

Die Auswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf den Gesetzgeber

Choi, Yooncheol

(Dozent an den Univ. Konkuk und Kangwon, Dr. iur)

< Inhaltsverzeichnis >

- A. Einleitung
- B. Auswirkung auf den Gesetzgeber je nach den
Entscheidungsvarianten des BVerfG
 - I. Beziehung zwischen dem Gesetzgeber und
dem Verfassungsgericht
 - II. Entscheidungsvarianten des BVerfG
- C. Abschluss

A. Einleitung

Der Gesetzgeber muß die sich ständig wandelnden öffentlichen und privaten Bedürfnisse der Gesellschaft befriedigen und die begrenzten Güter unter den verschiedenen Interessengruppen verteilen, damit er dem Verfassungsauftrag der

Bewahrung der Menschenwürde, konkret der 'menschenwürdigen Ausgestaltung' der Rechtsordnung, gerecht wird¹⁾. Der Gesetzgeber vermag aber häufig die komplizierten Lebensverhältnisse nicht zu überschauen. In der modernen Industriegesellschaft ist er überfordert.

Die Organisation des parlamentarischen Gesetzgebers entspricht nicht den Erfordernissen, Gesetze an sich rasant ändernde Situationen anzupassen. Die Initiative zur Gesetzgebung geht in der Tat meistens von der Regierung aus, und diese nimmt auf den Inhalt der Gesetze zunächst durch ihre Vorlage und während der Beratung durch ihre Ressorbeamten substantiellen Einfluß. Parlamentarische Gesetzesentwürfe sind eher selten.

Die perfekte Rationalität ist nicht erreichbar. Angestrebt wird nicht das 'ideale Gesetz', man versucht eher das 'relativ gute Gesetz' in Form eines möglichst erfolgreichen Gesetzes zu erreichen²⁾. Aber die Klagen über mangelhafte oder schlechte Gesetze seitens der Bürger häufen sich. Der Gesetzgeber dagegen produziert immer mehr Gesetze, die in zunehmendem Maße wegen ihrer Unbestimmtheit und ihrer unfaßbaren Weite die allgemeine Zustimmung verlieren. Die Bürger leiden einerseits unter der Anzahl der Gesetze, andererseits unter Gesetzesmangel.

Unbestimmte und weit gefaßte Vorschriften bedürfen in großem Maße der Auslegung durch die Gerichte. Insofern stellen sie einen Machtzuwachs der Judikative auf Kosten der Legislative dar³⁾. Der immer häufiger vorgetragene Vorwurf, das BVerfG übernehme die Rolle des Gesetzgebers, verdeutlicht diese Entwicklung.

Unbeachtet dieser Vorwürfe beeinflußt das BVerfG seit seiner Gründung die anderen Staatsgewalten, vor allem die Legislative, erheblich. Die Frage nach der Rolle des BVerfG im Gefüge der Staatsgewalten ist aktueller denn je. Damit hängt auch die Frage zusammen, wie der Gesetzgeber auf die Entscheidungen des BVerfG reagieren soll.

1) A. Scherzberg, Wertkonflikt vor dem BVerfG, DVBl. 1999, S. 358; BVerfGE 87, 209(228).

2) U. Karpen, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, Baden-Baden, 1989, S. 83.

3) W. Schlüter, Das obiter dictum, München 1971, S. 3.

Mit dem Thema 'Die Auswirkungen der Entscheidungen des BVerfG auf die Gesetzgebung' geht es zugleich um den Umfang der Normenkontrolle des BVerfG. Durch die Untersuchung der Entscheidungen kann die Auswirkung auf die Gesetzgebung indirekt erläutert werden. Die vorliegende Arbeit verfolgt demnach die Auswirkungen des BVerfG auf die Gesetzgebung nach den Entscheidungsformeln, die es seit seiner Errichtung ständig entwickelt. Anhand dieser Entscheidungen können die Reaktionen des Gesetzgebers betrachtet werden. Dabei kann die vorliegende Arbeit nicht alle Aspekte umfassend erörtern. Der entscheidende Hintergrund dieses Themas ist die Frage nach dem Gewaltenteilungsprinzip.

B. Auswirkungen auf den Gesetzgeber je nach den Entscheidungsvarianten des BVerfG

I. Die Beziehung zwischen dem Gesetzgeber und dem Ver- fassungsgericht

1. Ausgangslage

Wie schon oben dargestellt wurde, kann der Gesetzgeber die Sachlage in der modernen Gesellschaft nicht allein fassen und verrechtlichen. Er versucht freilich, immer mehr Gesetze zu erlassen, um die neu entstehenden Lebensverhältnisse zu ordnen. Die Gesetze veralten dennoch schnell, und die Lücke zwischen den Gesetzen und der tatsächlichen Lage wird dadurch immer größer und breiter. Je mehr Gesetze, desto größer scheint die Lücke zu werden. Es ist ein Teufelskreis.

Die Kompetenz zum Erlass von Gesetzen besitzt nach wie vor ausschließlich die Legislative. Das Legislative Gesetzgebungsmonopol ist ein Kerngehalt des Gewaltenteilungsprinzips und durch das Grundgesetz positivrechtlich verfaßt. Die legislative Gesetzgebungskompetenz beinhaltet dabei natürlich nicht nur die Frage,

ob ein Gesetz erlassen werden soll, sondern auch welchen Inhalt es haben soll.

Eine bundesdeutsche Besonderheit ist dabei die überaus starke Stellung des BVerfG⁴⁾, dem gegenüber den anderen Organen und Staatsgewalten immer dann das Recht der letzten Entscheidung zusteht, wenn es um die Einhaltung der Verfassung geht⁵⁾. Die Stellung des BVerfG kann nach unterschiedlichen Gesichtspunkten betrachtet werden⁶⁾.

Zwischen den Aufgaben des Gesetzgebers und denen des BVerfG bestehen grundlegende Unterschiede. Das BVerfG ist im Gegensatz zum Gesetzgeber nicht als Produzent, sondern als Kontrolleur von Normen anzusehen. Aber der Vorwurf, das BVerfG greife über seine Aufgabe hinaus in den Bereich des Gesetzgebers ein, wird immer lauter. Die Frage des Verhältnisses dieser beiden Staatsorgane ist eine der beliebtesten grundlegenden Fragen des deutschen Staatsrechts überhaupt⁷⁾.

2. Das Gewaltenteilungsprinzip

a) Die klassische Gewaltenteilung

Das Prinzip der Gewaltenteilung als Teil und Verschränkung der staatlichen Macht hat für die verfassungsrechtliche Ordnung in Deutschland zentrale Bedeutung⁸⁾. Die klassische Zwecksetzung der Gewaltenteilung ist mit der Freiheitssicherung des Individuums durch Mäßigung der Staatsgewalt beschrieben worden⁹⁾. Das Ineinandergreifen und die wechselseitigen Kontroll-

4) Das BVerfG hat sich im Status-Bericht als 'oberste(n) Hüter der Verfassung' bezeichnet und zugleich als 'ein mit höchste Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan', das den anderen Bundesorganen 'ebenbürtig' sei. Dazu H-P. Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103.

5) H-J. Vogel, Gewaltenvermischung statt Gewaltenteilung?, NJW 1996, S. 1506.

6) Vgl. H-P. Schneider, NJW 1980, S. 2103-2104.

7) Die Diskussion darüber, ob das BVerfG seine Position überschritt, ist mit seinen Entscheidungen der Grundlagenvertragsbeschluß (BVerfGE 36, 1) und der Schwangerschaftsabbruchentscheidung (BVerfGE 39, 1, sog. Fristenlösung) noch polemisch ausgebrochen.

8) H-J. Vogel, NJW 1996, S. 1505.

9) T. von Danwitz, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers zur Kontrolldichte

und Beeinflussungsmöglichkeiten der so separierten Staatsgewalt bewirken im idealtypischen Bild der Gewaltenteilung die Hemmung und Begrenzung der Staatsgewalt¹⁰⁾.

Das Prinzip der Gewaltenteilung war aber zunächst primär gegen die Staatsform der Monarchie gerichtet. Die Teilung der Staatsgewalt entspricht historisch der Staatsform der konstitutionellen Monarchie¹¹⁾. Aber mit der Entwicklung zur parlamentarisch-demokratischen Republik ist die klassische Gewaltenteilungsform erheblich verändert. Der zwischen Legislative und Exekutive ehemals bestehende Macht- und Legitimationsdualismus ist aufgelöst und durch einen parlamentarischen Monismus ersetzt worden¹²⁾.

Das Gewaltenteilungsprinzip hat naturgemäß ein anderes Gesicht. Zwar müßte man theoretisch ein Übergewicht des Parlaments annehmen. In der Tat besteht jedoch die Gefahr, daß bei der Gesetzgebung die Macht von Regierung und Verwaltung, insbesondere der Einfluß der Ministerialbürokratie, die Macht des Parlaments überlagert und schmälert¹³⁾.

b) Das gegenwärtige Verständnis der Gewaltenteilung

Die Diskussion um die Gewaltenteilung beschränkt sich gegenwärtig nicht nur auf Hemmung und Balancierung der realen Machtfaktoren, sondern fragt zunehmend nach ihrer Zuordnung. Die Aufteilung der Staatstätigkeiten unter den Gewalten trägt zu der optimalen Steuerung und Regelung der individuellen und sozialen Verhältnisse bei¹⁴⁾. Gewaltenteilung beinhaltet also eine rationale Verteilung der Staatsfunktionen zum optimalen Schutz der Grundrechte.

Das BVerfG hat auch erwähnt: Unter der Voraussetzung, daß kein Organ in den Kernbereich eines anderen eingreifen dürfe¹⁵⁾, zielt die Gewaltenteilung darauf

verordnungsgeberischer Entscheidungen, Berlin 1989, S. 45.

10) T. von Danwitz, S. 45.

11) Dazu Ch. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber, Berlin 1985, S. 18ff.; A. Söllner, Zum Eingriff der Rechtsprechung in die Gesetzgebung, ZG 1996, S. 241ff; K. Chrysogonos, Verfassungsgericht und Gesetzgebung, Berlin 1987, S. 34ff.

12) T. von Danwitz, S. 46ff.; A. Söllner, ZG 1996, S. 242; Ch. Gusy, S. 23ff.

13) A. Söllner, ZG 1996, S. 242.

14) U. Karpen, S.32; B-O., Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982, S. 333f.

ab, daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig sind, d.h. von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen¹⁶⁾.

Um sie an die Kompliziertheit der Lebensverhältnisse anzupassen, soll die Qualität staatlicher Entscheidungen dadurch verbessert werden, daß mehrere Organe, die unterschiedliche Aspekte und Interessen zur Geltung kommen lassen, an ihrer Vorbereitung mitwirken, und daß sie stets der Nachprüfung unterliegen¹⁷⁾. In diesem Sinne bestimmt Art. 20 II GG, daß die vom Volke ausgehende Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtssprechung ausgeübt wird. Und Art. 20 III GG bindet ausdrücklich die Gesetzgebung an die Verfassung und die Exekutive und Judikative an Recht und Gesetz.

Die Gewaltenteilung hat somit auch den Zweck, den Vorrang des Verfassungsrechts zu sichern. Dafür wird die staatliche Gewalt nicht lediglich aufgeteilt, sondern auch ausbalanciert. Eine absolute Trennung der Staatsgewalten entspricht nicht der Verfassung, sondern einerseits ihre gegenseitige Kontrolle und Mäßigung¹⁸⁾, andererseits eine sinnvolle Verteilung staatlicher Aufgabe auf unterschiedlich spezialisierte Funktionsträger¹⁹⁾.

In diesem Zusammenhang wird auch eine über das herkömmliche Verständnis hinausgehende vertikale Gewaltenteilung zwischen dem Bund und den Ländern diskutiert. Die Theorie der Gewaltenteilung entwickelt sich also auch heute noch weiter. Das Element der Hemmung der Staatsgewalt tritt dabei zugunsten eines optimalen Zusammenwirkens der demokratisch legitimierten Staatsorgane zunehmend zurück.

3. Das BVerfG als Ersatzgesetzgeber?

a) Einführung

15) BVerfGE 9, 268(279).

16) BVerfGE 68, 1(86), dazu H.-J. Vogel, NJW 1996, S. 1505f.

17) H.-J. Vogel, NJW 1996, S. 1505f.

18) B-O., Bryde, S. 334; BVerfGE 7, 183(188).

19) B-O., Bryde, S. 334.

Die Regelung wesentlicher Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen, obliegt dem Gesetzgeber. Alle wesentlichen Regelungen des Zusammenlebens der Bürger sind danach durch Gesetz vorzunehmen und dürfen nicht der freien richterlichen Rechtsschöpfung überlassen werden (Wesentlichkeitstheorie)²⁰⁾.

Die Verpflichtung des Gesetzgebers zum Normerlaß ergibt sich unmittelbar aus Art. 20 III GG. Der Gesetzgeber kann bei der Frage, ob ein Gesetz erlassen wird und wie es inhaltlich ausgestaltet wird, grundsätzlich nach politischer Opportunität entscheiden²¹⁾. Eine Vollstreckung verfassungsrechtlicher Entscheidungen des BVerfG bei Unterlassung ist ebenso unmöglich, wie eine Ersetzung fehlender Gesetze durch das Gericht. Auch ein 'Umschlagen' der Verfassungsaufträge in unmittelbar geltendes Recht ist weder möglich noch zulässig²²⁾.

Die Berufung auf das Verfassungsgericht bedeutet, daß die gesellschaftliche Kontroverse im verfassungsgerichtlichen Prozeß autorativ beendet wird. Damit reduziert sich zugleich die dynamische Offenheit des Grundgesetzes²³⁾. Der Vorwurf, das BVerfG überschreite mit den umfangreichen Normenkontrollbefugnissen seine Grenze als Rechtsprechungsorgan und verschiebe damit die Grenze zur Gesetzgebung²⁴⁾, so daß es sogar die Aufgabe der Gesetzgebung selber übernimmt²⁵⁾, nimmt zu. Diese Debatte ist sehr polemisch. Einen wichtigen Gesichtspunkt der Debatte stellt die richterliche Zurückhaltung (judicial self-restraint) dar.

b) Auswirkungen des BVerfG auf die gesetzgebende Gewalt

Das BVerfG ist ein Gericht (Art. 92 GG) und übt somit rechtsprechende Gewalt

20) A. Söllner, ZG 1996, S. 244.

21) P. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1988, S. 108.

22) Ch. Gusy, S. 205f.

23) A. Scherzberg, DVBl. 1999, S. 357.

24) K. Schaich, Das Bundesverfassungsgericht 2., neubearb. Aufl., München 1991, S. 266; M. Tohodipur, Zu Status und Funktion des BVerfG, in: derselbe (Hrsg.) Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, F. a. M. 1976, S. 12.

25) R. Lamprecht, Oligarchie in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung, NJW 1994, 3272ff.; H.-J. Vogel, NJW 1996, S. 1505ff.

aus. Um zu entscheiden, muß es im Rahmen der möglichen Verfahren angerufen werden. Aber seine Entscheidungen haben fast immer einen politischen Einschlag – mit der Verfassung als politischem Recht –, und seine Entscheidungen haben nicht selten weitreichende politische Auswirkungen²⁶⁾.

Die stärksten Wirkungen auf die gesetzgebende Gewalt gehen von der verfassungsrechtlichen Normenkontrolle aus. Das BVerfG zeigt kraft seiner Kontrollfunktion die verfassungsrechtlichen Grenzen der Gesetzgebungsorgane auf, innerhalb derer der Gesetzgeber zur freien politischen Entscheidung befugt ist²⁷⁾. Fast jeder Gesetzentwurf wird schon innerhalb der am Verfahren beteiligten Organe auf seine Verfassungsmäßigkeit geprüft und an der Rechtsprechung des BVerfG gemessen²⁸⁾. Das BVerfG übernimmt damit auch die Rolle eines vorgeschalteten Filters, der schlecht vorbereitete Gesetze gar nicht erst entstehen läßt.

Das BVerfG versteht die Verfassung nicht nur als die Summe einzelner Rechtsverbürgungen und Organisationsvorschriften, sondern als eine Einheit, als ein von bestimmten Wertentscheidungen, besonders den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip, geprägtes System²⁹⁾. Diese wertorientierte Verfassungsauslegung hat vor allem der Grundrechtsinterpretation und damit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle neue Horizonte geöffnet³⁰⁾.

Das neue Verständnis der Grundrechte trägt einerseits dazu bei, daß der Gesetzgeber dafür Verantwortung tragen muß, nicht nur die Staatsleitung gerecht zu verteilen, sondern vielmehr eine Lage zu schaffen, in der die Bürger ihre Freiheitsrechte materiell zur Geltung bringen und an staatlichen Leistungen angemessen teilhaben können³¹⁾. Die verfassungsrechtliche Wertorientierung bedeutet aber zugleich eine Ermessensreduzierung des Gesetzgebers³²⁾.

26) dazu W. Rupp-v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, AöR 102, 1977, S. 3f.; H-P. Schneider, NJW, 1980, S. 2104f.

27) P. Hein, S. 108; W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, 1977, S. 9.

28) W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 23; Karpen, S. 106.

29) W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 13.

30) W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 14.

31) W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 14f.

32) W-R. Schenke, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW 1979, S. 1329; ähnlich auch J. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt, Baden-Baden 1980, S. 220.

Hier bleibt es das ständige Problem verfassungsrechtlicher Normprüfung und deren Einwirkung auf die gesetzgebende Gewalt, inwieweit ihre Grenze bestimmt werden kann (judicial self-restraint). Entscheidend ist aber nicht, ob das BVerfG zukünftig in die Stellung eines gewöhnlichen Gerichts zurückgedrängt werden soll³³⁾, sondern inwieweit sein Prüfungsumfang reichen darf³⁴⁾.

c) Fazit

Den Entscheidungen des BVerfG kommt unbestreitbar ein gestaltendes und politisches Moment zu³⁵⁾. Aber es ist nur eine tatsächliche Folge. Das BVerfG muß die Auswahl zwischen mehreren Möglichkeiten der verfassungsgemäßen Ausgestaltung eines Gesetzes dem Gesetzgeber überlassen und sich auf solche Entscheidungen beschränken, bei denen es die Gewähr für die Verfassungsmäßigkeit eines Ergebnisses übernehmen kann³⁶⁾. Es darf nicht allgemeine Erwägungen für die künftige Regelung eines Rechtsgebiets aufstellen und diese als allein verfassungsgemäß deklarieren, obwohl es für die konkrete Entscheidung gar nicht darauf ankommt³⁷⁾.

Das Gericht entscheidet nicht über die Motive des Gesetzgebers³⁸⁾. Der Richter ist an die gesetzliche Zwecksetzung gebunden³⁹⁾. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist und bleibt ihrem Wesen nach Rechtsprechung. Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang vor allem zwischen der Normsetzung des Gesetzgebers und der Normenkontrolle des Gerichts⁴⁰⁾. Politische Entscheidungen müssen

33) Z. B. R. Lamprecht, NJW 1994, S. 3272ff.

34) Die aus der amerikanischen rechtsprechenden Tradition entstandene 'judicial self-restraint' Theorie kann in der deutschen Rechtsprechungssystem nicht einfach eingesetzt werden. Denn die deutschen Gerichte binden an Postulat des Rechtsverweigerungsverbots.

35) W-R. Schenke, NJW 1979, S. 1329.

36) W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 18f.; M. Kleuker, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1993, S. 96; H-J. Vogel, NJW 1996, S. 1510.

37) H-J. Vogel, NJW 1996, S. 1510.

38) U. Karpen, S. 107.

39) U. Karpen, S. 107.

40) P. Hein, S. 108; K. Schlaich, S. 270f.

demnach vom Parlament, dem Ort der politischen Auseinandersetzung und Willensbildung, getroffen werden, nicht vom BVerfG⁴¹⁾.

Das BVerfG fungiert auch als Hüter der parlamentarischen Minderheit, der Opposition. Da die Regierung von der Mehrheit des Parlaments gestützt wird, verliert dieses teilweise seine Kontrollfunktion im Sinne der Gewaltenteilung. Durch die der parlamentarischen Minderheit offenstehenden Verfahren zur Anrufung des BVerfG wird die parlamentarische Kontrolle der Regierung zusätzlich gewährleistet.

Je häufiger das BVerfG eine Entscheidungsvariante bzw. Abweichung mit der Begründung der Vermeidung der Nichtigkeit trifft, desto schwächer wird seine Besonderheit als ein Rechtsprechungsorgan, das die Verfassung erklären und stützen muß. Je größer die Zahl der Entscheidungsalternativen auf der Rechtsfolgende und je variabler ihre Handhabung ist, desto weniger normbestimmt agiert das Gericht und desto mehr vermag es sich an Opportunitätsgesichtspunkten auszurichten⁴²⁾. Es partizipiert dadurch in größerem Ausmaß an der politischen Willensbildung.

II. Entscheidungsvarianten des BVerfG

1. Vorbemerkung

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die verfassungsmäßige Ordnung zu schaffen, Art. 20 III GG. Aber der Gesetzgeber ist oft nicht in der Lage, einen Lebens- oder Sachbereich selbst vollständig und abschließend zu normieren, weil ihm hierzu notwendige Kenntnisse fehlen, und/oder weil die zu regelnde Materie sich in einer rasanten Entwicklung befindet und Regelungen schnell überholt wären⁴³⁾. Dieser Situation versucht der Gesetzgeber Rechnung zu tragen, indem er anstelle exakt formulierter Tatbestände Generalklauseln schafft, die dann von

41) W-R. Schenke, NJW 1979, S. 1324.

42) J. Ipsen, S. 205.

43) F. Ossenbühl, Der verfassungsrechtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung, DVBl. 1999, S. 1.

der Rechtsprechung ausgefüllt werden⁴⁴⁾. Diese Ausfüllung solcher Vorschriften ist sinnvollerweise unter Rückgriff auf die Verfassung und ihre Wertungen vorzunehmen. Insbesondere das BVerfG trägt dadurch auch zur ständigen Verwirklichung der Verfassung bei⁴⁵⁾.

Das BVerfG kann die beanstandeten Normen bei Feststellung eines Verfassungsverstoßes für nichtig oder für unvereinbar mit der Verfassung erklären und bei Ablehnung eines Verfassungsverstoßes die Vereinbarkeit mit der Verfassung förmlich feststellen (§ 31 II BVerfGG). Das BVerfG beschränkt sich im Rahmen der Normenkontrolle aber nicht auf diese Alternativen. Es hat vielmehr zahlreiche Spielarten unterschiedlicher Entscheidungs- und Tenorierungsvarianten entwickelt⁴⁶⁾.

2. Nichtigkeits-, Verfassungsmäßigkeitserklärung

a) Grundlage

Wenn das BVerfG bei einer Normenkontrolle, sei es nach Art. 93 I Nr.2 GG, nach Art. 100 I GG oder aufgrund einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG, zu dem Ergebnis gelangt, eine gesetzliche Regelung verletze das GG, ist diese Norm grundsätzlich für nichtig zu erklären, § 31 II BVerfGG. Die Feststellung der Nichtigkeit kassiert das Gesetz unmittelbar. Die Entscheidung wird im BGBl. veröffentlicht und erlangt allgemein verbindliche Wirkung bzw. Gesetzeskraft, § 31 II BVerfGG. Wenn das Gericht die Verfassungsmäßigkeit einer Norm feststellt, gilt dasselbe. Das Gesetz bleibt wirksam.

b) Auswirkungen auf den Gesetzgeber

44) W. Schlüter, S. 2f.

45) W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 23.

46) M. Schulte, Appellentscheidungen des BVerfG, DVBl. 1988, S. 1200; Vgl. W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 18ff. : Sei die Erfindung der Entscheidungsvariante eine Bemühung vom BVerfG um eine Vermeidung der Verletzung der Kompetenz vom Gesetzgeber.

Erklärt das BVerfG die Norm für nichtig, so verliert diese ex tunc ihre Geltung. Sowohl aus Sicht der Nichtigkeitslehre als auch der Vernichtbarkeitstheorie ist die Rechtsfolge gleich.

Die Nichtigkeitserklärung bedeutet die unmittelbare Kassation einer Norm durch die Entscheidung des BVerfG. Mit der Entscheidung tritt das Gesetz automatisch außer Kraft; ein Handeln des Gesetzgebers ist dazu nicht mehr erforderlich. Die Nichtigkeitserklärung vermag allerdings nicht die positive Rechtsetzungsdirektive zu ersetzen, denn eine Neuregelung unterbleibt⁴⁷⁾. Für eine legislative Mängelbeseitigung besteht keine irgendwie geartete verfassungsrechtliche Pflicht⁴⁸⁾.

Ob der Gesetzgeber erneut eine Norm mit gleichem oder ähnlichem Ziel erläßt, untätig bleibt oder sinnlos gewordene Normfragmente aufhebt, ist in seine politische Entscheidung gestellt. Zur Reaktion ist er berechtigt⁴⁹⁾, aber nicht verpflichtet. Wenn er die Rechtslage nach der Aufhebung durch das BVerfG für ungünstig hält, kann er ein neues Gesetz erlassen. Will der Gesetzgeber an seiner Regelung in verfassungsmäßiger Ausgestaltung festhalten, so muß er ein neues Gesetz erlassen. Will er auf die Regelung verzichten, so braucht er sie nicht mehr durch Gesetz abzuschaffen⁵⁰⁾.

In der Regel führt die festgestellte Nichtigkeit des Gesetzes nicht zu einer Lücke oder einem regungslosen Zustand⁵¹⁾, sondern zum verfassungsmäßigen Zustand⁵²⁾. Dennoch kann eine Regelungslücke entstehen⁵³⁾, die der Gesetzgeber

47) P. Gerber, Die Rechtsetzungsdirektiven des BVerfG, DÖV 1989, S. 706.

48) M. Kleuker, S. 31.

49) Ch. Gusy, S. 183.

50) K. Schlaich, S. 223; J. Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, Berlin 1998, S. 11.

51) Nach W. Rupp-v. Brünneck zwingt die Sachlage häufig den Gesetzgeber, die nichtigen Norm alsbald durch die der Verfassung entsprechende neue Vorschrift zu ersetzen, wenn gesetzliche Vorschriften formell, d. h. im Tenor der Entscheidung, für nichtig erklärt werde(dieselbe, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? in: Festschrift für Müller S. 367). Sie aber vermischt die Nichtigerklärung und Unvereinbarerklärung(dieselbe, a.a.O., S. 366ff.).

52) J. Blüggel, S. 62.

53) Wenn das BVerfG den durch seine Nichtigerklärung verursachten regungslosen Zustand befürchtet, soll er anderen Weg z. B. Unvereinbarerklärung usw. suchen, um solchen Zustand zu vermeiden. Hier ist das Bedürfnis der Abweichung von der

zu schließen verpflichtet ist. Diese Verpflichtung entspringt aber nicht dem Urteil des BVerfG, sondern der Verfassung selbst(Art. 20 III GG). Eine über die Feststellung der Nichtigkeit einer beanstandeten Norm hinausgehende Stellungnahme des BVerfG zur zukünftigen Regelung eines Rechtsgebiets(obiter dicta) ist nicht zulässig⁵⁴⁾.

3. Unvereinbarerklärung

a) Grundlage

Verstößt ein Gesetz gegen die Verfassung, so wird es vom BVerfG entsprechend den Regelungen des BVerfGG für nichtig erklärt. Das BVerfG ist von diesem Grundsatz immer häufiger abgewichen und hat die Norm lediglich für unvereinbar mit dem GG erklärt, ohne daß eine gesetzliche Grundlage dafür vorhanden war⁵⁵⁾.

Die Unvereinbarerklärung wird vom BVerfG gewählt, wenn mehrere Wege zur Beseitigung des festgestellten Verfassungsverstoßes in Betracht kommen und die Auswahl dem Gesetzgeber überlassen werden soll⁵⁶⁾. Trotz heftiger Kritik an dieser vom BVerfG geschaffenen Unvereinbarerklärung hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit durch das 4. ÄnderungsG zum BVerfGG vom 21.12.1970 (BGBl. I, S.2229) aufgenommen⁵⁷⁾. Seitdem hat das BVerfG in vielen Fällen von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht⁵⁸⁾.

Anwendungsbereiche der Unvereinbarerklärung waren vor allem:

strikten Entscheidungsform entstanden.

54) Vgl. BVerfGE 40, 296 - Diätenurteil; 93, 121 - Vermögensteuergesetz.

55) W. Heyde, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in: Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984, S. 53; P. Hein, S. 11.

56) W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 19.

57) K. Schlaich, S. 209; A. Söllner, ZG 1996, S. 253.

58) Nach J. Blüggel (Anm. 12) habe das BVerfG bisher von Instrument der Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze in 123 Entscheidungen (bis zum 94. Bände) Gebrauch gemacht(J. Blüggel, S. 18 und dazu Anhang).

- Verstöße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG), z. B. gleichheitswidrige Begünstigungen oder Benachteiligungen⁵⁹⁾,
- Fälle, in denen der verfassungswidrige Teil einer Norm nicht klar abgrenzbar war⁶⁰⁾,
- Fälle, in denen durch eine Nichtigkeitsklärung ein Zustand noch erheblicherer Verfassungswidrigkeit geschaffen worden wäre⁶¹⁾,
- Fälle, in denen die Verfassungsmäßigkeit auf unterschiedliche Weisen erreicht werden konnte⁶²⁾,
- Fälle, in denen die Verfassung nicht (bloß) eine Normvernichtung, sondern (auch) Normerhaltung forderte⁶³⁾.

Die Unvereinbarkeitsklärung hat für die Exekutive und die Rechtsprechung zur Folge, daß das Gesetz nicht mehr angewendet werden darf⁶⁴⁾, es sei denn, das BVerfG ordnet dessen vorläufige Anwendbarkeit an⁶⁵⁾. Ergeht die Entscheidung aufgrund eines Verfahrens nach Art. 100 I GG, so hat das anrufende Gericht sein Verfahren auszusetzen⁶⁶⁾, bis der Gesetzgeber das verfassungswidrige Gesetz durch eine verfassungsmäßige Neuregelung ersetzt hat⁶⁷⁾.

59) Dazu P. Hein, S. 43ff, 52; K. Schlaich, S. 210ff.; die einschlägigen Entscheidungen in J. Blüggel, Anm. 24 u. 27, S. 19-20.

60) Vgl. BVerfGE 83, 130(154); 87, 153(177); 89, 391(394f.); 90, 263(272); 92, 158(186).

61) K. Schlaich, S. 217; P. Hein, S. 117-118; M. Kleuker, S. 37; BVerfGE 87, 153(177f.); 90, 60(104f.).

62) W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 19.

63) Dazu J. Blüggel, S. 89. Nach der J. Blüggel sei das der Fall, daß ein (Mindest-)Bestand an gesetzlichen Normen erforderlich sein könne, um zu gewährleisten, daß verfassungsrechtliche Rechtsgüter geschützt werden, grundrechtlicher Freiheitsgebrauch ermöglicht wird oder verfassungsrechtliche Rechtsgüter gewahrt werden.

64) Vgl. BVerfGE 37, 217(261); 55, 100(110); 61, 319(356); 87, 234(235, 262); 91, 389(404). Ausführlich J. Blüggel, S. 94 (Anm. 462).

65) BVerfGE 37, 217(262f.); 61, 319(356f.); 73, 40(101f.); 91, 389(404): Ausnahmsweise sind verfassungswidrige Vorschriften aber voll oder teilweise weiter anzuwenden, wenn die Besonderheit der für verfassungswidrig erklärten Norm der aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere aus solchen der Rechtssicherheit, notwendig macht, die verfassungswidrige Vorschrift als Regelung für die Übergangszeit bestehen zu lassen, damit dieser Zeit nicht in ein Zustand besteht, der vor der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt als der bisherige.

66) K. Schlaich, S. 218; P. Hein, S. 36; ausführliche Beispiele der Entscheidungen vgl. J. Blüggel, S. 95 (Anm. 468).

b) Auswirkungen auf den Gesetzgeber

Das Gesetz ist im Fall der Nichtigerklärung schon beseitigt. Der Gesetzgeber ist in seiner weiteren Entscheidung frei. Die Unvereinbarerklärung verpflichtet den Gesetzgeber dagegen zur Handlung. Er muß den verfassungswidrigen Rechtszustand mit der Verfassung in Einklang bringen⁶⁸⁾. Die Bindung an Art. 20 III GG gebietet dem Gesetzgeber, die fortbestehende verfassungswidrige Rechtslage so zu verändern, daß ein verfassungsmäßiger Rechtszustand geschaffen wird⁶⁹⁾.

Der Gesetzgeber kann dabei das für unvereinbar erklärte Gesetz entweder ganz abschaffen oder ändern⁷⁰⁾. Er hat mehrere Möglichkeiten, die verfassungswidrige Lage zu beseitigen. Beispielsweise kann er im Fall der Unvereinbarerklärung wegen eines Gleichheitsverstößes eine willkürlich ausgeschlossene Personengruppe in die Neuregelung einbeziehen, oder die begünstigte Gruppe ausschließen. Er kann aber auch eine grundlegend neue Regelung schaffen. Diese Alternativen müssen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen bleiben. Die Entscheidung des BVerfG sollte sich einer vorwegnehmenden Stellungnahme möglichst enthalten⁷¹⁾.

Umstritten ist, ob das BVerfG dem Gesetzgeber Fristen zur Neuregelung auferlegen darf. Die Möglichkeit einer solchen Fristsetzung erscheint sinnvoll⁷²⁾, weil der durch die Unvereinbarerklärung geschaffene Übergangszustand möglichst schnell beseitigt werden soll⁷³⁾.

Grundsätzlich ist der Gesetzgeber zwar nicht verpflichtet, bei der Neuregelung einen bestimmten Zeitpunkt einzuhalten⁷⁴⁾. Auch wenn das BVerfG keine

67) J. Blüggel, S. 95.

68) P. Hein, S. 115; K. Schlaich, S. 223; H. Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, S. 258; BVerfGE 32, 189(221); 34, 9(44); 37, 217(262f.); 41, 399(426); 61, 319(356f.) weitere Entscheidungen vgl. J. Blüggel, S. 108(Anm. 554).

69) W. Heyde, S. 54; K. Schlaich, S. 211; P. Hein, S. 133 ff.; H. Heußner, NJW 1982, S. 258-259; M. Kleuker, 1993, S. 32.

70) K. Schlaich, S. 223.

71) BVerfGE 22, 349 (Armenrecht).

72) K. Schlaich, S. 223; BVerfGE 72, 330 (Finanzausgleich).

73) K. Schlaich, S. 223.

konkrete Frist setzt, darf sich der Gesetzgeber aber nicht beliebig viel Zeit nehmen. Er ist verpflichtet, 'unverzüglich⁷⁵⁾', 'alsbald⁷⁶⁾', bzw. 'in angemessener Frist⁷⁷⁾' die Rechtslage neu zu ordnen⁷⁸⁾. Eine unabsehbare Dauer des verfassungswidrigen Zustands ist ebenfalls verfassungswidrig.

4. Appellentscheidung

a) Grundlage

Das BVerfG erklärt bei einer sog. Appellentscheidung das zu prüfende Gesetz für noch verfassungsmäßig, appelliert aber gleichzeitig an den Gesetzgeber oder verpflichtet ihn ausdrücklich, die beanstandete Regelung sofort oder innerhalb einer Frist aufzuheben oder zu ändern. Von dieser Möglichkeit macht das BVerfG zunehmend Gebrauch.

Die Appellentscheidungen tauchen in der Rechtsprechung des BVerfG in unterschiedlichen Fallkonstellationen auf. Daher ist eine Systematisierung nicht einfach. Beispielsfälle sind solche,

- in denen die beanstandeten Gesetze absehbar zukünftig verfassungswidrig werden können⁷⁹⁾,
- in denen der Gesetzgeber verfassungsrechtliche Gesetzgebungsaufträge nicht erfüllt⁸⁰⁾, sofern der gegenwärtige Zustand noch verfassungsmäßig ist, aber absehbar in einen verfassungswidrigen Zustand umzuschlagen droht⁸¹⁾,

74) P. Hein, S. 166; J. Blüggel, S. 109; BVerfGE 55, 100(110).

75) Vgl. BVerfGE 87, 174(151); 92, 158(186).

76) Vgl. BVerfGE 88, 5(17); 90, 60(105).

77) Vgl. BVerfGE 81, 363(384); 82, 126(155).

78) J. Blüggel, S. 109.

79) Vgl. BVerfGE 25, 1 (Mühlenentscheidung).

80) Ch. Gusy, S.205-206; M. Schulte, DVBl. 1988, S. 1201; Ch. Pestalozza, 'noch verfassungsmäßige' und 'bloß verfassungswidrige Rechtslage', in: BVerfG und Grundgesetz I, S. 540ff.; J. Ipsen, S. 133ff.

81) Ch. Gusy, S. 206 ff.; BVerfGE 25, 167(178ff., 184ff.) - Reform des Unehelichenrechts: Der Gesetzgeber hatte es entgegen dem ausdrücklichen Verfassungsauftrag des Art. 6 Abs. 5 GG bis dahin unterlassen, die rechtliche und soziale Gleichstellung der

- in denen das BVerfG die beanstandete Regelung für verfassungswidrig ansieht, aus übergeordneten Gründen aber auf eine Nichtigerklärung verzichtet und sich auf einen Appell an den Gesetzgeber beschränkt⁸²⁾.

Die wichtigste Fallgruppe bilden aber die Appellentscheidungen aus Anlaß eines Wandels der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse⁸³⁾.

b) Zulässigkeit und Grenzen

Die Frage nach der Zulässigkeit und den Grenzen von Appellentscheidungen des BVerfG ist im Zusammenhang mit deren Bindungswirkung zu stellen. Eine Appellentscheidung dokumentiert die Lebendigkeit und Entwicklung der Verfassung insofern, als sie meist Fälle betrifft, in denen sich die Einschätzung der Verfassungsmäßigkeit einer Vorschrift mit der Zeit ändert. Die

unehelichen Kinder mit den ehelichen Kinder zu regeln, so daß die unehelich Geborenen infolge der Anwendung des überkommenen Gesetzesrechts ständig weiter diskriminiert wurden. Der Gesetzgeber hat die verheißene Reform in angemessene Frist mit dem Ende der gegenwärtigen Legislaturperiode zu durchführen. Falls der Gesetzgeber bis dahin nicht tätig werde, erlangt der Verfassungsbefehl nunmehr derogierende Kraft gegenüber dem geltenden einfachen Recht, so daß nach diesen Zeitpunkte die Gerichte stellvertretend das Gebot der Verfassung durchführen.

82) Ch. Gusy, S. 205 (Anm. 115); M. Schulte, DVBl, 1988, S. 1201; BVerfGE 16, 130 (Wahlkreiseinteilung)-Die noch aus dem Jahre 1949 stammende Wahlkreiseinteilung entspricht wegen der späteren Bevölkerungsverschiebungen zwischen den einzelnen Ländern dem Erfordernis der Wahlrechtsgleichheit nicht mehr. Die Gültigkeit der Bundestagswahlen vom September 1961 wird dennoch hierdurch nicht beeinträchtigt, weil die Verfassungswidrigkeit damals noch nicht eindeutig erkennbar gewesen ist. Nachdem die Diskrepanz mit der Bevölkerungsverteilung offenkundig geworden und ein Ausgleich durch eine gegenläufige Entwicklung nicht mehr zu erwarten ist, darf die nunmehr verfassungswidrig gewordenen Wahlkreiseinteilung der nächsten Bundestagswahl nicht mehr zugrunde gelegt werden. Der Bundesgesetzgeber muß noch während der laufenden Legislaturperiode für eine Änderung Sorge tragen, welche die Verteilung der Wahlkreise auf die einzelnen Länder deren Anteil an der Gesamtbevölkerung anpaßt. In diesem Fall liegt die Absicht des BVerfG trotz der Überzeugung der Nichtigkeit des damaligen Wahlgesetzes auf der Hand. Bei der Entscheidung hat der aufgrund des beanstandeten Wahlgesetz gewählte Bundestag mit seiner Arbeit schon angefangen. Wenn das Wahlgesetz vom BVerfG für nichtig erklärt würde, wer das neue Wahlgesetz erlassen sollte.

83) M. Schulte, DVBl. 1988, S. 1201.

grundsätzliche Zulässigkeit und die Bindungswirkung einer Appellentscheidung sind aber immer noch fraglich. Für eine solche Entscheidung des BVerfG gibt es keine rechtliche Grundlage⁸⁴⁾.

Teilweise wird der Appell als erforderlich und empfehlenswert⁸⁵⁾ betrachtet und für zulässig gehalten. Die Appellentscheidung ist nach dieser Ansicht ein Zeichen des Respekts des BVerfG gegenüber dem Gesetzgeber und somit Ausdruck richterlicher Zurückhaltung (judicial self-restraint)⁸⁶⁾.

Appellentscheidungen seien vielfach von dem Bemühen des Gerichts gekennzeichnet, die Geltung eines Gesetzes trotz erheblicher verfassungsrechtlicher Bedenken aufrechtzuerhalten⁸⁷⁾.

Andere Ansichten, die Appellentscheidungen für unzulässig halten oder zumindest deren Zulässigkeit bezweifeln⁸⁸⁾, betrachten den Appell als bloße Mahnung, die '... weitere Entwicklung im Auge zu behalten...' und notwendigenfalls legislative Maßnahmen zu ergreifen. Der Appell beinhalte aber keine Handlungsverpflichtung des Gesetzgebers⁸⁹⁾.

Die Feststellung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes könne nicht mit einer konstitutiven Verpflichtung des Gesetzgebers verknüpft werden⁹⁰⁾.

Der Appell beinhalte somit nur die Obliegenheit des Gesetzgebers⁹¹⁾, freiwillig den Eintritt und die Folgen einer verfassungswidrigen Lage zu vermeiden⁹²⁾. Der Appell ist somit nur ein Hinweis.

Wird dem Appell vom Gesetzgeber nicht gefolgt, so wird ein Gesetz nicht

84) Aber M. Schulte versteht den Appellentscheidung als ein Sonderfall der Vereinbarungserklärung (derselbe, DVBl, 1988, S. 1204).

85) W. Rupp-v. Brünneck, in: Festschrift für Müller, S. 366f.

86) W. Rupp-v. Brünneck, in: Festschrift für Müller, S. 368f. - Das Problem läge vielmehr darin, ob das BVerfG hier nicht die Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber zu weit getrieben habe oder ob sein Vorgehen durch das Gebot einer sinnvollen, wirklichkeitsbezogenen Auslegung und Anwendung der Verfassung gerechtfertigt sei.

87) Ch. Mayer, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996, S. 74.

88) W-R. Schenke, NJW 1979, S. 1326; H-P. Schneider, NJW 1980, S. 2110.

89) M. Kleuker, S. 84; Ch. Pestalozza, in: BVerfG und GG I., S. 556; Ch. Moench, Verfassungswidrige Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden 1977, S. 186.

90) Ch. Moench, S. 186; M. Kleuker, S. 25f.

91) J. Ipsen, S. 133; M. Kleuker, S. 84; Ch. Mayer, S. 74.

92) M. Kleuker, S. 84.

automatisch verfassungswidrig. Es bedarf zu dieser Feststellung einer erneuten Entscheidung des BVerfG⁹³).

Mit Recht bezieht das BVerfG seinen Appell nicht in den Urteilstenor, sondern in die Entscheidungsgründe ein. Rechtskraft und Gesetzeskraft beziehen erstrecken sich nach a.A. nicht auf die Entscheidungsgründe und erst recht nicht auf obiter dicta⁹⁴). Ein Appell mag für den Gesetzgeber eine 'Warnfunktion' haben, eine unmittelbare Verpflichtung bewirkt er nicht. Ein mit einer Nichtig-erklärung verbundener Appell ist überflüssig⁹⁵).

Die Unvereinbarerklärung mit einem Appell unterscheidet sich von der Vereinbarerklärung mit Appell insofern, als in jenem Fall das beanstandete Gesetz gleichzeitig unwirksam ist. Dadurch ist der Gesetzgeber verpflichtet, unverzüglich die verfassungswidrige Rechtslage zu beseitigen⁹⁶).

Wird das Gesetz jedoch für mit der Verfassung vereinbar erklärt, so bleibt es trotz Appells wirksam. Der Unterschied zwischen beiden Fällen wird vor allem im Zusammenhang mit einer ausgesprochenen Frist deutlich. Bei der Unvereinbarerklärung ist das Gesetz mit Ablauf der Frist endgültig unwirksam, anderenfalls bleibt es trotz Ablauf der Frist wirksam⁹⁷).

5. Verfassungskonforme Auslegung

a) Grundlage

Der Ansatzpunkt der Verfassungskonformen Auslegung ist die Tatsache, daß auslegungsfähige Gesetze je nach Auslegung entweder mit der Verfassung in Einklang stehen oder in Widerspruch mit ihr geraten⁹⁸).

Die Verfassungskonforme Auslegung ist nicht grundgesetzlich normiert⁹⁹).

93) Ch. Moench, S. 187.

94) Vgl. M. Kleuker, S. 99.

95) M. Kleuker, S. 31.

96) Hier unterscheidet die Unvereinbarerklärung als die Gesetzgebungsdirektive gemäß Art. 20 Abs. 3 GG von die Vereinbarerklärung mit dem Appell.

97) Dazu P. Hein, S. 17f.

98) Ch. Moench, S. 19; R. Zippelius, in: BVerfG und GG II, Tübingen 1976, S. 108; K. Schlaich, S. 230.

Trotzdem erlangt dieses Rechtsinstitut aufgrund seiner Flexibilität erhebliche quantitative Bedeutung¹⁰⁰⁾. Das BVerfG hat schon in einer frühen Entscheidung¹⁰¹⁾, die verfassungskonforme Auslegung als eine Entscheidungsart entwickelt und darauf hingewiesen, daß sie einem jeden Richter obliegt¹⁰²⁾. Das BVerfG erklärt eine Norm nur dann für nichtig, wenn eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige, mit der Verfassung vereinbare Auslegung nicht möglich ist¹⁰³⁾. Das BVerfG hat die verfassungskonforme Auslegung in seiner ersten einschlägigen Entscheidung so formuliert, daß schon allgemein der Grundsatz gilt, daß ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären sei, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann; denn es spreche nicht nur eine Vermutung dafür, daß ein Gesetz mit dem GG vereinbar ist, sondern das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlange auch im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes¹⁰⁴⁾. Wenn es bei der Normenkontrolle eine Möglichkeit gebe, verfassungsmäßige und verfassungswidrige Alternativen zu nehmen, so verpflichte die vorrangige Bindung an die Verfassungsnormen den Rechtsanwender dazu, eine verfassungskonforme Alternative zu wählen¹⁰⁵⁾.

In Rechtsprechung und Literatur ist das zentrale Argument für die verfassungskonforme Auslegung, daß das Gericht das Gebot der Normerhaltung nicht außer Acht lassen darf, daß eine Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes spricht. Die Idee des Normerhaltungsgebotes entspringt dem Gewaltenteilungsprinzip und der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Gesetzgebers, im Gegensatz zum BVerfG¹⁰⁶⁾.

b) Grenze

99) Ch. Gusy, S. 218.

100) Ch. Gusy, S. 213.

101) BVerfGE 2, 266(282).

102) K. Schlaich, S. 229.

103) BVerfGE 86, 299(320f.).

104) BVerfGE 2, 266(282).

105) R. Zippelius, in: BVerfG und GG II., S. 111; derselbe, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, Berlin 1994, S. 398.

106) Zippelius, in: BVerfGG und GG II, S. 113.

Obwohl das BVerfG wiederholt festgestellt hat, daß das Bemühen um eine verfassungskonforme Auslegung zwei Schranken finde, nämlich den Gesetzeswortlaut und den Zweck des Gesetzes¹⁰⁷⁾, besteht immer die Gefahr, daß das BVerfG mit einer verfassungskonformen Auslegung in den Gesetzgeber eingreift.

1) Der Gesetzeswortlaut

Eine Mehrdeutigkeit des Wortlautes und die Änderung seiner Bedeutung durch Zeitablauf eröffnen dem BVerfG die Möglichkeit, eine Norm verfassungskonform auszulegen. Wenn der Wortlaut dagegen eindeutig ist, gibt es keinen Raum zur verfassungskonformen Auslegung.

Das BVerfG hat auch wiederholt festgestellt, daß der Richter den nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetzen nicht auf dem Wege der verfassungskonformen Auslegung einen neuen Sinn geben darf¹⁰⁸⁾. Aber es ist unklar, was das Gericht unter dem Wortsinn versteht: den lexikalisch möglichen Wortsinn oder den Wortsinn nach dem juristischen Sprachgebrauch¹⁰⁹⁾. In seiner Entscheidungspraxis hat das BVerfG hier etwas Verwirrung gestiftet¹¹⁰⁾.

Wichtig ist auch die Frage, inwieweit das BVerfG seine Interpretationsmacht erweitern darf. Es hat festgestellt, daß der Richter am Wortlaut einer Norm nicht haltzumachen braucht. Die Interpretation sei Methode und Weg, die nicht durch den formalen Wortlaut des Gesetzes begrenzt ist¹¹¹⁾. Hier herrscht ein wertorientierter Gedanke.

Schenke behauptet mit Recht, daß die verfassungskonforme Auslegung durch Überakzentuierung des Wertgesichtspunktes unter Außerachtlassung der Grenzfunktion des Wortlautes die Gefahr beeinhaltet, daß die richterliche Bindung an die Gesetze gelockert werde¹¹²⁾. Es bedeutet auf Seiten des Gesetzgebers

107) BVerfGE 2, 266(398); 63, 131(147f.).

108) H. Heußner, NJW 1982, S. 262; BVerfGE 8, 28(32ff.).

109) R. Zippelius, BVerfG und GG II, S. 116.

110) Vgl. R. Zippelius, BVerfG und GG II, S. 116; Ch. Moench, S. 21ff.; K. Schlaich, S. 234f.

111) BVerfGE 35, 278.

112) W-R. Schenke, NJW 1979, S. 1327.

zugleich, daß sein Gestaltungs- bzw. Ermessenspielraum immer enger wird. Verfassungskonform kann eine Auslegung nur sein, wenn sie sich im Rahmen der vom Normtext gezogenen Grenzen hält¹¹³⁾. Die verfassungskonforme Auslegung darf also nicht dazu führen, daß der normative Gehalt der Vorschrift grundlegend neu bestimmt wird¹¹⁴⁾. Die Verfassung erlaubt die gesetzeskorrigierende Auslegung nicht. Dies wäre eine Übernahme gesetzgeberischer Aufgaben.

2) Der Zweck des Gesetzes

Die verfassungsgemäße Interpretationsalternative muß mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar sein¹¹⁵⁾. Insbesondere bei älteren Gesetzen stellt sich häufig die Frage, ob der Zweck des beanstandeten Gesetzes auch in der Gegenwart noch mit der Verfassung im Einklang steht. Ziele und Zwecke des Gesetzgebers sind keine starren Daten. Sie können und sollten neu definiert werden, wenn sie der gegenwärtigen Vorstellung nicht mehr entsprechen¹¹⁶⁾.

Aufgabe der Verfassungskonformen Auslegung ist es, durch zulässige richterliche Präzisierung den gesetzgeberischen Zweck eines Gesetzes zu erhalten und zu bewahren¹¹⁷⁾. Sie findet ihre Grenze an dem eindeutigen Sinn eines Gesetzes. Die Auslegung darf also nicht in Widerspruch mit dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers treten¹¹⁸⁾ oder ihn in wesentlichen Punkten verfehlen oder verfälschen¹¹⁹⁾.

c) Auswirkung auf den Gesetzgeber

Die verfassungskonforme Auslegung ist einerseits als ein Ausdruck des Respekts vor der gesetzgebenden Gewalt zu verstehen. Das Gericht versucht, in

113) Ch. Gusy, S. 214.

114) H. Heußner, NJW 1982, S. 262.

115) BVerfGE 2, 266(282).

116) R. Zippelius, BVerfG und GG II, S. 118f.

117) R. Zippelius, BVerfG und GG II, S. 118; Ch. Moench, S. 21f.

118) BVerfGE 2, 380(298).

119) BVerfGE 8, 34(41).

den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat¹²⁰⁾. Dieser Gedanke bezieht sich grundsätzlich auf die Idee des in der amerikanischen Rechtstradition entwickelten judicial-self restraint¹²¹⁾. Sie ist aber andererseits ein Mittel der Rollenübernahme des Gerichts als negativer Gesetzgeber¹²²⁾. Sie steht also auf der Grenzlinie zwischen dem Respekt vor dem Gesetzgeber und seiner Außerachtlassung.

Das Ziel der verfassungskonformen Auslegung ist es, eine mögliche Nichtigerklärung zu vermeiden¹²³⁾. Mit ihrer Hilfe ist das Maximum des vom Gesetzgebers erlassenen Gesetzes aufrechtzuerhalten, sofern es nach der Verfassung aufrechterhalten werden kann¹²⁴⁾.

Das Gericht legt sich aber mit seiner verfassungskonformen Auslegung zugleich fest. Es kann das im Wege der verfassungskonformen Auslegung aufrechterhaltene Gesetz nicht mehr aufheben oder ändern, solange die tatsächlichen Verhältnisse die gleichen bleiben oder das Gericht seine Rechtsprechung nicht ändert¹²⁵⁾. Da das BVerfG antragsabhängig ist, kann es ohnehin keine neue Prüfung selbst einleiten¹²⁶⁾.

Der Gesetzgeber spart sich durch die verfassungskonforme Auslegung zwar die Mühe einer Neugestaltung des Gesetzes¹²⁷⁾. Aber damit schafft sie auch die Gefahr einer 'Erstarrung des Gesetzgebers¹²⁸⁾'. Der Gesetzgeber schiebt möglicherweise seine Aufgabe, neue Regelungen zu schaffen, dem BVerfG zu¹²⁹⁾. Sobald das Gericht den Regelungsgehalt des Gesetzes qualitativ neu bestimmen und damit substituieren würde, wären die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung überschritten¹³⁰⁾. Das BVerfG übernehme damit eine Aufgabe des

120) A. Söllner, ZG 1996, S. 249; H-J. Vogel, NJW 1996, S. 1509; Ch. Moench, S. 19 halten die verfassungskonforme Auslegung für die unterste Stufe verfassungsgerichtlicher Reaktion auf die verfassungswidrige Normgehalt.

121) K. Schlaich, S. 233; W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102, S. 19.

122) K. Chrysogonos, S. 163.

123) Ch. Moench, S. 21; Ch. Gusy, S. 217.

124) Vgl. BVerfGE 33, 52(70).

125) Vgl. W-R. Schenke, NJW 1979, S. 1324.

126) P. Gerber, DÖV 1989, S. 705f.

127) K. Schlaich, S. 235.

128) K. Schlaich, S. 234; P. Gerber, DÖV 1989, S. 705.

129) Vgl. K. Schlaich, S. 234f; Schenke, NJW 1979, S. 1329.

Gesetzgebers, die ihm nach dem Gewaltenteilungsprinzip nicht zusteht. Das BVerfG ist kein 'Lektor des Gesetzgebers'¹³¹⁾.

C. Abschluss

Der Einfluß des BVerfG auf die anderen Staatsgewalten ist seit seiner Gründung erheblich. Die entscheidende Frage ist, welchen Umfang die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gesetzen haben darf, wie also das Verhältnis zwischen dem Gesetzgeber und dem Verfassungsgericht auszusehen hat. Hier besteht ein breites Meinungsspektrum.

Der Sinn und Zweck des Gewaltenteilungsprinzips ändert sich von der strikten Gewaltentrennung zum Zwecke der Dekonzentration staatlicher Macht zur rationalen Gewaltenteilung zum optimalen Schutz der Grundrechte. Das klassische Verständnis der Gewaltenteilung verliert dadurch dennoch nicht seinen Sinn. Mit dem wertorientierten Grundrechtsverständnis verdünnt sich die Grenze zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der gesetzgebenden Gewalt. Das neue Grundrechtsverständnis trägt einerseits zum materiellen Schutz der Grundrechte bei. Die Übergewichtung der verfassungsrechtlichen Wertorientierung kann andererseits aber zugleich in die Kompetenz des Gesetzgebers tendenziell eindringen.

Das BVerfG beschränkt sich seit seiner Gründung im Rahmen der Normenkontrolle nicht darauf, ein beanstandetes Gesetz für nichtig oder wirksam zu erklären. Vielmehr hat das Gericht zahlreiche Spielarten unterschiedlicher Entscheidungs- und Tenorierungsarten entwickelt.

Durch die Nichtigkeitserklärung und die Vereinbarerklärung beseitigt das BVerfG die Zweifelslage – Verfassungsmäßig oder -widrig – selber. Im Fall der Unvereinbarerklärung ist der Gesetzgeber verpflichtet, unverzüglich einen verfassungsgemäßen Zustand durch eine Neuregelung zu schaffen. Die Neuregelungspflicht entspringt nicht der Entscheidung des BVerfG, sondern

130) Ch. Moench, S. 24; Vgl. auch R. Zippelius, BVerfG und GG II, S. 117.

131) Ch. Moench, S. 30; Vgl. auch, K. Chrysosgonos, S. 163.

leitet sich direkt aus Art. 20 III GG ab. Wie der verfassungsmäßige Zustand erreicht werden soll, entscheidet allein der Gesetzgeber. Die Zulässigkeit der Appellentscheidung ist noch umstritten. Sofern der Appell mit der Erklärung verbunden ist, ein Gesetz sei 'noch verfassungsmäßig', kann er nur ein unverbindlicher Hinweis an den Gesetzgeber sein, ein Denkanstoß. Der Gesetzgeber ist dadurch nicht verpflichtet, die fragliche Norm zu ändern.

Das Ziel der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen ist zwar der Versuch der Vermeidung einer möglichen, förmlichen Nichtigerklärung. Die verfassungskonforme Auslegung darf aber nicht den vom Gesetzgeber beabsichtigten Sinn und Zweck des Gesetzes völlig neu definieren. Durch eine solche Auslegung übernimmt die Rechtsprechung unzulässigerweise die Aufgabe des Gesetzgebers.

《Literaturverzeichnis》

- Badura, Peter, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlament zur Nachbesserung von Gesetzen, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/F. a. M. 1982, S. 481-492; Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie, in: Badura, Peter/Kaiser, Joseph H., Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts, Köln 1987.
- Bettermann, Karl August, Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?, DVBl. 1982, S. 91-95.
- Blüggel, Jens, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, Berlin 1998.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S. 2089-2099.
- Bryde, Brun-Otto, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982.
- Chrysogonos, Kostas, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Berlin 1987.
- Gerber, Philippe, Die Rechtssetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1989.
- Gusy, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Verfassungsgericht, Berlin 1985.
- Hein, Peter E., Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1988.
- Heußner, Hermann, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982.
- Heyde, Wolfgang, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrigerklärung von Normen, in: Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984.
- Ipsen, Jörn, Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, JZ 1983, S. 41-45.
- derselbe, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt, Baden-Baden 1980.
- Kalkbrenner, Helmut, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers,

DÖV 1963, S. 41-51.

Karpen, Ulrich, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, Baden-Baden 1989; Der Richter als Ersatzgesetzgeber, Protokoll der 14. Tagung DGG, Hamburg 1995.

Kleuker, Mathias, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1993.

Lamprecht, Rolf, Oligarchie in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung, NJW 1994, S. 3272-3274.

Mayer, Christian, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996.

Moench, Christoph, Verfassungswidrige Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden 1977.

Ossenbühl, Fritz, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, Tübingen 1976, S. 458-518.

derselbe, Der verfassungsgerichtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung, DVBl. 1999, S. 1-7.

Pestalozza, Christian, 'Noch verfassungsmäßige' und 'bloß verfassungswidrige' Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, Tübingen 1976, S. 519-567.

Rollecke, Gerd, Kann Rechtsprechung Politik ersetzen?, DRiZ 1996, S. 174-179.

Rupp-v. Brünneck, Wiltraut, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 355-378.

dieselbe, Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebenden Gewalt, AöR 102(1977).

Schenke, Wolf-Rüdiger, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW 1979, S. 1321-1376.

Scherzberg, Arno, Wertkonflikt vor dem Bundesverfassungsgericht zur Bewältigung politisch-moralischer Streitfragen im Verfassungsprozeß, DVBl. 1999, S. 356-365.

Schlaich, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht 2. neubearb. Aufl., München 1991.

Schlüter, Wilfried, Das obiter dictum, München 1973.

- Schneider, Hans-Peter, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassung, NJW 1980, S. 2103-2111.
- Schulte, Martin, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1988, S. 1200-1206.
- Schuppert, Gunnar Folke, self-restraint der Rechtsprechung, DVBl. 1988, S. 1191-1200.
- Söllner, Alfred, Zum Eingriff der Rechtsprechung in die Gesetzgebung, ZG 1996, S. 241-260.
- Steinberg, Rudolf, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Der Staat 1987, S. 161-186.
- Stettner, Rupert, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhaften Prognose, DVBl. 1982, S. 1123-1128.
- Tohipidur, Mehdi, Zu Status und Funktion des Bundesverfassungsgerichts, in: Tohipidur, Mehdi(Hrsg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, F. a. M 1976.
- Umbach, Dieter, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984, 112-131.
- Vogel, Hans-Joachim, Gewaltenvermischung statt Gewaltenteilung?, NJW 1996, S. 1505-1511.
- Zippelius, Reinhold, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, Berlin 1994.(zitiert offene Gesellschaft);
- derselbe, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, Tübingen 1976, S. 108-124.
- Zweigert, Konrad/Dietrich, Hartmut, Bundesverfassungsgericht - Institution mit Zukunft?, in: Däubler, Wolfgang/Küsel Gundrun (Hrsg.) Verfassungsgericht und Politik, Hamburg 1979.

독일 연방헌법재판소의 결정과 입법자와의 관계

최 윤 철

(法學博士)

현대국가에서의 고전적 권력분립원칙의 의미의 변화 및 모든 국가기관의 기본권 기속성원칙 등은 국가기관간의 권한의 엄격한 분립보다는 권한의 조화로운 행사를 요구하고 있다. 의회로 대표되는 입법자도 이러한 국가기관의 기본권 기속성 원칙에 구속되며 이러한 구속은 기본권에 적합한 법률의 제정에서부터 법률제정 이후의 작위, 즉 해당법률에 대한 계속적인 관찰과 개선을 통한 법률의 헌법적합성 내지는 기본권 적합성유지라는 헌법적 과제를 부담하게 된다. 이러한 경향에 헌법재판소가 미친 영향은 지대하다고 할 수 있다. 그러나 이러한 헌법재판소의 역할에도 불구하고 헌법재판소의 규범통제의 범위를 둘러싸고 헌법재판소와 입법자와의 관계가 권력분립의 원칙, 민주적 정당성의 정도의 차이 등으로 인하여 현재 상당한 논란이 되고 있다.

헌법재판소와 입법자와의 관계는 구체적으로 헌법재판소의 규범통제 권한행사의 한계와 헌법재판소의 결정의 입법자에 대한 기속력에 관한 문제로 나타난다. 당초 헌법재판소의 규범통제의 결정형식은 단순히 해당 법률의 위헌, 무효 또는 합헌이라는 두 가지 가능성만이 예정되고 있었다. 그러나 헌법재판소는 '헌법불합치', '한정합헌', '한정위헌' 및 이러한 결정과 결부하여 입법자에게 시한을 정하여 입법을 촉구하는 결정 등의 이른바 '변형결정'의 형식을 통하여 입법자를 때로는 간접적으로, 때로는 직접적으로 압박을 가하고 있다. 이러한 '변형결정' 나타나면서 입법권과 사법권의 분리라는 권력분립원리, 헌법재판소의 헌법내에서의 지위 등과 관련하여 변형결정의 허용여부 및 만약 허용되어 진다면 그 한계는 어디인지? 등의 문제가 대두되었다.

입법자에 대한 구체적인 작위요구를 촉구하는 효과를 갖는 헌법재판소의 변형결정이 갖는 형성적이고 정치적인 의미는 부인 할 수 없다. 하지만 그것이 헌법재판소가 적극적으로 입법자를 대신하거나 또는 보충적 입법자의 위치를 확보하고자 하는 것을 의미하는 것은 아니다. 입법자에 대한 일정한 작위요구는 헌법재판소의 결정에서 나오는 단순한 사실상의 효과이다. 헌법재판소는 이른바 변형결정을 하는

경우에도 그러한 변형결정이 입법자의 장래 입법행위의 구체적인 부분에 영향을 미치지 않도록 하여야 한다. 입법에 관한 헌법성의 최종적이며, 유일한 권리자는 의회로 대변되는 입법자일 수밖에 없다.