

Auszug aus **Rechtssicherheit als Freiheitsschutz**, 2009,
Kap. 5.7, Verfassungswidrige Gesetze, S. 114-135

Abstract:* Wenn ein Gesetz nichtig ist, ist herkömmlich gemeint, dass es vollständig nichtig ist. Ein Gesetz kann aber auch nur zum Teil nichtig sein: Der Begriff der Nichtigkeit und der Begriff der Verfassungswidrigkeit haben einen graduellen Charakter. Ein verfassungswidriges oder nichtiges Gesetz ist nicht notwendigerweise vollständig verfassungswidrig oder vollständig nichtig. Es ist zu zeigen, dass die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu teilnichtigen Gesetzen führt. Diese Rechtsprechung lässt sich so verstehen, dass das Bundesverfassungsgericht eine Ausnahme in die als verfassungswidrig erkannte gesetzliche Regelung einfügt, wodurch diese im Übrigen erhalten bleibt (geltungserhaltende Reduktion). Einem Einwand, wonach das Bundesverfassungsgericht damit quasi zu einer Art „Ersatzgesetzgeber“ würde, wäre entgegenzuhalten, dass die Festlegung einer Ausnahme, die eine geltungserhaltende Reduktion bewirkt, hinter einer vollständigen Nichtigkeit zurückbleibt, die das Gericht anerkanntermaßen anzuordnen berechtigt wäre. Diese Betrachtung hat zudem den Vorteil, dass mit ihr der Umfang eines Vertrauensschutzes (Bestandsschutz) mit der (Weiter)Geltung der betroffenen Norm übereinstimmt: So weit wie der Vertrauensschutz reicht, gilt auch die ursprüngliche Norm selbst weiterhin – und nicht etwa bloß ein auf ihr beruhender „Rechtsschein“.

* Dieser Abstract ist nicht Bestandteil der Publikation.

Rechtssicherheit als Freiheitsschutz

Struktur des verfassungsrechtlichen
Bestandsschutzes

Frank Riechelmann

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte
bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de>
abrufbar.

Titel der Originalausgabe (2005)

*Struktur des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes. Das Verhältnis
zwischen Vertrauensschutz, Rechtssicherheit und Kontinuität*

Titel der 3. und 4. Auflage

*Struktur des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes. Rechtssicherheit
als Freiheitsschutz*

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk darf – auch teilweise – nur
mit Zustimmung des Verlags oder des Verfassers wiedergegeben
werden.

ISBN 978-3-8370-7586-1

5., überarbeitete Auflage

© 2009 Frank Riechelmann

Herstellung und Verlag: Books on Demand GmbH, Norderstedt

Inhalt

Vorwort	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einleitung	1
1 Bestandsschutz für Nicht-Private (BSG)	9
2 Vertrauen, Vertrauensschutz, Bestandsschutz	12
2.1 Vertrauen als Begriff	12
2.1.1 Entpersonalisiertes Vertrauen	13
2.1.2 Psychologische Elemente	15
2.1.3 Kollektiver Vertrauensschutz	16
2.1.4 Folgerungen	18
2.2 Vertrauensschutz als Position und als Objekt . . .	18
2.2.1 Norm, Recht, Rechtsposition	19
2.2.2 Vertrauensschutz als bloße Bezeichnung .	22
2.2.3 Schutz und Schutzgut: Schutzbereich . . .	23
2.2.4 Bestandsschutz als präziserer Begriff . . .	25
2.3 Ergebnis	28
3 Die Rückwirkungsrechtsprechung	29

3.1	Das Rückwirkungsverbot im Einzelnen	32
3.1.1	Abgeschlossene Tatbestände und nicht abgeschlossene Sachverhalte	33
3.1.2	Die Rechtsprechung des Zweiten Senats . .	36
3.1.3	Normlogische Überlegungen	37
3.1.4	Zeitpunkte (u.a. der Regierungsbeschluss) .	39
3.1.5	Graduelle Rückwirkung	47
3.2	Bloß zukünftig wirkende Gesetze?	51
3.3	Ergebnis	56
4	Bestandsschutz als Prinzip	57
4.1	Das herkömmliche Rechtssatzverständnis	57
4.2	Prinzipien (Prinzipientheorie)	59
4.2.1	Definitives und »tatbestandliches« Recht .	60
4.2.2	Regeln und Prinzipien	61
4.3	Die Kritik an der Prinzipientheorie	64
4.4	Geltung und Wichtigkeit	73
4.5	Ergebnis	77
5	Bestandsschutz und Grundrechte	78
5.1	Eigentum im Allgemeinen	80
5.2	Einschub: Grundrechte als Leistungsrechte	86
5.3	Bestandsschutz und Verhältnismäßigkeit	92
5.3.1	Zwei Schranken?	93
5.3.2	Inhalt und Prozedur der Abwägung	95
5.3.3	Prinzipien und ideales Sollen	98
5.3.4	Schutzgut und Wirkung	101
5.4	Bestandsschutz und Institutsgarantie	102
5.5	Gleichheitsgrundsatz	103

5.6	Das allgemeine Freiheitsrecht	105
5.6.1	Art. 2 Abs. 1 GG als Quelle	106
5.6.2	Ein Recht auf Bestandsschutz	108
5.6.3	Natürliche Handlungsmöglichkeiten	110
	5.6.3.1 Befugnislose Positionen	111
	5.6.3.2 Rechtswidrige Positionen	112
5.7	Verfassungswidrige Gesetze	114
5.7.1	Nichtigkeitsdogma und Vernichtbarkeit	116
5.7.2	Teilnichtigkeit	122
5.7.3	Nichtigkeit und Fortbestand	124
5.7.4	Anwendungsbeispiel	129
5.8	Zwei Schranken – Rechtsstaatsprinzip?	135
6	Kriterien des Bestandsschutzes	139
6.1	Das Problem eines Vertrauenstatbestandes	141
6.2	Vorliegen einer Vertrauensgrundlage	143
6.3	Kenntnis der Vertrauensgrundlage?	144
	6.3.1 Hubers Thesen	147
	6.3.2 Kenntnis der Folgen	149
	6.3.3 Fingiertes Vertrauen	151
	6.3.4 Schutzfunktion des Gesetzes	153
	6.3.5 Zusammenfassung	155
6.4	Vertrauendichte – Das Gesetz als Versprechen	156
6.4.1	Rückwirkende Gesetze	157
6.4.2	Lenkungsnormen	160
6.4.3	Zeiträume	164
	6.4.3.1 Geltungsdauer	164
	6.4.3.2 Befristete Gesetze, Übergangs- regelungen	166
6.4.4	Spielräume des Gesetzgebers	168

6.5	Dispositionsbetätigung?	169
6.6	Ergebnis	171
7	Horizontalwirkung des Bestandsschutzes	172
7.1	Eine Anwendbarkeit für alle Rechtssubjekte? . . .	173
7.1.1	Die sog. »objektive« Dimension	173
7.1.2	Reichweite der objektiven Dimension . . .	175
7.1.3	Rechtssicherheit als Grundprinzip?	182
7.2	Horizontalwirkung und Grundrechtsfähigkeit . .	190
7.2.1	Ein Grund für ein subjektives Recht	192
7.2.2	Grundrechtsfähigkeit (Art. 19 Abs. 3 GG) .	194
7.2.2.1	Grundrechte und Begründung . .	198
7.2.2.2	Ergebnis	203
8	Mittelbarer Bestandsschutz für Nicht-Private	205
8.1	Kostenerstattung bei Sozialleistungsträgern . . .	207
8.1.1	Die Fiktionswirkung des § 107 Abs. 1	208
8.1.2	Alt- und Neuregelung des § 111 S. 2	210
8.2	Die Übergangsregelung des § 120 Abs. 2	213
8.2.1	Neurecht und Altfälle	213
8.2.2	Die Ansicht des BVerwG	214
8.2.3	Verfassungskonforme Auslegung (BSG) . .	215
8.2.4	Stellungnahme / Interpretation	218
8.2.5	Verstoß gegen das Willkürverbot?	224
8.3	Rückwirkungsverbot und Willkürverbot	228
	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	231
	Literaturverzeichnis	237

Vorwort

In der neuen Auflage habe ich den vorherigen Untertitel nunmehr zum Haupttitel gemacht, weil er die Kernaussage der Arbeit besser verdeutlicht: »Rechtssicherheit« ist ein Grundrechtsgehalt (für den Einzelnen) – und nicht etwa erst oder allein eine aus den Grundrechten oder dem Rechtsstaatsprinzip resultierende Folge. Das Verhältnis einer *Teilnichtigkeit von Gesetzen* zu einer *verfassungskonformen Auslegung* habe ich noch angesprochen. Zusätzlich habe ich einige (wenige) weitere Literaturquellen aufgenommen. Zu erwähnen ist hier vor allem Skouris' Werk »Teilnichtigkeit von Gesetzen« aus dem Jahre 1973, das ich leider bislang übersehen hatte. Insgesamt habe ich vereinzelt kleinere, im Grunde nur klarstellende Änderungen vorgenommen. Einige in der Arbeit entwickelte Gedanken habe ich zwischenzeitlich auch in Aufsätzen veröffentlichen dürfen. Bei ihnen geht es um den Normcharakter der Grundrechte (»Sind Grundrechte keine Normen?«, *Rechtstheorie* 2006, S. 381 ff.) und um die Bedeutung der Rechtssicherheit als Freiheitsschutz (»Rechtssicherheit und Willkürverbot«, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* 2007, S. 53 ff.). Die Aufsätze haben sich als recht komprimierte Darstellungen erwiesen. Ihre Inhalte werden in der Arbeit genauer ausgeführt. Für Ihre Anleitung zur Gestaltung des Buchumschlags danke ich Frau Annemarie Skjold und Herrn Yuri Robbers.

Kiel, den 1. Februar 2009

Frank Riechelmann

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

Auch Positionen, die aus rechtswidrigen Verwaltungsakten resultieren, können somit in den Schutzbereich der Grundrechte und damit auch in den Schutzbereich des allgemeinen Freiheitsrechts fallen.

5.7 Verfassungswidrige Gesetze

Zu erörtern ist ferner, ob auch verfassungswidrige Gesetze eine Bestandsschutzposition begründen können. Mit der Weite des allgemeinen Freiheitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG), die eine allgemeine Handlungsfreiheit einschließlich »natürlicher Handlungsmöglichkeiten« umfasst, scheint relativ problemlos auch der Schutz von Positionen begründbar zu sein, die sich auf eine verfassungswidrige Rechtsnorm stützen. Bei verfassungswidrigen (»ungültigen«) Normen lässt sich mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowohl eine Anwendbarkeit des Bestandsschutzes begründen als auch eine Nicht-Anwendbarkeit. Wenn es heißt, der Einzelne könne »sich nicht immer auf den durch eine ungültige Norm erzeugten Rechtsschein verlassen«,¹⁶² impliziert dies einen zumindest grundsätzlichen Schutz seines Interesses am Fortbestand der Norm.¹⁶³ Andererseits hat das Gericht das Vertrauen des Bürgers, das sich auf eine ungültige Norm bezieht, als nicht schutzwürdig angesehen, weil diese nur einen Rechtsschein erzeugt habe.¹⁶⁴ In der Literatur wird die Anwendbarkeit des Vertrauensschutzes bei verfassungswidrigen Normen zum Teil bejaht,¹⁶⁵ und das Bundesverfassungsgericht

¹⁶² BVerfGE 13, 261 (272); vgl. auch BVerfGE 18, 429 (439).

¹⁶³ Vgl. BVerfGE 53, 115 (128).

¹⁶⁴ Vgl. BVerfGE 19, 187 (197).

¹⁶⁵ Vgl. *Muckel* Vertrauensschutz, S. 88; *Maunz* in: M/D, GG, Bd. 5, Art. 93, Rn. 34.

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

greift auch (ausdrücklich) auf ihn zurück.¹⁶⁶ Teilweise lässt es für unterschiedliche Adressaten verschiedene Übergangsregelungen zu, so etwa bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Regelung, die Anwälten keine simultane Zulassung am Oberlandesgericht gestattete, sondern nur eine singulare.¹⁶⁷

Fraglich ist, ob sich der Schutz eines derartigen Vertrauens aus der ursprünglichen Norm selbst ergibt, d.h., ob sie insoweit selbst noch Gültigkeit hat, oder ob ein Schutz des Vertrauens nur als eine Folge einer »Quasi-Existenz« der Norm resultiert. Im letztgenannten Sinne ließe sich formulieren, dass das Vertrauen des Einzelnen durchaus in den von einem verfassungswidrigen Gesetz ausgehenden Rechtsschein sich in gewissem Umfang als schützenswert herausstellen kann, aber nur Folge der ursprünglichen Norm sei und deshalb selbst nichts mehr mit der Norm zu tun habe, weil diese nicht mehr bzw. niemals gültig gewesen sei.¹⁶⁸ Wenn dies auch bislang weniger im Zusammenhang mit dem Bestandsschutz erörtert wurde, so stellt sich diese Frage bei der »Nichtigkeitserklärung« und der sogenannten »Unvereinbarkeitserklärung« von Gesetzen durch das Bundesverfassungsgericht. Mit Hilfe dieser Rechtsprechung ist zu zeigen, dass Gesetze, die für lediglich unvereinbar mit der Verfassung erklärt werden, (einerseits nur, andererseits immerhin) teilweise weitergelten: Die Begriffe der *Verfassungswidrigkeit* und *Nichtigkeit*, die insoweit identisch sind, haben einen *graduellen* Charakter.

¹⁶⁶ S. BVerfGE 53, 115 (130); 99, 280 (299), wo das Gericht eine rückwirkende Anordnung der Verfassungswidrigkeit aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit ablehnt.

¹⁶⁷ Mit der Entscheidung vom 13.12.2000 hat das BVerfG die Regelung für die noch nicht an einem OLG zugelassenen Anwälte bis zum 30.6.2001 aufrechterhalten und den bislang nur am OLG zugelassenen Anwälten die Möglichkeit einer erstinstanzlichen Zulassung schon ab dem 1.1.2002 eingeräumt; s. BVerfGE 103, 1 (19 f.).

¹⁶⁸ Von einer »Norm« darf selbst dann gesprochen werden, wenn sie keine Geltung entfaltet; s.o., 2.2.1.

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

Nach den Vorschriften des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes erklärt das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz grundsätzlich für nichtig, wenn es dieses als unvereinbar mit der Verfassung ansieht (vgl. §§ 78 S. 1, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG). Diese Regelanordnung,¹⁶⁹ mit der eine *vollumfängliche Nichtigkeit* gemeint ist, ist aber zur Ausnahme in der Rechtspraxis geworden, in der sich das Bundesverfassungsgericht zumeist auf eine bloße Unvereinbar(keits)erklärung beschränkt, womit es keine umfassende Nichtigkeitsanordnung ausspricht.¹⁷⁰ Terminologisch wird vor allem zwischen der Nichtigkeitsklärung und der Unvereinbarerklärung unterschieden,¹⁷¹ und die Erklärungsarten finden auch – neben einer Vereinbarerklärung – in der Vorschrift des § 32 Abs. 2 S. 2 und 3 BVerfGG Erwähnung.

5.7.1 Nichtigkeitsdogma und Vernichtbarkeit

Nach wohl überwiegender Ansicht in der Literatur ist ein verfassungswidriges Gesetz von Anfang an (*ex tunc*) und ohne weiteren gestaltenden Akt »*ipso iure*« unwirksam. Danach hebt das Bundesverfassungsgericht ein verfassungswidriges Gesetz nicht

¹⁶⁹ Vgl. BVerfGE 84, 9 (20); 84, 168 (186); 116, 229 (242); *Schlaich/Korioth* Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 378.

¹⁷⁰ Vgl. dazu *Schlaich/Korioth* Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 384. *Wernsmann* Das gleichheitswidrige Steuergesetz (2000), S. 17, zufolge ist die grundsätzlich vorgesehene Nichtigkeitsklärung verfassungswidriger Gesetze im Bereich des Steuer- und Abgabenrechts zur seltenen Ausnahme geworden. Die Rede ist sowohl von einer »Unvereinbarerklärung« (BVerfGE 112, 268, 283; *Schlaich/Korioth* ebd., Rn. 400; *Hein* Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht (1988); *Blüggel* Unvereinbarerklärung (1998) als auch von der »Unvereinbarkeitserklärung« (BVerfGE 109, 190, 244; *Herter* Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Steuergesetze, 1995; *Jachmann* JA 1998, S. 235, 236). Näher zu den unterschiedlichen Bezeichnungsmöglichkeiten *Pestalozza* Verfassungsprozessrecht, § 20, Rn. 8, Fn. 15.

¹⁷¹ Vgl. *Benda/Klein* Verfassungsprozessrecht, Rn. 1244; *Schlaich/Korioth* ebd., Rn. 400.

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

auf, sondern stellt dessen von Anfang an bestehende Nichtigkeit deklaratorisch fest, sog. »Nichtigkeitsdogma«. ¹⁷² Ein Teil der Literatur ist hingegen der Auffassung, das Bundesverfassungsgericht entscheide rechtsgestaltend und nicht mit deklaratorischer Wirkung. Ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz ist danach nicht notwendigerweise nichtig. ¹⁷³

Für das Nichtigkeitsdogma werden vor allem Gründe der Normenhierarchie, die Regelungen der §§ 78 S. 1, 82 Abs. 1 iVm. § 95 Abs. 3 BVerfGG und Art. 100 Abs. 1 GG angeführt. Im Wesentlichen lautet die Argumentation: Jede Rechtsnorm gründe ihre Legitimation auf eine andere, höherrangige Rechtsnorm oder Normenstufe. Entspricht die Norm nicht den Legitimationsbedingungen der höherrangigen Normenstufe, folge hieraus das »rechtstheoretisch zwingende« Resultat, dass die Norm von Anfang an ungültig sei. ¹⁷⁴ Der normenhierarchische Aufbau basiere auf unserer Rechtsordnung, liege als rechtstheoretisches Axiom der Verfassung zugrunde und folge aus dem Vorrang der

¹⁷² Vgl. *Schlaich / Koriath* ebd., Rn. 379 ff., 382; *Stern* in: BK, Bd. 9, Art. 93, Rn. 270 ff.; *Benda / Klein* ebd., Rn. 1251 f.; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, Art. 20, Rn. 33; *Lippold* Der Staat 29 (1990), S. 185, 190 ff.; *Fleury* Verfassungsprozeßrecht, Rn. 124; *Detterbek* Streitgegenstand, S. 433; *Hartmann* DVBl 1997, S. 1264, 1269; *Jachmann* JA 1998, S. 235, 236.

¹⁷³ *Maunz* in: M/D, GG, Bd. 5, Art. 93, Rn. 32 ff.; *Pestalozza* Verfassungsprozessrecht, § 20, Rn. 16; *W. Meyer* in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 3, Art. 93, Rn. 39. Die Terminologie ist unterschiedlich. *Maunz* und *Pestalozza* unterscheiden verfassungswidrige und ungültige Gesetze einerseits von nichtigen Gesetzen andererseits. *Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. A., S. 275, unterscheidet hingegen nicht zwischen ungültigen und nichtigen Gesetzen. Für ihn liegt der Grund der Geltung eines Gesetzes in der Verfassung, weshalb das Gesetz gültig sei, solange es nicht aufgehoben werde. Bis dahin könne es nicht verfassungswidrig (nichtig) sein (ebd.); zum synonymen Gebrauch der Begriffe der *Verfassungswidrigkeit* (*Unwirksamkeit*) und der *Nichtigkeit* s.a. *Seetzen* NJW 1975, S. 429, 434; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 33. Im Ergebnis haben beide Begriffe einen graduellen Charakter: Ein verfassungswidriges Gesetz ist nicht notwendigerweise vollständig verfassungswidrig, ein nichtiges Gesetz ist nicht notwendigerweise vollständig nichtig.

¹⁷⁴ *Hartmann* DVBl 1997, S. 1264, 1265; vgl. *Stern* in: BK, Bd. 9, Art. 93, Rn. 271, Art. 100, Rn. 141.

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

Verfassung vor dem formellen Gesetz (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 79 Abs. 3 GG).¹⁷⁵ Die grundsätzliche Nichtigkeitsanordnung resultiere zudem aus den genannten Vorschriften des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, und Art. 100 Abs. 1 GG setze eine Ungültigkeit verfassungswidriger Gesetze voraus.¹⁷⁶ Dagegen sehen die Vertreter der Vernichtbarkeitslehre eine Nichtigkeit von Gesetzen nicht als eine (zwingende) Folge eines normenhierarchischen Stufenbaus der Rechtsordnung an.¹⁷⁷

Gegen das Nichtigkeitsdogma spricht zunächst, dass verfassungswidrige Normen vor der »Feststellung« ihrer Verfassungswidrigkeit durch die Rechtsanwender weiter zu befolgen sind,¹⁷⁸ es sei denn, diese nehmen die in Art. 100 GG vorgesehene Ausnahme in Anspruch. Hierzu ist erforderlich, dass es sich bei dem Rechtsanwender um ein Gericht handelt, das zudem von der Verfassungswidrigkeit der entscheidungsrelevanten Norm überzeugt sein muss.¹⁷⁹ Die Pflicht zur weiteren Befolgung der Norm durch die übrigen Rechtsanwender, die nicht von der Ausnahmeregelung des Art. 100 GG Gebrauch machen (können), ist mit dem Nichtigkeitsdogma nicht erklärbar. Um eine gewisse Kompatibilität herzustellen, müsste man vielmehr von jedem Rechtsanwender verlangen, eine Norm dann nicht anzuwenden, wenn er der Meinung ist, dass es sich bei der Regelung um eine verfassungswidrige Vorschrift handelt.¹⁸⁰ Eine solche Konsequenz ist – jedenfalls in dieser Allgemeinheit¹⁸¹ – weder mit

¹⁷⁵ Vgl. *Jachmann* JA 1998, S. 235, 236.

¹⁷⁶ *Schlaich/Korioth* Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 379 ff.

¹⁷⁷ Vgl. *Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. A., S. 271, 275.

¹⁷⁸ Vgl. *Pestalozza* Verfassungsprozessrecht, § 20, Rn. 16.

¹⁷⁹ Vgl. *Herzog* in: M/D, GG, Bd. 6, Art. 100, Rn. 27, 35; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 100, Rn. 10.

¹⁸⁰ Vgl. *Lippold* Der Staat 29 (1990), S. 185, 198.

¹⁸¹ Gemeint sind nicht solche Fälle, in denen wichtige Gründe vorliegen, die dem Einzelnen ausnahmsweise einmal gestatten könnten, ein Gesetz nicht zu befolgen (Gewissensgründe z.B.); zu einer solchen Ausnahmesituation s. *Dworkin* Taking Rights Seriously, S. 211, 214.

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

einer Ordnungsfunktion des Rechts noch mit Art. 100 GG und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu vereinbaren, nach der ein »Rechtsschein der Verfassungsmäßigkeit« grundsätzlich auch für nichtverfassungskonforme Gesetze gilt.¹⁸² Die Konsequenz folgt aber aus dem Nichtigkeitsdogma.¹⁸³

Zudem geht Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG nur von einer »Gültigkeit« des rechtmäßigen Gesetzes aus, woraus nur der Schluss gezogen werden kann, dass ein verfassungswidriges Gesetz »ungültig« ist. »Ungültig« bedeutet aber zunächst einmal nur, dass es nicht angewendet werden kann, aber nicht, dass es gar nicht existiert (hat) und damit nichtig ist.¹⁸⁴ Ein verfassungswidriges (ungültiges bzw. unwirksames) Gesetz ist also nicht zwingend zugleich als (vollumfänglich) nichtig anzusehen.

Art. 100 GG spricht auch höchstens für eine verfassungsrechtliche Kompetenz, die Nichtigkeit zu erklären. »Quasi-naturrechtliche (›ipso iure‹)« und »quasi-naturwissenschaftliche (›ex tunc, Nichtexistenz‹)« Annahmen, die einer Rechtswidrigkeit folgen oder sie voraussetzen, haben »ihre Berechtigung allenfalls in einem ›self-executing‹ Rechtssystem ohne autoritative Entscheidungsinstanzen«. ¹⁸⁵ Im Übrigen kann aus den einfachgesetzlichen Vorschriften des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes nicht auf eine »Ipso-iure«-Nichtigkeit bzw. »Eo-ipso«-Nichtigkeit geschlossen werden. Soweit das Bundesverfassungsgericht von einer grundsätzlichen Nichtigkeitsanordnung ausgeht, stellt es

¹⁸² BVerfGE 53, 115 (128); vgl. BVerfGE 20, 230 (236).

¹⁸³ In diesem Sinne ist es im Grunde folgerichtig, wenn ein Unternehmen, das von der Verfassungswidrigkeit einer belastenden Umsatzsteuernorm ausgeht, diese bei der Umsatzsteuervoranmeldung gegenüber dem Finanzamt erst gar nicht berücksichtigt; zur Darstellung eines solchen Verhaltens s. BVerfGE 30, 392 (397).

¹⁸⁴ *Pestalozza* Verfassungsprozessrecht, § 20, Rn. 16; ähnlich *Maunz* in: M/D, GG, Bd. 5, Art. 93, Rn. 32 ff.; *Maiwald* BayVBl 1971, S. 90, 91; vgl. dazu auch *Ossenbühl* NJW 1986, S. 2805, 2807 f.

¹⁸⁵ *Pestalozza* ebd. (Hervorhebungen i.O.).

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

zumeist auch ausdrücklich auf diese einfachgesetzlichen Vorschriften und nicht auf Verfassungsnormen ab.¹⁸⁶

Ferner benötigt eine Rechtsordnung mit einem richterlichen Verwerfungsmonopol kein Nichtigkeitsdogma. Schon die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die Rechtsnormen kontrolliert, spricht für eine Gestaltungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts und gegen die »Ipsio-iure«-Nichtigkeit verfassungsrechtswidriger Normen.¹⁸⁷ Außerdem spricht das Demokratieprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) dafür, so weit wie möglich den Willen des demokratisch-legitimierten Gesetzgebers aufrechtzuerhalten. Endlich lässt sich bei einer »Ipsio-iure«-Nichtigkeit nicht von einer Rechtsfolge der »Nichtigkeit« sprechen, weil eine solche Nichtigkeit »ipso iure« (eo ipso) mit einer Nichtexistenz übereinstimmt. In diesem Sinne ist »Nichtigkeit« Voraussetzung und nicht Rechtsfolge.¹⁸⁸ Wenn das Bundesverfassungsgericht die Nichtigkeit als eine Rechtsfolge anordnet,¹⁸⁹ spricht dies also gegen eine »Ipsio-iure«-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze und für eine gestaltende Entscheidungsbefugnis des Gerichts.

Aber nicht nur die Frage, ob eine Norm sich als nichtig herausstellt, ist vor einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zweifelhaft, sondern auch das Maß der Nichtigkeit, sofern das Gericht die Norm lediglich für unvereinbar mit der Verfassung erklärt bzw. zu erklären beabsichtigt. Vor der Entscheidung lässt sich der Grad der Nichtigkeit oftmals nicht genau bestimmen, weshalb sich die Rechtsanwender auch insoweit nicht orientieren können. Zwischen einer vollständigen Vereinbarkeit eines Gesetzes mit der Verfassung und einer vollständigen Nichtigkeit reicht das Spektrum von *kaum* nichtig bis *nahezu vollständig* nichtig.

¹⁸⁶ Vgl. BVerfGE 84, 9 (20, II); 84, 168 (186, I).

¹⁸⁷ Pestalozza Verfassungsprozessrecht, § 20, Rn. 17.

¹⁸⁸ Vgl. Lippold Der Staat 29 (1990), S. 185, 195 (ebd., Fn. 31).

¹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 108, 169 (185).

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

Dem Bundesverfassungsgericht zufolge handelt es sich beim Nichtigkeitsdogma um einen Grundsatz, der zwar verfassungsrechtlichen Gehalt habe, aber kein verfassungsrechtliches Gebot sei.¹⁹⁰ Dass eine Nichtigkeit innerhalb einer Rechtsordnung nur den höchsten Grad der Vernichtbarkeit bezeichnet, hat schon *Kelsen* festgestellt.¹⁹¹ Dieses Verständnis, das also graduelle Unterschiede von »Vernichtbarkeit« voraussetzt, lässt sich auf den Begriff der Nichtigkeit selbst übertragen. Ist ein Gesetz nur teilweise vernichtbar, kann es als lediglich teilnichtig angesehen werden.¹⁹² Daher hat der Nichtigkeitsbegriff ebenfalls einen graduellen Charakter. Der höchste Grad der Nichtigkeit ist die vollständige Nichtigkeit.

Blüggel zufolge soll es sich beim Nichtigkeitsdogma um ein Prinzip im Sinne der Prinzipientheorie handeln (sog. »Nichtigkeitsprinzip«).¹⁹³ Das Nichtigkeitsprinzip bezwecke, den Vorrang der Verfassung zu sichern.¹⁹⁴ Dieselbe Funktion hat aber schon die Vernichtbarkeitslehre, weil nach ihr Gesetze insoweit nichtig sind, als die Verfassung eine Nichtigkeit fordert. Damit bleibt kaum Raum für ein »Nichtigkeitsprinzip«. Selbst wenn man die juristische Existenz eines »Nichtigkeitsprinzips« anerkennen würde, würde es sich um ein allenfalls schwaches »Prinzip« handeln, weil es schon gegenüber einem vernünftigen Grund, der für eine Normerhaltung spricht, zurücktreten dürfte. Ein vernünftiger Grund kann sich z.B. aus dem Demokratieprinzip, aber auch aus anderen Kriterien des Gemeinwohls oder aus individuellen Gesichtspunkten ergeben. Im Übrigen sind keine Gründe ersichtlich, die dafür sprechen, pauschal die vollständige Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes anzunehmen. Dass bestimmte Gründe durchaus eine vollständige Nichtigkeit im

¹⁹⁰ BVerfGE 103, 332 (390); *Ossenbühl* NJW 1986, S. 2805, 2807.

¹⁹¹ *Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. A. (1960), S. 282.

¹⁹² Näher dazu sogleich und unter 5.7.2.

¹⁹³ *Blüggel* Unvereinbarerklärung (1998), S. 147 ff.

¹⁹⁴ *Blüggel* ebd., S. 151 ff.

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

Einzelfall fordern können, liegt an diesen; die Nichtigkeit folgt aber nicht schon daraus, dass ein formales »Nichtigkeitsprinzip« sie verlangen würde. Den Vorrang der Verfassung sichert die Vernichtbarkeitslehre insoweit, als diese beschreibt, dass verfassungswidrige Gesetze nicht notwendigerweise als vollumfänglich nichtig anzusehen sind: Soweit ein Gesetz gegen die Verfassung verstößt, ist es zwar als »nichtig« anzusehen, soweit es sich als verfassungskonform herausstellt, ist es aber weiterhin gültig.¹⁹⁵ Damit geht es bei der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes darum, zu bestimmen, inwieweit es sich als nichtig erweist – es geht also um das Maß der Nichtigkeit: Die Unvereinbarkeitserklärung dokumentiert das Ergebnis der Abwägung zwischen dem grundrechtlichen Bestandsinteresse und dem öffentlichen Änderungsinteresse bzw. zwischen dem grundrechtlich gewährleisteten Freiheitsinteresse und einem »öffentlichen Bestandsinteresse«.

5.7.2 Teilnichtigkeit

Ergänzend hierzu soll noch die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betrachtet werden. Damit kann eine generelle Kategorisierung des Bestandsschutzes im Verhältnis zur Nichtigkeit von Gesetzen entwickelt werden.

Vereinzelt behaupten Vertreter der *Ipsa-iure*-Lehre, die Unvereinbarkeitserklärung begründe dogmatisch die »Aufrechterhaltung einer nichtigen Norm«. ¹⁹⁶ Für den Bestandsschutz liegt die Bedeutung dieser Sichtweise auf der Hand: Ist eine Norm nicht-

¹⁹⁵ Die Aussage hat Regelcharakter, weil ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz in einem *bestimmten* Grad nichtig ist, den das BVerfG festlegt. (Regelungen, die Handlungen gebieten, die in einem bestimmten Grad auszuführen sind, haben Regelcharakter und nicht Prinzipiencharakter; *Alexy* Theorie der Grundrechte, S. 76.)

¹⁹⁶ *Jachmann* JA 1998, S. 235, 236; vgl. auch *P. Kirchhof* StuW 2000, S. 221, 228.

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

tig,¹⁹⁷ kann sich ein Bestandsschutz, wenn überhaupt, allenfalls auf einen von ihr erzeugten Rechtsschein richten, aber nicht auf eine geltende Norm.

Gegen eine solche Betrachtung spricht jedoch, dass die Norm in dem Umfang, in dem sie aufrechterhalten bleibt, wirksam und damit gültig ist, was auch in der Terminologie bzw. der Tenorierung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt (»soweit«, »nicht in vollem Umfang«).¹⁹⁸ In dem Maße, in dem sich die Norm als nichtig herausstellt, ist sie dies nur für den nichtigen Teil. Für den anderen bedarf es schon kraft seiner Weitergeltung nicht eines Rückgriffs auf den Bestandsschutz. (Eine Aufrechterhaltung des ursprünglichen Rechtszustands kann allerdings aus ganz unterschiedlichen Gründen notwendig sein. Auch Gründe des Gemeinwohls können sie verlangen.¹⁹⁹)

Die Unvereinbarkeitserklärung kann als eine *Ausnahme* für den Anwendungsbereich der Ursprungsnorm verstanden werden: Mit der Unvereinbarkeitserklärung fügt das Bundesverfassungsgericht in die Ursprungsnorm eine Ausnahme²⁰⁰ ein, die die (Geltung der) Ursprungsnorm einschränkt. Die Ausnahme begründet damit lediglich bzw. allenfalls eine Teilnichtigkeit, die zu einer *geltungserhaltenden Reduktion* führt. Diese Bezeichnung trägt dem Umstand Rechnung, dass ein weiterhin wirksamer Teil der ursprünglichen Regelung erhalten bleibt. Die Charakterisierung der Unvereinbarkeitserklärung als eine Ausnahme, die den Anwendungsbereich der Ursprungsnorm einschränkt und damit ihre geltungserhaltende Reduktion bewirkt, erweist sich als prä-

¹⁹⁷ Eine vollständige Nichtigkeit begründet eine Ungültigkeit ex tunc: vgl. nur *Lechner / Zuck* BVerfGG, § 78, Rn. 3.

¹⁹⁸ S. BVerfGE 33, 303 (304); 93, 121 (121); 108, 52 (52); 109, 279 (280).

¹⁹⁹ Vgl. BVerfGE 115, 276 (304 ff.) - »Sportwetten«; vgl. *Hein* Unvereinbarerklärung, S. 194.

²⁰⁰ Ebenso lässt sich von einer *Ausnahmeregelung* sprechen. Der Terminus ist auch mit Blick auf die Gewaltenteilung unbedenklich, weil auch eine vollständige Nichtigkeit eine *Regelung* begründet, die in der Nichtigkeitsanordnung des Bundesverfassungsgerichts ihren Ausdruck findet.

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

zise und schafft u.a. terminologische Sicherheit. Bei einer Norm, die für unvereinbar mit der Verfassung erklärt wird, besteht kein Bedürfnis, von einer grundsätzlichen Gesamtnichtigkeit der Norm auszugehen, sondern nur von einer teilweisen Nichtigkeit (Teilnichtigkeit, geltungserhaltende Reduktion).²⁰¹ Indem das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit nur für den unwirksamen Teil der Regelung ausspricht, stellt es zugleich die Vereinbarkeit mit dem weiterhin wirksamen Teil der Regelung fest. Für diesen liegt insoweit eine Vereinbarkeitserklärung vor.

5.7.3 Nichtigkeit und Fortbestand

Soweit das Bundesverfassungsgericht mit einer Unvereinbarerklärung dem Gesetzgeber die Ausgestaltung einer Neuregelung überlässt, was als eine »Überführung des Unrechts in Recht« bezeichnet wird,²⁰² stellt sich die Frage, inwieweit der Gesetzgeber hierbei einerseits individuelle Bestandsschutzgesichtspunkte bzw. individuelle Gründe im Allgemeinen und andererseits einen »kollektiven Bestandsschutz«, das Interesse der Allgemeinheit an einem Fortbestand der Regelung,²⁰³ bzw. Gründe des Gemeinwohls im Allgemeinen zu berücksichtigen hat. Das Ergebnis der

²⁰¹ Zur Teilnichtigkeit von Gesetzen s. *Skouris* Teilnichtigkeit von Gesetzen (1973). Im Übrigen findet sich der Terminus der *Teilnichtigkeit* zwar auch in der Literatur (s. nur *Graßhof* in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 78, Rn. 18 f.; *Schlaich/Korioth* Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 384). Obwohl er auf Geltungsgesichtspunkte hinweist, werden diese zumeist aber nicht betont; insoweit ist (nur) von einer »Reduzierung des Wortlauts« (*Schlaich/Korioth* ebd.) oder von einer »Teilnichtigkeitsklärung ohne Wortlautreduzierung« für bestimmte Fallkonstellationen die Rede (*dies.* ebd., Rn. 386; vgl. *Graßhof* ebd.); zur Teilnichtigkeit im Allgemeinen vgl. aber *Benda/Klein* Verfassungsprozessrecht, Rn. 1262 ff.; zu einem »Prinzip der Normerhaltung« s. *Blüggel* Unvereinbarerklärung, S. 189 f. Am Nichtigkeitsdogma wird im Übrigen ausdrücklich festgehalten: s. *Schlaich/Korioth* ebd., Rn. 382 aE.

²⁰² *P. Kirchhof* StuW 2000, S. 221, 228.

²⁰³ Ein für das Gemeinwohl bestehendes »Bestandsinteresse« (»Rechtssicherheit«) stellt ein Zusatzargument dar, für das eine weitergehende Begründung erforderlich ist; vgl. dazu 5.7.4; näher unten, 7. Kap.

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

Berücksichtigung der unterschiedlichen Gründe zeigt sich in dem Umfang der weiteren Geltung der ursprünglichen Norm – und damit zugleich in dem Umfang ihrer Aufhebung. Bei Gesetzen, die nur zum Teil verfassungswidrig sind, kann der grundrechtliche Freiheitsschutz ihre teilweise Weitergeltung (Bestandsschutz) bewirken, sofern die Gesetze den Einzelnen begünstigen – und ihre teilweise Aufhebung, soweit sie ihn belasten. Dementsprechend ist es möglich, dass bei teilweise verfassungswidrigen Gesetzen das Gemeinwohlinteresse ihre zeitweise Weitergeltung (»kollektiver Bestandsschutz«) rechtfertigt – und ihre teilweise Aufhebung, soweit sie das Gemeinwohl übermäßig beeinträchtigen.²⁰⁴ Zur Einschränkung des individuellen Freiheitsbereichs bedarf es aber einer hinreichenden Rechtfertigung.²⁰⁵ Jedenfalls ist es dem Gesetzgeber nicht erlaubt, auch einen wirksamen Teil der Altregelung zum Nachteil des Einzelnen zu vernichten, wenn dies allein damit begründet wird, dass eine Neuregelung verfassungsrechtlich geboten sei. Dies würde u.a. dem Umstand zuwiderlaufen, dass in der Unvereinbarkeitserklärung des Bundesverfassungsgerichts zugleich eine Vereinbarkeitserklärung für den wirksamen Teil der Norm zu sehen ist (geltungserhaltende Reduktion). Soweit es diesen betrifft, geht es also nicht um eine Überführung von Unrecht in Recht.

Dass dieser Gesichtspunkt nun nicht zum Anlass genommen werden kann, den Gesetzgeber hinsichtlich des wirksamen Teils der Regelung vollständig zu binden, muss hier auch berücksichtigt werden. Dies folgt aber schon aus dem Demokratieprinzip. Zunächst ist es wichtig, einmal zu betonen, dass der wirksame Teil einer Regelung Grundlage eines Freiheitsschutzes (Bestandsschutz) sein kann, und zwar ausnahmsweise sogar dann, wenn anzunehmen wäre, dass der Gesetzgeber eine Regelung wie

²⁰⁴ Sofern es um eine horizontale Ebene zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern geht (z.B. BGB-Vorschriften), kommt es auf die Berücksichtigung der jeweiligen betroffenen Interessen an.

²⁰⁵ Vgl. BVerfGE 19, 342 (348 f.).

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

die, welche die ursprüngliche Norm in Gestalt der noch wirksamen Rudimentärregelung erhalten hat, selbst nicht erlassen hätte.²⁰⁶ Dies mag auf den ersten Blick als eine nicht unerhebliche Beschränkung der Gestaltungskompetenz des demokratisch-legitimierten Gesetzgebers erscheinen. Dieses Ergebnis folgt aber aus der Geltung der »Restnorm«. Jedenfalls ist der Gesetzgeber bei einer Neufassung nicht völlig frei, sondern verpflichtet, der teilweisen Verfassungskonformität der ursprünglichen Regelung Rechnung zu tragen, wenn er eine Neuregelung schaffen will, welche die Position des Einzelnen verschlechtern soll, die sich aus dem für wirksam erachteten Teil der ursprünglichen Regelung ergibt.

Wenn jedoch eine Norm als vollumfänglich nichtig angesehen wird, ist es problematisch, überhaupt von Vertrauensschutz auf ihren Bestand zu sprechen: Als gültige Norm hat sie gemäß der *Ipso-iure*-Lehre nie existiert, und im Sinne der Vernichtbarkeitslehre begründet die (vollständige) Nichtigkeit eine rückwirkende Vernichtung der bis dahin als gültig anzusehenden Norm.²⁰⁷ Zumindest werden die von ihr ausgehenden Rechtsfolgen bzw. Rechtswirkungen vollständig vernichtet, womit dann aber auch kein Raum mehr für einen Bestandsschutz verbleibt. Ein als nichtig erkanntes, (vollumfänglich) verfassungswidriges Gesetz kann keinen Bestand haben und deshalb auch kein Vertrauen verdienen.²⁰⁸

Soweit ein definitiver Schutz aus dem Bestandsschutz resultieren soll, sollte daher keine Nichtigkeit bei einer Regelung, die den Einzelnen begünstigt, angenommen werden, weil der Bestandsschutz sich sonst nur noch auf einen Rechtsschein beziehen kann. Ein Rechtsschein wird aber seinerseits mit der Annahme der Nichtigkeit vernichtet. Mit dem Rückgriff auf

²⁰⁶ S. aber zu einer befristeten Weitergeltung einer verfassungswidrigen Norm aus Gründen des Schutzes der Allgemeinheit sogleich unten, S. 127 ff.

²⁰⁷ Vgl. *Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. A., S. 282.

²⁰⁸ Vgl. *P. Kirchhof* *StuW* 2000, S. 221, 228.

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

einen »Rechtsschein« oder auf eine »Rechtswirkung« wird die Sache unnötig abstrahiert und damit komplizierter, als sie in Wahrheit ist. Soweit derlei »Wirkungen« sich als schützenswert herausstellen, haben sie eine juristisch-normative Bedeutung und damit Gültigkeit – eben weil sie von der Rechtsordnung geschützt werden. Als ein Prinzip im Sinne der Prinzipientheorie hat der Bestandsschutz ohnehin einen normativen Charakter.²⁰⁹ Soweit aus den »Wirkungen« eine definitiv geschützte Rechtsposition des Bestandsschutzes folgt, haben sie ihre Ursache in der ursprünglichen Norm. Zwar ist es *im Ergebnis* gleichgültig, wenn man formuliert, dass das Vertrauen in den Bestand der ursprünglichen Norm, von der lediglich noch ein Rechtsschein ausgehe, geschützt werde. Für eine analytische Betrachtung ist es aber genauer, nicht von einer bloß fingierten Weitergeltung zu sprechen, sondern von einer direkten Geltung der Norm, soweit ein definitiv geschütztes Vertrauen (Interesse) angenommen wird. Für den Kreis der Berechtigten, dessen Vertrauen sich als schützenswert erweist, ist die Norm selbst in dem Umfang, in dem sie Vertrauensschutz erzeugt, weiterhin gültig – und nicht bloß ein auf ihr beruhender Rechtsschein.²¹⁰

Da die Norm insoweit selbst noch Gültigkeit hat, ist der Bestandsschutz nicht überflüssig. Vielmehr sind prinzipielle Bestandsschutzaspekte bei der Bestimmung der Reichweite der Wirksamkeit der Vorschrift – bzw. bei der Bestimmung der Reichweite der (rückwirkenden) Beseitigung ihrer Rechtsfolgen im Sinne der Vernichtbarkeitslehre – zu berücksichtigen; die ursprüngliche Norm ist nur insoweit nichtig, als die Rechtsfolgen keine Berücksichtigung finden (sollen).

²⁰⁹ Vgl. zur Verwendung des Normbegriffs auch *Sobota* Das Prinzip Rechtsstaat, S. 173.

²¹⁰ Im Übrigen wird auch hieraus deutlich, dass der Terminus »Bestandsschutz« eigentlich vorzuziehen ist, weil er den Charakter der weiteren Geltung der Norm besser zum Ausdruck bringt.

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

Die vorstehenden Überlegungen bedeuten nicht, dass das Bundesverfassungsgericht etwa nicht berechtigt wäre, den individuellen Bestandsschutz bei einer verfassungswidrigen Regelung, die den Einzelnen begünstigt, oder den Freiheitsschutz bei einer verfassungswidrigen Norm, die den Einzelnen benachteiligt, zu beschränken: Wie erwähnt, können auch Gründe des Gemeinwohls – und insofern ein »Bestandsinteresse« der Allgemeinheit²¹¹ oder »Rechtssicherheit« – die zeitweise weitere Aufrechterhaltung einer als verfassungswidrig erkannten Norm rechtfertigen.²¹² Soweit hieraus aber eine Belastung des Einzelnen resultiert, bedarf es für die Aufrechterhaltung einer verfassungswidrigen Regelung einer hinreichenden Rechtfertigung. Ein verfassungswidriges Gesetz ist jedenfalls insoweit zu erhalten, als bei seiner vollständigen Nichtigkeit die Rechtslage noch weniger mit dem Grundgesetz zu vereinbaren wäre (im Vergleich zur rechtlichen Ausgangslage).²¹³

Die Kriterien, die das Bundesverfassungsgericht für eine zeitweise bzw. für eine »zeitweise vollständige« Weitergeltung einer verfassungswidrigen Norm aufstellt, erweisen sich allerdings als uneinheitlich.²¹⁴ Keineswegs genügt es, wenn das Gericht den Ausspruch einer bloßen Unvereinbarkeit ausreichen lässt, die mit einer befristeten Weitergeltung der beanstandeten Regelung verbunden wird, nur weil dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten offenstehen, einen Verfassungsverstoß zu beseitigen.²¹⁵ Und andererseits kommt nicht erst eine Unvereinbarerklärung mit befristeter Weitergeltung der verfassungswidrigen Norm in Be-

²¹¹ In BVerfGE 38, 348 (368) ist die Rede von einem »öffentlichen Interesse am Bestandsschutz«.

²¹² Vgl. BVerfGE 103, 332 (391); 109, 190 (235).

²¹³ Vgl. BVerfGE 61, 319 (356); 99, 216 (344); 112, 268 (283); *Benda / Klein* Verfassungsprozessrecht, Rn. 1263.

²¹⁴ Dazu und außerdem zu einem Kriterium der *Abstraktheit* sogleich unter 5.7.4.

²¹⁵ So pauschal aber BVerfGE 114, 1 (70); vgl. BVerfGE 116, 229 (242); 116, 243 (270).

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

tracht, wenn ihre sofortige Ungültigkeit dem Schutz *überragender* Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde.²¹⁶ Denn es erscheint weitgehend unproblematisch, eine Regelung aufrechtzuerhalten, wenn es lediglich um einen geringfügigen Verfahrensverstöß geht und im Übrigen Gründe des Gemeinwohls eine befristete Weitergeltung rechtfertigen.²¹⁷

5.7.4 Anwendungsbeispiel

Mit der Unvereinbarkeitserklärung fügt das Bundesverfassungsgericht in die beanstandete Regelung eine Ausnahme ein, die die Regelung lediglich einschränkt, aber nicht vollständig vernichtet – auf diese Betrachtung ist noch näher einzugehen. Dass sie sich nicht als irrelevant erweist, lässt sich anhand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einem Verbot anwaltlicher Erfolgshonorarvereinbarungen zeigen: Mit dem Beschluss vom 12. Dezember 2006 hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts das Verbot der Vereinbarung anwaltlicher Erfolgshonore mit der Verfassung insoweit für unvereinbar angesehen, als die gesetzlichen Regelungen (§ 49b Abs. 2 BRAO aF und § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO) keine Ausnahme vorsehen.²¹⁸ Eine von der Verfassung gebotene Ausnahme sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn aufgrund der wirtschaftlichen Situation des Auftraggebers erst die Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung die Inanspruchnahme qualifizierter anwaltlicher Hilfe ermöglicht.²¹⁹ Insoweit begründe das ausnahmslose Verbot einen Eingriff, der das Übermaßverbot verletze²²⁰ und gegen das Grundrecht auf freie Berufsausübung verstoße²²¹. Obwohl das Bundesverfassungsge-

²¹⁶ In diesem Sinne aber BVerfGE 109, 190 (234).

²¹⁷ Vgl. BVerfGE 103, 332 (391).

²¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 2006 - 1 BvR 2576/04, AnwBl 2007, S. 297 ff. = BVerfGE 117, 163.

²¹⁹ BVerfG, AnwBl 2007, S. 306.

²²⁰ BVerfG, ebd., S. 305.

²²¹ BVerfG, ebd., S. 301.

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

richt keine Zweifel erkennen lässt, dass gerade für den Fall der Beschwerdeführerin ein solcher Ausnahmetatbestand vorgelegen hat, der die Verfassungswidrigkeit begründet,²²² hebt es dennoch die entgegenstehenden Entscheidungen, u.a. des Sächsischen Anwaltsgerichtshofes und des Bundesgerichtshofes, nicht auf. (Diese haben der Beschwerdeführerin einen disziplinarrechtlichen Verweis sowie eine Geldbuße auferlegt.)

Das Bundesverfassungsgericht unterstellt eine Notwendigkeit, nach der das bisherige umfassende Verbot anwaltlicher Erfolgshonorarvereinbarungen aufrechtzuerhalten sei, weil Erfolgshonorare sonst ohne jede Einschränkung vereinbart werden könnten. Damit würde zudem ein Zustand entstehen, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt sei als der bisherige.²²³ Aus diesem Grunde lässt es die Altregelungen für eine Frist bis zum 30. 6. 2008 fortbestehen und verpflichtet den Gesetzgeber, bis zu dem Stichtag wenigstens den vorgenannten Ausnahmetatbestand in den § 49b Abs. 2 BRAO aufzunehmen.²²⁴

Die vorgenannte Prämisse erweist sich aber als unrichtig. Ohne jede Einschränkung wären Honorarvereinbarungen nur dann möglich, wenn das Gericht das Verbot vollständig aufgehoben hätte. Eine vollständige Aufhebung der beanstandeten Vorschriften war aber nicht notwendig. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht kann so verstanden werden, als das Gericht bereits selbst in den § 49b Abs. 2 BRAO die vorgenannte Ausnahme (*Ausnahmeregelung*), die es eigentlich vom Gesetzgeber verlangt, eingefügt hat, wodurch im Übrigen die Geltung der Vorschrift unberührt bleibt (Teilnichtigkeit; geltungserhaltende Reduktion). Dies bedeutet, dass das ausnahmslose Verbot des § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO schon mit der Gerichtsentscheidung nicht mehr ausnahmslos gilt: Das Verbot gilt nicht mehr, wenn der

²²² BVerfG, ebd., S. 305 f.

²²³ So im Ganzen: BVerfG, AnwBl 2007, S. 297, 307.

²²⁴ BVerfG, ebd., S. 306 f.

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

Ausnahmetatbestand vorliegt. Liegt er dagegen nicht vor, gilt das Verbot weiterhin.

Diese Interpretation der Entscheidung mag vielleicht auf den ersten Blick als etwas kurios erscheinen. Bei einer näheren Untersuchung zeigt sich aber, dass es zu ihr keine Alternative gibt, weil andere Interpretationen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Gegen die vorgeschlagene Betrachtung ließe sich womöglich mit einem ersten Einwand anführen, dass das Bundesverfassungsgericht zu einer Art »Ersatzgesetzgeber« würde. Der Einwand lässt sich jedoch entkräften, weil auch die Feststellung einer vollständigen Verfassungswidrigkeit (Nichtigkeit) eines Gesetzes eine *Regelung* begründet, die in der Nichtigkeitsanordnung des Bundesverfassungsgerichts ihren Ausdruck findet. *Insoweit* ist das Gericht ohnehin gewissermaßen als »Ersatzgeber« anzusehen. Dies ist auch nichts Besonderes, sondern eine Folge, die aus der Existenz einer »normenkontrollierenden Verfassungsgerichtsbarkeit«²²⁵ resultiert: Wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz vollständig aufheben kann, ist es erst recht dazu in der Lage, ein Gesetz nur teilweise aufzuheben.²²⁶ Letztlich ist das »Ersatzgesetzgeber«-Argument aber eine überflüssige Konstruktion. Es greift schon deshalb nicht, weil die vorgeschlagene Betrachtung vor allem eine Frage der Interpretation ist (verfassungskonforme Auslegung)²²⁷: Wenn ein Gesetz verfassungskonform zu reduzieren ist (verfassungskonforme Auslegung), ist es nicht mehr vollumfänglich anwendbar

²²⁵ *Pestalozza* Verfassungsprozessrecht, § 20, Rn. 17.

²²⁶ Eine bloße Teilnichtigkeit liegt allerdings schon darin begründet, dass die Altregelung ohnehin nur noch für einen Übergangszeitraum gelten soll; zeitliche und inhaltliche Aspekte lassen sich nicht trennen; vgl. dazu auch oben, 5.3.2 aE.

²²⁷ Vgl. dazu *Skouris* Teilnichtigkeit von Gesetzen, S. 106 ff. Dagegen deutet *v. Arnould* Rechtssicherheit (2006), S. 304 (ebd., Fn. 217) an, dass Teilnichtigkeit und verfassungskonforme Auslegung in einem gegensätzlichen Verhältnis stehen würden. Zur verfassungskonformen Auslegung im Allgemeinen vgl. auch unten, S. 222 f.

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

und insoweit nicht mehr gültig – also teilnichtig. Daher folgt die Teilnichtigkeit aus einer verfassungskonformen Auslegung.

Als zweites Gegenargument ließe sich anführen, dass das Bundesverfassungsgericht gar nicht von seiner üblichen Entscheidungspraxis abgewichen sei. Ein solcher Einwand würde aber nicht zutreffen. Zwar existieren Entscheidungen, nach denen eine als verfassungswidrig erkannte Norm noch für eine Übergangszeit »vollumfänglich« anzuwenden ist. Bei diesen Entscheidungen geht es u. a. um gleichheitswidrige Steuergesetze (z. B. Erbschaftssteuergesetz²²⁸). Jedenfalls müssen *besondere Gründe* vorliegen, die es rechtfertigen, eine verfassungswidrige Norm noch zeitweise aufrechtzuerhalten.²²⁹ Verfassungsrechtliche Bedenken lassen sich allerdings auch gegen die zeitweise Aufrechterhaltung gleichheitswidriger Steuergesetze anführen. Für eine zeitweise Weitergeltung mögen Gründe der Allgemeinheit sprechen können (verlässliche Finanz- und Haushaltsplanung u. a.),²³⁰ möglicherweise auch ein Kriterium einer primären Abstraktheit: Insofern könnten gleichheitswidrige Steuergesetze vor allem in Bezug auf die geregelten Sachverhalte (und nicht so sehr in Bezug auf die jeweilige Personengruppe) als *abstrakt* gleichheitswidrig erscheinen.²³¹ Ob das Kriterium einer primären Abstraktheit überhaupt zu berücksichtigen ist, ist aber schon im Allgemeinen zweifelhaft. Im Fall der »Erfolgshonorarvereinbarungen« ist es jedenfalls nicht anwendbar: Hier geht es nicht um eine abstrakte Verfassungswidrigkeit. Vielmehr liegt der Verfassungswidrigkeit ein konkreter Sachverhalt zugrunde, bei dem es um die Verletzung eines speziellen Freiheitsrechts geht. Deshalb handelt es sich um eine konkrete Verfassungswidrigkeit.

²²⁸ BVerfG, Az. 1 BvL 10/02, Beschluss v. 7. 11. 2006; vgl. allgemein zu gleichheitswidrigen Steuergesetzen: *Wernsmann* Das gleichheitswidrige Steuergesetz (2000).

²²⁹ Vgl. BVerfGE 109, 190 (235).

²³⁰ BVerfG, Az. 1 BvL 10/02, Beschluss v. 7. 11. 2006.

²³¹ Zu dem Kriterium der Abstraktheit vgl. BVerfGE 112, 268 (283).

5.7 VERFASSUNGSWIDRIGE GESETZE

Der Umfang der Weitergeltung einer als verfassungswidrig erkannten Norm ergibt sich aus den Entscheidungsgründen, wenn der Tenor keine definitive Anordnung vorsieht. So hat das Gericht in der »Sportwetten«-Entscheidung die gesetzliche Regelung weitgehend aufrechterhalten zur Verhinderung von »Spielsucht« – aber auch nur weitgehend: »Bis zu einer Neuregelung darf das Staatslotteriegesetz *nach Maßgabe der Gründe* weiter angewandt werden.«²³² Der spezielle Einzelfall der Beschwerdeführerin bei den »Erfolgshonoraren« ist mit den anderen Entscheidungen, in denen die verfassungswidrigen Altregelungen noch »zeitweise *vollständig*« weiter angewendet wurden, nicht vergleichbar.

Endlich erscheint es noch denkbar, den Entscheidungstenor gegen die hier vorgeschlagene Interpretation anzuführen. Nach ihm »können« die Regelungen noch bis zum Stichtag weiterhin angewendet werden.²³³ Mit der Formulierung könnte gemeint sein, dass die Altregelungen weiter angewendet werden dürfen und dass gegen eine solche Anwendbarkeit nicht der Einwand der Verfassungswidrigkeit zu erheben sein soll. Das Verständnis würde aber nicht für alle Fälle weiterhelfen. Mit dem Wortlaut des Tenors erscheint es unproblematisch zu sein, dass die Anwaltskammern dann nicht mehr verpflichtet sind, die Altregelungen anzuwenden, wenn der Ausnahmetatbestand vorliegt. Insoweit hätten sie eine Art »Ermessen«, und insofern würden sie die Altregelung (die sich nach Maßgabe der Entscheidungsgründe als verfassungswidrig erwiesen hat) für die Übergangszeit noch anwenden »können« (Tenor), aber nicht mehr anwenden müssen.

²³² BVerfGE 115, 276 (277); Hervorhebung von F.R.

²³³ Im Tenor zu Ziffer 1 - BVerfG, Beschluss v. 12. Dezember 2006 - 1 BvR 2576/04 - heißt es, die Regelungen des § 49b Absatz 2 BRAO aF und des § 49b Absatz 2 Satz 1 BRAO seien nach Maßgabe der Gründe insoweit mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar, als sie keine Ausnahme vom Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare vorsehen. »Sie können bis zur Neuregelung weiter angewendet werden. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 30. Juni 2008 eine Neuregelung zu treffen.«

5 BESTANDSSCHUTZ UND GRUNDRECHTE

Ein derartiges »Ermessen« würde jedoch zu gleichheitswidrigen Ergebnissen führen, wenn eine Anwaltskammer in einem Fall, in dem der Ausnahmetatbestand vorliegt, keine Bedenken gegen eine Erfolgshonorarvereinbarung erhebt, während eine andere Anwaltskammer strikt die Altregelung anwendet bei einem entsprechenden Sachverhalt. Um solche widersprüchlichen Resultate zu vermeiden, sollte die Formulierung daher in der Weise verstanden werden, dass nur eine Anwendbarkeit der Regelungen an sich gemeint ist (weil diese überhaupt noch existieren). Die Regelungen haben aber einen anderen Inhalt bekommen, da sie nur noch mit der vom Bundesverfassungsgericht eingefügten Ausnahme gelten. Schon mit der Entscheidung des Gerichts ist eine Vereinbarung anwaltlicher Erfolgshonorare nur noch grundsätzlich verboten; sie ist verboten, wenn der Ausnahmetatbestand nicht vorliegt. Mit diesem hat das Gericht die beanstandete Regelung des § 49b Abs. 2 BRAO ergänzt. Im Grunde war daher der Regelungsauftrag an den Gesetzgeber nicht mehr notwendig. Die Prämisse des Bundesverfassungsgerichts erweist sich insofern als haltlos, weil eine vollständige Aufhebung der Altregelung nicht erforderlich war. Zugleich wird deutlich, dass eine verfassungskonforme Rechtslage erst mit der Einfügung der vorgenannten Ausnahme in die ursprüngliche Regelung hergestellt wird. Erst die insoweit veränderte neue Regelung gibt die von der Verfassung gebotene Rechtssituation wieder; die Entscheidung des Gerichts dokumentiert nicht das Ergebnis der Abwägung zwischen dem grundrechtlichen Freiheitsinteresse der Beschwerdeführerin und dem öffentlichen Interesse an der Fortexistenz der ursprünglichen Regelung. Ein unverhältnismäßiger Eingriff in ein individuelles Freiheitsrecht verstößt gegen das Übermaßverbot und verletzt damit das Freiheitsrecht. Hieraus resultiert ein Schutz für den Einzelnen²³⁴ – und nicht bloß eine Handlungs-

²³⁴ Vgl. BVerfGE 53, 135 (135 f.).

5.8 ZWEI SCHRANKEN – RECHTSSTAATSPRINZIP?

anweisung an den Gesetzgeber.²³⁵ Das Gericht hätte daher die Entscheidungen der Instanzengerichte aufheben müssen.

5.8 Zwei Schranken – Rechtsstaatsprinzip?

Sofern kein grundrechtsspezifischer Vertrauensschutz (Bestandsschutz) berührt ist, steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig Art. 2 Abs. 1 GG am Anfang der Prüfung einer Regelung auf ihre Verfassungskonformität.²³⁶ Da das Grundrecht eine »allgemeine Handlungsfreiheit« gewährleistet,²³⁷ folgt hieraus, dass eine jegliche Beeinträchtigung des Bürgers, die durch den Staat erfolgt, bereits einen Eingriff charakterisiert.²³⁸ Schon bei Beginn einer Prüfung, die danach fragt, ob eine staatliche Maßnahme die allgemeine Handlungsfreiheit beeinträchtigt, erwähnt das Bundesverfassungsgericht daher die Schranken-Schranken, an denen der Eingriff zu messen ist.²³⁹ Formal prüft das Gericht dabei das Verhältnismäßigkeitsgebot und das Bestandsschutzprinzip als selbständige Schranken-Schranken nebeneinander.²⁴⁰ Dabei geht das Gericht scheinbar nicht wie bei einer Prüfung im Rahmen des Eigentumgrundrechts vor, wo es Aspekte des Bestandsschutzes in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einstellt.²⁴¹ Zu betonen ist hierbei, dass

²³⁵ Im Übrigen gehört auch die Verfassung zur »Rechtsordnung«, deren Verlässlichkeit eine »Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen« kennzeichnet (BVerfGE 72, 200, 257; 105, 17, 37). Daher muss der Einzelne sich darauf verlassen können, dass ihn die Verfassung schützt, wenn eine gesetzliche Anordnung in seine grundrechtlich verbürgten Rechte unangemessen eingreift.

²³⁶ S.o., S. 105 f.

²³⁷ Vgl. BVerfGE 80, 137 (152); *J. Ipsen* Grundrechte, Rn. 722.

²³⁸ Vgl. *Pieroth / Schlink* Grundrechte, Rn. 379.

²³⁹ Vgl. BVerfGE 72, 175 (196); 105, 17 (32).

²⁴⁰ Vgl. BVerfGE 80, 137 (153, 163); 97, 271 (286 ff.); 103, 271 (287); 105, 17 (32 ff., 36).

²⁴¹ Zumeist prüft das Gericht zunächst den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In BVerfGE 103, 271 (287) zieht es den Vertrauensschutz einmal vor.