiseinteilung gegangen. An Hand des GG ließ sich ebenfalls nicht feststellen, wie eine gleichmäßige Wahlkreiseinteilung konkret aussieht. Das BVerfG konnte nun weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft die alte Wahlkreiseinteilung und im Anschluß daran die Bundestagswahl für ungültig erklären. Dann hätte eine verfassungsmäßige Wahlkreiseinteilung gefehlt und deshalb kein neuer Bundestag gewählt werden können. Auch hier war ohne Übergangsregelung nicht auszukommen. Das BVerfG hat sie dahingehend ge-

⁷⁹ Dazu Wolff, Verwaltungsrecht I, § 30 III (S. 143 f.).

⁸⁰ Dazu Wolff, Verwaltungsrecht I, § 11 II b 4 (S. 47 ff.).

⁸¹ BVerfGE 8, 1—28; siehe auch oben S. 80.

⁸² BVerfGE 16, 130—144, siehe auch oben S. 81 f.

⁸³ Vgl. BVerfGE 8, 19; oben S. 80.

troffen, daß die alte, verfassungswidrige Wahlkreiseinteilung nicht für ungültig erklärt, der Gesetzgeber aber verpflichtet wurde, in dieser Legislaturperiode für die nächste Bundestagswahl eine neue Wahlkreiseinteilung gemäß den vom BVerfG aufgestellten Grundsätzen zu beschließen⁸⁴. Dieser dem Urteil zugrunde liegende einfache Gedankengang wird jedoch vom BVerfG nicht offen zugegeben und durch Scheinargumente verdeckt. Das Gericht tut so, als ob es allein wegen der fehlenden Evidenz des Verfassungsverstoßes die Wahlkreiseinteilung nicht für ungültig erklärt habe⁸⁵. Das ist jedoch unrichtig, denn selbst wenn der Verfassungsverstoß evident gewesen wäre, hätte das BVerfG aus den angegebenen Gründen nicht anders entschieden und auch nicht anders entscheiden können.

Das BVerfG hat sich noch in einer anderen Gruppe von Fällen für die befristete Weitergeltung verfassungswidriger Gesetze ausgesprochen. Deren gemeinsames Kennzeichen ist der Verstoß einer Ausnahmeregelung gegen den Gleichheitssatz⁸⁶. Verstößt z.B. in einem Steuer- oder Rentengesetz die Bevorzugung oder Benachteiligung eines bestimmten Personenkreises gegen Art. 3 GG, so würde die Ungültigerklärung der Ausnahmeregelung, wie das BVerfG richtig erkannt hat, zugleich die Ausdehnung der allgemeinen Regelung auf den bisher ausgenommenen Personenkreis bedeuten⁸⁷. Die Ungültigerklärung wäre dann also zwangsläufig auch ein positiver Gesetzgebungsakt. Gerade letzteres will das BVerfG aber vermeiden, und es betont zutreffend, daß in einer solchen Ungültigerklärung ein Eingriff in das gesetzgeberische Ermessen liegen könne. Hätte der Gesetzgeber nämlich gewußt, daß die Ausnahmeregelung unzulässig war, hätte er von einer Regelung vielleicht ganz abgesehen oder die Höhe der Steuern bzw. Renten ganz anders bemessen⁸⁸.

Es scheint zunächst, als handele es sich um das auf einer anderen Ebene liegende Problem der Zuständigkeit zu Übergangsregelungen — darauf liegt regelmäßig in den Entscheidungsgründen der Schwerpunkt —, in Wirklichkeit geht es aber auch hier um die Vermeidung

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 16, 142. Diese Form der Übergangsregelung ist allerdings nicht ganz unbedenklich, da sie bis zum Erlaß einer neuen Wahlkreiseinteilung das Fehlen einer Regierungskrise voraussetzt. Man denke bloß daran, der im Herbst 1963 gerade stattfindende Regierungswechsel wäre nicht so reibungslos erfolgt. Interessante rechtsvergleichende Hinweise zu andersartigen Übergangsregelungen in solchen Fällen bei *Frowein*, DöV 1963, S. 861 Fußn. 31.

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 16, 142 f.; oben S. 81 f.

⁸⁶ Vgl. dazu die im 2. Teil unter 5 erwähnten Entscheidungen.

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 8, 37 f. und 18, 301 f.; oben S. 84 f.

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 8, 37 f. und 18, 301 f.; oben S. 84 f.

gesetzesfreier Bereiche. Um den Schwierigkeiten einer Teil-Ungültigerklärung zu entgehen, läge es doch eigentlich am nächsten, die Gesamtregelung für ungültig zu erklären. Das wäre vielleicht auch die richtigere Sanktion für einen solchen Verfassungsverstoß, denn nicht die Ausnahmebestimmung als solche, sondern das Verhältnis zweier Regelungen zueinander macht die Verletzung des Gleichheitssatzes und zugleich damit die Verfassungswidrigkeit der Gesamtregelung aus. Dieser Weg ist aber für das BVerfG aus anderen Gründen regelmäßig nicht gangbar. Gegenstand dieser Entscheidungen ist nämlich in der Regel ein ganz bestimmter Typ verfassungswidriger Gesetze, nämlich Steuergesetze oder Bestimmungen über soziale Leistungen irgendwelcher Art. Derartige Gesetze sind stark zweckgerichtet und situationsgebunden und daher für Verstöße gegen den Gleichheitssatz besonders anfällig⁸⁹. Im Bereich der Steuern und Sozialleistungen sind aber aus den angegebenen Gründen gesetzessfreie Räume in der Regel nicht vertretbar, da sie leicht ein Chaos hervorrufen können. Darum ist dem BVerfG in diesen Fällen meistens eine Gesamt-Ungültigerklärung versagt.

Das BVerfG hat zwei Formen von Übergangsregelungen entwickelt: Es läßt die verfassungswidrige Ausnahmebestimmung weiter bestehen, wenn die in einer Nichtigerklärung zugleich liegende Ausdehnung des Geltungsbereiches in das gesetzgeberische Ermessen eingreift⁹⁰. Es ist zu beachten, daß auch das eine Übergangsregelung ist, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Verfassungssicherung die denkbar schlechteste. Kommt das BVerfG dagegen zu der Überzeugung, daß das gesetzgeberische Ermessen derart eingengt ist, daß die Ausdehnung der Regelung auf den bisher ausgenommenen Personenkreis verfassungsrechtlich geboten ist, so nimmt es diese Ausdehnung selbst durch Ungültigerklärung der Ausnahmebestimmung vor⁹¹. Diese Praxis ist insofern unbefriedigend, als der Inhalt der Entscheidung des BVerfG mitunter von dem technischen Aufbau eines Gesetzes und damit weitgehend vom Zufall abhängt. So hält sich das BVerfG nur für befugt, eine verfassungsrechtlich zwingend gebotene Ausdehnung eines Gesetzes durch Ungültigerklärung einer Ausnahme, nicht dagegen durch Ergänzung des Gesetzes vorzunehmen⁹², obwohl doch beides positive Gesetzgebungsakte sind, die das gesetzgeberische Ermessen nicht verletzen.

⁸⁹ Dazu auch *Arndt*, BB 1960, S. 995.

⁹⁰ Vgl. z. B. BVerfGE 8, 37 f.; 14, 311 f.; 15, 125; 18, 301 f.; siehe auch oben S. 84 ff.

⁹¹ Vgl. z. B. BVerfGE 17, 134; siehe auch oben S. 85.

⁹² Vgl. BVerfGE 15, 75 f.

Damit sind nunmehr die zwei Seiten des Übergangsproblems, das durch die Rechtssatzkontrollentscheidungen des BVerfG hervorgerufen wird, im wesentlichen gekennzeichnet. Allerdings ist bisher erst deutlich geworden, was grundsätzlich getan werden kann, um die verfassungswidrige Rechtswirklichkeit wieder mit der Verfassung in Einklang zu bringen. Unbeantwortet ist dagegen noch die Frage, wer diese Übergangsregelungen zu treffen hat, insbesondere inwieweit das BVerfG auf Grund seiner verfassungsrechtlichen Stellung dafür zuständig ist.

c) Die Zuständigkeit des BVerfG zur Aufstellung von Übergangsregelungen und ihre Grenzen

Man könnte daran denken, daß es bei dieser Frage letztlich nur darum geht, die Entscheidung über die Ungültigkeit eines Rechtssatzes möglichst wirksam zu vollstrecken, und deshalb auch das BVerfG als zuständig ansehen. Zur Rechtfertigung ließe sich auf § 35 BVerfGG hinweisen, der das BVerfG ja ausdrücklich zum Herrn der Vollstreckung macht und es ermächtigt, Art und Weise der Vollstreckung zu regeln⁹³. Demgegenüber legt die allgemein übliche Charakterisierung der Rechtssatzkontrollentscheidungen als Feststellungs- bzw. als Gestaltungsurteile den Einwand nahe, daß derartige Entscheidungen, wie auch sonst im Prozeßrecht, nicht vollstreckungsfähig und vollstreckungsbedürftig seien und daher § 35 BVerfGG überhaupt nicht anwendbar sei⁹⁴. Herzog hat jedoch bereits darauf hingewiesen, daß der Vollstreckungsbegriff des § 35 BVerfGG nicht mit dem des sonstigen Prozeßrechts identisch ist⁹⁵. Es ist durchaus denkbar, daß einmal ein für „nichtig“ erklärtes Gesetz von irgendwelchen Staatsorganen weiterhin angewandt wird und daß dann Vollstreckungsmaßnahmen des BVerfG notwendig werden.

Der entscheidende Grund dafür, daß das zuvor näher gekennzeichnete Übergangsproblem kein Vollstreckungsproblem ist, ist folgender: Bei der Folgenbeseitigung oder der Vermeidung gesetzesfreier Räume geht es nicht darum, irgendwelche Rechtsfolgen der Ungültigkeit oder der „Nichtigkeit“ zu verwirklichen oder zu „vollstrecken“. Die Ungültigkeit oder auch die „Nichtigkeit“ hat lediglich zum Inhalt, daß etwas rechtlich nicht erheblich ist. Als solche ist sie kein Tatbestand, an

⁹³ § 35 BVerfGG hat folgenden Wortlaut: „Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln.“ Ausführlich zu Inhalt und Bedeutung dieser Vorschrift Herzog, Staat Bd. 4 (1965), S. 37–49.

⁹⁴ So ausdrücklich Lechner, Kommentar, Anm. 1 zu § 35 (S. 191); ähnlich, allerdings mit Einschränkungen Geiger, Kommentar, Anm. 3 zu § 35 (S. 130).

⁹⁵ Vgl. Staat Bd. 4 (1965), S. 38 ff.

den in irgendeiner Form Rechtsfolgen geknüpft werden können. Rechtsfolgen kann man nur einem Lebenssachverhalt zuordnen, der sich als eine zurechenbare Handlung darstellt. Bei verfassungswidrigen Gesetzen ist das die Verletzung der Verfassung durch den Gesetzgeber. Das ist keine begriffliche Spitzfindigkeit, sondern eine notwendige Klarstellung; m. E. ist es nicht möglich, von Rechtsfolgen der Ungültigkeit oder der Nichtigkeit zu sprechen. Es wäre z. B. abwegig, § 79 BVerfGG als eine Rechtsfolge der in § 78 vorgeschriebenen Nichtigkeit oder als eine Art und Weise der Vollstreckung zu kennzeichnen. Entweder muß man dann zu Fiktionen Zuflucht nehmen oder zugeben, daß von der „Nichtigkeit“ nicht mehr viel übrig bleibt. Sieht man hingegen die Verfassungsverletzung durch den Gesetzgeber als den rechtsfolgebegründenden Tatbestand an, so besteht keine Notwendigkeit, damit die starre Rechtsfolge der Nichtigkeit zu verbinden. Entscheidend ist dann die Art der Verletzung, und es bestehen keine Hindernisse, den Verletzungen verschiedenartige Rechtsfolgen, d. h. Übergangsregelungen, zuzuordnen.

Das Problem der Zuständigkeit zu einer Übergangsregelung kann also — auch unabhängig von der Regelung des § 35 BVerfGG — nicht unter dem Gesichtspunkt der Vollstreckung⁹⁶ gelöst werden. Bezeichnenderweise hat das BVerfG im Rahmen der im zweiten Teil dieser Untersuchung geschilderten Entscheidungen auch nie auf den § 35 BVerfGG zurückgegriffen; es hat immer mit allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen seine Entscheidungen zu rechtfertigen versucht. Das ist m. E. auch die einzige Möglichkeit⁹⁷, um eine Antwort auf die Frage der Regelungszuständigkeit zu finden.

Eine Zuständigkeit des BVerfG für Übergangsregelungen darf nicht dazu führen, daß das im GG festgelegte System der Gewaltengliederung

⁹⁶ M. E. ist es deshalb unrichtig, wenn sich Frowein, DöV 1963, S. 861 Fußn. 31 zur Rechtfertigung für die von ihm für den Wahlkreisfall vorgeschlagene Übergangsregelung auf § 35 beruft. Allerdings fallen rein begrifflich auch Übergangsregelungen unter den von Arndt, DVBL 1952, S. 3 geprägten und von Geiger, Kommentar, Anm. 5 zu § 35 (S. 131), Herzog, Staat Bd. 4 (1965), S. 39 und dem BVerfG (BVerfGE 6, 303 f.) übernommenen sehr weiten Begriff der Vollstreckung. Daß Arndt jedoch Übergangsregelungen wohl nicht einbezogen wissen wollte, beweist der unmittelbar an seine Definition anschließende Satz: „Dagegen ist das BVerfG nicht befugt, neues Recht zu setzen, um seine Entscheidungen praktikabel zu machen“.

⁹⁷ So spricht z. B. der in § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ausdrücklich aufgenommene Gesetzesvorbehalt ebensowenig gegen eine Regelungszuständigkeit des BVerfG wie § 35 dafür. Ein Umkehrschluß wäre nur möglich, wenn irgendwelche Anhaltspunkte bestünden, daß der Gesetzgeber damit gerade eine Zuständigkeitsfrage regeln wollte. Letzteres ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte. Der Gesetzgeber hat das Übergangsproblem nicht gesehen, zumindest an dieser Stelle keine Zuständigkeitsfrage regeln wollen; vgl. dazu oben Teil 3, Kap. 1, Abschn. 1.

unterlaufen und ausgehöhlt wird. Solange es dem Gesetzgeber oder dem Verordnungsgeber überlassen bleiben kann, Übergangsregelungen zu treffen, ohne daß dadurch der Allgemeinheit Nachteile entstehen oder die Verfassung gefährdet wird, ist für eine Zuständigkeit des BVerfG kein Raum. Hier geht es allein darum, die Fälle zu erfassen, bei deren Entscheidung das BVerfG seine Aufgabe als oberster „Hüter der Verfassung“ nur dann sachgerecht erfüllen kann, wenn es auch in beschränktem Umfang zum Erlaß einer Übergangsregelung zuständig ist. Daß es solche Fälle gibt, beweist die im zweiten Teil dargestellte Spruchpraxis des BVerfG, als Beispiel sei hier lediglich an den Wahlkreisfall⁹⁸ erinnert.

Nach dem eindeutigen Willen der Schöpfer des GG sollte das BVerfG nicht nur „Interpret“, sondern „Hüter“ der Verfassung sein und diese gegenüber Verletzungen durch den Gesetzgeber oder durch andere Staatsgewalten wirklich schützen können. Allerdings darf der Begriff des „Hüters der Verfassung“ nicht zu einem Schlagwort verfälscht werden, mit dem eine möglichst starke Stellung des BVerfG gerechtfertigt wird⁹⁹. Man würde dann Stellung und Aufgabe des BVerfG isoliert sehen. Neben der Entscheidung des GG für ein Bundesverfassungsgericht steht die Entscheidung für den gewaltengliedernden Rechtsstaat mit seinem weitverzweigten System wechselseitiger Kontrollen und Schranken. Auch das BVerfG steht *innerhalb* dieses Systems, und das Problem der Regelungszuständigkeit besteht gerade darin, das Bedürfnis nach möglichst wirksamer Verfassungssicherung mit der Forderung nach Gewaltengliederung in Einklang zu bringen.

Das BVerfG selbst übt eine große Zurückhaltung, wenn es meint, es könne durch eine Entscheidung in den Bereich der Gesetzgebung eingreifen, oder wenn es sich allgemein zu den möglichen Auswirkungen seiner Entscheidungen äußern soll¹⁰⁰. Grundsätzlich ist eine derartige richterliche Selbstbeschränkung zu begrüßen, aber man sollte nicht übersehen, daß das Gericht viel häufiger selbständig Übergangsregelungen trifft, als es zunächst den Anschein hat. Wenn das BVerfG ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz nicht für ungültig erklärt¹⁰¹, sondern seine beschränkte Weitergeltung anordnet, so ist auch das eine Übergangsregelung. Sie mag vielleicht ein Minimum an gesetzgeberi-

⁹⁸ BVerfGE 16, 130—144; siehe auch oben S. 81 f.

⁹⁹ Dagegen auch zutreffend Herzog, Staat Bd. 4 (1965), S. 43.

¹⁰⁰ Im Südweststaatsurteil (BVerfGE 1, 14—66) hatte das BVerfG sogar in der Entscheidungsformel über die Auswirkungen seiner Entscheidung Feststellungen getroffen, vgl. BVerfGE 14, 20. Später hat es das, wenn irgend möglich, immer vermieden, vgl. BVerfGE 3, 52; 8, 71.

¹⁰¹ Vgl. dazu die oben in Teil 2 unter 3—5 erwähnten Entscheidungen des Gerichts.

stem Ermessen enthalten, aber das wird mit der beschränkten Aufrechterhaltung eines verfassungswidrigen Zustandes erkaufte. Unabhängig davon kann die Zurückhaltung vor dem Erlaß von Übergangsregelungen noch in anderer Hinsicht bedenklich werden. Ohne Übergangsregelung kann z. B. die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit eines Steuergesetzes die öffentlichen Haushalte völlig durcheinander bringen. Will das BVerfG gleichwohl derartige Folgen vermeiden, so führt das entweder zu unkontrollierbaren Absprachen mit dem Gesetzgeber¹⁰² oder zu einer verfassungskonformen Auslegung um jeden Preis¹⁰³. Beide Wege entsprechen m. E. nicht der eigentlichen Aufgabe des BVerfG.

Man muß unterscheiden zwischen Eingriffen in den Bereich der Gesetzgebung und Eingriffen in das gesetzgeberische Ermessen. Nur bei letzteren liegt m. E. ein möglicherweise unzulässiger Eingriff in den Funktionskern einer anderen Staatsgewalt vor; in den Bereich der Gesetzgebung greift die Rechtssatzkontrolle ohnehin ein¹⁰⁴. Außerdem enthält die bisherige Spruchpraxis nicht nur Elemente „negativer“, sondern auch solche „positiver“ Gesetzgebung, wenn z. B. bei Verstößen von Ausnahmebestimmungen gegen den Gleichheitssatz diese für ungültig erklärt werden und dadurch der Geltungsbereich eines Gesetzes ausgedehnt wird¹⁰⁵. Sobald das BVerfG eine bestimmte Regelung für verfassungsrechtlich geboten hält, entfallen die grundsätzlichen Bedenken gegen eine Regelungszuständigkeit aus dem Gesichtspunkt der Gewaltengliederung, da insoweit ein gesetzgeberisches Ermessen nicht mehr vorhanden ist. Ob die Ausdehnung des Gesetzes dann auf Grund einer Teilungültigkeit eintritt oder durch eine Gesetzesergänzung vorgenommen wird, ist von untergeordneter Bedeutung¹⁰⁶. Nicht die Re-

¹⁰² Es ist inzwischen kein Geheimnis mehr, daß zwischen Bonn und Karlsruhe bei wichtigen Entscheidungen, etwa auf dem Gebiete des Steuerrechts oder wie neuerdings bei der noch ausstehenden Entscheidung über die Parteienfinanzierung, viel verhandelt und die möglichen Auswirkungen von Entscheidungen und ihre Bewältigung besprochen werden. Das ist kein Vorwurf gegen das Gericht, aber es zeigt deutlich, daß das Gericht sehr genau weiß, daß ein Verfassungsgericht in besonderem Maße die Auswirkungen seiner Entscheidungen in Betracht ziehen muß, wenn es die Verfassung sichern und nicht zerstören will. Aber es wäre vielleicht besser und dem Ansehen des Gerichts sicher nicht abträglich, wenn es selbständig Übergangsregelungen trafe und auf diese Weise mehr vor dem Forum der Öffentlichkeit bliebe.

¹⁰³ Vgl. dazu etwa die Äußerung von Heck in der Einleitung, oder auch Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 153 f.

¹⁰⁴ So zutreffend BVerfGE 1, 409; näheres dazu in dem Exkurs am Ende des ersten Teils dieser Untersuchung.

¹⁰⁵ Vgl. dazu die in Teil 2 unter 5 erwähnten Entscheidungen, insbesondere S. 84 f.

¹⁰⁶ Vgl. dazu BVerfGE 17, 134 einerseits und 15, 75 f. andererseits; siehe auch oben S. 85.

gelungszuständigkeit als solche, sondern der Eingriff in das gesetzgeberische Ermessen ist der kritische Punkt.

Hinsichtlich des *Umfangs* einer Regelungszuständigkeit des BVerfG ist es zweckmäßig, nach den zuvor näher geschilderten Formen der Übergangsregelung zu unterscheiden, also einmal im Hinblick auf eine Zuständigkeit für Übergangsregelungen zur Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung, zum andern im Hinblick auf eine Zuständigkeit für Übergangsregelungen zur Vermeidung gesetzessfreier Bereiche.

Zunächst scheint es so, als bestünde für die Regelung von Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung durch das BVerfG kein unabweisbar dringendes Bedürfnis. Selbst wenn der Gesetzgeber erst geraume Zeit nach der Entscheidung oder sogar überhaupt nicht Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung regelt, wird dadurch kein Chaos hervorgerufen oder die bestehende Rechtsordnung erheblich erschüttert. Man wird sich aber fragen müssen, ob das allein ausschlaggebend sein soll. Würde die Regelung von Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung grundsätzlich in das freie Belieben des Gesetzgebers gestellt, hätte dieser die Möglichkeit, gerade vor unbequemen und kostspieligen Übergangsregelungen auszuweichen, ohne sich dadurch ins Unrecht zu setzen. Abgesehen davon ist es nicht selten, daß das BVerfG früher oder später doch zur Frage der Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung Stellung nehmen muß. So mußte das BVerfG z. B. im Anschluß an die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes über die Friedensgerichtsbarkeit¹⁰⁷ und der Strafbestimmungen der StVO und der StVZO¹⁰⁸ mehrfach zu den Auswirkungen seiner Entscheidungen Stellung nehmen. Allerdings bietet diese Methode der Aufstellung von Übergangsregelungen im Rahmen von Anschlußverfahren den Vorteil, daß das BVerfG Zeit gewinnt und die praktischen Auswirkungen genauer überblicken kann; letztlich wird die Regelung aber doch weitgehend vom BVerfG getroffen, zumal auch diese Anschluß-Entscheidungen allgemeinverbindlich sind.

Die richtige Mitte zwischen dem Grundsatz der Gewaltengliederung und der dem BVerfG aufgegebenen Verfassungssicherung könnte vielleicht in folgendem liegen: Das BVerfG hat auch für Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung eine Regelungskompetenz. In den Fällen, wo Zweifel bestehen und z. B. die Regelung des § 79 Abs. 2 BVerfGG unvollständig ist oder zu groben Unbilligkeiten in der Behandlung der zurückliegenden Fälle führt, kann das BVerfG Übergangsregelungen

¹⁰⁷ BVerfGE 10, 200—221 und im Anschluß daran 11, 61—63 und 11, 263 bis 265.

¹⁰⁸ BVerfGE 14, 174—190 und 14, 254—264 und im Anschluß daran 15, 303—309; 15, 309—312 und 16, 211—213.

treffen, ohne in das gesetzgeberische Ermessen einzugreifen. Es kann in seiner Entscheidung festlegen, in welchem Umfang überhaupt ein gesetzgeberisches Ermessen besteht und inwieweit nach seiner Ansicht eine Wiedergutmachung oder eine Folgenbeseitigung verfassungsrechtlich geboten ist. Dadurch wird nur der Rahmen für eine Übergangsregelung abgesteckt, und der Gesetzgeber kann ihn selbständig ausfüllen. Andererseits hat ein Untätigbleiben des Gesetzgebers nicht mehr die Vermutung der Legalität für sich. Man könnte in etwa an eine Parallele zu den Urteilen der Verwaltungsgerichte bei Verpflichtungsklagen gem. § 113 Abs. 4 VwGO denken. Auch hier behauptet heute niemand mehr, daß dadurch die Justiz unzulässigerweise in den Bereich der Verwaltung eingreift.

Etwas anders liegen die Verhältnisse bei Übergangsregelungen zur Vermeidung gesetzessfreier Bereiche. Je nach dem Charakter des als verfassungswidrig erkannten Gesetzes kann plötzliche Regellosigkeit ein Chaos oder einen Verfassungskonflikt verursachen. Das BVerfG kann dann gar nicht umhin, etwa wie im Wahlkreisfall¹⁰⁹ oder im Besoldungsfall¹¹⁰, eine Übergangsregelung zu treffen. Die Zuständigkeit zur Regelung läßt sich überhaupt nicht in Zweifel ziehen, fraglich ist nur der Umfang der Zuständigkeit. Das BVerfG hat bisher immer die befristete Weitergeltung ausgesprochen. Der Vorzug dieser Art von Übergangsregelung besteht darin, daß das BVerfG, von der Bestimmung der Frist einmal abgesehen, nur ein Minimum an gesetzgeberischer Gestaltungsmöglichkeit wahrnimmt¹¹¹. Wie bereits angedeutet, ist es aber unter dem Gesichtspunkt der Verfassungssicherung die denkbar schlechteste Form der Übergangsregelung: Das verfassungswidrige Gesetz kann für eine gewisse Zeit seine Wirkungen unbeschränkt weiter entfalten. Auch hier wäre zu überlegen, ob das BVerfG nicht das, was es für verfassungsrechtlich geboten hält, sofort durch eine Übergangsregelung zur Geltung bringen könnte. Die verfassungswidrige Rechtswirklichkeit wird dann wenigstens teilweise schon umgestaltet und mit der neuen Rechtslage in Einklang gebracht. Man sollte hier nicht überängstlich vor Eingriffen in das gesetzgeberische Ermessen sein. Die Übergangsregelung ist ihrem Wesen nach befristet, und der Gesetzgeber kann sie, wenn sie ihm nicht paßt, ohne weiteres dadurch beseitigen, daß er seiner Verpflichtung zur Neuregelung umso schneller nachkommt. Im Bereich seines Ermessens hat der Gesetzgeber doch immer das letzte Wort, und das ist entscheidend.

¹⁰⁹ BVerfGE 16, 130—144; siehe auch oben S. 81 f. und 129 f.

¹¹⁰ BVerfGE 8, 1—28; siehe auch oben S. 80.

¹¹¹ Aus diesem Grunde hat man sich wohl in *Österreich*, in der *Türkei* und in *Jugoslawien* für die Möglichkeit einer befristeten Weitergeltung entschieden, vgl. oben S. 39.

Mit diesen wenigen Hinweisen sind selbstverständlich die Probleme der Regelungszuständigkeit nicht erschöpfend behandelt. Der Umfang der Zuständigkeit im Einzelfall wird sich, ebenso wie der Inhalt der jeweils erforderlichen Übergangsregelungen, erst finden und vorherbestimmen lassen, wenn man gelernt hat, einzelne Typen verfassungswidriger Gesetze zu unterscheiden. Hier ging es nur um folgendes: Das System der Gewaltengliederung in der konkreten, durch das GG festgelegten Form steht einer Regelungszuständigkeit des BVerfG grundsätzlich nicht im Wege. Es gibt keine scharfe funktionsmäßige Trennung zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht; anderenfalls wird die Funktionsfähigkeit des BVerfG behindert und die ihm zugewiesene Aufgabe der Verfassungssicherung nur unvollkommen erfüllt.

3. Die Lösung des Übergangsproblems durch das BVerfG am Beispiel verfassungswidriger Strafgesetze

Die zuvor entwickelte These, daß die sogenannte „Vernichtung“ eines verfassungswidrigen Gesetzes ein Übergangsproblem ist, das im Einzelfall jeweils nur durch besondere Übergangsregelungen gelöst werden kann, soll nunmehr am Beispiel verfassungswidriger Strafgesetze noch einmal überprüft und verdeutlicht werden. An diesem Typ verfassungswidriger Gesetze wird das Übergangsproblem nämlich besonders anschaulich. Gerade bei Strafgesetzen kann wegen ihrer einschneidenden und folgenreichen Auswirkungen am wenigsten auf eine Wiedergutmachung und eine Folgenbeseitigung verzichtet werden. Außerdem sind diese Gesetze in ihren Auswirkungen verhältnismäßig leicht überschaubar. Es handelt sich im wesentlichen nur um Strafurteile, auf die sich die Wiedergutmachungsregelung beziehen muß.

Der Gesetzgeber hat das auch erkannt¹¹² und deshalb in § 79 Abs. 1 BVerfGG schon eine Übergangsregelung getroffen: Gegen Strafurteile, die auf einer für verfassungswidrig erklärten Norm beruhen, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der StPO zulässig. Diese Regelung läßt jedoch viele Fragen offen¹¹³. Das BVerfG hat sich daher schon mehrfach¹¹⁴ mit den Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Strafgesetzes befassen müssen und dabei die Regelung des § 79 Abs. 1 erheblich modifiziert.

¹¹² Im RA wurde gerade die Problematik verfassungswidriger Strafgesetze besonders eingehend erörtert, vgl. RA-Prot. a.a.O., S. 43 ff.

¹¹³ Sehr ausführlich dazu und mit umfangreichen Literaturhinweisen Kneser, AöR Bd. 89 (1964), S. 143—176.

¹¹⁴ Vgl. die Entscheidungen BVerfGE 11, 61—63; 11, 263—265; 15, 303—309; 15, 309—312; 16, 211—213.

Die Bestimmung des § 79 Abs. 1 BVerfGG geht von einem richtigen Ausgangspunkt aus. Bei Strafgesetzen muß das Ziel der Übergangsregelung darin bestehen, zu Unrecht vorgenommene Bestrafungen und deren Folgen zu beseitigen, nicht aber darin, alle geschehenen Verfassungsverstöße, gleich, welcher Art, auszumerzen. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber zu Recht nicht die automatische Unwirksamkeit aller auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruhenden Strafurteile angeordnet und ebensowenig die Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens zwingend vorgeschrieben. Er hat nur die Wiederaufnahme für *zulässig* erklärt. Außerdem sind bei Strafurteilen eine Wiedergutmachung und eine Folgenbeseitigung nur in Form von Einzelverfahren möglich. Eine andere Lösung wäre mit dem System unseres Strafrechts kaum vereinbar. Die Verfassungswidrigkeit eines Strafgesetzes braucht nämlich nicht notwendig die Straflosigkeit einer Handlung zur Folge zu haben. Möglicherweise muß die Strafe nur gemildert oder auf eine andere Norm gestützt werden, die zuvor, etwa aus Gründen der Gesetzeskonkurrenz, nicht zur Anwendung kommen konnte. Das kann nur im Rahmen von Einzelverfahren festgestellt werden.

Der entscheidende Mangel der Regelung des § 79 Abs. 1 BVerfGG liegt, wie die Spruchpraxis des BVerfG beweist, in der Globalverweisung auf die Vorschriften der StPO. Das Wiederaufnahmeverfahren der StPO ist auf ganz bestimmte Wiederaufnahmegründe¹¹⁵ zugeschnitten und paßt nicht ohne weiteres für die verschiedenen Arten von Verfassungsverstößen. Um die konkreten Übergangsprobleme von Strafgesetzen richtig zu erfassen, hätte im Sinne der hier entwickelten Grundsätze nach den verschiedenen Typen von Strafgesetzen, den verschiedenen Arten von Verfassungsverstößen und den verschiedenen Regelungsgegenständen unterschieden werden müssen.

Im Strafrecht gibt es zwei Hauptgruppen¹¹⁶ von Rechtssätzen: das Strafverfahrensrecht einschließlich der Gerichtsverfassung und Vollstreckung und das sogenannte „materielle“ Strafrecht, durch das der Kreis der strafbaren Handlungen festgelegt wird. Das Problem der Wiedergutmachung und der Folgenbeseitigung stellt sich, je nachdem, welcher Gruppe der verfassungswidrige Rechtssatz angehört, unter einem ganz anderen Blickwinkel. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob ein bestimmtes Verhalten nicht strafbar ist, wie z. B. „das Gründen und Fördern politischer Parteien“ (§ 90 a StGB alte Fassung)¹¹⁷ oder

¹¹⁵ Vgl. §§ 359 und 362 StPO.

¹¹⁶ Hier handelt es sich nur um eine sehr allgemeine und vereinfachende Unterscheidung.

¹¹⁷ Vgl. das Urteil vom 21. März 1961 (BVerfGE 12, 296—308).

ob eine Norm verfassungswidrig ist, weil sie kein „förmliches Gesetz“ im Sinne des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG ist, wie z. B. § 49 StVO und § 71 StVZO¹¹⁸. Die Übergangsregelung muß sich auf alle wesentlichen Auswirkungen eines Strafgesetzes beziehen. Diese lassen sich bei Strafgesetzen verhältnismäßig leicht bestimmen. Die Anwendung von Strafgesetzen ist den Gerichten vorbehalten, der Schwerpunkt der Auswirkungen liegt daher bei den Strafurteilen, die sich ihrerseits unterteilen lassen in

- die rechtskräftigen, bereits vollstreckten Entscheidungen,
- die rechtskräftigen, noch nicht vollstreckten Entscheidungen und
- die noch nicht rechtskräftigen Entscheidungen bzw. die anhängigen Verfahren.

Im Anschluß an seine Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des württemberg-badischen Gesetzes über die Friedensgerichtsbarkeit¹¹⁹ hatte sich das BVerfG zunächst mit der Tatsache auseinanderzusetzen, daß im BVerfGG nicht zwischen Strafverfahrensrecht und sogenanntem „materiellen“ Strafrecht unterschieden wird. In der Entscheidung selbst hatte das BVerfG nichts über die Folgen der Verfassungswidrigkeit gesagt, mußte dann aber später im Rahmen der Entscheidung von zwei Verfassungsbeschwerden dazu Stellung nehmen. Es ergaben sich die Fragen, ob die Entscheidungen der Friedensgerichte „Nicht-Urteile“¹²⁰ seien und ob gegen diese Entscheidungen ein Wiederaufnahmeverfahren gem. § 79 Abs. 1 BVerfGG zulässig¹²¹ sei. Beide Fragen hat das BVerfG verneint, mit der Folge, daß praktisch eine Wiedergutmachung und eine Folgenbeseitigung unterblieben sind.

Versteht man diese beiden Entscheidungen als speziell für das verfassungswidrige Gesetz über die Friedensgerichtsbarkeit getroffene Übergangsregelungen, lassen sie sich ohne weiteres rechtfertigen, denn sie sind zweckmäßig und nicht unbillig. Die Begründungen des BVerfG erwecken allerdings den Eindruck, als ob diese Ergebnisse aus allgemeinen, rein rechtlichen Erwägungen mit Hilfe der herkömmlichen richterlichen Methoden der Subsumtion und der Interpretation gewonnen wären. In Wirklichkeit sind diese Entscheidungen von dem Bestreben bestimmt, im Einzelfall eine vernünftige und zweckmäßige Übergangsregelung zu treffen. Die Überzeugungskraft der jeweils angeführten rechtlichen Gesichtspunkte ist demgegenüber gering.

¹¹⁸ Vgl. das Urteil vom 3. Juli 1962 (BVerfGE 14, 174—190) und den Beschluß vom 25. Juli 1962 (BVerfGE 14, 254—260).

¹¹⁹ Beschluß vom 17. November 1959 (BVerfGE 10, 200—221).

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 11, 62 f.; oben S. 76 f.

¹²¹ Vgl. BVerfGE 11, 265; oben S. 72.

Obwohl die Friedensgerichte nicht den an ein Gericht zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen genügten, hat das BVerfG ihre Entscheidungen nicht als „Nicht-Urteile“ qualifiziert. Zur Begründung hat es im wesentlichen die Gesichtspunkte des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit angeführt, insbesondere auch die Tatsache, daß die Friedensgerichtsbarkeit ein Jahrzehnt unangefochten bestanden habe¹²². Diese Art der Begründung zeigt, wie stark hier Zweckmäßigkeitserwägungen und die Rücksichtnahme auf mögliche Folgen der Entscheidung mit im Spiel sind. Die Entscheidung ist ganz am Einzelfall orientiert. Man würde die Ausführungen des BVerfG mißverstehen, wenn man sie etwa dahin verallgemeinerte, daß selbst schwere Mängel der Gerichtsverfassung den Entscheidungen nicht den Charakter von rechtskräftigen Urteilen nehmen können. In der zweiten Entscheidung erklärte das BVerfG dann, daß gegen Urteile der Friedensgerichte kein Wiederaufnahmeverfahren gem. § 79 Abs. 1 BVerfGG zulässig sei¹²³. § 79 Abs. 1 beziehe sich nur auf die Verfassungswidrigkeit von Normen des materiellen Strafrechts, dagegen gelte diese Bestimmung nicht für verfassungswidrige Normen der Gerichtsverfassung und des Verfahrensrechts. Das folge aus der Entstehungsgeschichte und dem „Sinn der Bestimmung“¹²⁴.

Diese Auffassung des BVerfG, die zunächst als allgemeine Auslegung des § 79 Abs. 1 BVerfGG erscheint, kann auch wieder nur als speziell für die Friedensgerichtsurteile getroffene Übergangsregelung verstanden werden. In ihrer Allgemeinheit enthält sie eine kaum mehr überbietbare Diskreditierung des gesamten Gerichtsverfassungs- und des gesamten Strafverfahrensrechts. Es ist gerade die Aufgabe jeder Gerichtsverfassung und jedes Strafverfahrens, eine materiell gerechte Entscheidung zu gewährleisten¹²⁵. § 79 Abs. 1 wäre eine wenig sinnvolle Regelung, wenn man generell sagen würde, daß z. B. eine Gerichtsverfassung, die keine unabhängigen Richter, oder ein Verfahren, das kein rechtliches Gehör gewährleistet, nicht zu einem Wiederaufnahmeverfahren gegenüber den darauf beruhenden Strafurteilen führen könne. Auch die Verfahrensbestimmungen sind, wie *Kneser*¹²⁶ zutreffend be-

¹²² Vgl. BVerfGE 11, 63; oben S. 76 f.; kritisch dazu *Jauernig*, NJW 1960, S. 1885 ff. Mit dieser Entscheidung war praktisch auch die Frage geklärt, ob die Handlungen der Friedensgerichte geeignet waren, die Verjährung zu unterbrechen, vgl. dazu auch *Kneser*, AÖR Bd. 89 (1964), S. 210 und OLG Stuttgart in NJW 1960, S. 1312.

¹²³ BVerfGE 11, 265; oben S. 72.

¹²⁴ Vgl. BVerfGE 11, 265; oben S. 72.

¹²⁵ So zutreffend *Kneser*, AÖR Bd. 89 (1964), S. 155 f. mit weiteren Nachweisen.

¹²⁶ Vgl. *Kneser*, AÖR Bd. 89 (1964), S. 156.

merkt, insoweit „materielles“ Recht. M. E. ist es kaum vorstellbar, daß das BVerfG diese grundlegende Bedeutung des Gerichtsverfassungs- und des Verfahrensrechts nicht erkannt haben soll. Das BVerfG hätte nur besser auf derartige „Interpretationsmethoden“ verzichtet und offen zugegeben, daß es hier deshalb keine Wiederaufnahmeverfahren zugelassen hat, weil sich die verfassungsrechtlichen Mängel der Friedensgerichte auf die Richtigkeit der Urteile kaum auswirken konnten. Zumindest hätten unrichtige Entscheidungen von den Betroffenen leicht durch Einlegung von Rechtsmitteln beseitigt werden können¹²⁷. Wegen dieser Eigenart des Verfahrens bestand hier letztlich kein unabweisbares Bedürfnis für eine Wiedergutmachung. Im Ergebnis kann man diese Übergangsregelung deshalb billigen.

Auch im Bereich des sogenannten „materiellen“ Strafrechts hat sich die Regelung des § 79 als unvollkommen und ergänzungsbedürftig erwiesen, weil in ihr nicht nach den verschiedenen Arten von Verfassungsverstößen unterschieden wird. Die Vorschrift des § 79 Abs. 1 BVerfGG regelt nur den Fall zufriedenstellend, daß ein bestimmtes Verhalten nicht strafbar ist, wie etwa das „Gründen und Fördern politischer Parteien“ (§ 90 a StGB alte Fassung). In diesen Fällen ist das Wiederaufnahmeverfahren nach den Vorschriften der StPO eine notwendige und zutreffende Übergangsregelung, zumindest soweit es sich um rechtskräftige und bereits vollstreckte Strafurteile handelt.

Anders ist es dagegen, wenn ein Strafgesetz aus *formellen* Gründen verfassungswidrig ist. Das haben zwei Entscheidungen des BVerfG, die im Anschluß an die Entscheidungen über die Verfassungswidrigkeit des § 49 StVO und 71 StVZO ergangen sind, deutlich gemacht¹²⁸. Diese Bestimmungen verstießen gegen Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, weil sie als Rechtsverordnungen und nicht als förmliche Gesetze ergangen waren. Das verkehrswidrige Verhalten hingegen blieb nach wie vor strafbar, nur hätten die Freiheitsstrafen, z. B. in den zahlreichen Fällen von „Trunkenheit am Steuer“, auf den verfassungsmäßigen¹²⁹ § 21 StVG und nicht auf die §§ 49 StVO und 71 StVZO gestützt werden müssen. Die Bestimmung des § 79 Abs. 1 BVerfGG erwies sich in diesen Fällen als wenig brauchbar. Die Strafurteile „beruhten“ zwar auf einer Norm des materiellen Strafrechts, aber dennoch wäre das langwierige Wiederaufnahmeverfahren nach der StPO einschließlich einer Erneuerung der

¹²⁷ Die Friedensobergerichte waren nämlich Gerichte im Sinne des Art. 92 GG; vgl. BVerfGE 10, 218 und 11, 63.

¹²⁸ Vgl. die Beschlüsse vom 7. März 1963 (BVerfGE 15, 303—309 und 15, 309—312); ferner auch das Urteil vom 22. Mai 1963 (BVerfGE 16, 211—213).

¹²⁹ Durch Beschluß vom 25. Juli 1962 hat das BVerfG entschieden, daß § 21 StVG verfassungsmäßig ist, vgl. BVerfGE 14, 245—254.

Hauptverhandlung kaum sinnvoll gewesen. Von der Rechtsprechung wurde daher ein beschleunigtes und vereinfachtes „Wiederaufnahmeverfahren“ entwickelt, in dem durch Beschluß — ohne Änderung des Strafausspruchs — die verfassungswidrigen Bestimmungen durch den verfassungsmäßigen § 21 StVG „ersetzt“ wurden¹³⁰. Dieses Verfahren hat dann später auch die Billigung des BVerfG gefunden¹³¹. Hier waren die Gerichte praktisch dazu gezwungen, selbst eine eigene Übergangsregelung zu entwickeln. Diese hatte zur Folge, daß die meisten Betroffenen von der Einleitung eines Wiederaufnahmeverfahrens abließen und die alten verfassungswidrigen Strafurteile bestehen blieben.

Unklarheiten bestanden auch in der Behandlung der rechtskräftigen, aber noch nicht vollstreckten Strafurteile, die auf den §§ 49 StVO und 71 StVZO beruhten. Dazu hat das BVerfG ausdrücklich Stellung genommen und unter Berufung auf „Wortlaut und Sinnzusammenhang“ und die Entstehungsgeschichte des § 79 BVerfGG ausgeführt: Das in Abs. 2 Satz 2 ausgesprochene Vollstreckungsverbot beziehe sich nur auf die in Abs. 2 genannten Entscheidungen, nicht aber auf Strafurteile. Diese könnten zunächst weiter vollstreckt werden, auch wenn sie auf einer verfassungswidrigen Norm beruhten¹³². Vom Standpunkt der Wiedergutmachung und der Folgenbeseitigung ist das in dieser Allgemeinheit zweifellos eine merkwürdige und kaum verständliche Auffassung. M. E. spricht schon die Entstehungsgeschichte des § 79 BVerfGG eindeutig gegen diese Auslegung. Nach dem ursprünglichen Entwurf des § 79 war eine Vollstreckung von Strafurteilen nicht möglich¹³³. Wahrscheinlich hat man lediglich vergessen, in die Endfassung für Strafurteile noch einmal ausdrücklich das Vollstreckungsverbot aufzunehmen. Dafür spricht auch die Äußerung des Abgeordneten *Neumayer* in der 2. Lesung des BVerfGG im Bundestag:

„Eine Ausnahme glaubte der Ausschuß nur auf dem Gebiete des Strafrechts machen zu müssen, da die *Vollstreckung* von Strafen, die auf Grund einer für nichtig erklärten Norm ausgesprochen worden sind, nicht verantwortet werden kann“ (Hervorhebung vom Verf.)¹³⁴.

Das BVerfG hat allerdings gesehen, daß bei dieser Auslegung sich sogleich verfassungsrechtliche Bedenken „aus dem Rechtsstaatsprinzip“¹³⁵

¹³⁰ Vgl. dazu die umfangreichen Nachweise in BVerfGE 15, 306.

¹³¹ Vgl. BVerfGE 15, 306 ff. und 16, 213.

¹³² Vgl. BVerfGE 15, 312; oben S. 72 f.

¹³³ Vgl. RA-Prot., a.a.O., S. 50; siehe auch oben S. 93. Zu dieser Frage auch *Kneser*, AöR Bd. 89 (1964), S. 163 ff.

¹³⁴ Vgl. BT-Prot. (112. Sitzung 1. Wahlperiode 1949), S. 4234; insofern ist der Hinweis von *Kneser*, AöR, Bd. 89 (1964), S. 163, Fußn. 26, nicht ganz zutreffend, wenn er sagt, im Bundestagsplenum sei über die Vollstreckbarkeit von Strafurteilen nicht gesprochen worden.

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 15, 312.

gegen § 79 Abs. 1 ergeben und darum folgende bemerkenswerte Einschränkung gemacht:

„Jedenfalls ist dies dann nicht der Fall, wenn die Verurteilung auf eine andere inhaltsgleiche Rechtsnorm hätte gestützt werden können, ohne daß der Schuldspruch oder Strafausspruch anders ausgefallen wäre.“¹³⁶

Gerade an diesem einschränkenden Zusatz wird offenbar, daß das BVerfG die „Auslegung“ des § 79 nur zum Vorwand genommen, in Wirklichkeit aber eine ganz von den Besonderheiten des Einzelfalles bestimmte Übergangsregelung getroffen hat. Im Ergebnis war auch diese Übergangsregelung sicherlich zweckmäßig und keineswegs unbillig, nur läßt sie sich nicht unmittelbar aus § 79 ableiten. Sie beruht auf einer selbständigen rechtlichen Beurteilung der durch die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der §§ 49 StVO und 71 StVZO geschaffenen konkreten Übergangssituation.

Vor der Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmungen hatte das BVerfG das Problem der Vollstreckung noch anders beurteilt. In einem Beschluß vom 13. Februar 1962¹³⁷ hatte das BVerfG die Vollstreckung eines auf § 71 StVZO beruhenden Strafurteils durch Erlass einer Einstweiligen Anordnung ausgesetzt und dazu kurz und entschieden ausgeführt:

„Gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 71 StVZO... sind im Hinblick auf Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG in Schrifttum und Rechtsprechung gewichtige Bedenken erhoben worden. Die Vollstreckung einer unter Verletzung verfassungsmäßiger Rechte des Beschwerdeführers verhängten Freiheitsstrafe wäre ein schwerer und nicht mehr zu behebender Schaden und würde das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtspflege erschüttern. Daher war die Aussetzung der Strafvollstreckung bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts... zum gemeinen Wohl dringend geboten.“¹³⁸

Zu diesem Zeitpunkt hatte das BVerfG allerdings auch noch nicht die Frage der Verfassungsmäßigkeit der „Ersatz“-bestimmung des § 21 StVG endgültig geklärt¹³⁹.

Bei verfassungswidrigen Strafgesetzen beschränkt sich das Übergangsproblem jedoch nicht nur auf Wiedergutmachung und Folgenbeseitigung. Auch eine Übergangsregelung zur Vermeidung gesetzesfreier Bereiche kann hier dringend erforderlich werden. Einmal hat das Strafrecht eine besonders stark ausgeprägte allgemeine Ordnungsfunktion. Zum anderen darf eine Strafe nur auf Grund eines Gesetzes ausgesprochen werden, denn der Satz „nulla poena sine lege“ ist verfas-

sungsrechtlich gesichert (Art. 103 Abs. 2 GG). Eine plötzlich eintretende Strafflosigkeit kann bei den meisten strafbaren Handlungen, auch für kürzeste Zeit, nicht hingenommen werden, oder es entsteht ein Chaos. Zwar gibt es dazu noch keine einschlägige Entscheidung des BVerfG, aber einen entsprechenden Fall kann man sich im Anschluß an die Entscheidungen über die verkehrsrechtlichen Strafbestimmungen leicht vorstellen. Angenommen, das BVerfG hätte die Vorschrift des § 21 StVG nicht für verfassungsmäßig, sondern wegen mangelnder Bestimmtheit für verfassungswidrig erklärt, so hätten in diesem Augenblick verkehrsrechtliche Übertretungen, insbesondere auch das Delikt der „Trunkenheit am Steuer“, nur mehr mit Geldstrafe bestraft werden können. Dieser Zustand wäre untragbar gewesen, da durch die erheblich verminderte Strafdrohung die Zahl dieser Delikte angestiegen und die Sicherheit unseres Straßenverkehrs beeinträchtigt worden wäre. Es ist bekannt, daß seinerzeit die Entscheidungen über die Verfassungswidrigkeit der §§ 49 StVO und 71 StVZO vielfach im Sinne einer Strafflosigkeit mißverstanden wurden und sich daraufhin die Fälle von Trunkenheit am Steuer zunächst stark häuften. Das BVerfG hätte unter diesen Umständen, trotz der Verfassungswidrigkeit, die befristete Weitergeltung des § 21 StVG anordnen oder eine ähnliche Übergangsregelung treffen müssen.

Die Beispiele aus der Spruchpraxis des BVerfG zu den Folgen der Verfassungswidrigkeit von Strafgesetzen bestätigen in vollem Umfang die zuvor für die Aufstellung von Übergangsregelungen entwickelten Grundsätze. Freilich muß man schon genau hinsehen, um die in das Gewand einer „Auslegung“ des § 79 Abs. 1 BVerfGG gekleideten Übergangsregelungen als solche zu erkennen. Im Ergebnis hat das BVerfG eindeutig nach Gesetzestyp und Art des Verfassungsverstößes unterschieden. Was als „Auslegung“ nicht überzeugt, als Übergangsregelung ist es zweckmäßig und billigenswert. Es wäre besser, wenn das BVerfG die wirklichen Beweggründe für seine Entscheidungen auch offen dargelegt hätte, anstatt zu derart fragwürdigen Auslegungsmethoden Zuflucht zu nehmen. Das BVerfG hätte sogleich in den Rechtssatzkontrollentscheidungen zu den in § 79 Abs. 1 BVerfGG nicht geklärten Wiedergutmachungs- und Folgenbeseitigungsfragen Stellung nehmen können. Im Südweststaaturteil hat es das ja auch getan¹⁴⁰. M. E. ist ein solches Vorgehen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es wäre dann nicht notwendig gewesen, die offen gebliebenen Fragen über den mühsamen und zeitraubenden Weg der Anschlußverfahren zu klären.

¹³⁶ Vgl. BVerfGE 15, 312.

¹³⁷ BVerfGE 14, 11—13.

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 14, 12 f.

¹³⁹ Das geschah erst am 25. Juli 1962, vgl. BVerfGE 14, 245—254.

¹⁴⁰ Vgl. BVerfGE 1, 14—66, insbesondere die Entscheidungsformel auf S. 20.

Schlußbemerkung

Das Ergebnis dieser Untersuchung läßt sich nicht zu einem geschlossenen System der Folgen der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen zusammenfassen. Es war auch von vornherein nicht beabsichtigt, ein solches System zu entwickeln. Allzuleicht erliegt man dabei der Gefahr, die Wirklichkeit nur insoweit zu berücksichtigen, als sie in das System paßt. Hier ging es lediglich darum, die Verfassungswirklichkeit der Rechtssatzkontrolle, wie sie in der Spruchpraxis des BVerfG sichtbar wird, darzustellen, kritisch zu würdigen und ihre Grundprobleme herauszuarbeiten. Diese Verfassungswirklichkeit erwies sich als so vielgestaltig, daß zahlreiche Einzelfragen nur aufgeworfen und nicht beantwortet werden konnten. In einem Punkt ist das Ergebnis jedoch m. E. eindeutig: Mit der bisherigen Problemsicht können Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen in ihrem rechtlichen Gehalt nicht erfaßt werden. Es gibt keine allgemeingültigen und verfassungsrechtlich zwingend vorgeschriebenen Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes. Die Grundsätze der *Ipso-jure*-Nichtigkeit oder der rückwirkenden Unwirksamkeit verfassungswidriger Gesetze sind nicht realisierbar. Sie sind von rechtstheoretischen Leitbildern geprägt, die mit dem GG nicht vereinbar sind. Sie ignorieren die jeder repressiven Rechtssatzkontrolle immanenten Grenzen.

Die Problematik der im GG festgelegten Form der repressiven Rechtssatzkontrolle besteht darin, daß der vor der Entscheidung des BVerfG durch ein verfassungswidriges Gesetz hervorgerufene Rechtszustand nicht ungeschehen gemacht werden kann. Auch das verfassungswidrige Gesetz ruft auf Grund der ihm zukommenden Vermutung der Verfassungsmäßigkeit eine Rechtswirklichkeit hervor, die anerkannt werden muß. Ein Schutz der Verfassung kann nur dadurch erreicht werden, daß durch *Übergangsregelungen* der alte verfassungswidrige Rechtszustand für die Zukunft wieder mit der Verfassung in Einklang gebracht wird.

Es wurde versucht, aus den Erfahrungen der bisherigen Spruchpraxis einige allgemeine Grundsätze für den Inhalt möglicher Übergangsregelungen zu entwickeln. Diese allgemeinen Grundsätze stellen jedoch nur einen ersten Ansatzpunkt dar, von dem aus man nunmehr versuchen müßte, ein System der möglichen Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen zu entwickeln. Dieses System könnte

dann auch rechtssatzmäßig formuliert werden und die unzulängliche Regelung des § 79 BVerfGG ablösen. Die entscheidende Aufgabe besteht darin, die verschiedenen *Gesetzes- und Fehlertypen* herauszuarbeiten und eindeutig voneinander abzugrenzen. Schon die bisherige Spruchpraxis läßt eine Vielfalt von Typen erkennen, die nicht allein mit den Kategorien „Maßnahmegesetz“ und „klassisches Gesetz“ erfaßbar sind. Der Gesetzgeber bedient sich heute zur Erfüllung der verschiedenartigsten Aufgaben der Form des Gesetzes, entsprechend unterschiedlich sind daher auch die möglichen Gegenstände von Rechtssatzkontrollverfahren und Übergangsregelungen. Es sei hier nur an die Sonderstellung aller Übergangsgesetze etwa aus der Besatzungszeit erinnert oder an die wirtschaftslenkenden Gesetze, sei es, daß sie die Erhebung von Steuern oder die Verteilung von sozialen Leistungen zum Gegenstand haben; an die breite Skala von organisatorischen Gesetzen, seien es Wahlgesetze, Wahlkreiseinteilungen, Verlängerungen von Wahlperioden, Volksbefragungsgesetze, Verfahrensordnungen oder die in Form eines Gesetzes vorgenommene Privatisierung eines Wirtschaftsunternehmens. Alle diese Gesetze erfordern im Falle der Verfassungswidrigkeit auf ihre Besonderheiten zugeschnittene Übergangsregelungen.

Zur systematischen Erfassung der Übergangsprobleme verfassungswidriger Gesetze bedarf es aber nicht nur einer Gesetzes-, sondern auch einer Fehlertypologie. Die Spruchpraxis des BVerfG enthält überzeugende Beispiele dafür, daß mit normativistischen Gleichsetzungen wie Verfassungswidrigkeit = Verfassungswidrigkeit nicht weiterzukommen ist. Allerdings würde man es sich mit einer Unterscheidung nach Verstößen gegen formelles und materielles Verfassungsrecht wohl zu einfach machen. Abgesehen davon kann auch die Abgrenzung zwischen formellem und materiellem Verfassungsrecht große Schwierigkeiten verursachen, denn formelles und materielles Recht durchformen sich gegenseitig und sind eng aufeinander bezogen. Die Entscheidungen des BVerfG bringen deutlich zum Ausdruck, daß etwa die zahlreichen Verstöße gegen den allgemeinen *Gleichheitssatz* eine Sonderstellung einnehmen. Ähnlich ist es mit den Verfassungsverstößen, die auf einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse beruhen, wie etwa im Besoldungs- und im Wahlkreisfall.

Im Rahmen dieser Untersuchung kann nicht mehr auf alle diese Einzelfragen eingegangen werden. Besonders wichtig wird es sein, auch die *verfassungskonforme Gesetzesauslegung* in die Überlegungen mit einzubeziehen. Sie wurde hier in erster Linie ausgeklammert, um das Thema zu begrenzen, aber der enge sachliche Zusammenhang ist dem Verfasser erst während der Bearbeitung des Themas in vollem Umfang bewußt geworden. Gerade unter dem Gesichtspunkt des Über-

gangsproblems kann eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung mit der teilweisen Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes gleichbedeutend sein. Inhalt und Geltungsweise eines Rechtssatzes können sich dadurch völlig ändern und es ist notwendig, auch einmal nach den Folgen einer verfassungskonformen Gesetzesauslegung zu fragen. Dabei wird sich klären, ob das Ausweichen vor einer Nichtigerklärung in eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung überhaupt die Folgen abwenden kann. Das ist nur eine von vielen unbeantworteten Fragen. Es wird sich zeigen, inwieweit die hier vorgetragene Problemsicht korrekturbedürftig ist. Einstweilen ging es darum, einen neuen Ansatzpunkt zu finden, der eine systematische Erfassung des Problems ermöglicht, nachdem sich die bisherigen Theorien als Fiktionen und die gesetzlichen Regelungen als unzulänglich erwiesen haben.

Literaturverzeichnis

- Anschütz, Gerhard*: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 4. Neubearbeitung, 14. Aufl., Berlin 1933.
- Arndt, Adolf*: Das Bundesverfassungsgericht, in: DVBL 1952, S. 1—5.
- Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, in: DöV 1959, S. 81—84.
- Vollstreckbarkeit verfassungswidriger (Steuer-)Gesetze? in: BB 1959, S. 533 bis 535.
- Nochmals: Welche Folgen hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes für einen darauf gestützten Verwaltungsakt? — Angebliche Rückwirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: NJW 1959, S. 2145—2147.
- Die Bindungswirkung des Grundgesetzes, in: BB 1960, S. 993—995.
- Staatshaftung für gesetzliches Unrecht? in: BB 1960, S. 1351—1352.
- Das nicht erfüllte Grundgesetz, Tübingen 1960, zit.: Grundgesetz.
- Bachmüller, Fritz*: Unsichere Rechtssicherheit, Der säumige Steuerzahler hat den Vorteil, in: Deutsche Zeitung vom 23. September 1963, S. 6, Köln und Stuttgart 1963.
- Bachof, Otto*: Grundgesetz und Richtermacht, Tübinger Universitätsreden 6, Tübingen 1959.
- Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, in: AöR, Bd. 87 (1962), S. 1—48.
- Kritische Bemerkungen zur Methodenkritik, in: DöV 1962, S. 659—661; siehe auch *Zuck, Rüdiger*, Normenkontrolle der Verwaltung.
- Bachof, Otto — Jesch, Dietrich*: Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland, in: JöR NF Bd. 6 (1957), S. 47—104.
- Bernhardt, Rudolf*: Normenkontrolle, Vergleichender Sachbericht, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, herausg. von Hermann Mosler, Köln und Berlin 1962, S. 727—737.
- Bettermann, Karl August*: Über richterliche Normenkontrolle, in: ZZP Bd. 72 (1959), S. 32—43.
- Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtsetzungsakte der öffentlichen Gewalt, in: AöR Bd. 86 (1961), S. 129—186.
- Bluntschli, Johann Caspar*: Allgemeines Statsrecht, 5. umgearbeitete Auflage des 2. Bandes des allgemeinen Statsrechts, Stuttgart 1876.
- Bluntschli, J. C. — Brater, K.*: Deutsches Staats-Wörterbuch, herausgegeben von J. C. Bluntschli und K. Brater, Stuttgart und Leipzig 1859.

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: Collegium Philosophicum, Studien, Joachim Ritter zum 60. Geburtstag, Basel/Stuttgart 1965, S. 9—36.
- Bonner Kommentar*: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Redaktionelle Bearbeitung K. G. Wernicke, Hamburg 1954.
- Buerstedde, Ludger*: Kontrolle der rechtsetzenden Gewalt durch Conseil constitutionnel und Conseil d'Etat nach der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958, in: JöR NF Bd. 12 (1963), S. 145—200.
- Cranch, William*: Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States (zitiert nach Band und Seite).
- Dagtolglou, Prodromos*: Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht?, Tübingen 1963.
- Dahm, Georg*: Deutsches Recht, Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, Eine Einführung, 2. neubearbeitete Auflage, Stuttgart 1963.
- v. Doemming, Füsslein, Matz*: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: JöR NF Bd. 1 (1951), Tübingen 1951.
- Drath, Martin*: Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL Heft 9 (1950), S. 17—133.
- Eckardt, Wolf-Dieter*: Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Ihre dogmatische Berechtigung und ihre Grenzen im deutschen Recht, Berlin 1964.
- Eichenberger, Kurt*: Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960.
- Engelhardt, Dieter*: Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat, in: JöR NF Bd. 8 (1959), S. 101—138.
- Ermacora, Felix*: Der Verfassungsgerichtshof, Rechtsgrundlagen und kommentarmäßige Erläuterungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts, Graz-Wien-Köln 1956.
- Verfassungsrecht durch Richterspruch, Weiterbildung des Verfassungsrechts durch die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte, Karlsruhe 1960.
- Esser, Josef*: Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts, Frankfurt/M., 1940.
- Ettner, H.*: Die Auswirkungen der Aufhebung des Wasserstraßenreinigungsgesetzes für die Gewässerbenutzungen, in: Der Betrieb 1962, S. 1529—1931.
- Field, Oliver P.*: The Effect of an Unconstitutional Statute, Minneapolis/USA 1935.
- Forsthoff, Ernst*: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 8. neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1961, zit.: Lehrbuch.
- Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, dargebracht von Freunden und Schülern, Berlin 1959, S. 35—62.

- Friesenhahn, Ernst*: Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950, S. 21—69, zit.: Begriff.
- Diskussionsbeitrag zum Thema: Normenkontrolle, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, herausgg. von Hermann Mosler, Köln und Berlin 1962, S. 787—788, zit.: Diskussionsbeitrag.
- Die Staatsgerichtsbarkeit, in: HdbDStR Bd. 2 § 98, Tübingen 1932, S. 523 bis 545, zit.: Staatsgerichtsbarkeit.
- Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, herausgg. von Hermann Mosler, Köln und Berlin 1962, S. 89—197, zit.: Verfassungsgerichtsbarkeit.
- Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 73 (1954), S. 129—162, zit.: Wesen.
- Frowein, Jochen*: Gleichheit der Wahl und Größe der Wahlkreise, Zum Beschluß des BVerfG vom 22. Mai 1963, in: DöV 1963, S. 857—862.
- Geiger, Willi*: Die Beziehungen zwischen der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und der übrigen Gerichtsbarkeit im Bunde auf Grund des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, in: DRiZ 1951, S. 172—175.
- Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1951, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1952, zit.: Kommentar.
- Giese, Friedrich*: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. neubearbeitete Auflage, Berlin 1928.
- Goessl, Manfred*: Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Eine Untersuchung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 des Grundgesetzes und der zu seiner Ausführung ergangenen Bestimmungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, Berlin 1961.
- Götz, Heinrich*: Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze, in: NJW 1960, S. 1177—1182.
- Grau, Richard*: Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Reichsverordnungen, in: AöR Bd. 50 (1926), S. 287—334.
- Haak, Volker*: Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Bonn 1963.
- Hamann, Andreas*: Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, in: NJW 1959, S. 1465 bis 1470.
- Hamel, Walter*: Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgg. von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Viertes Band, 1. Halbband, Berlin 1960, S. 37—110.
- Hauriou, Maurice*: Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou. Mit Einleitung und Bibliographie herausgegeben von Roman Schnur, Berlin 1965.
- Heck, Karl*: Diskussionsbeitrag zum Thema: Richter und Verfassung, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, herausgg. von Hermann Mosler, Köln und Berlin 1962, S. 873—874.

- Heller, Hermann*: Die Souveränität, Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, Berlin und Leipzig 1927, *zit.*: Souveränität.
- Staatslehre, herausgg. von Gerhart Niemeyer, Leiden 1934, *zit.*: Staatslehre.
- Henke, Wilhelm*: Verfassung, Gesetz und Richter (Das Normenkontrollverfahren), in: Der Staat Bd. 3 (1964), S. 433—454.
- Henkel, Heinrich*: Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, München und Berlin 1964.
- Hensel, Albert*: Die Rangordnung der Rechtsquellen, insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, in: HdbDStR Bd. 2 § 84, Tübingen 1932, S. 313—329.
- Herzog, Roman*: Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat Bd. 4 (1965), S. 37—49.
- v. Hippel, Ernst*: Das richterliche Prüfungsrecht, in HdbDStR Bd. 2, § 99, Tübingen 1932, S. 523—545, *zit.*: Prüfungsrecht.
- Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, 2. durchgesehene und wesentlich erweiterte Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, *zit.*: Untersuchungen.
- Hoffmann, Gerhard*: Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, in: JZ 1961, S. 193—205.
- Holtkotten, H.*: Kommentierung von Art. 93 und 100 GG, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg 1954.
- Hoppe, Werner*: Der Fortbestand wirtschaftslenkender Maßnahmegesetze bei Änderung wirtschaftlicher Verhältnisse, Ein Beitrag zum Geltungsbegriff bei Maßnahmegesetzen, in: DöV 1965, S. 546—553.
- Imboden, Max*: Der nichtige Staatsakt, eine verwaltungsrechtliche Studie, Zürich 1944.
- Jauernig, Othmar*: Wirksame Urteile der Friedensgerichte? Kritische Betrachtungen zu den Beschlüssen des BVerfG vom 17. 11. 1959 und 5. 4. 1960, in: NJW 1960, S. 1885—1890.
- Jellinek, Georg*: Gesetz und Verordnung, Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, anastatische Neudruck der Ausgabe von 1887, Tübingen 1919.
- Jellinek, Walter*: Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und die Splitterparteien, in: AöR Bd. 54 (1928), S. 99—139.
- Jerusalem, Franz W.*: Die Staatsgerichtsbarkeit, Tübingen 1938.
- Jesch, Dietrich*: siehe: Bachof, Otto — Jesch, Dietrich.
- Kelsen, Hans*: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, unveränderter Neudruck der 2., um eine Vorrede vermehrten Auflage, Tübingen 1923, Aalen 1960, *zit.*: Hauptprobleme.
- Reine Rechtslehre, Zweite, vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1960, *zit.*: Rechtslehre.
- Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL Heft 5 (1928), Berlin und Leipzig 1929, S. 30—84, *zit.*: Staatsgerichtsbarkeit.
- Österreichisches Staatsrecht, Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923, *zit.*: Staatsrecht.

- Kipp, Heinrich*: Die Rechtsfolgen verfassungswidriger Gesetze, in: Gegenwartsprobleme des Rechts, Bd. 1, S. 85—112, Paderborn 1950.
- Klein, Franz*: Zum Begriff und zur Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: DöV 1964, S. 471—476.
- Klein, Friedrich*: Von der Zulässigkeit zur Unzulässigkeit rückwirkender Steuergesetze, Eine Zwischenbilanz um steuerliche Rückwirkungsprobleme, in: Steuer und Wirtschaft 1954, Spalte 1—40., *zit.*: Rückwirkung.
- siehe auch: v. Mangoldt, Hermann — Klein, Friedrich.
- Kneser, Andreas*: Der Einfluß der Nichtigerklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen — § 79 BVerfGG —, in: AöR Bd. 89 (1964), S. 129—211.
- Krüger, Herbert*: Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, *zit.*: Staatslehre.
- Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 151—170, *zit.*: Verfassungswandlung.
- Küster, Otto*: Probleme der Leistungsverwaltung, Berlin 1965.
- Lammers, Hans-Heinrich* — *Simons, Walter*: Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Art. 13 Abs. 2 der Reichsverfassung (zitiert nach Band und Seite).
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, *zit.*: Methodenlehre.
- Das Problem der Rechtsgeltung, Berlin 1929, *zit.*: Rechtsgeltung.
- Lechner, Hans*: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Beck'sche Kurzkommentare Bd. 31, München und Berlin 1954.
- siehe auch: Wintrich, Josef — Lechner, Hans.
- Leibholz, Gerhard*: Der Status des Bundesverfassungsgerichts. Material — Gutachten Denkschrift und Stellungnahmen mit einer Einleitung von Gerhard Leibholz, in: JÖR NF Bd. 6 (1957), S. 109—221.
- Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe 1963, S. 61—86, *zit.*: Status.
- Löwisch, Manfred*: Zu den Folgen der Nichtigkeitsfeststellung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht, insbesondere für private Rechtsverhältnisse, in: JZ 1961, S. 731—735.
- Maisch, E.*: Nochmals: Zur Frage der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts, in: NJW 1959, S. 1475—1477.
- v. Mangoldt, Hermann*: Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953.
- v. Mangoldt, Hermann* — *Klein, Friedrich*: Das Bonner Grundgesetz, erläutert von Hermann von Mangoldt, 2. neubearbeitete und vermehrte Auflage von Friedrich Klein, Berlin und Frankfurt 1957.
- Maunz, Theodor*: Deutsches Staatsrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1964.
- Maunz, Theodor* — *Dürig, Günter*: Grundgesetz, Kommentar von Theodor Maunz und Günter Dürig, Lieferung 1—7, München und Berlin 1964.
- Maunz, Theodor* — *Sigloch, Heinrich* — *Müller Bleibtreu, Bruno* — *Klein, Franz*: Bundesverfassungsgerichtsgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 1. Lieferung, München und Berlin 1965.

- Maurer, Hartmut:** Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung, Ein Beitrag zum historischen Vorverständnis des Art. 100 GG, in: DöV 1963, S. 683—688.
- Mayer, Franz:** Die Bayerische Verfassung, in: Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, herausgg. von Johann Mang, Theodor Maunz, Franz Mayer, Klaus Obermayer, München 1962.
- Melichar, Erwin:** Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, herausgg. von Hermann Mosler, Köln-Berlin 1962, S. 439—488.
- Menger, Christian Friedrich:** System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954.
- Merk, Wilhelm:** Verfassungsschutz, Stuttgart 1935.
- Merkel, Adolf:** Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der *lex posterior*, in: AÖR Bd. 37 (1918), S. 56—121.
- Meyer, Georg — Anschutz, Gerhard:** Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. bearbeitet von Gerhard Anschutz, München und Leipzig 1914.
- Michel, Helmut:** Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt, in: NJW 1960, S. 841—846.
- v. Mohl, Robert:** Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, in: Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Monographien, Erster Band: Staatsrecht und Völkerrecht, S. 66—95, Tübingen 1860.
- Stichwort „Gesetz“, in: Deutsches Staats-Wörterbuch, herausgg. von J. C. Bluntschli und K. Brater, Stuttgart und Leipzig 1859, 4. Bd., S. 267—288.
- Mosler, Hermann:** Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung, herausgg. von Hermann Mosler, Köln-Berlin 1962.
- Müller, Hanswerner:** Zur Normenkontrolle durch die Oberverwaltungsgerichte, in: DöV 1965, S. 759—760.
- Müller, Horst Joachim:** Verfassungswidrige Rechtsverordnungen im gerichtlichen Verfahren, in: DVBl. 1962, S. 158—165.
- Nawiasky, Hans — Leusser, Claus:** Die Verfassung des Freistaates Bayern, Systematischer Überblick und Handkommentar begründet von Hans Nawiasky, 2. neubearbeitete Auflage, herausgg. von Claus Leusser und Erich Gerner, bearbeitet von Karl Schweiger und Hans Zacher.
- Parlamentarischer Rat:** Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, erstattet von den Berichterstattern des Hauptausschusses für das Plenum, Bonn 1949.
- Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/49, zit.: HA-Prot.
- Poetzsch-Heffter, Fritz:** Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919, dritte völlig neubearbeitete und stark vermehrte Auflage, Berlin 1928.
- Rupp, Hans Heinrich:** Die Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes und die Entscheidungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts — BVerfG NJW 1963, 947, 1243, 1600, in: JuS 1963, S. 469—473.

- Scheffler, Erna:** Diskussionsbeitrag zum Thema: Normenkontrolle, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, herausgg. von Hermann Mosler, Köln-Berlin 1962, S. 785—786.
- Scheuner, Ulrich:** Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik, in: DVBl. 1952, S. 613—618.
- Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige Hoheitsakte. Zur „Rückwirkung“ und „Vorwirkung“ der Nichtigkeitsklärung von Rechtsnormen, in: BB 1960, S. 1253—1256.
- Schmitt, Carl:** Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934, zit.: Arten.
- Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931, zit.: Hüter.
- Legalität und Legitimität (mit Nachbemerungen), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924—1954, Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin 1958, S. 263—350, zit.: Legalität.
- Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. Aufl., München und Berlin 1926, zit.: Parlamentarismus.
- Das Problem der Legalität (mit Nachbemerungen), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924—1954, Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin 1958, S. 440—451, zit.: Problem.
- Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (mit Nachbemerungen), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924—1954, Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin 1958, S. 63—109, zit.: Reichsgericht.
- Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: HdbDStR Bd. 2 § 101, Tübingen 1932, S. 572—606, zit.: Reichsverfassung.
- Verfassungslehre, 2. unveränderter Neudruck der Auflage von 1928, Berlin, 1957, zit.: Verfassungslehre.
- Schumann, Ekkehard:** Die Problematik der Urteils-Verfassungsbeschwerde bei gesetzgeberischem Unterlassen, in: AÖR Bd. 88 (1963), S. 331—346.
- Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin 1963.
- Scupin, Hans Ulrich:** Über den Wandel der Wesensbestimmung der Demokratie in Deutschland während des letzten Jahrhunderts, in: Festschrift für Herbert Kraus, herausgg. vom Göttinger Arbeitskreis e. V., Würzburg 1964, S. 313—330.
- Seiwerth, Jakob:** Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962.
- Sigloch, Heinrich:** Vorläufige Geltung verfassungswidriger Gesetze?, in: JZ 1958, S. 80—82.
- Spanner, Hans:** Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Gutachten für den 1. österreichischen Juristentag, in: Verhandlungen des 1. österreichischen Juristentages, Bd. 1, 2. Teil, Wien 1961, S. 1—84, zit.: Gutachten.
- Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Wien 1951, zit.: Prüfung.
- Stein, Erwin:** Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, in: NJW 1964, S. 1745—1752.
- siehe auch: Zinn, Georg August — Stein, Erwin.

- Sturm, Fritz*: Rechtsgeschäft und verfassungswidriges Gesetz, Ein Beitrag zur Frage der Gültigkeit von Rechtsgeschäften, die unter der Scheinherrschaft des § 1629 BGB n. F. abgeschlossen wurden, Frankfurt-Berlin 1962.
- Thoma, Richard*: Das richterliche Prüfungsrecht, in: AöR Bd. 43 (1922), S. 267—286.
- Die Funktionen der Staatsgewalt, I. Grundbegriffe und Grundsätze, in: HdbDStR Bd. 2 § 71, Tübingen 1932, S. 108—159, *zit.*: Funktionen.
- Tocqueville, Alexis de*: De la Démocratie en Amérique, Édition définitive sous la direction de J.-P. Mayer, Paris (Gallimard) 1951.
- Windisch, Ernst*: Die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, ungedruckte Frankfurter Diss., 227 S., Frankfurt 1956.
- Winkler, Günther*: Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten, Eine rechtstheoretische Grundlegung, Tübingen 1960.
- Wintrich, Josef*: Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 191—210.
- Wintrich, Josef — Lechner, Hans*: Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausg. von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Dritter Band, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 643—716.
- Wolf, Ernst*: Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten, Basel 1961.
- Wolf, Hans J.*: Über die Gerechtigkeit als principium juris, in: Festschrift für Wilhelm Sauer zum 70. Geburtstag, Berlin 1949, S. 103—120, *zit.*: Gerechtigkeit.
- Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, in: MDR 1951, S. 523—527.
- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33—52, *zit.*: Rechtsgrundsätze.
- Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 6. neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1965, *zit.*: Verwaltungsrecht I.
- Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), Ein Studienbuch, München und Berlin 1962, *zit.*: Verwaltungsrecht II.
- Zacher, Hans*: siehe Nawiasky, Hans — Leusser, Claus.
- Zinn, Georg August*: Bericht über den Abschnitt IX, Die Rechtsprechung, in: Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, erstattet von den Berichterstatern des Hauptausschusses für das Plenum (Anlage zum stenogr. Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949), Bonn 1949, S. 43—49, *zit.*: Bericht.
- Zinn, Georg August — Stein, Erwin*: Die Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, Erster Band, Bad Homburg 1954.
- Zuck, Rüdiger*: Normenkontrolle der Verwaltung?, I. Versuch einer Vereinigung, in: DöV 1962, S. 657—659.

Sachverzeichnis*

- Akzessorietät des richterlichen Prüfungsrechts 58 f.
- Allgemeinverbindlichkeit der Rechtsatzkontrollentsch. 60, 67
- als Kriterium für Gesetzgebungscharakter 67
- Unterschied zu Inzidententscheidungen 58 ff., 68
- Anlaßfälle, Behandlung der 18, 94, 114
- Anordnung, einstweilige 63, 110
- bei Strafgesetzen 144
- bei Volksbefragungsgesetzen 110 (4)
- bei Wahlgesetzen 110 (4)
- Auslegung, s. auch Interpretation
- verfassungskonforme 13, 135, 148 f.
- — als Ausweichen vor Nichtigerklärung 13, 149
- — Folgen einer 149
- — und Teilnichtigkeit 149
- als versteckte Übergangsregelung 141 f., 145
- Ausnahmeregelungen, Verfassungswidrigkeit von 83 ff., 130, 135
- Ausnahmestand einer Übergangszeit 78, 128
- Auswirkungen von Gesetzen 97 f., 115 ff., s. auch Rechtswirkungen
- als Gegenstand der Vernichtung 118, 125
- als Prüfungsmaßstab 110, 117
- Überschaubarkeit als Voraussetzung für Übergangsregelung 126
- Beamtenrecht, Vernichtbarkeit von nationalsozialistischem 118 f.
- Berlin, Ausschluß der Rechtssatzkontrolle 36 f.
- Besatzungsrecht
- Überleitungsproblem 77 ff., 127 f.
- Weitergeltung trotz Verfassungswidrigkeit 78 f., 128
- Bestandskraft, als Grenze der Vernichtung 92, 96, 113 f.
- Bewirtschaftungsvorschriften, Fortgeltung trotz Verfassungsw. 127 f.
- für Devisen 78 f.
- für Mühlenbetriebe 78
- Bundessozialhilfegesetz, Folgen einer Verfassungswidrigkeit 126 (67)
- Bundesverfassungsgericht
- als Gesetzgeber 64 (91), 67
- und Gewaltengliederung 134, 138
- als Hüter der Verfassung 14, 134
- Bundeswasserstraßen, Gesetz zur Reinhaltung 125 (65)
- Chancengleichheit, Folgen einer Verletzung 121
- Conseil constitutionnel 40
- DDR, Rechtssatzkontrolle in 37
- Dezision, Bedeutung bei Prüfung der Verfassungsmäßigkeit 29, 42
- Einfluß auf Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit 29
- und Risiko des Ungehorsams 42
- s. auch Quis judicabit?
- Eingriffe des BVerfG
- in Gesetzgebung 67, 134 f.
- in gesetzgeb. Ermessen 135 f.
- Entscheidungsformeln des BVerfG 21 f.
- unterschiedl. Abfassung 22 (1)
- Ausspruch der Folgen der Verfassungswidrigkeit in 134 (100)
- Entscheidungsmonopol des BVerfG 57
- Erbfolge nach HöfeO, Folgen der Verfassungswidrigkeit 79, 117
- Ermessen
- des BVerfG bei Übergangsregelungen 137
- des Gesetzgebers, Einschränkung 131, 137
- Ex-tunc-Wirkung 15, 122

* Die eingeklammerten Zahlen bezeichnen jeweils die Nummer der Anmerkung.

- Feststellungsurteile, Rechtssatzkontrollentscheidungen als 15, 64
- Fiktion
— allgemeine Bedeutung 25 f.
— Ipso-jure-Nichtigkeit als 25 f., 36
— sich selbst anwendende Rechtsätze als 26, 54
- Folgen der Verfassungswidrigkeit, s. auch Rechtsfolgen
— Auffassungen in Weimarer Zeit 59
— Abhängigkeit von Art des Kontrollverfahrens 29, 54
— Vorstellungen des Bundesgesetzgebers 52 f., 92 f.
— Vorstellungen des Parlamentarischen Rates 48 f.
— Vorstellungen der Reichsregierung 49
- Folgenbeseitigung als Form einer Übergangsregelung 123 f.
- Frankreich, Form der Rechtssatzkontrolle 40
- Friedensgerichte, Verfassungswidrigkeit der 72 (12), 76
— Urteile der 72, 76, 140 ff.
— — als Nicht-Urteile 76 f., 141
— — Wiederaufnahmeverfahren gegenüber 72, 141
- Gegenstand der Rechtssatzkontrolle 99 f.
- Geltung eines Gesetzes
— Form der Beendigung 41 f., 62
— soziologische 119
— und Anwendbarkeit 41
— und Verbindlichkeit 41
— und Verwerfungskompetenz 54, 62
— und Wirksamkeit 62, 116
- Gesetze
— verschiedene Arten 97, 99, 125, 148
— Aufgehen in Rechtswirklichkeit 116
— Prüfungsrecht gegenüber 33 f.
- Gesetzesaufbau als Kriterium für Befugnisse des BVerfG 85, 131
- Gesetzesbegriff im Rechtssatzkontrollverfahren 98 ff.
- Gesetzeskraft 60, s. auch Allgemeinverbindlichkeit
— Vorstellungen des Parlamentarischen Rates 49
- Gesetzestyp als Ausgangspunkt für Übergangsregelungen 99 f., 125, 148
- Gesetzesvorbehalt 129
— bei Besoldungsregelungen 80, 129
- Gesetzgeber
— als Hüter der Verfassung 33
— als pouvoir constitué 66
- Gesetzgebung, selbständige Rechtssatzkontrolle als 67
- Gestaltungswirkung der Entscheidungen des BVerfG 64
- Gewaltengliederung als Schranke für Zuständigkeiten des BVerfG 133 f.
- Gleichheitsverstoß von Ausnahmebestimmungen 83 ff., 130 f., 135
— Sonderstellung bei Übergangsregelungen 130, 148
— und Teil-Nichtigkeit 84, 131
- Hessen
— Art. 150 hess. Verf. 38 (57), 42
— Sonderregelung der Folgen der Verfassungswidrigkeit 38
— Schulgeldfall 121
- Hüter der Verfassung, Begriff 14 (5), 134
- Interpretation, authentische 67
— s. auch Auslegung
— selbständige Rechtssatzkontrolle als 67
- Ipso-jure-Nichtigkeit, s. auch Nichtigkeit
— als notwendige Rechtsfolge jeder Rechtswidrigkeit 23 f.
— Grundsatz der 21 ff.
— — Ableitung aus Rangordnungslehre 27
— — Äußerungen des BVerfG dazu 15 (12)
— — normativistischer Charakter 35
— — als Fiktion 25 f.
— — Geltung in anderen Rechtsordnungen 36 ff.
— — als Rechtssatz 22
— — Vertreter des 15 (9)
— und Art. 150 hess. Verf. 38, 42
— und rückwirkende Vernichtung 15
— und Wortlaut des § 78 BVerfGG 44 f.
- Italien, Form der Rechtssatzkontrolle 39
- Jugoslawien, Form der Rechtssatzkontrolle 39
- Kampf ums Recht, als Rechtfertigungsgrund für § 79 Abs. 2, 93, 114
- Kollision von Rechtssätzen 27, s. auch Rangordnungslehre
— mögliche Fälle 27

- Konzentration, als Merkmal der Rechtssatzkontrolle 48 f., 57 f.
- Lex superior derogat legi inferiori 16, 34, s. auch Rangordnung
- Lohnsummensteuer 113
- Lücken der Verfassung, als Ursache rechtsleerer Räume 128 f.
- Marbury v. Madison 16
— als Ausgangsfall für Rechtssatzkontrolle 16, 40 (66)
— als Beispiel für „Außer Anwendung lassen“ 59 (69)
— und Ipso-jure-Nichtigkeit 16
- Maßnahmegesetze 148
- Mißtrauen gegen Gesetzgeber 34, 46 f.
— als Grundlage für Entwicklung der Gesetzeskontrolle 34 f., 46
— als Ursache für veränderten Verfassungsinhalt 34
- Nichtigerklärung von Gesetzen
— keine N. in Weimarer Zeit 59
— als positiver Gesetzgebungsakt 84, 130, 135
— und „Außer Anwendung lassen“ 59
- Nichtigkeit, s. auch Ipso-jure-Nichtigkeit
— untersch. Bedeutungen 23, 45
— — in Gesetzessprache 23, 45
— — im Verwaltungsrecht 24
— — im Zivilrecht 23 (10)
— im rechtslogischen Sinne 23
— als Rechtsfolge 22
— kein Tatbestand 122, 132 f.
— § 79 keine Rechtsfolge der N. 133
— und Unverbindlichkeit 41 f.
— und Verfassungswidrigkeit 21 ff.
— — begriffliche Unterschiede 22
— — keine logische Verknüpfung 22
— — Ansicht des BVerfG 22 (1)
— und Vernichtung 15, 62, 122
— — bisherige Problemsicht 15
— — Vorst. des Gesetzgebers 52
— und Wirkungen der N. 52 f.
— — Vorst. des Gesetzgebers 53
— — Kritik an Unterscheidung 53
- Normenkontrolle, s. auch Rechtssatzkontrolle
— abstrakte und konkrete 18
— — Ungenauigkeit des Begriffs 18
- Österreich, Form der Rechtssatzkontrolle 32, 39
- Offenkundigkeit von Verfassungsverstößen 28
- Organisationsakte in Gesetzesform 97, 99, 116
- Organisationsgesetze 97, 148
- Parteien, Spenden an pol. 86, 97, 117
- Parteienfinanzierung 135 (102)
- Politik im Gewande der Justiz, Rechtssatzkontrolle als 65 f., 66 (96)
- Prämien auf den legalen Machtbesitz
— Vermutung der Verfassungsmäßigkeit als 112
— vorläufige Vollstreckbarkeit als 112
- Prozeßflut als Folge des § 79, 113
- Prüfungsrecht, allgemeines akzessorisches richterliches 34, 57 ff.
— Ausgangspunkt bei Beratungen des Parlamentarischen Rates 47 f.
— Frühform der Verfassungsgarantie 40
— als Inzidentkontrolle 60, 68
— und Ipso-jure-Nichtigkeit 40 f.
— als Rechtsprechung 68
— gegenüber Gesetzen 33 f.
— gegenüber Verordnungen 34
— Mängel in Weimarer Zeit 47, 58
— Unterschiede zur selbständigen Rechtssatzkontrolle 68
— verfassungspolitische Zielsetzung 35 (51)
- Prüfungszuständigkeit 47 (12), s. auch Prüfungsrecht
- Quis judicabit?, als Kernproblem der Rechtssatzkontrolle 35 (51), 42
- Rangordnung der Rechtsquellen
— als Begründung für Ipso-jure-Nichtigkeit 16, 27 f.
— als normativistisches Denkmodell 30 f.
— als Kompetenzverhältnis 31
— als Rangverhältnis rechtsetzender Organe 31
— als Vorrang der Form 31
- Rangordnungslehre, Entwicklung 27 ff.
— Begründer 30
— Kritik 31
- Recht und Wirklichkeit 115 ff., s. auch Sein und Sollen
— angebl. Beziehungslosigkeit 116
— als Verhältnis korrelativer Zuordnung 116
- Rechtsfolgen
— Abhängigkeit von Art der Tatbestandsfeststellung 29, 62

- Beziehung zum Tatbestand 22 f.
- ipso jure eintretende 25 f.
- keine R. der Nichtigkeit 122, 132 f.
- der Verfassungswidrigkeit
- — keine Regelung im GG 44
- — verschiedenartige 23, 133
- Rechtsfrieden 114
- Rechtsgeltung und soziologische Geltung 119
- Rechtskraft, als Grenze der Vernichtung 92, 96, 113 f.
- Rechtsprechung, Begriff 64 f.
- als Einzelfallentscheidung 65, 67
- rechtsschöpferisches Element 66
- Inzidentkontrolle als 68
- Rechtssatz, wendet sich nicht selbst an 25 f., 54
- Rechtssatzbegriff im Kontrollverfahren 98 ff.
- Rechtssatzkontrolle, Begriff 18
- Arten der
- — selbständige oder inzidente 67 f.
- — präventive oder repressive 40
- — konzentrierte oder allgemeine 57 f.
- — in Weimarer Zeit 57 f.
- Bedeutung der Anlaß-Verfahren 18, 67
- Gegenstand der 98 ff., 118
- — form. Rechtssatzbegriff 98
- — Vorst. des Gesetzgebers 96, 98
- Gleichartigkeit 18 (23)
- Rechtssatzkontrollentscheidungen
- Inhaltsgleichheit 18
- als Feststellungs- oder Gestaltungsurteile 15, 64
- als Gesetzgebungs- oder Rechtssprechungsakte 64 ff.
- als Rechtsentscheidungen oder politische Entscheidungen 65
- Ex-tunc-Wirkung 15, 122
- gesetzesfreie Bereiche durch 128
- konstitutive Wirkung 64
- Rechtsschein verfassungswidriger Gesetze 104
- Rechtssicherheit, Begriff 103
- als Maßstab für Grenzen der Vernichtung 105
- § 79 als Ausfluß der R. 102
- und Gerechtigkeit 102 f.
- Rechtswirklichkeit, Begriff 117
- als Einheit 117
- als Gegenstand der Vernichtung 118, 125
- nationalsozialistischer Rechtsvorschriften 118 f.
- als normgeformtes Sein 116, 118
- Unvernichtbarkeit 118
- Rechtswirkungen, s. auch Rechtsfolgen
- auch ohne hoheitliche Vollzugsakte 96 f., 111
- und tatsächliche Wirkungen 98, 117 f.
- von Organisationsakten 116
- von Organisationsgesetzen 110, 116
- von Rechtssätzen des öff. R. 96, 126
- von Rechtssätzen des Zivilrechts 96 f., 117, 126
- von Steuergesetzen 98, 113
- von Strafgesetzen 120, 140
- von Volksbefragungsgesetzen 110 (4)
- von Wahlgesetzen 110 (4)
- Rentenerhöhung, Verfassungswidrigkeit wegen verspäteter 80 f.
- Rheinland-Pfalz, Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidung 38
- Richterliches Prüfungsrecht, s. Prüfungsrecht
- Rückwirkung von Rechtssatzkontrollentscheidungen 15, 122
- Rückzahlung, keine rückwirkende Vernichtung 121
- von Schulgeld als unbillige Teilregelung 121, 125
- von Steuern 113
- Schulgeld, Rückzahlung in Hessen 121
- Sein und Sollen, Dualismus 115
- SPD-Entwurf zum BVerfGG 50
- Steuergesetze, verfassungswidrige
- Folgen 113
- Mängel des § 79 Abs. 2, 113 f.
- — Begünstigung des säumigen Steuerzahlers 114
- — Verursachung einer Prozeßflut 113
- Rückforderungsansprüche 113
- Stichentscheid des Vaters, Folgen der Verfassungswidrigkeit 86, 96, 117
- Strafgesetze, verfassungswidrige
- Folgen 140 ff.
- — bei form. Verfassungswidrigkeit 142
- — bei Ersetzbarkeit 72 f., 143 f.
- Strafrecht, Beschränkung des § 79 auf materielles 72, 141
- Strafurteile
- Vollstreckung von 72 f., 143 f.
- Wiederaufnahmeverfahren 72, 141 ff.

- Südweststaaturteil des BVerfG 74 f.
- Kritik 105 f.
- Suspensiv Effekt, kein S. bei Berufung auf Verfassungswidrigkeit 63
- Tatbestandsfeststellung, als Schwerpunkt der Rechtssatzkontrolle 29
- Bedeutung für Inhalt der Rechtsfolge 29
- Teilnichtigklärung
- als Eingriff in Gesetzgebung 84 ff., 130, 135
- als Gesetzesergänzung 85, 130
- bei Gleichheitsverstößen 84 ff.
- — belastende 84
- — begünstigende 85
- Übergangsproblem, kein Vollstreckungsproblem 132 f.
- Übergangsregelung
- als Kernproblem der Vernichtung 123
- durch Weitergeltung 130
- im Gewande der Auslegung 141 f., 145
- Grundsätze für Inhalt 125 f.
- keine Rechtsfolge der Nichtigkeit 133
- Zuständigkeit zum Erlaß 136 f.
- Ungültigkeit, Verhältnis zur Unverbindlichkeit 41
- Unterlassen des Gesetzgebers 83
- Schadenersatz bei 92 f.
- Unverbindlichkeit, Verhältnis zur Ungültigkeit 41
- Verfassung
- Folgen einer Inhaltsänderung 34
- als Gesetzgebungsrahmen 128
- Lückenhaftigkeit 128 f.
- Verfassungsauslegung, s. Auslegung
- Verfassungsgarantie, s. Verfassungssicherung
- Verfassungsgerichtsbarkeit
- geschichtl. Entwicklung 33 f.
- Vorstellungen des Parlamentarischen Rates 46 f., 66 (96)
- Verfassungskonforme Gesetzesauslegung, s. Auslegung
- Verfassungsmäßigkeit des § 79, 71, 114 f.
- Verfassungssicherung
- durch den Gesetzgeber 33 f.
- vor dem Gesetzgeber 34 f.
- kein Problem der Rechtslogik 35 (51)
- Verfassungsverstöß
- verschiedene Arten 125, 148
- Abhängigkeit von tatsächl. Verhältnissen 80 ff.
- Grenzen der Erkennbarkeit 82
- als Maßstab für Übergangsregelung 125, 148
- Verfassungswidrigkeit, s. auch Rechtsfolgen
- erst bei Anwendung erkennbar 110, 117
- offenkundige 28
- situationsbedingte 77 ff.
- als Tatbestand 22, 133
- Verlängerung einer Wahlperiode
- Folgen der Verfassungswidrigkeit 74 f., 106 ff.
- als Organisationsakt in Gesetzesform 97, 116
- Unvollziehbarkeit durch Hoheitsakte 97
- Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen 111 ff.
- als Folge parlamentarischer Mehrheitsentscheidung 111
- als Prämie auf den legalen Machtbesitz 112
- als Ursache freiwilliger Gesetzesbefolgung 111
- Widerlegbarkeit 112
- Vernichtung von Gesetzen, Ungenauigkeit des Begriffs 122
- Verpflichtungsurteil des BVerfG 137
- Verordnungen, Prüfungsrecht 33 f.
- inhaltlich bestimmte Abgrenzung gegenüber Gesetzen 33
- Versorgungsbezüge nach G 131, 83 f.
- Verwerfungskompetenz des BVerfG 60
- Zulässigkeit der 60
- und Gesetzesgeltung 62
- Volksbefragungsgesetze, Folgen der Verfassungswidrigkeit 116 f.
- einstweilige Anordnungen 110 (4)
- Rechtswirkungen 97
- Volkswagen-GmbH, Privatisierungsgesetz 99, 119
- Rechtscharakter 97, 99
- Vollstreckbarkeit, vorläufige 25, 112
- Vollstreckung von Strafurteilen
- kein Verbot in § 79 72 f., 143 f.
- einstweilige Anordnung zur Abwendung 144
- Vollstreckungsbegriff in § 35, 132, 133 (96)
- Vollstreckungsverbot in § 79, Folgen bei Steuergesetzen 113 f.

- Vollzugsakte, keine Voraussetzung für Rechtswirkungen 96 f.
- Vorrang der Verfassung 55, s. auch Rangordnung
- als Voraussetzung für Gesetzeskontrolle 55
 - keine Regelung der Rangverletzung im GG 56
- Wahlgesetze, Folgen der Verfassungswidrigkeit 76
- in Weimarer Zeit 75, 106 (20)
 - einstweilige Anordnungen 76, 110 (4)
- Wahlkreiseinteilung, Folgen der Verfassungswidrigkeit 81 f., 129 f.
- Wahlperiode, s. Verlängerung einer W.
- Werkfernverkehr, Besteuerung 82
- Wiederaufnahme von Strafverfahren 72, 92
- bei Ersetzbarkeit der Strafrechtsnormen 73, 142 f.
 - bei formellen Verfassungsverstößen 142
 - keine rückwirkende Vernichtung 120
- Wiedergutmachung, als Form einer Übergangsregelung 123
- § 79 als Form der 124
 - Schadenersatz als Form der 93 f., 124
- Wirksamkeit
- und Geltung 62, 116
 - als Bedingung der Geltung 116
- Wirkungen von Gesetzen, s. auch Rechtswirkungen 96 f.
- tatsächliche und rechtliche 96, 117
- Zuständigkeit für Übergangsregelungen 132 ff.
- Grenzen der Z. des BVerfG 133 f.
- Zuständigkeitsvorschriften, Folgen einer Verletzung 125 (65)

Lebenslauf

Am 11. Mai 1939 wurde ich als Sohn des Oberforstmeisters Josef Böckenförde und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Merrem, in Kassel-Wilhelmshöhe geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Nach der Volksschule besuchte ich von 1949 bis 1951 das staatliche humanistische Friedrichs-Gymnasium in Kassel und anschließend das staatliche humanistische Gymnasium Laurentianum in Arnshausen/Westf. Am 12. März 1958 legte ich dort die Reifeprüfung ab. Ich begann das Studium der Rechtswissenschaften zunächst für zwei Semester an der Universität Münster. Anschließend studierte ich zwei Semester in München, ein Semester in Heidelberg und zum Schluß wiederum drei Semester in Münster. Am 16. Juni 1962 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 15. Oktober 1962 stehe ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen.

Schriften zum Öffentlichen Recht

- 1 Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von E.-W. Böckenförde. 360 S. 1958. DM 28,—.
- 2 Die Freiheit des Gewissens. Von H. Scholler. 239 S. 1952. DM 18,60.
- 3 Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen. Von W. Frhr. Marschall von Bieberstein. 232 S. 1959. DM 24,80.
- 4 Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen. Von G. Pfennig. 86 S. 1960. DM 9,60.
- 5 Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes. Von M. Goessl. 245 S. 1961. DM 29,60.
- 6 Die Rechtsstellung der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Von H.-U. Bühle. 149 S. 1961. DM 18,60.
- 7 Staatensukzession und Staatsservituten. Von L. Herbst. 204 S. 1962. DM 26,60.
- 8 Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt. Von D. Volkmar. 273 S. 1962. DM 33,60.
- 9 Bundesrat und Bundesaufsicht. Von G. Duz. 149 S. 1963. DM 19,80.
- 10 Die Öffentliche Anstalt. Von H. Jecht. 144 S. 1963. DM 19,60.
- 11 Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen. Von E. Schumann. 380 S. 1963. DM 42,60.
- 12 Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz. Von K. Huber. 182 S. 1963. DM 26,60.
- 13 Über den Rechtsschutz bei anwaltlichen Zulassungstreitigkeiten. Von K. H. Finkelburg. 114 S. 1964. DM 16,80.
- 14 Die verfassungskonforme Gesetzesanlegung. Von W.-D. Eckardt. 81 S. 1964. DM 12,60.
- 15 Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes. Von G. Abel. 97 S. 1964. DM 14,80.
- 16 Wahlabsprachen politischer Parteien und ihre rechtlichen Grenzen. Von Ch. Peter. 181 S. 1964. DM 24,80.
- 17 Widerstand und Revolution. Von K. F. Bertram. 121 S. 1964. DM 16,60.
- 18 Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Von E.-W. Böckenförde. 348 S. 1964. DM 44,80.
- 19 Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte. Von E. v. Hippel. 63 S. 1965. DM 9,80.
- 20 Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit. Von J. Harbich. 174 S. 1965. DM 26,60.
- 21 Korporation und Assoziation. Von F. Müller. 370 S. 1965. DM 48,60.
- 22 Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung. Von D. Conrad. 184 S. 1965. DM 27,60.
- 23 Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff. Von M. Heidenhain. 194 S. 1965. DM 26,60.
- 24 Grundrechte als Institution. Von N. Luhmann. 223 S. 1965. DM 32,60.
- 25 Probleme der abstrakten Normenkontrolle. Von G. Babel. 96 S. 1965. DM 14,60.
- 26 Das Problem der Einheit der Völkerrechtsgemeinschaft und die Organisation der internationalen Sicherheit. Von H. H. Mahnke. 250 S. 1965. DM 35,—.
- 27 Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland. Von D. Blumenwitz. 208 S. 1966. DM 32,60.
- 28 Gleichheit und Artgleichheit. Von W. Hill. 309 S. 1966. DM 48,60.
- 29 Der schlichte Parlamentsbeschluß. Von K.-A. Seilmann. 150 S. 1966. DM 24,80.
- 30 Partelfinanzierung und Grundgesetz. Von H. Plate. 139 S. 1966. DM 22,60.
- 31 Staatlichkeit und Überstaatlichkeit. Von H. Steiger. 200 S. 1966. DM 29,60.
- 32 Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes. Von H. Weber. 187 S. 1966. DM 28,60.