

Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Yooncheol Choi

aus Seoul, Korea

Hamburg
2002

Erstgutachter: Professor Dr. Ulrich Karpen
Zweitgutachter: Professor Dr. Hans Peter Bull

Tag der mündlichen Prüfung: 24. April 2002

**Die Pflicht des Gesetzgebers
zur Beseitigung von
Gesetzesmängeln**

Von

Yooncheol Choi

**Für Yuhua, Hyunkyu
und meine Eltern**

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat im Sommersemester 2002 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation vorgelegen. Literatur und Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts konnten bis zum Dezember 2001 berücksichtigt werden.

Zutiefst verpflichtet bin ich meinen verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Ulrich Karpen. Sein Rat und stete Betreuung haben das Werden der hier vorliegenden Arbeit begleitet. Des Weiteren möchte ich Herrn Professor Dr. Hans Peter Bull für wertvolle Hinweise und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Mein Dank gilt darüber hinaus Herrn Eike Klebe und Herrn Stefan Becker für die Anregungen und vielfältige Hilfe beim Korrekturlesen.

Meine größte Dankbarkeit aber gebührt meiner geliebten Ehefrau Yuhua Wang. Sie hat mir unter Verzicht auf ein eigenes Studium stetigen Rückhalt und Kraft geschenkt.

Hamburg, im April 2002

Yooncheol Choi

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	15
Einführung.....	17
Erstes Kapitel:	
Der Gesetzgeber im Spannungsfeld zwischen Verfassungsauftrag und Verfassungsgerichtsbarkeit	22
I. Die Entwicklung der Stellung des Gesetzgebers	22
II. Neue Erkenntnis über die Grundrechte in der Nachkriegszeit	25
1. Die klassische Grundrechtstheorie	25
2. Die Grundrechte als objektive Wertordnung.....	26
3. Der Grundrechtsschutz als verfassungsrechtliche Aufgabe aller Staatsorgane.....	27
III. Der parlamentarische Gesetzgeber und die Verfassungsgerichts- barkeit	29
1. Das gegenwärtige Verständnis des Gewaltenteilungsprinzips...	29
2. Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung	31
a) Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts.....	32
b) Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.....	34
c) Die Auswirkung der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts auf die gesetzgebende Gewalt	36
3. Kritik an der herrschenden Meinung.....	38

Zweites Kapitel:

Die Pflichten des Gesetzgebers 40

I. Die Pflicht zum guten Gesetz..... 40

1. Ein perfektes Gesetz als ewiges Ziel des Gesetzgebers 40

2. Die Zunahme der Staatsaufgaben..... 41

3. Die Mindestbedingungen für ein gutes Gesetz..... 42

a) Die materiellen Grundsätze bei der Gesetzgebung 42

aa) Die Verständlichkeit des Gesetzes 42

bb) Die Notwendigkeit des Gesetzes..... 45

cc) Die Widerspruchsfreiheit – die Einhaltung der Einheit der Rechtsordnung..... 46

dd) Das Bestimmtheitsgebot 48

b) Die redaktionelle Vollständigkeit 49

c) Rechtsförmlichkeit nach der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien..... 50

4. Einzelne verfassungsrechtliche Pflichten zum Erlass von Gesetzen 51

a) Die explizite Gesetzgebungspflicht nach dem Grundgesetz.. 53

aa) Die Gleichstellung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) 53

bb) Die Gleichstellung unehelicher Kinder (Art. 6 Abs. 5 GG) 54

cc) Die Schaffung der natürlichen Lebensgrundlagen für die künftigen Generationen (Art. 20 a GG)..... 54

b) Die implizite Gesetzgebungspflicht 55

aa) Die Grundrechte als objektive Wertordnung..... 55

bb) Die Vorgaben der Staatsprinzipien	56
cc) Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	56
dd) Der Vorbehalt des Gesetzes – die Wesentlichkeitstheorie	57
c) Der negative Gesetzgebungsauftrag aus Art. 79 Abs. 3 GG..	59
5. Sogenannte „Gesetzgebungsaufträge“ nach Maßgabe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.....	59
a) Die Nichtigerklärung von Gesetzen durch das Bundesverfass- ungsgericht	59
b) Die abweichenden Entscheidungen	60
aa) Die Unvereinbarerklärung	60
bb) Andere abweichende Entscheidungen	61
(1) Die „Appellentscheidung“	61
(2) Die verfassungskonforme Auslegung.....	62
6. Unterlassung des gebotenen Gesetzes.....	63
II. Die Gesetzesfolgenabschätzung als begleitende, prospektive und retrospektive Beobachtung.....	65
1. Die Notwendigkeit der Folgenabschätzung von Gesetzen.....	65
2. Der Begriff	67
3. Das Ziel der Gesetzesfolgenabschätzung	67
4. Die Phasen der Gesetzesfolgenabschätzung.....	68
III. Die Beobachtungspflicht	69
1. Begriff und verfassungsrechtliche Verankerung.....	69
a) Beobachtung von Gesetzen und die Beobachtungspflicht.....	69

b) Unterschied zur retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung .	70
2. Die Beobachtung als Voraussetzung für die Nachbesserung von Gesetzen	71
3. Die Beobachtungspflicht des Gesetzesgebers	73
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beobachtungspflicht.....	73
b) Meinungen in der Literatur zur Beobachtungspflicht.....	75
c) Eigene Meinung	76
4. Nichtbeachtung der Beobachtungspflicht	77
IV. Die Korrekturpflicht und Nachbesserungspflicht	79
1. Begriffserklärung.....	79
a) Korrektur und Nachbesserung.....	79
aa) Zum Begriff der „Korrektur“ in Rechtsprechung und Literatur	79
bb) Zum Begriff der „Nachbesserung“ in Rechtsprechung und Literatur	81
cc) Eigenes Verständnis des Begriffe „Korrektur“ und „Nachbesserung“	82
b) Abgrenzung zu den Begriffen „Anpassung“ und „Verbesserung“	84
aa) Die Anpassung.....	84
bb) Die Verbesserung.....	85
2. Die Korrekturpflicht und Nachbesserungspflicht.....	86
a) Die Korrekturpflicht.....	86
aa) Pflicht zur Korrektur nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts.....	86
bb) Die Korrekturpflicht in der Literatur	88
b) Die Nachbesserungspflicht	89

aa) Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	89
bb) Meinungen in der Literatur	93
c) Kritik an den herkömmlichen Meinungen	96
aa) Kritik an der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts	96
bb) Kritik an den in der Literatur vertretenen Ansichten	97
cc) Fazit	98

Drittes Kapitel:

Gesetzesmängel.....	100
---------------------	-----

I. Begriffsklärung	100
--------------------------	-----

1. Gesetzesmangel	100
-------------------------	-----

2. Gesetzesfehler und Gesetzeslücke.....	101
--	-----

a) Begriffliche Differenzierung zwischen dem Fehler und der Lücke	101
---	-----

b) Gesetzesfehler	102
-------------------------	-----

c) Gesetzeslücke	103
------------------------	-----

II. Die Ursache mangelhafter Gesetze.....	104
---	-----

1. Mehrdeutigkeit der Gesetzessprache.....	106
--	-----

2. Fehlprognose	107
-----------------------	-----

3. Eilbedürftige Gesetze	108
--------------------------------	-----

4. Überlastung des Gesetzgebers.....	109
--------------------------------------	-----

5. Die Veränderung der gesellschaftlichen Lage.....	111
---	-----

6. Der Verfassungswandel.....	113
III. Die Arten der Gesetzesfehler	114
1. Formelle Gesetzesfehler	115
a) Verstöße gegen Gesetzgebungskompetenzen	115
b) Verfahrensfehler	116
c) Fehler in der Gesetzgebungstechnik	117
aa) Druckfehler und offenbare Unrichtigkeiten	117
bb) Fehler in der Systematik	118
2. Materielle Gesetzesfehler	119
a) Verstoß gegen Grundrechte.....	119
b) Verstoß gegen andere verfassungsrechtliche Normen.....	120
IV. Die Gesetzeslücke	120
1. Abgrenzung der „Gesetzeslücke“ zu anderen Begriffen	121
a) Rechtslücke	121
b) Rechtspolitischer Fehler.....	122
c) Rechtsfreier Raum.....	123
d) Generalklausel.....	124
2. Die Arten der Gesetzeslücke	125
a) Die echte und unechte Lücke	125
b) Die offene und verdeckte Lücke	126
c) Die anfänglich bewusste und unbewusste Lücke.....	127
d) Die nachträgliche Lücke	128
3. Zusammenfassung.....	129

Viertes Kapitel:

Beseitigung von Gesetzesmängeln als gesetzgeberische Pflicht..... 131

I. Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzesmängeln 131

1. Die Folgen von Gesetzesmängeln 131

2. Die Anpassungspflicht des Gesetzgebers 132

II. Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzesfehlern 134

1. Die Folge von Gesetzesfehlern 134

a) Die Nichtigkeit des Gesetzes 135

b) „Noch wirksam“ 136

aa) Offenbare Fehler 136

bb) Nicht evidente Fehler 137

2. Die Korrekturpflicht des Gesetzgebers 138

a) Die Nichtigklärung 138

aa) *Ipso iure* nichtig 138

bb) Keine Korrekturpflicht des Gesetzgebers bei Nichtigkeit
..... 139

b) Unvereinbarerklärung 140

aa) Die Unvereinbarerklärung als eine Schöpfung des Bundes-
verfassungsgerichts 140

bb) Verschonung von der Nichtigkeit 142

cc) Die Korrekturpflicht des Gesetzgebers 143

c) Andere abweichende Entscheidungen 144

3. Nichterfüllung der Korrekturpflicht 144

III. Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzeslücken	145
1. Nachbesserung von lückenhaften Gesetzen	145
2. Beseitigung von Gesetzeslücken	147
a) Die Lückenausfüllung	147
aa) Die Feststellung der Lücke	148
bb) Die Methoden der Lückenausfüllung.....	148
(1) Die Analogie.....	149
(2) Umkehrschluss (argumentum e contrario).....	150
(3) Teleologische Reduktion	150
(4) Die Berufung auf Rechtsprinzipien	151
cc) Die Grenze der Lückenausfüllung.....	152
b) Die unausfüllbare Gesetzeslücke	154
aa) Verfassungswidrigwerden von Gesetzen	154
bb) Verfassungsbeschwerde	155
cc) Die Vorlagepflicht	156
c) Die Nachbesserung von Gesetzen, die unausfüllbare Lücken enthalten	158
aa) Die Rechtssicherheit.....	158
(1) Vertrauensschutzgebot.....	158
(2) Beziehung zur materiellen Gerechtigkeit	159
(3) Fazit	159
bb) Bedarf an Nachbesserung.....	160
cc) Die Handlungspflicht des Gesetzgebers.....	161
3. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Nachbesserungspflicht.....	162
a) Gesetzeslücke und abweichende Entscheidungen des Bundes- verfassungsgerichts	163

b) Die verfassungskonforme Auslegung	165
aa) Der Vorrang der verfassungskonformen Auslegung.....	165
bb) Die Nachbesserungspflicht	167
c) Die Unvereinbarerklärung und die Nachbesserungspflicht .	168
d) Die Appellentscheidung.....	171
aa) Ein Sonderfall der Vereinbarerklärung	171
bb) Die Nachbesserungspflicht	172
e) Nichtigkeit.....	174
aa) Vernichtbarkeit – <i>ex nunc</i>	174
bb) Rückkehr in den verfassungsmäßigen Zustand.....	175
cc) Die Zulässigkeit des Erlasses eines inhaltgleichen Gesetzes	175
4. Nichterfüllung der Nachbesserungspflicht.....	176
 Zusammenfassende Thesen.....	 178
 Literaturverzeichnis.....	 182

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMJ	Bundesminister der Justiz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
f./ff.	folgende
FAG	Gesetz über den Finanzausgleich
F. a. M.	Frankfurt am Main
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesregierung
GOBT	Geschäftsordnung des Bundestages
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
i. S. d.	im Sinne des/der
JZ	Juristen Zeitung
LS	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Rdnr(n).	Randnummer(n)
S.	Seite, Satz (bei Rechtsnormen)
StGB	Strafgesetzbuch
usw.	und so weiter
u. a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einführung

Überregulierung und Normenflut gehören zur Zeit zu den am häufigsten verwendeten Wörtern der Gesetzgebungspraxis. Ein schlechtes oder veraltetes Gesetz ist nicht in der Lage, den Sachverhalt, für den es bestimmt ist, angemessen zu regeln.

Im Laufe der Zeit oder durch eine Veränderung der Umstände ändert sich das Gesetz; bald kann sein Zweck nicht mehr erreicht werden, bald kann der Sinn des Gesetzes anders ausgelegt werden. Dass ein bei Erlass verfassungsmäßiges Gesetz wegen der Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nachträglich verfassungswidrig werden kann, ist sowohl in der Rechtsprechung¹ als auch in der Literatur² grundsätzlich anerkannt. Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus festgestellt, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen verpflichtet ist, ein Gesetz nach dem Erlass ständig zu beobachten und nötigenfalls nachzubessern bzw. zu korrigieren, um die Verfassungsmäßigkeit seiner Gesetze angesichts neuer Umstände weiter aufrechtzuerhalten und zu gewährleisten³.

Die Nachbesserungspflicht bzw. die Korrekturpflicht ist eine Erfindung des Bundesverfassungsgerichts⁴. Das Bundesverfassungsgericht führt dennoch nicht näher aus, welche Rechtsnatur beide Pflichten haben und welchen Unterschied sie haben. Umstritten ist vor allem, ob die Nachbesserungspflicht und die Korrekturpflicht verfassungsrechtlich zwingende Pflichten sind, weil das Bundesverfassungsgericht sich zur Nachbesserungspflicht nur in einem *obiter dictum* geäußert hat⁵.

¹ Vgl. BVerfGE 16, 130 (138); 17, 1 (23 ff.); 39, 169 (187 ff.); 56, 54 (78 ff.); 88, 203 (309 ff.).

² Vgl. R. Steinberg, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, Der Staat 26 (1987), S. 169; J. Ipsen, Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt, 1980, S. 133 ff.

³ Vgl. BVerfGE 25, 1 (13); 49, 89 (130); 50, 290 (335); 56, 64 (79); 65, 1 (56); 88, 203 (309).

⁴ Seit dem Beschluss v. 18. 12. 1968 (BVerfGE 25, 1) „Mühlenkapazität“ erwähnt das Bundesverfassungsgericht die Nachbesserungspflicht in vielen weiteren Entscheidungen. Siehe IV im zweiten Kapitel.

⁵ BVerfGE 56, 54 (79 f.).

Die Stellungnahmen in der Literatur sind nicht anders als die der Rechtsprechung. Insbesondere ist noch nicht geklärt, ob die Nachbesserungspflicht bzw. die Korrekturpflicht des Gesetzgebers aus dem Grundgesetz direkt abgeleitet werden kann. Darüber hinaus ist noch unklar, ob, wie und welche Staatsorgane den Gesetzgeber verpflichten können, wenn er seine Pflichten nicht erfüllt oder versäumt. Die Begriffe „Nachbesserungspflicht“ und „Korrekturpflicht“ sind demnach noch offen⁶.

Die Menschen können nicht immer fehlerfrei handeln. Ein Gesetz ist ein Werk von Menschenhand. Es kann deshalb fehlerhaft erlassen werden⁷. Ein solcher Fehler kann sowohl vom Erlass an bestehen als auch im Verlauf der Zeit erst entstehen. Ein fehlerhaftes Gesetz muss seinen Geltungsanspruch verlieren. Auch wenn eine sprichwörtliche Redensart dies suggeriert, kann ein Gesetz nicht immer klüger sein als der Gesetzgeber. Das Gesetz leidet auch unter der Veralterung. Ein veraltetes Gesetz braucht eine Veränderung durch den mit dem zeitgemäßen Gedanken gerüsteten gegenwärtigen Gesetzgeber. Dass der Gesetzgeber darauf zu achten hat, ein veraltetes Gesetz zu bereinigen bzw. zu modernisieren, fordert das Grundgesetz (Art. 20 Abs. 3 GG)⁸.

Ein solch fehlerhaftes Gesetz zu vermeiden, ist das Bemühen mehrerer Institutionen. Die an der Gesetzgebung beteiligten Organe arbeiten zur Zeit noch enger zusammen als früher. Der Versuch der Institutionalisierung der jüngst entwickelten Gesetzesfolgenabschätzung ist auch ein Zeichen dafür. Das Bundesverfassungsgericht prüft zwar kein Gesetz unmittelbar beim Erlass darauf, ob es fehlerhaft ist. Aber es nimmt die Prüfung von Gesetzen durch seine Normenkontrollbefugnis (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 2 a und Nr. 4 a, und Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 6 a, 76 ff., 13 Nr. 11, 80 ff. und §§ 13 Nr. 8 a, 90 ff. BVerfGG) nachträglich vor.

⁶ C. Mayer, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996, S. 33.

⁷ Vgl. D. Erhard, Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik, in: B. Hauke/P. Niesen (Hrsg.), Das Recht der Republik, 1999, S. 302.

⁸ Vgl. BVerfGE 49, 89 (130); 88, 203 (310).

Beim Erlassen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes waren zwei Formen der Verfassungskontrolle vorgesehen: ein Gesetz konnte entweder für verfassungswidrig, deshalb nichtig, oder für verfassungsmäßig erklärt werden (§§ 78 S. 1, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG). Aber eine solche strikte Dichotomie hat sich in der Praxis als unrealistisch erwiesen. Das Bundesverfassungsgericht musste schon früh in seiner Entscheidungsgeschichte davon abweichen⁹. Es hat für Gesetze, deren Verfassungsmäßigkeit zweifelhaft war, die sog. abweichenden Entscheidungen entwickelt. In diesem Zusammenhang wird die Kritik lauter, dass das Bundesverfassungsgericht mit der abweichenden Entscheidung in die Befugnis des Gesetzgebers eindringt und somit ein Ersatzgesetzgeber zu werden droht¹⁰. Das Bundesverfassungsgericht selber wollte sich dagegen mit der abweichenden Entscheidung zurückhalten, um nicht in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers einzugreifen¹¹.

Die Kompetenz zum Erlass von Gesetzen besitzt ausschließlich die Legislative. Dieses Gesetzgebungsmonopol besteht aufgrund und im Rahmen der Verfassung, nicht jedoch außerhalb der Verfassung. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber das Gesetzgebungsmonopol für sich nicht ohne weiteres auch dann beanspruchen kann, wenn er sich verfassungswidrig verhält und z. B. die notwendige Nachbesserung einer Regelung verweigert. Sinn der Gewaltenteilung ist es auch, die materiellen Verfassungsgüter zu gewährleisten.

Der Schwerpunkt dieser Arbeit soll darin liegen, die Nachbesserungspflicht und die Korrekturpflicht des Gesetzgebers zu untersuchen, unter Berücksichtigung des Verständnisses, dass Gesetze von Anfang an fehlerhaft erlassen und im Laufe der Zeit und mit einer Veränderung der gesellschaftlichen Umstände lückenhaft werden können. Die sogenannten abweichenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind dabei zu berücksichtigen und die Meinungen in der Literatur zu würdigen.

⁹ Vgl. BVerfGE 13, 248 (260 ff.).

¹⁰ *H.-P. Schneider*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2104 f.

¹¹ BVerfGE 36, 1 (14).

Im *ersten Kapitel* dieser Arbeit werden die Grundlagen der Pflichten des Gesetzgebers erörtert. Ein neues Verständnis über die Grundrechte in der Nachkriegszeit hat die Gesellschaft wesentlich verändert. Die Grundrechte gehören zu den wichtigsten Rechtsnormen in der Bundesrepublik Deutschland. Der Staat muss zunehmend neue Aufgaben erfüllen. Das Bundesverfassungsgericht spielt trotz der Kritik, dass es seine Kompetenz überschreitet, dabei eine große Rolle.

Im *zweiten Kapitel* werden die Pflichten des Gesetzgebers dargestellt, die im Allgemeinen anerkannt sind. Hier werden die allgemeine Gesetzgebungspflicht, die Beobachtungspflicht, die Korrekturpflicht und die Nachbesserungspflicht untersucht. Die herkömmlichen Auffassungen über die gesetzgeberischen Pflichten werden nur in begrenztem Umfang dargestellt. Der Begriff der Beobachtungspflicht des Gesetzgebers wird hier im Zusammenhang mit der Gesetzesfolgenabschätzung und mit der Nachbesserungspflicht erörtert. Die Korrekturpflicht und die Nachbesserungspflicht sollen im zweiten Kapitel nur nach den hierzu vertretenen Stellungnahmen mit kurzer Kritik vorgestellt werden. Eine eigene ausführliche Stellungnahme hierzu erfolgt im vierten Kapitel.

Ein vollkommenes Gesetz zu erlassen ist ein ewiges Ziel des Gesetzgebers. Aber es ist erwiesen, dass das Ziel eines vollkommenen Gesetzes nicht erreichbar ist. Der Gesetzgeber versucht, ein relativ gutes Gesetz zu erlassen. Damit ist ein Fehler des Gesetzes schon nicht ausgeschlossen. Im *dritten Kapitel* werden dementsprechend die Faktoren, die einen Mangel bei der Gesetzgebung verursachen können, untersucht. Anschließend werden die Arten der Gesetzesfehler und der Gesetzeslücken, die bei der Gesetzgebung und nachträglich passieren und entstehen können, vorgestellt.

Im *vierten Kapitel* wird meine eigene Ansicht über die „Anpassungspflicht“, die „Korrekturpflicht“ und die „Nachbesserungspflicht“ im Zusammenhang mit den Gesetzesmängeln, den Gesetzesfehlern bzw. den Gesetzeslücken dargestellt. Schließlich werden diese Pflichten des Gesetzgebers mit den unterschiedlichen Entscheidungsformen des Bundesverfassungsgerichts verknüpft. Damit ist ein Vorschlag verbunden, wie der Streit über die Gewaltenteilung zwischen dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht aufgrund der abwei-

chenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts meiner Ansicht nach überwunden werden kann.

Erstes Kapitel: Der Gesetzgeber im Spannungsfeld zwischen Verfassungsauftrag und Verfassungsgerichtsbarkeit

I. Die Entwicklung der Stellung des Gesetzgebers

„Wer erlässt das Gesetz?“ war schon immer eine der umstrittensten Fragen der Herrschaft in der Gesellschaft, weil der Gesetzgeber derjenige ist, der die Gesellschaft beherrscht bzw. Souverän ist. Dass die Legislative die zentrale Staatsgewalt darstellt, ist seit jeher überwiegend anerkannt¹². Souverän ist, wer das geltende Gesetz einseitig ändern kann. Das Gesetzgebungsmonopol bedeutet einen Souveränitätsbesitz¹³. Die derogierende Gesetzgebungszuständigkeit ist zentrale Kompetenz des Souveräns, in der Monarchie ausgeübt durch Fürsten, in der Demokratie durch das Volk¹⁴.

Bis zum Mittelalter war Gott allein die Legitimitätsquelle¹⁵. Die Gesetze wurden im Namen Gottes erlassen. Die säkularen Herrscher wurden für die Stellvertreter Gottes gehalten. Ihre Gesetze waren nur die Mittel, um die säkulare Gesellschaft mit dem göttlichen Recht zu verknüpfen. Das Recht sollte darum immer dasselbe bleiben. Wer behauptete, dass ein anderes Recht als das Gesetz Gottes Gültigkeit haben kann, verstieß gegen das Gesetz. Eine Rechtsänderung war im Prinzip ausgeschlossen¹⁶. Dass das Recht von Menschen gemacht ist, ist eine neuzeitliche Vorstellung. Erst in der Aufklärung wird eigentlich erfasst, dass Recht tatsächlich Menschenwerk ist, sich nicht ableiten lassen kann von göttlicher Begründung¹⁷.

¹² Vgl. *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 470.

¹³ Vgl. *K. Meßerschmidt*, S. 473.

¹⁴ Vgl. *H. Quaritsch*, Staat und Souveränität, 1970, S. 510.

¹⁵ *G. Roellecke*, Gesetz in der Spätmoderne, in: K. König (Hrsg.), Gesetzgebung und Regierung, Speyerer Forschungsberichte Nr. 184 (1998), S. 10 f.

¹⁶ Vgl. *G. Roellecke*, in: K. König (Hrsg.), Gesetzgebung und Regierung, Speyerer Forschungsberichte Nr. 184 (1998), S. 11; ; ausführlich *R. Sprandel*, Verfassung und Gesellschaft im Mittelalter, 3. Aufl., 1988.

¹⁷ Vgl. *W. Zeh*, Gesetz und Gesetzgeber, in: K. König (Hrsg.), Gesetzgebung und Regierung, Speyerer Forschungsberichte Nr. 184 (1998), S. 24 f.

Zur Zeit des Absolutismus gab der Monarch als Souverän in der Gesellschaft noch das Gesetz als einen Befehl bzw. eine Gnade. Aber es war schon nicht mehr göttliches Recht. Nach der bürgerlichen Revolution des 19. Jahrhunderts trat die Frage in den Vordergrund, inwiefern Gesetz und Recht auf das Volk zurückzuführen sein müssen, in welcher Zusammensetzung und mit welchen politischen Mitwirkungsmöglichkeiten auch immer¹⁸, z. B.: Prüfung und Zustimmung des Budgets, Grundrechte der Bürger - vor allem die körperliche Unversehrtheit und der Eigentumsschutz. Im Konstitutionalismus war der Monarch nur noch der Verfassungsgeber, aber er erließ nicht mehr die einzelnen Gesetze.

Seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts sind Volksvertretungen, die sich später zu Parlamenten entwickelten¹⁹, an der Regierung beteiligt. Mit dem Übergang zur Republik wurde dann die Gesetzgebung zur wichtigsten Aufgabe der gewählten Volksvertretungen. Daher stammt die überkommene Gleichsetzung von Parlament und Gesetzgeber, in der Konzeption des demokratischen Rechtsstaats zusammengefasst im Begriff des „Parlamentsgesetzes“²⁰.

In der Gegenwart, in der das Parlament nicht mehr als ein nur die Stände repräsentierendes Organ, sondern als ein durch allgemeine Wahlen berufenes Organ des Volkes betrachtet wird, kommt der Legislative nicht nur ein Recht auf Gesetzgebung zu, sondern sie ist nach wie vor die wichtigste Aufgabe des Parlaments²¹.

¹⁸ W. Zeh, in: K. König (Hrsg.), Gesetzgebung und Regierung, Speyerer Forschungsberichte Nr. 184 (1998), S. 24.

¹⁹ Ein kurzer geschichtlicher Überblick der Entwicklung der parlamentarischen Demokratie bei P. Badura, Die parlamentarische Demokratie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes, Bd. I, 1987, S. 964 ff.

²⁰ W. Zeh, in: K. König (Hrsg.), Gesetzgebung und Regierung, Speyerer Forschungsberichte Nr. 184 (1998), S. 24 f.

²¹ Vgl. BVerfGE 40, 237 (249) – „Die von der konstitutionellen, bürgerlich-liberalen Staatsauffassung des 19. Jahrhunderts geprägte Formel, ein Gesetz sei nur dort erforderlich, wo Eingriffe in Freiheit und Eigentum in Rede stehen, dem heutigen Verfassungsverständnis nicht mehr voll gerecht wird“.

Die These, nach der der Parlamentsgesetzgeber an keine rechtlichen Vorgaben gebunden ist, gehört der Vergangenheit an²², auch wenn sie aufgrund ihrer überwiegenden Anerkennung in der Weimarer Zeit zunächst noch Eingang in die staatsrechtliche Literatur zum Grundgesetz gefunden hat²³. Nach dem 2. Weltkrieg ist der wiederbelebte Naturrechtsgedanke als Reflexion auf das Dritte Reich hervorgetreten. Danach hat der gesamte Staatsapparat nur die Legitimation für den materiellen Schutz der Grundrechte seiner Bürger²⁴. Die Bindung des Parlamentsgesetzgebers an die Verfassung steht zur Zeit außer Frage. Der parlamentarische Gesetzgeber besitzt keine uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit, sondern unterliegt den Bindungen der Verfassung²⁵.

Die Gesetzgebung wird in der Gegenwart aufgrund der Komplexität der in der modernen Industriegesellschaft zu regelnden Lebenssachverhalte zunehmend schwieriger²⁶. Das Parlament als Gesetzgebungsorgan ist nicht immer geeignet, Gesetze der modernen Industriegesellschaft entsprechend zu erlassen. Die tatsächliche Aufgabe des Verfassens von Gesetzen wird in zunehmendem Maße in Zusammenarbeit zwischen der Legislative und Exekutive durchgeführt. Die Aufgabe des Parlaments als Gesetzgeber reduziert sich dadurch aber in der Tat darauf, den von der Exekutive vorgeschlagenen Gesetzesentwürfen die Legitimation im Namen des Souveräns zu erteilen²⁷.

²² Vgl. *K. Meßerschmidt*, S. 468.

²³ *M. Eisele*, Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlass, 1999, S. 148.

²⁴ Vgl. *K. Stern*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes, Bd. V, 1992, S. 47.

²⁵ Vgl. *K. Meßerschmidt*, S. 449.

²⁶ Vgl. *N. Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 18 ff.

²⁷ Es bedeutet nicht, dass das Parlament als einzige unmittelbar demokratisch legitimiertes Verfassungsorgan dank der Gesetzgebungspraxis zur Zeit die Herrschaft über die Gesetzesinitiative nicht aus den Händen, d.h. nicht mit einem Exekutivorgan in Parallele gesetzt werden darf. Vgl. *P. Lerche*, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), S. 345 f.; – Reduzierte Parlamentsmacht, siehe *K. Meßerschmidt*, IV, in § 4 mit weiteren Nachweisen.

II. Neue Erkenntnis über die Grundrechte in der Nachkriegszeit

1. Die klassische Grundrechtstheorie

Die Grundrechte sind ein konstitutiver Bestandteil des modernen Verfassungsstaates. Die Grundrechte sind Fundementalaussagen des neuzeitlichen westlichen Staatsverständnisses²⁸.

Nach der liberalen oder bürgerlich-rechtstaatlichen Grundrechtstheorie sind die Grundrechte Freiheitsrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat. Der Mensch wird als autonomes Wesen gesehen, das über alle Mittel zur freien Lebensgestaltung verfügt. Die Freiheit des Einzelnen zu gewährleisten, ist deshalb die wichtigste Aufgabe von Verfassung und Staat. Danach ist der Staat u. a. verpflichtet, Sicherheit und Ordnung herzustellen²⁹. Die Grundrechte haben nach dieser Ansicht den Charakter von Abwehrrechten³⁰.

Nach der sozialstaatlichen Grundrechtstheorie sichern die Grundrechte nicht nur die rechtliche Freiheit, sondern auch die reale Freiheit des Einzelnen³¹. Dementsprechend ist der Staat verpflichtet, reale Freiheit zu ermöglichen³². Die sozialstaatliche Theorie führt gegenüber der liberalen Theorie zu einer Erweiterung der Grundrechtsfunktionen³³. Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte, sie beinhalten auch Rechte auf positive Handlungen des Staates.

²⁸ K. Stern, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes, Bd. V, 1992, S. 22.

²⁹ P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972); M. Eisele, S. 74.

³⁰ Vgl. M. Eisele, S. 66.

³¹ P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 57, Anm. 53.

³² P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 57.

³³ P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 58 f.

2. Die Grundrechte als objektive Wertordnung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellen die Grundrechte ein „Wertsystem“³⁴, „eine objektive Wertordnung“³⁵ bzw. „eine objektivrechtliche Wertordnung“³⁶ dar. Nach der Werttheorie der Grundrechte stellen die Grundrechte nicht nur subjektive Rechte des Einzelnen dar, sondern verkörpern auch eine objektive Wertordnung³⁷. Trotz der Kritik, dass Grundrechte damit als individuelle Abwehrrechte hinter einem höheren Wert zurücktreten und stark relativiert werden³⁸, ist die Ansicht, dass die Grundrechte eine objektive Wertordnung bilden, auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁹ herrschende Meinung geworden. Dass Grundrechte sowohl subjektive Freiheitsrechte des einzelnen Grundrechtsträgers als auch (objektive) Grundsatznormen oder Wertentscheidungen sind, ist heute geläufig und gehört zum Grundbestand der Grundrechtslehre⁴⁰. Die Grundrechte als eine Wertordnung ist „Kern der Verfassung“ im Grundgesetz geworden.

Mittlerweile wird die an der Idee der objektiven Wertordnung orientierte Rechtsprechung unter vielen Aspekten, vor allem unter substantiellen und funktionellen Gesichtspunkten kritisiert⁴¹. Die terminologische Vielfalt des Bundesverfassungsgerichts darüber ist auch verwirrend⁴². Eine umfassende Erörterung des Diskussionsverlaufes über die oben erwähnte Frage sprengt aber die hier vorliegende Arbeit. Hier

³⁴ Vgl. BVerfGE 6, 32 (41); 7, 198 (205); 32, 98 (108); 37, 57 (65); 49, 24 (65); 52, 223 (247).

³⁵ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205); 10, 59 (81); 12, 113 (124); 26, 44 (63); 30, 173 (193); 33, 23 (29); 34, 269 (280); 80, 182 (187).

³⁶ BVerfGE 7, 198 (205); 35, 79 (114); 39, 1 (41 f.); 49, 89 (142).

³⁷ E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S. 1; R. Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 29 (1990), S. 49; M. Eisele, S. 68 f.

³⁸ M. Eisele, S. 68.

³⁹ Die Pilotentscheidung und die wichtigste Entscheidung ist sog. *Lüth-Urteil* von 15. 1. 1958 des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE 7, 198.

⁴⁰ E.-W. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), S. 1; R. Alexy, Der Staat 29 (1999), S. 49.

⁴¹ Ausführlich R. Alexy, Der Staat 29 (1990), S. 50 f.

⁴² Vgl. R. Alexy, Der Staat 29 (1990), S. 51. m. w. N.

wird der herrschenden Meinung gefolgt, wonach die Grundrechte eine doppelte Bedeutung haben: Sie sind in erster Linie ein „Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat“. Darüber hinaus sind sie eine „objektive Wertordnung“ oder ein „Wertsystem“, das als „eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts“ gilt⁴³. „Eine Ausstrahlungswirkung“⁴⁴ der Grundrechte ist auch vom Bundesverfassungsgericht längst anerkannt⁴⁵.

Die Grundrechte bilden einen untrennbaren Teil der Verfassung (Art. 1 – Art. 19 GG); sie sind der eigentliche Kern der freiheitlich-demokratischen Ordnung des staatlichen Lebens im Grundgesetz. Ihre Reichweite kann daher nicht davon abhängen, in welcher Weise eine bestimmte Materie durch das einfache Recht geregelt ist; sie ist vielmehr unmittelbar aus den Verfassungsnormen selbst zu erschließen⁴⁶. Die Grundrechte stellen den wohl wichtigsten Maßstab zur Auslegung der Verfassung dar⁴⁷. Sie gelten demnach für alle Bereiche der Rechtsordnung und geben Richtlinien für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung ab⁴⁸. Die Grundrechte beeinflussen nicht nur das gesamte materielle Recht, sondern auch das Verfahrensrecht, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz Bedeutung hat⁴⁹.

3. Der Grundrechtsschutz als verfassungsrechtliche Aufgabe aller Staatsorgane

Die Grundrechte sind unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG). Was Art. 20 Abs. 3 GG für die Verfassungs- und Rechtsbindung der konstituierten Staatsgewalten allgemein anordnet, wird in Art. 1 Abs. 3 GG nochmals speziell für die Grundrechte betont. Beide Aussagen werden in Art. 79 Abs. 3 GG verbunden mit der Folge, dass sie auch

⁴³ Vgl. BVerfGE 49, 89 (142); R. Alexy, *Der Staat* 29 (1990), S. 51 ff.

⁴⁴ BVerfGE 7, 198 (207).

⁴⁵ BVerfGE 7, 198 (204 ff.); zum Diskussionsverlauf in der Literatur siehe E.-W. Böckenförde, *Der Staat* 29 (1990), S. 3 ff.

⁴⁶ BVerfGE 31, 58 (73); 43, 154 (167).

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 7, 198.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205); 49, 89 (142).

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 53, 30 (65) m. w. N.; 84, 59 (72).

der Dispositionsbefugnis des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen sind.

Im *Lüth-Urteil* des Bundesverfassungsgerichts⁵⁰ wird deutlich ausgesprochen, dass die im Grundrechtsabschnitt errichtete Wertordnung für alle Bereiche des Rechts Geltung hat, in ihrem materiellen Gehalt für die Ordnung des sozialen Zusammenlebens die Rechtsordnung insgesamt prägt und näher bestimmt, und dies kraft Verfassungsrechts⁵¹. Daraus folgt, dass die staatlichen Organe gehalten sind, alle Anstrengungen zu unternehmen, um mögliche Gefahren für die Grundrechte der Bürger frühzeitig zu erkennen und ihnen mit dem erforderlichen verfassungsmäßigen Mittel zu begegnen⁵².

Handlungsaufträge und Schutzpflichten ergeben sich ebenfalls als eine notwendige Konsequenz aus dem Charakter der Grundrechte als objektive Grundsatznormen⁵³. In seinem ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch⁵⁴ stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Schutzpflicht des Staates umfassend ist⁵⁵ und dass seine Schutzverpflichtung deshalb um so ernster genommen werden muss, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes anzusetzen ist⁵⁶.

Der Gesetzgeber ist aufgrund des objektivrechtlichen Gehalts der Grundrechte verpflichtet, diesen Gehalt berücksichtigende Gesetze zu erlassen, um sich schützend und fördernd vor die darin genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Angriffen von Seiten Anderer zu bewahren⁵⁷. Der Gesetzgeber ist also von Verfassungs wegen verpflichtet, solche Gesetz zu erlassen, welche die Grundrechte optimal schützen⁵⁸. Diese Verpflichtung schließt

⁵⁰ BVerfGE 7, 198.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205).

⁵² Vgl. BVerfGE 49, 89 (132).

⁵³ BVerfGE 49, 89 (142); *E.-W. Böckenförde*, *Der Staat* 29 (1990), S. 12.

⁵⁴ BVerfGE 39, 1

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 39, 1 (42).

⁵⁶ BVerfGE 39, 1 (42).

⁵⁷ Vgl. BVerfGE, 39, 1 (41); 53, 30 (57).

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 39, 1 (41 f.); 46, 160 (164); 49, 89 (130 f.); 56, 54 (78 ff.); 77, 170 (214); 85, 191 (212); 87, 363 (386); 88, 203 (251 f.); 92, 140 (150).

auch das rechtzeitige Erlassen eines Gesetzes ein, um die Gefahr von Grundrechtsverletzungen einzudämmen⁵⁹, weil ein Gesetz auch zeitbezogen und mit der Zeit veränderlich ist, so dass es durch Zeitablauf verfassungswidrig werden kann⁶⁰. Darüber hinaus schließt diese Verpflichtung ein, dass der Gesetzgeber auf sich wandelnde Verhältnisse, insbesondere im technisch-industriellen Bereich, schnell reagiert, um sich neu entwickelnde Gefahren für die Bürger abzuwehren⁶¹.

III. Der parlamentarische Gesetzgeber und die Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Das gegenwärtige Verständnis des Gewaltenteilungsprinzips

Die klassische Zwecksetzung der Gewaltenteilung ist mit der Freiheitssicherung der Einzelnen durch die Mäßigung der Staatsgewalt beschrieben worden⁶². Das Ineingreifen und die wechselseitigen Kontroll- und Beeinflussungsmöglichkeiten der so geteilten Staatsgewalt bewirken im idealtypischen Bild der Gewaltenteilung die Hemmung und Begrenzung der Staatsgewalt⁶³.

Die Gewaltenteilung ist zur Zeit als rationale Verteilung der Staatsfunktionen zum Zwecke des Grundrechtsschutzes zu verstehen⁶⁴. Um sie an die Kompliziertheit der Lebensverhältnisse anzupassen, soll die Qualität der staatlichen Entscheidungen dadurch verbessert werden, dass mehrere Organe, die unterschiedliche Aspekte und Interessen zur Geltung kommen lassen, an ihrer Vorbereitung mitwirken, und dass

⁵⁹ BVerfGE 49, 89 (142).

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 16, 130 (138); 17, 1 (23 ff.); 39, 169 (187 ff.); 56, 54 (81); 88, 203 (309 ff.).

⁶¹ Vgl. BVerfGE 49, 89 (132); 56, 54 (79).

⁶² BVerfGE 9, 268 (279); 95, 1 (17); *T. von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers – zur Kontrolldichte verordnungsgeberischer Entscheidungen, 1989, S. 45.

⁶³ Vgl. BVerfGE 95, 1 (15); *T. von Danwitz*, S. 45.

⁶⁴ Vgl. *P. Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 48 f.; *K. Meßerschmidt*, S. 461 f.; *K.-U. Meyn*, Kontrolle als Verfassungsprinzip, 1982, S. 215.

sie stets der Nachprüfung unterliegen⁶⁵. In diesem Sinne bestimmt Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, dass die vom Volke ausgehende Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Art. 20 Abs. 3 GG bindet ausdrücklich die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Recht und Gesetz. Die Gewaltenteilung zielt also unter der Voraussetzung, dass kein Organ in den Kernbereich eines anderen eingreifen darf⁶⁶, darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, d.h. von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen⁶⁷.

Dazu wird nicht nur die herkömmliche horizontale Gewaltenteilung, sondern auch eine vertikale Teilung der Staatsgewalt zwischen Bund und Ländern nach dem Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) in die Diskussion gestellt⁶⁸. Die Erkenntnis, dass die wesentliche Grenzlinie in der heutigen politischen Wirklichkeit nicht nur zwischen Regierung und Parlament verläuft, sondern auch zwischen Regierung und Regierungsfractionen einerseits und der parlamentarischen Opposition andererseits⁶⁹, erweitert die Dimensionen der Debatte über das Gewaltenteilungsprinzip.

Doch nicht allein die Einhaltung der Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren und die dadurch gewährleistete demokratische Legitimation der Gesetze wird durch die zu beobachtende Normenflut in Frage gestellt, sondern es wird durch diese Entwicklung auch das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 u. 3 GG) tangiert. Denn zunehmend wird erkannt, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung nicht nur durch Gewaltenhemmung und Gewaltenkontrolle dem Grundrechts-

⁶⁵ Dazu *H.-J. Vogel*, *Gewaltenvermischung statt Gewaltenteilung?*, NJW 1996, S. 1505 f.

⁶⁶ BVerfGE 3, 225 (247); 9, 268 (279).

⁶⁷ BVerfGE 68, 1 (86).

⁶⁸ *K.-P. Sommermann*, in: C. H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz (Kommentar)*, 4. Aufl., Bd. II, Art. 20 Abs. 1 GG, Rdnr. 21 ff.

⁶⁹ *A. Janssen*, *Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts*, 1990, S. 28 ff.

schutz dient, sondern primär (und vor allem) die sachgerechte Aufgabenerfüllung gewährleisten soll⁷⁰.

2. Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung

Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts unter dem Grundgesetz ist bestimmt durch die Herrschaft und den Vorrang der Verfassung⁷¹. Das Problem der Kompetenzverteilung zwischen dem unmittelbar demokratisch legitimierten sowie verantwortlichen parlamentarischen Gesetzgeber und dem nur mittelbar demokratisch legitimierten Verfassungsgericht stellt ein unumgängliches und dauerndes Problem dar⁷². Bei der Diskussion über das Bundesverfassungsgericht steht deshalb dessen Verhältnis zum Gesetzgeber im Vordergrund⁷³.

Der Vorwurf, dass das Bundesverfassungsgericht mit den weit gestreckten Normenkontrollbefugnissen seine Grenze als ein Rechtsprechungsorgan überschreitet, die Grenze der Gesetzgebung verschiebt⁷⁴ und sogar die Aufgabe des Gesetzgebers selber übernimmt⁷⁵, nimmt zu. Vor allem, seitdem das Bundesverfassungsgericht von dem anfänglichen dualen Entscheidungssystem⁷⁶, nach dem eine Norm entweder für gültig oder für ungültig erklärt wurde, abgewichen ist, spitzt sich die Diskussion zu, ob das Bundesverfassungsgericht dadurch ge-

⁷⁰ A. Janssen, S. 2; vgl. BVerfGE 9, 268 (279); 95, 1 (17).

⁷¹ C. Starck, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, S. 7; K. Schlaich, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 103.

⁷² Vgl. R. Alexy, Die Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996, S. 407; K. Korinek, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981), S. 46; K. Schlaich, VVDStRL 39 (1981), S. 107 f.

⁷³ U. Everling, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 225; C. Starck, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, S. 7.

⁷⁴ K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 513 ff.; M. Tohodipur, Zu Status und Funktion des BVerfG, in: ders. (Hrsg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, 1976, S. 12.

⁷⁵ R. Lamprecht, Oligarchie in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung, NJW 1994, S. 3272 ff.; H.-J. Vogel, NJW 1996, S. 1505 ff.; H.-P. Schneider, Gesetzgebung und Einzelfallgerechtigkeit, ZRP 1998, S. 326.

⁷⁶ Vgl. C. Mayer, B. im zweiten Kapitel.

gen das Gewaltenteilungsprinzip verstößt, nämlich es die Rolle des Gesetzgebers übernimmt, oder ob es sich im Gegenteil dadurch eher selbst zurückhält.

a) Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts

Die Kompetenz für die Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichts (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 2 a, Art. 100 Abs. 1, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, §§ 13 Nr. 6 und 6 a, 76 ff., 13 Nr. 11, 80 ff., 13 Nr. 8 a, 90 ff. BVerfGG) ist ausschließlich auf die Rechtmäßigkeits- bzw. Verfassungsmäßigkeitsprüfung beschränkt. Es ist nicht befugt, die Gesetze auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen⁷⁷. Nur der Gesetzgeber kann selbst den Gesetzeszweck mit den bis zum Erlassen gesammelten Materialien festlegen. Wie er den Zweck bestimmt und in welcher Ausgestaltung er das Gesetz erlässt, kann kein Prüfungsgegenstand des Bundesverfassungsgerichts sein. Die Regelung des Art. 100 Abs. 1 GG zeigt deutlich, dass der Verfassungsgeber dem Parlament aufgrund seiner unmittelbaren demokratischen Legitimation eine partiell höhere Rangstufe gegenüber anderen Gewalten zuerkennt⁷⁸.

Sowohl zur Rechtssetzung wie auch zur Aufhebung der Gesetze ist grundsätzlich nur der Gesetzgeber berechtigt⁷⁹. Das Bundesverfassungsgericht kann ein Gesetz insofern aufheben, als ihm das Grundgesetz als Handlungs- und Legitimationsgrundlage dafür einen Handlungstitel zuweist. Entscheidet das Bundesverfassungsgericht lediglich über die Verfassungsmäßigkeit des angegriffenen Gesetzes, so sind sonstige Ausführungen zu allgemeinen Problemen der Regelung der jeweiligen Materie unzulässig⁸⁰. Weder allgemeine Grundsätze dürfen dafür in einem besonderen Abschnitt der Gründe aufgestellt werden, noch ist die Entscheidung über alternative Zwecke oder Mittel jenseits des angegriffenen Gesetzes im allgemeinen Rahmen der Entscheidung zulässig⁸¹. Die Berufung auf das Verfassungsgericht bedeutet, dass die gesellschaftliche Kontroverse im verfassungsgerichtlichen Prozess au-

⁷⁷ C. Gusy, S. 185; vgl. BVerfGE 95, 267 (310).

⁷⁸ Vgl. K.-U. Meyn, Kontrolle als Verfassungsprinzip, 1982, S. 346.

⁷⁹ C. Gusy, S. 185.

⁸⁰ C. Gusy, S. 185 f.

⁸¹ C. Gusy, S. 259.

toritativ beendet wird; dies reduziert zugleich die dynamische Offenheit des Grundgesetzes⁸².

Der Begriff des Rechts umfasst mehr als die Gesamtheit der bestehenden Rechtsnormen. Gegenüber den positiven Normen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinn Ganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in seinen Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung⁸³.

Den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kommt zwar unbestreitbar ein gestaltendes und politisches Moment zu⁸⁴. Zwischen den Aufgaben des Gesetzgebers und denen des Bundesverfassungsgerichts bestehen dennoch grundlegende Unterschiede. Das Bundesverfassungsgericht muss die Auswahl zwischen mehreren Möglichkeiten der Verfassungsanwendung und Verfassungsentwicklung dem funktional gerade dafür eingesetzten und ausgerüsteten, unmittelbar demokratisch legitimierten Verfassungsorgan überlassen und sich auf solche Entscheidungen beschränken, bei denen es die Gewähr für die verfassungsgerichtliche „Richtigkeit“ eines bestimmten Ergebnisses übernehmen kann⁸⁵. Trotz der Debatte, ob die Verfassungsgerichtsbarkeit ein negativer Gesetzgeber ist, ist und bleibt die Verfassungsgerichtsbarkeit ihrem Wesen nach Rechtsprechung⁸⁶. Die Befugnis zur Kontrolle der Legislative erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Verfassungsrichter streng an die Grenzen der Justizabilität hält und die prinzipielle Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers respektiert⁸⁷. Das Grundgesetz hat den Rechtsstaat, aber nicht den Richterstaat geschaffen.

⁸² A. Scherzberg, Wertkonflikt vor dem BVerfG, DVBl. 1999, S. 357.

⁸³ BVerfGE 34, 269 (287).

⁸⁴ W.-R. Schenke, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW 1979, S. 1329.

⁸⁵ W. Rupp-v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, AöR 102 (1977), S. 18 f.; M. Kleuker, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, 1993, S. 96; H.-J. Vogel, NJW 1996, S. 1510.

⁸⁶ P. E. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988, S. 108 f.; K.-U. Meyn, S. 348.

⁸⁷ Vgl. H.-P. Schneider, Richterrecht, S. 35.

b) Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber ist „freier“ als der Richter⁸⁸. Alles staatliche Handeln muss grundsätzlich vom Gesetzgeber normativ vorgezeichnet werden, weil er die vollständigste demokratische Legitimation besitzt⁸⁹. Die Regelung und die Auslegung von Art. 100 Abs. 1 GG machen besonders deutlich, dass der Verfassungsgeber dem Parlament wegen seiner unmittelbaren Legitimation eine partiell höhere Rangstufe gegenüber anderen Gewalten zuerkennt⁹⁰. Das Parlament kann von Verfassungs wegen nicht verpflichtet werden, bestimmte, bislang rechtsfreie Materien, die also überhaupt noch nicht Gegenstand staatlicher Maßnahmen waren, gesetzlich zu regeln⁹¹.

Der Gesetzgeber ist befugt, Normen nach politischem Belieben zu setzen⁹². Vor allem muss die grundsätzliche Freiheit wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung dem Freiheitsschutz Rechnung tragen, auf den der einzelne Bürger gerade auch dem Gesetzgeber gegenüber einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat⁹³. Eine Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bei einer Unterlassung des Gesetzgebers ist dennoch unmöglich. Auch ein „Umschlagen“ der Verfassungsaufträge in unmittelbar geltendes Recht ist weder möglich noch zulässig⁹⁴.

Ob der Gesetzgeber jeweils die zweckmäßigste, vernünftigste und gerechteste Lösung gefunden hat, ist vom Bundesverfassungsgericht nicht nachzuprüfen⁹⁵. Die Frage nach der Zweckmäßigkeit eines Gesetzes kann nicht nach der tatsächlichen späteren Entwicklung, sondern nur danach beurteilt werden, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht

⁸⁸ V. Kubes, Theorie der Gesetzgebung oder Rechtsfindungswissenschaft? Zur Grundfrage der rationalen Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre, in: I. Tamme-lo/E. Mock (Hrsg.), Rechtstheorie und Gesetzgebung, 1986, S. 136.

⁸⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 652; P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 195.

⁹⁰ K.-U. Meyn, S. 346.

⁹¹ R. Hermes, Das Bereich des Parlamentsgesetzes, 1988, S. 120.

⁹² P. E. Hein, S. 108.

⁹³ BVerfGE 7, 377 (400); 50, 290 (338).

⁹⁴ C. Gusy, S. 205 f.

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 33, 172 (189); C. Gusy, S. 185.

beim Erlass des Gesetzes davon ausgehen durfte, dass die Maßnahmen zur Erreichung des gesetzten Ziels geeignet waren⁹⁶, ob also seine Prognose bei der Beurteilung der zukünftigen Entwicklung der Regelungsmaterie sachgerecht und vertretbar war⁹⁷. Der Gesetzgeber hat eine Einschätzungsprärogative und einen Prognosespielraum bei der Beurteilung künftiger Entwicklungen⁹⁸. In einer notwendigerweise mit Ungewissheit belasteten Situation liegt es zuvörderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers, im Rahmen seiner jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen⁹⁹. Für die unmittelbare Konkretisierung eines Verfassungsprinzips durch die Gerichte ist daher nur dort Raum, wo entweder eine Gesetzeslücke nicht anders als auf diesem Wege ausgefüllt werden kann oder das Gesetz selber dem Richter einen Konkretisierungsspielraum einräumt¹⁰⁰.

Das Bundesverfassungsgericht neigt in der Praxis dazu, dem Gesetzgeber in einigen Bereichen, vor allem dem des Wirtschaftsrechts, einen weiten Beurteilungsspielraum zuzugestehen und Maßnahmen hinzunehmen, die nach gewöhnlichem verfassungsrechtlichen Maßstab kaum noch als verfassungsgemäß anzusehen wären. Es hat im Wirtschaftsbereich angenommen, dass Irrtümer über den Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung in Kauf genommen werden müssten, da der Gesetzgeber auch zur Abwehr künftiger Gefahren im Rahmen des Möglichen verpflichtet sei, der zunächst zu erwartende Geschehensablauf aus den verschiedensten Gründen aber auch unvorhergesehene Wendungen nehmen könne¹⁰¹. Das Bundesverfassungsgericht hat ins-

⁹⁶ BVerfGE 33, 172 (189); 37, 104 (118); vgl. BVerfGE 82, 126 (153) – „Die Einschätzung der tatsächlichen Umstände und Bedürfnisse, die zu einer solchen Regelung führen, ist allein Sache des Gesetzgebers. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Gestaltungsfreiraum grundsätzlich zu respektieren. Erst wenn die einem Gesetz zugrunde liegenden tatsächlichen Voraussetzungen sich als evident unzutreffend erweisen, kann daraus die Verfassungswidrigkeit der Regelung folgen“.

⁹⁷ K. König, Evaluation als Kontrolle der Gesetzgebung, in: W. Schreckenberger/K. König/W. Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, 1986, S. 99.

⁹⁸ Vgl. BVerfGE 50, 290 (331 ff.); 95, 267 (314).

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 49, 89 LS 4.

¹⁰⁰ K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 217.

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 16, 147 (188); 18, 315 (332); 25, 1 (12 f.); 30, 250 (263); 39, 210 (226); 46, 246 (257).

besondere eine Art Irrtumslehre zugunsten des Gesetzgebers entwickelt, die ihm ein weites Experimentierfeld einräumt. Dieser dem Gesetzgeber eingeräumte Spielraum mag ihn dazu verleiten, über Maßnahmen weniger im Entwurfs- und Gesetzgebungsverfahren nachzudenken, weil eine nachträgliche Korrektur ohne den Makel einer Verfassungswidrigkeit noch möglich ist¹⁰².

c) Die Auswirkung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die gesetzgebende Gewalt

Die stärkste Wirkung im Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zur gesetzgebenden Gewalt geht von der verfassungsrechtlichen Normenkontrolle aus. Das Bundesverfassungsgericht zeigt kraft seiner Kontrollfunktion die verfassungsrechtlichen Grenzen der Gesetzgebungsorgane auf, innerhalb derer der Gesetzgeber zur freien politischen Entscheidung und Gestaltung befugt ist¹⁰³. Fast jeder Gesetzesentwurf wird schon innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens von allen Beteiligten, angefangen von den den Entwurf ausarbeitenden Ministerien bis hin zum Bundespräsidenten im Rahmen der Ausfertigung, auf seine Verfassungsmäßigkeit geprüft und an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gemessen¹⁰⁴.

Das Bundesverfassungsgericht ist ein Gericht (Art. 92 GG). Es übt wie die anderen Gerichte rechtsprechende Gewalt aus. Aber es hat häufiger Fragen mit politischem Einschlag – mit der Verfassung als politischem Recht – zu entscheiden als andere Gerichte, und seine Entscheidungen haben nicht selten weitreichende politische Auswirkungen¹⁰⁵. Hat der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen, darf der Richter diese nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine judikative Lösung ersetzen, die so im Parlament nicht erreichbar war¹⁰⁶.

¹⁰² C. Pestalozza, „Noch verfassungsmäßige“ und „bloß verfassungswidrige“ Rechtslagen, in: BVerfG und GG, Bd. I, 1976, S. 541.

¹⁰³ P. E. Hein, S. 108; W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102 (1977), S. 9.

¹⁰⁴ W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102 (1977), S. 23.

¹⁰⁵ Dazu W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102 (1977), S. 3 f.; H.-P. Schneider, NJW 1980, S. 2104 f.

¹⁰⁶ BVerfGE 69, 315 (372); 82, 6 (12).

Das Bundesverfassungsgericht 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 System¹⁰⁷. Diese wertorientierte Verfassungsauslegung hat vor allem der Grundrechtsinterpretation und damit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle neue Horizonte geöffnet¹⁰⁸.

Das neue Verständnis der Grundrechte trägt einerseits dazu bei, dass der Gesetzgeber dafür Verantwortung tragen muss, nicht nur die Staatsleistungen gerecht zu verteilen, sondern vielmehr eine Lage zu schaffen, in der die Bürger ihre Freiheitsrechte materiell zur Geltung bringen und an den Staatsleistungen angemessen teilhaben können¹⁰⁹. Aber die Übergewichtung der verfassungsrechtlichen Wertorientierung - eine allgemeine Institutionalisierung bzw. Umdeutung von Grundrechten in Teilhaberechte und Leistungsrechte - kann andererseits zugleich tendenziell in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers eindringen¹¹⁰. Hier bleibt es das ständige Problem verfassungsgerichtlicher Normprüfung und ihrer Einwirkung auf die gesetzgebende Gewalt, inwieweit ihre Grenze bestimmt werden kann (judicial self-restraint). Entscheidend ist aber nicht, ob das Bundesverfassungsgericht in die Stellung als reine rechtsprechende Gewalt zurückkehren muss¹¹¹, sondern inwieweit sein Prüfungsumfang reichen darf, anders gesagt, begrenzt werden soll¹¹².

Zu unterscheiden sind die Normsetzungsfunktion des Gesetzgebers und die Normkontrollfunktion des Bundesverfassungsgerichts¹¹³. Die Bedeutung des Parlaments als Ort politischer Auseinandersetzung und Willensbildung darf dadurch nicht beeinträchtigt werden, dass letzte

¹⁰⁷ W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102 (1977), S. 13.

¹⁰⁸ W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102 (1977), S. 14.

¹⁰⁹ W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102 (1977), S. 14 f.

¹¹⁰ W.-R. Schenke, NJW 1979, S. 1329; ähnlich auch J. Ipsen, Rechtsfolge, S. 220.

¹¹¹ Z. B. R. Lamprecht, NJW 1994, S. 3272 ff.

¹¹² Die aus der amerikanischen Rechtsprechungstradition entstandene Theorie des „judicial self-restraint“ kann in das deutsche Rechtssystem nicht einfach übernommen werden. Denn die deutschen Gerichte sind an das Postulat des Rechtsverweigerungsverbots gebunden.

¹¹³ P. E. Hein, S. 108; K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 382 ff.

politischen Entscheidungen vom Bundesverfassungsgericht getroffen werden¹¹⁴.

3. Kritik an der herrschenden Meinung

Die Frage der Reichweite der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und des Gesetzgebers wird traditionell unter dem Gesichtspunkt des Gewaltenteilungsprinzips behandelt. Die abweichenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind in der Literatur bis jetzt meistens in Bezug auf das Gewaltenteilungsprinzip behandelt worden¹¹⁵. Die Abweichung von der traditionellen Verfassungsrechtsprechung löste eine heftige Debatte aus, in der einerseits die Sorge geäußert wurde, dass das Bundesverfassungsgericht in den Bereich des Gesetzgebers eingreift¹¹⁶, andererseits Zustimmung signalisiert wurde, da sich das Bundesverfassungsgericht aus dem Bereich des Gesetzgebers eher zurückzieht¹¹⁷.

Die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers mit den abweichenden Entscheidungen eingreift oder sich dadurch eher zurückhält, stellt sich unter einem anderen Blickwinkel, wenn man annimmt, dass die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes je nach Art der Gesetzesmängel verschieden geprüft werden kann. Ob das Bundesverfassungsgericht in die Gestaltungsfreiheit bzw. die Zuständigkeit des Gesetzgebers eingreift und dadurch gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstößt oder nicht, hängt nicht mit der Entscheidungsform, sondern mit ihrem konkreten Inhalt zusammen. Die abweichende Entscheidung bzw. die Abweichung von der Nichtigkeit sollte in diesem Sinne als die ursprüngliche Form der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts angesehen werden. Denn ein Gesetz kann nicht schlechthin verfassungsmäßig oder -widrig sein. Zwi-

¹¹⁴ W.-R. Schenke, NJW 1979, S. 1324.

¹¹⁵ Dazu siehe J. Ipsen, Rechtsfolge; C. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht; K. Chryssogonos, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung.

¹¹⁶ Vgl. J. Ipsen, Rechtsfolge, 23 ff.; auch K. Schlaich/S. Koriath, 7. Teil, u. a. siehe III 7. Teil. m. w. N.

¹¹⁷ Vgl. BVerfGE 36, 1 (14); 59, 369 (377); dazu W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102 (1977), S. 18; K.-U. Meyn, S. 396 ff. m. w. N.

schen der Verfassungsmäßigkeit und der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes bestehen inhaltlich verschiedene Phasen. Eine Kompetenzüberschreitung des Bundesverfassungsgerichts liegt danach vor, wenn eine sachgemäße Rollenverteilung nach dem Grundgesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) verlangt, dass inhaltliche Regelungen nicht vom Gericht, sondern allein vom Gesetzgeber zu treffen sind¹¹⁸.

Die abweichende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist dann weder ein Zeichen der Zurückhaltung noch der Ersetzung aus Rücksicht auf das Gewaltenteilungsprinzip, sondern vielmehr eine nach der Art des Gesetzesmangels erforderliche Entscheidungsform des Gerichts. Die abweichende Entscheidung ist unter Berücksichtigung des Zeitfaktors dem Wesen des Gesetzes nach die ursprüngliche Form der Verfassungsmäßigkeitsprüfung des Gesetzes. Es ist keine Frage des Zuständigkeitsstreits zwischen beiden Organen. In diesem Sinne ist die Meinung von *J. Ipsen*, dass das Bundesverfassungsgericht durch die Entscheidungsvariante bzw. Abweichung auf dem Weg zu einem politischen Organ sei¹¹⁹, nicht zu akzeptieren.

¹¹⁸ *M. Kleuker*, S. 56 f.

¹¹⁹ *J. Ipsen*, Rechtsfolge, S. 205 – „Je mehr und häufiger das Bundesverfassungsgericht die Entscheidungsvariante bzw. Abweichung mit dem Vorwand der Vermeidung der Nichtigkeit trifft, desto schwächer wird seine Besonderheit als ein Rechtsprechungsorgan, das die Verfassung, vor allem die Grundrechte, erklären und stützen muss. Je größer die Zahl der Entscheidungsalternativen auf der Rechtsfolgeseite ist und je variabler ihre Handhabung, desto weniger normbestimmt agiert das Gericht und desto mehr vermag es sich an Opportunitätsgesichtspunkten auszurichten.“

Zweites Kapitel: Die Pflichten des Gesetzgebers

I. Die Pflicht zum guten Gesetz

1. Ein perfektes Gesetz als ewiges Ziel des Gesetzgebers

Seit der Antike ist bekannt, dass der Gesetzgeber Fehler bei der Gesetzgebung nicht vermeiden kann¹²⁰. Beschwerden über schlechte Gesetze waren nicht seltener als heute.

Zur Zeit des Gesetzespositivismus und auch schon seit dem Ende des 18. Jahrhunderts hatte man noch die Hoffnung, ein „perfektes“ Gesetz wie ein Naturgesetz zu erlassen, mit dem alle menschliche Ereignisse, Sachverhalte und der Streit um Interessen gelöst und beigelegt werden können. Trotz positivistischer Auslegungsmethoden und wissenschaftlicher Kommentierungsverbote erwies sich unter den Bedingungen des sozialen Leistungs- und Interventionsstaates die Vorstellung von der Vollständigkeit, Lückenlosigkeit und Widerspruchsfreiheit des geschriebenen Rechts ebenso als Fiktion wie das Ideal der Allgemeinheit und Abstraktheit von Gesetzen¹²¹. Die menschliche Welt funktioniert

¹²⁰ Aufgrund der Debatte zwischen Sokrates und Thrasymachos darüber, ob der Regierende, der Gesetzgeber, immer richtig handelt und richtige Gesetze erlässt oder nur für seinen eigenen Vorteil handelt, wissen wir davon:

„Sind denn aber die Regenten in allen Städten unfehlbar, oder können sie auch Fehler machen?“

„Gewiss können sie auch Fehler machen“. Erwiderte er.

„Wenn sie sich also mit der Gesetzgebung befassen, so erlassen sie zum Teil richtige, zum Teil unrichtige Gesetze?“

„Ja, das glaube ich.“

„Richtig abgefasst aber sind sie doch, wenn sie für sie selbst vorteilhaft sind, unrichtig dagegen, wenn sie unvorteilhaft sind? Oder wie meinst Du das?“

„Gerade so.“

„Was immer sie aber verordnen, müssen die Regierten tun, und eben das ist das Gerechte“

„Ohne Zweifel.“

in: *Platon, Der Staat* 339c ff., in: N. Hoerster (Hrsg.), *Klassische Text der Staatsphilosophie*, 1992, S. 28.

¹²¹ *H.-P. Schneider, Gesetzgebung und Einzelfallgerechtigkeit*, ZRP 1998, S. 323.

nicht nach Naturgesetzen. Es herrscht Einigkeit, dass es kein perfektes Gesetz in der menschlichen Welt gibt. Perfektion ist in der Gesetzgebung unmöglich¹²². Möglich ist hingegen die Anleitung zur Herstellung „relativ guter“, besserer Gesetze¹²³.

Es gibt zu viele Lebenssachverhalte in der Gesellschaft, die mit dem Gesetz nicht geregelt werden können. Man versucht ständig, ein neues Gesetz zu schaffen, um möglichst vielen Sachverhalten gerecht zu werden und Konflikte besser lösen zu können. Trotzdem entstehen wegen der dauernden Veränderung der tatsächlichen Umstände ständig neue Gesetzeslücken. Die manchmal erhobene Forderung, dass ein Gesetz so speziell sein müsse, dass die rechtliche Lösung des Einzelfalls nahezu mit Sicherheit vorausgesehen werden könne, ist unerfüllbar. Die Berechenbarkeit der Lösung ist naturgemäß bei der Anwendung von spezielleren Regelungen dem Grad nach höher als bei der Anwendung von Blankettbegriffen, Generalklauseln und allgemeinen Rechtsregeln. Trotzdem verwendet der moderne Gesetzgeber vielerorts unbestimmte Rechtsbegriffe und allgemeine Regeln, weil es unmöglich ist, mit Spezialnormen der Vielfalt der Lebensverhältnisse Herr zu werden und zugleich einen Weg zu der rechtlichen Differenzierung zu eröffnen, die im Einzelfall eine gerechte Entscheidung oft erst ermöglicht¹²⁴.

2. Die Zunahme der Staatsaufgaben

Das in Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 28 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip lässt die staatlichen Aufgaben zunehmen, den Staat zum Leistungsstaat werden. Die von der konstitutionellen, bürgerlich-liberalen Staatsauffassung des 19. Jahrhunderts geprägte Formel, ein Gesetz sei nur dort erforderlich, wo ‚Eingriffe in Freiheit und Eigentum‘ in Rede stehen, wird dem heutigen Verfassungsverständnis nicht mehr gerecht¹²⁵. Der soziale Staat der Gegenwart fordert vom Staat mehr Akti-

¹²² Vgl. *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 50; *H. Hill*, Bemühungen zur Verbesserung der Gesetzgebung, ZG 8 (1993), S. 2 f. - Nach ihm ist die Funktionsgerechtigkeit der Norm bei der Gesetzgebung ein oberstes Prinzip.

¹²³ *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 117; *P. Noll*, Gesetzgebungslehre, S. 167 f.

¹²⁴ BVerfGE 3, 225 (242 ff.).

¹²⁵ Vgl. BVerfGE 40, 237 (249).

vitäten als der liberale Staat des vorherigen Jahrhunderts. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet also den Staat, im Wege der Gesetzgebung für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen¹²⁶. Der Gesetzgeber muss die sich ständig wechselnden öffentlichen und privaten Bedürfnisse der Gesellschaft befriedigen und die begrenzten Güter unter den verschiedenen Interessengruppen verteilen, damit er den Verfassungsauftrag der Bewahrung und des Schutzes der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), konkret der „menschenswürdigen Ausgestaltung“ der Rechtsordnung, gerecht wird¹²⁷.

Die komplexer werdenden Verhältnisse in allen Lebensbereichen verlangen einerseits eine neue Regelung, zum anderen nimmt sich der Staat immer wieder neuer Aufgaben an¹²⁸. Die moderne Informationsgesellschaft bedarf immer neuerer Regelungen. Der schnelle Wandel der Verhältnisse führt zu beschleunigter Überalterung des geltenden Rechts und damit zu vermehrtem Änderungsbedarf¹²⁹. Der Gesetzgeber vermag aber nicht alle Lebensverhältnisse zu überschauen. Eine Optimierung ist im politischen System der heutigen gesellschaftlichen Lage nicht möglich. Anzustreben ist daher ein weniger anspruchsvolles Ziel, nämlich etwas relativ Besseres vorzunehmen.

3. Die Mindestbedingungen für ein gutes Gesetz

a) Die materiellen Grundsätze bei der Gesetzgebung

aa) Die Verständlichkeit des Gesetzes

Obwohl das Gesetz so leicht verständlich formuliert werden sollte, dass jeder es ohne besondere Hilfe verstehen kann¹³⁰, wird häufig be-

¹²⁶ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 64 u. S. 95.

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 87, 209 (228); U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 59 f.; P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 164 f.; A. Scherzberg, Wertkonflikt vor dem BVerfG, DVBl. 1999, S. 358.

¹²⁸ A. Burghart, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 29.

¹²⁹ A. Burghart, S. 30.

¹³⁰ Vgl. G. Müller, Adressatengerechtigkeit und Allgemeinverständlichkeit – der Verständnishorizont des Adressaten als Kriterium der Gesetzessprache, in: H. Schäf-

klagt, dass die Gesetze zu kompliziert und unverständlich seien¹³¹. Dass die Sprache der Gesetze¹³² klar und knapp¹³³, aber genau sein muss¹³⁴, gehört seit dem Zeitalter der Aufklärung zu den Grundforderungen, die immer wieder erhoben worden sind¹³⁵. Klarheit schafft Verständlichkeit und fördert die Rechtssicherheit¹³⁶. Bei der Verständlichkeit der Gesetze geht es um die Frage danach, zu wem und wie der Gesetzgeber sprechen soll. Schwer verständliche Gesetze kann der Bürger nicht befolgen¹³⁷.

Klarheit und Einfachheit tragen zwar zum Verständnis des Gesetzes bei. Je allgemeiner und breiter der Bereich der Adressaten ist, desto einfacher müssen Gesetze verstanden werden können. Aber es bedeutet dennoch nicht, dass jedes Gesetz so einfach formuliert sein muss, dass jeder es zu verstehen in der Lage ist. Das Gebot, dass Gesetze verstehbar sein müssen, verlangt nicht unbedingt, dass auch Laien sie verstehen können¹³⁸. Die Forderung nach Allgemeinverständlichkeit ließe sich praktisch kaum realisieren¹³⁹. Dass die Sprache der Gesetze sich nach dem vorgestellten Adressatenkreis richtet, ist ausreichend. Der Gesetzgeber hat seinen Gesetzen eine Gestalt zu geben, die dem

fer/O. Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, S. 35; *BMJ*, Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl., 1999, Rdnr. 43 ff.; § 42 Abs. 5 GGO.

¹³¹ Vgl. *H. Schneider*, Gesetzgebung, 2. Aufl., 1991, Rdnr. 451; *A. Burghart*, S. 67; *P. Noll*, Gesetzgebungslehre, S. 167.

¹³² Ausführlich siehe *C. Hattenhauer*, Zur Zukunft des Deutschen als Sprache der Rechtswissenschaft, *JZ* 2000, S. 546 ff.: Einige Beispiele zur verständlichen Gesetzgebung bei *R. Bender*, Die Sprache des Gesetzes, ein Problem der Verständlichkeit und der Regelungstechnik, in: *H. Schäffer/O. Triffterer* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, S. 45 ff.

¹³³ Vgl. *J. Lücke*, Die allgemeine Gesetzgebungsordnung, *ZG* 16 (2001), S. 8; *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 36.

¹³⁴ *H. Schneider*, Rdnr. 437.

¹³⁵ Vgl. *H. Schneider*, Rdnr. 436; *G. Müller*, in: *H. Schäffer/O. Triffterer* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, S. 35; *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 36.

¹³⁶ *R. Hotz*, Methodische Rechtssetzung, 1983, S. 58.

¹³⁷ *G. Müller*, in: *H. Schäffer/O. Triffterer* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, S. 36.

¹³⁸ Vgl. *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 47; *A. Burghart*, S. 67 ff.; *G. Müller*, in: *H. Schäffer/O. Triffterer* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, S. 42 ff.

¹³⁹ *G. Müller*, in: *H. Schäffer/O. Triffterer* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, S. 40.

vorausgesetzten Verständnis derjenigen entspricht, die praktisch das Gesetz handhaben oder vollziehen¹⁴⁰. Aber wenn die Gesetze von niemandem - nicht einmal von Juristen - ohne besondere Erläuterung verstanden werden können, ist ein verfassungswidriger Zustand erreicht, weil so auch dem betroffenen Laien eine richtige Rechtsanwendung versagt bleiben muss¹⁴¹.

Die Schriftsprache der Gesetze ist in einer guten Mittellage der Gesellschaft angesiedelt, wie sich auch die Justiz in der Mittelhöhe des Lebens bewegt¹⁴². Zudem ist die Sprache der gegenwärtigen deutschen Gesetzgebung eine Fachsprache, die sich an den rechtskundigen Leser, nicht an den Laien wendet. Der Wortlaut eines Gesetzes hat nicht den lebhaften Klang der Rechtswirklichkeit, sondern die Nüchternheit juristischen Handwerks. Der Inhalt des Gesetzes muss deshalb dem Betroffenen von einem Juristen erläutert werden¹⁴³.

Zur Unverständlichkeit von Normentexten führt jedoch nicht nur ein mangelhafter Sprachstil; auch unzureichende Systematik und verwirrende Begriffsverwendungen tragen dazu bei. Mangelnde Systematik führt zu Unübersichtlichkeit, so dass sowohl das Befolgen von Normen erschwert wird als auch Defizite in der Wahrnehmung von Ansprüchen verzeichnet werden müssen¹⁴⁴. Um solche Mängel zu vermeiden und verringern, empfiehlt die neue Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), dass Gesetzentwürfe grundsätzlich dem Redaktionsstab der Gesellschaft für deutsche Sprache beim Deutschen Bundestag zur Prüfung auf ihre sprachliche Richtigkeit und Verständlichkeit zuzuleiten sind (§ 42 Abs. 5 GGO).

¹⁴⁰ Vgl. *H. Schneider*, Rdnr. 454 f.; *G. Müller*, Rechtskenntnis und Gesetzessprache, in: FS für K. Eichenberger, 1982, S. 557; *G. Müller*, in: H. Schäffer/O. Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, S. 40; *J. Lücke*, ZG 16 (2001), S. 16.

¹⁴¹ *A. Burghart*, S. 72.

¹⁴² *H. Schneider*, Rdnr. 438; ähnlich *R. Bender*, in: H. Schäffer/O. Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 50 f.

¹⁴³ Vgl. *P. Kirchhof*, Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: FS der Juristischen Fakultät zur 600-Jahre-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Richterliche Rechtsfortbildung, 1986, S. 18; *A. Burghart*, S. 66.

¹⁴⁴ Vgl. *A. Burghart*, S. 65.

bb) Die Notwendigkeit des Gesetzes

Hinter der Frage nach der Notwendigkeit des Erlasses eines Gesetzes steht die Kritik an der Normenflut¹⁴⁵, der Übernormierung¹⁴⁶ oder der Gesetzesinflation¹⁴⁷ in den modernen Staaten. Die Ursachen der Übernormierung sind verschieden: Das Gesetz als politische Maßnahme¹⁴⁸, institutionelle und systemimmanente Gründe¹⁴⁹, rechtsstaatsbezogene Gründe¹⁵⁰, gestiegene Erwartungshaltung gegenüber dem Gesetz¹⁵¹, ausufernde Regelungsaufgabe des Staates¹⁵², vermeintlicher Handlungszwang¹⁵³, Überperfektion der Regelungen¹⁵⁴.

Die Folge der Übernormierung ist eine Einbuße an Rechtssicherheit und Gerechtigkeit¹⁵⁵, an freiheitssichernder Distanz zwischen Staat und Gesellschaft¹⁵⁶ und an der Qualität der Gesetze¹⁵⁷. Auch die Rechtsverständlichkeit¹⁵⁸ und Übersichtlichkeit der Rechtsordnung¹⁵⁹

¹⁴⁵ P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 164; R. Hotz, S. 121; S. Mann, Die Gefahren der Normenflut für die soziale Marktwirtschaft, in: D. Stempel, (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?: Beiträge eines Forums der Bundesminister der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung, Bundesanzeiger 1987, S. 44 ff.; H. de With, Normenflut als Herausforderung für das Parlament, in: D. Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, S. 47 ff.

¹⁴⁶ A. Burghart, A im ersten Abschnitt; E. Bülow, Ursachen der Übernormierung, in: D. Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, S. 78.

¹⁴⁷ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 111.

¹⁴⁸ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 112; A. Burghart, S. 25 f.

¹⁴⁹ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 113; A. Burghart, S. 26 f.; ähnlich auch E. Bülow, in: D. Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, S. 79.

¹⁵⁰ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 112; A. Burghart, S. 27 f.; R. Hotz, S. 127.

¹⁵¹ A. Burghart, S. 28 f.

¹⁵² U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 112; A. Burghart, S. 28 f.; E. Bülow, in: D. Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, S. 79.

¹⁵³ E. Bülow, in: D. Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, S. 45.

¹⁵⁴ E. Bülow, in: D. Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, S. 79.

¹⁵⁵ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 112; A. Burghart, S. 31; S. Mann, in: D. Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, S. 45; ähnlich auch R. Hotz, S. 121.

¹⁵⁶ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 112.

¹⁵⁷ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 112 f.; A. Burghart, S. 32.

¹⁵⁸ S. Mann, in: D. Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, S. 45; A. Burghart, S. 33 f.; R. Hotz, S. 121.

¹⁵⁹ A. Burghart, S. 32; R. Hotz, S. 122.

werden durch eine Übernormierung in Zweifel gezogen. Das alles beeinträchtigt die Legitimation des Gesetzes¹⁶⁰ und schließlich die Regierbarkeit des Staates¹⁶¹.

Eindämmung der Normenflut bedeutet gleichzeitig die Beseitigung der Ursachen der Normenflut. Fraglich ist nur, wie und welche Maßnahmen dafür durchgeführt werden müssen. Das Einzelfallhandeln der Verwaltung stärker zur Geltung zu bringen, richtet sich gegen die innere Übernormierung¹⁶². Die Rechtsordnung muss verfeinert, ausgedünnt, vereinfacht, verallgemeinert werden¹⁶³, Perfektionismus und Kasuistik müssen geschmeidigen und beständigen Vorschriften weichen¹⁶⁴. Der Gesetzgeber muss einen Gesetzesbereinigungsplan regelmäßig durchführen, um die veralteten oder überflüssigen Gesetze zu beseitigen, damit die Beständigkeit und der Vollzug der Gesetze im Allgemeinen wieder hergestellt werden kann.

Zur Prüfung der Notwendigkeit des Erlasses eines neuen Gesetzes kann die GGO hilfreich sein¹⁶⁵. Gemäß der GGO müssen alle Gesetzentwürfe in der Bundesregierung auf ihre Erlassensnotwendigkeit geprüft werden (Anlage 5 zu § 42 Abs. 1 GGO und Anlage 7 zu § 43 Abs. 1 Nr. 3 GGO).

cc) Die Widerspruchsfreiheit – die Einhaltung der Einheit der Rechtsordnung

Eine Rechtsordnung kann ihre Aufgabe, Gerechtigkeit, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu schaffen, dann erfüllen, wenn es ihr gelingt, sich im Endergebnis zu einer widerspruchsfreien Einheit zusammenzufügen, und sie dem Bürger keine widersprüchlichen Verhaltensnormen

¹⁶⁰ A. Burghart, S. 32.

¹⁶¹ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 113; A. Burghart, S. 31.

¹⁶² A. Burghart, S. 35 m. w. N.

¹⁶³ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 31; A. Burghart, S. 35.

¹⁶⁴ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 31; A. Burghart, S. 35.

¹⁶⁵ Die Bundesregierung hat die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) zum Ziel „weniger und bessere Gesetze“ im Jahr 2000 erneut beschlossen und veröffentlicht.

auferlegt¹⁶⁶. Ein widerspruchsfreies Rechtssystem wurde in der Zeit der großen Kodifikationen für möglich gehalten und umzusetzen versucht. Aber an eine vollkommene Widerspruchslosigkeit innerhalb des gesamten Rechtssystems, in dem Maße, wie sie der klassische Rechtspositivismus gedacht und angestrebt hat, denkt niemand in der Gegenwart¹⁶⁷. Es wird vielmehr angestrebt, die Widerspruchsfreiheit bzw. Einheit der Rechtsordnung nicht nur durch Rechtssetzung, sondern auch durch Rechtsanwendung tendenziell zu erreichen.

Gemäß Art. 95 Abs. 3 GG ist zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ein Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe zu bilden. Art. 95 Abs. 3 GG unterbindet voneinander abweichende Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes¹⁶⁸. Also muss sich die Rechtsprechung darum bemühen, keine widersprüchlichen Urteile zu fällen. Im Gegensatz dazu ist keine Vorschrift im Grundgesetz zu finden¹⁶⁹, gemäß derer der Gesetzgeber die Einheit der Rechtsordnung beim Erlassen einhalten sollte. Immerhin gebietet das aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Rechtsstaatsprinzip, dass keine Rechtsnorm dem Grundgesetz widerspricht. Die in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG enthaltene Bindung des Gesetzgebers bewirkt insofern die Widerspruchslosigkeit der Gesamtrechtsordnung¹⁷⁰. Widersprüche zwischen den einzelnen Teilrechtsordnungen im Hinblick auf die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung zu vermeiden, ist die Aufgabe des Gesetzgebers¹⁷¹. Der Gesetzgeber darf wegen der von ihm zu beachtenden Rechtssicherheit kein Gesetz erlassen, das einer vorrangigen Norm entgegensteht. Ein solches Gesetz ist nichtig. Die Einheit der Rechtsordnung ist aber nicht gestört, wenn für verschiedene Rechtsmaterien aus Gründen ihrer Eigenart unterschiedliche Maßstäbe festgelegt werden¹⁷².

¹⁶⁶ M. Kloepfer/K. Bröcker, Das Gebot der widerspruchsfreien Normgebung, DÖV 2001, S. 2.

¹⁶⁷ Vgl. U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 100.

¹⁶⁸ H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz (Kommentar), Bd. III, Art. 95, Rdnr. 31 ff.

¹⁶⁹ Vgl. D. Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 173 ff.

¹⁷⁰ D. Felix, S. 178.

¹⁷¹ D. Felix, S. 143; J. Lücke, ZG 16 (2001), S. 17 ff.

¹⁷² H. Schneider, Rdnr. 58.

dd) Das Bestimmtheitsgebot

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bei der Gesetzgebung die Tatbestände präzise zu formulieren, damit die Betroffenen die Regelungen eines Gesetzes in gewissem Ausmaß voraussehen und berechnen können¹⁷³. Welcher Grad an gesetzlicher Bestimmtheit erforderlich ist, lässt sich aber nicht allgemein sagen¹⁷⁴. Er hängt von der Besonderheit des jeweiligen Tatbestandes und von den Umständen ab, die zu der gesetzlichen Regelung führten¹⁷⁵. Der Grad gebotener Bestimmtheit ist schon danach verschieden, ob eine Vorschrift belastenden oder begünstigenden Charakter besitzt¹⁷⁶. Jede allgemeinverbindliche Rechtsnorm muss mindestens den Tatbestand und seine Rechtsfolge festlegen¹⁷⁷. Ein Eingriffsgesetz muss bestimmter gefasst werden, als ein Gesetz mit begünstigendem Charakter. Der Bürger muss schon aufgrund des Gesetzes berechenbar voraussehen können, welche Eingriffe die Verwaltung vornehmen kann¹⁷⁸.

Der Gesetzgeber muss die maßgebenden Entscheidungen im wesentlichen selbst treffen und darf diese nicht der Exekutive überlassen¹⁷⁹. Dies gilt auch für die Beziehung zur Judikative. Der Gesetzgeber sollte also überprüfen, welche Angelegenheiten er selber entscheiden

¹⁷³ U. Gassner, Gesetzgebung und Bestimmtheitsgrundsatz, ZG 11 (1996), S. 38; vgl. J. Lücke, ZG 16 (2001), S. 10 f. – Eine Norm, die (hinreichend oder sogar äußerst) bestimmt ist, muss deshalb jedoch nicht unbedingt auch (besonders klar sein). Vielmehr kann sie gerade wegen ihrer Präzision unverständlich, weil zu lang, diffizil oder kompliziert, werden.

¹⁷⁴ Vgl. BVerfGE 33, 225 (243) – „Der Gebot, dem nach ein Gesetz so speziell sein muss, dass die rechtliche Lösung des Einzelfalls nahezu mit Sicherheit vorausgesehen werden kann, unerfüllbar ist“.

¹⁷⁵ Die besonderen Bestimmtheitsgebote gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 1 und Art. 103 Abs. 2 GG sind hiervon zu unterscheiden. Hier soll nur die allgemeine Bestimmtheit auf der Gesetzgebung erörtert werden.

¹⁷⁶ H. Schneider, Rdnr. 71.

¹⁷⁷ H. Schneider, Rdnr. 66.

¹⁷⁸ A. Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, Köln/Berlin/Bonn/München 1997, § 12, Rdnr. 56.

¹⁷⁹ Vgl. BVerfGE 33, 125 (158); 45, 400 (417); 49, 89 (127); 83, 130 (142); U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 56 f.

muss¹⁸⁰, und diese danach möglichst konkret regeln, um seinen Willen klar auszudrücken. Ein unbestimmtes Gesetz gibt einerseits dem Richter die Möglichkeit der Auslegung, obwohl die Entscheidung eigentlich dem Gesetzgeber vorenthalten ist. Der Perfektionsdrang – jetzt durch das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot von Verfassungen wegen befördert – verleitet den Gesetzgeber andererseits häufig dazu, mehr zu sagen als notwendig ist¹⁸¹. Die strikte Anforderung des Bestimmtheitsgebots schränkt dadurch die Flexibilität der Gesetzesanwendung ein.

Je ausführlicher der Gesetzgeber ein Gesetz gestaltet, je eingehender und ausführlicher er den Normbefehl formuliert, desto höher sind grundsätzlich die Chancen der Normunterworfenen, den Inhalt der behördlichen Entscheidung zu verstehen und einzuschätzen¹⁸². Das Bestimmtheitsgebot steht in einem Zusammenhang mit der Verständlichkeit des Gesetzes.

b) Die redaktionelle Vollständigkeit

Das Ziel guter Gesetzgebung besteht sicher darin, solche Gesetze zu erlassen, welche von einer möglichst großen Anzahl Bürger freiwillig befolgt werden, weil diese von der Gerechtigkeit und Notwendigkeit des Gesetzes überzeugt sind¹⁸³. Der Gesetzestext hat demnach die gewollten Regelungen lückenlos zu enthalten¹⁸⁴. Die vollständige Wiedergabe der gewollten Regelung im geschriebenen und verkündeten Text trägt zum besseren Verständnis des Gesetzes und weiter zur Rechtssicherheit bei¹⁸⁵. Rechtsnormen müssen in Bezug darauf so beschaffen sein, dass sie unter je verschiedenen Aspekten die Freiheits-

¹⁸⁰ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 56.

¹⁸¹ H. Schneider, Rdnr. 443.

¹⁸² Vgl. A. Gassner, ZG 11 (1996), S. 38.

¹⁸³ T. Fleiner-Gerster, Wie kann man einfache und verständliche Gesetze schreiben?, in: FS für K. Eichenberger, 1982, S. 494.

¹⁸⁴ A. Burghart, S. 81.

¹⁸⁵ Vgl. A. Burghart, S. 82 f.

betätigung der Bürger gleichzeitig ermöglichen und einschränken. Dieser Doppelaspekt gehört zum Verständnis des modernen Rechts¹⁸⁶.

Der Gesetzgeber kann ein gewisses Fachwissen, eine Vertrautheit mit der geregelten Materie und dem Umgang mit Rechtserlassen voraussetzen¹⁸⁷. Enthalten die Gesetze viele Erläuterungen, Hinweise auf andere Regelungen und Wiederholungen, dann können sie zu umfangreich, kompliziert und deshalb unklar¹⁸⁸ und mangelhaft werden.

c) **Rechtsförmlichkeit nach der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien**

Rechtsvereinfachung, Abbau von Überreglementierung und Eindämmung der Normenflut waren die Zielvorstellung für die sog. „Blauen Prüffragen“. Die Zehn Prüffragen mit weiteren Unterfragen wurden von den Bundesministerien des Innern und der Justiz entwickelt. Sie sind auf blauem Papier gedruckt – deshalb „Blaue Prüffragen“ – und seit 1996 in § 22 a II GGO verankert¹⁸⁹. Die Bundesregierung hat die GGO am 11. Dezember 1984 beschlossen und am 20. Dezember 1989 weiter ergänzt. Nach der GGO sollten die Bundesminister für ihre Verantwortungsbereiche sicherstellen, dass alle Rechtssetzungsvorhaben in jedem Stadium sowohl als Gesamtvorhaben als auch in ihren Einzelregelungen anhand von Zehn Prüffragen¹⁹⁰ zur Notwendigkeit,

¹⁸⁶ J. Habermas, Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: K. Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 85.

¹⁸⁷ Vgl. G. Müller, in: H. Schäffer/O. Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, S. 41.

¹⁸⁸ Vgl. G. Müller, in: H. Schäffer/O. Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, S. 40 f.

¹⁸⁹ Vgl. *BMJ*, Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl., Köln, 1999, Rdnr. 37.

¹⁹⁰ In: *BMJ*, Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl., 1999, Anhang 3. Die Fragen lauten: Muss überhaupt etwas geschehen?: Welche Alternativen gibt es?: Muss der Bund handeln?: Muss ein Gesetz gemacht werden?: Muss jetzt gehandelt werden?: Ist der Regelungsumfang erforderlich?: Kann die Geltungsdauer beschränkt werden?: Ist die Regelung bürgernah und verständlich?: Ist die Regelung praktikabel?: Stehen Kosten und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis?

Wirksamkeit und Verständlichkeit von Rechtssetzungsvorhaben des Bundes geprüft werden¹⁹¹.

Zur Verbesserung der Zusammenarbeit der Bundesministerien hat die Bundesregierung am 26. Juli 2000 eine neue GGO beschlossen, um Verwaltungsabläufe künftig schneller und einfacher zu machen. In die neue GGO sind erweiterte Möglichkeiten für den Einsatz moderner Informationstechnik aufgenommen. Gegenüber der alten Gemeinsamen Geschäftsordnung wurden mit der Neufassung über 100 überflüssige Paragrafen und damit mehr als die Hälfte aller Regelungen gestrichen.

Nach dem Motto „weniger und bessere Gesetze“ muss nunmehr begründet werden, warum ein Gesetz überhaupt erforderlich ist. Demnach muss beim Gesetzentwurf beachtet werden, zukünftige Möglichkeiten der Selbstregulierung zu berücksichtigen und die längerfristigen Auswirkungen durch eine Gesetzesfolgenabschätzung einzukalkulieren. Statt der früheren Zehn Blauen Prüffragen regelt die neue GGO die wichtigsten Punkte, die im Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt werden müssen, im sechsten Kapitel über die Rechtssetzung¹⁹².

4. Einzelne verfassungsrechtliche Pflichten zum Erlass von Gesetzen

Die Gesetzgebung ist ein ausschließliches Recht des Gesetzgebers (Art. 20 Abs. 3, Art. 70 ff. GG). Der Gesetzgeber kann allein entscheiden, ob und wie er ein Gesetz erlässt oder nicht (Gestaltungsfreiheit). Auch kann ein erlassenes Gesetz vom Gesetzgeber zu jedem Zeitpunkt aufgehoben oder geändert werden, um den Einklang mit der Verfassung wieder herzustellen.

Gesetzgebung bedeutet Konkretisierung, Umsetzung und Verwirklichung der Verfassung: Gesetzgebung führt aus, was im Grundgesetz schon niedergelegt und entschieden ist. Sie ist nicht mehr eigenständi-

¹⁹¹ Vgl. *BMJ*, Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl., 1999, Rdnr. 37.

¹⁹² Vgl. §§ 40 ff. GGO.

ge Gestaltung des Gesetzgebers¹⁹³, sondern Verfassungsvollzug der gesamten Staatsorgane. Eine Selbstbindung des parlamentarischen Gesetzgebers existiert nach dem Grundgesetz nicht, wohl aber eine Bindung an höherrangige Normen. Es ist dennoch nicht umstritten, dass der Gesetzgeber an die Verfassungsrechtsprinzipien, u. a. das Rechtsstaatsprinzip, gebunden und deshalb verpflichtet ist, die Gesetze zu erlassen (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG)¹⁹⁴. Die in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG enthaltenen Bindungen des Gesetzgebers bewirken auch die Widerspruchslosigkeit der Gesamtrechtsordnung¹⁹⁵. Anders gesagt hat der Gesetzgeber dafür zu sorgen, dass seine Gesetze jederzeit verfassungsgemäß bleiben¹⁹⁶. Die Gesetzgebung ist auch ein Element der Staatsgewalt wie andere Staatsakte, die unter die Bindung an die Verfassung fallen. Der Gesetzgeber ist nicht nur berechtigt, Normen zu erlassen, vielmehr auch verpflichtet, Recht zu setzen¹⁹⁷.

Wenige Einwände bestehen in der Frage, ob der Gesetzgeber nach dem Erlass der Gesetze weiter verpflichtet ist, die Gesetze zu beobachten und erforderlichenfalls nachzubessern oder zu korrigieren, wenn das Ziel einer sachgerechten Regelung einer Materie nicht mehr erreicht werden kann¹⁹⁸. Ungeachtet der Annahme solcher Pflichten besteht keine Einigkeit darüber, ob der Gesetzgeber normativ daran gebunden ist¹⁹⁹, oder solche Pflichten nur eine politische Bindungskraft haben.

¹⁹³ Vgl. *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 58.

¹⁹⁴ *P.-J. Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 153; *J. Seiwert*, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzung des Gesetzgebers durch Unterlassen, 1962, S. 41 ff.

¹⁹⁵ *D. Felix*, S. 178.

¹⁹⁶ BVerfGE 88, 203 (310); *D. Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für Risiken der Technik, S. 187; *J. Ipsen*, Rechtsfolge, S. 268; *M. Kleuker*, S. 31; *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 530.

¹⁹⁷ *R. Wank*, Rechtsfortbildung, S. 232; *C. Mayer*, S. 34; *M. Eisele*, S. 149.

¹⁹⁸ Vgl. *P.-J. Peine*, S. 153; *M. Eisele*, S. 151.

¹⁹⁹ *P. Badura*, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung von Gesetzen“, in: FS für K. Eichenberger, 1982, S. 481 – Nach seiner Meinung schließt die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung mit einer gewissen Selbstverständlichkeit auch die Erscheinung ein, dass das Verfassungsrecht die Verpflichtung zum Erlass von Gesetzen in bestimmten Bereichen, zur gesetzlichen Regelung bestimmter Vorhaben oder schließlich zum Erlass von bestimmten Gesetzen begründen könne. Demnach lasse sich die normative Grundlage

a) Die explizite Gesetzgebungspflicht nach dem Grundgesetz

Das Grundgesetz gibt dem Gesetzgeber einige ausdrückliche Aufträge, ein Gesetz in bestimmten Bereichen zu erlassen.

aa) Die Gleichstellung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG)

Art. 3 Abs. 2 GG ist eine verbindliche Rechtsnorm²⁰⁰. Diese Norm enthält wie Art. 3 Abs. 3 GG eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes²⁰¹. In Verbindung mit Art. 117 Abs. 1 GG, der die Verfassung so schnell wie möglich einem der Gleichberechtigung in vollem Umfang entsprechenden Zustand zuführen wollte, ist der Gesetzgeber verpflichtet, Mann und Frau gesetzlich gleichzustellen²⁰². Der Gesetzgeber hatte das dem Art. 3 Abs. 2 GG entgegenstehende Recht gemäß Art. 117 Abs. 1 GG spätestens bis zum 31. März 1953 aufzuheben oder zu ändern, also ein dem Grundgesetz entsprechendes Gesetz zu schaffen. Das Bundesverfassungsgericht muss auch befugt sein zu überwachen, ob der Gesetzgeber einen solchen Auftrag erfüllt, wenn dieser aus verfassungsrechtlichen Gründen unabweisbar ist²⁰³. Erfüllt der Gesetzgeber diesen verfassungsrechtlichen Auftrag nicht, so verletzt er die Verfassung²⁰⁴. Dennoch hat der Gesetzgeber diese Frist überschritten, ohne den grundgesetzlichen Auftrag zu erfüllen, und erst am 18.06.1957 das Gleichberechtigungsgesetz (BGBl. I S. 609) erlassen. Die an der Gesetzgebung beteiligten Ministerien müssen darauf achten, dass Gesetzentwürfe die Gleichstellung von Frauen und Männern sprachlich zum Ausdruck bringen²⁰⁵.

dafür in Staatszielbestimmungen, „staatsleitenden Grundsätzen“, Verfassungsaufträgen und Grundrechten finden.

²⁰⁰ Vgl. BVerfGE 3, 225, LS 4 ; 10, 59 (73).

²⁰¹ BVerfGE 3, 225, LS 4.

²⁰² Vgl. BVerfGE 3, 225, LS 5; 15, 337 (350).

²⁰³ BVerfGE 15, 337 (350).

²⁰⁴ Vgl. BVerfGE 15, 337 (350); 6, 257 (264 ff.); 8, 210 (216); vgl. auch BVerfGE 11, 255 (261).

²⁰⁵ § 42 Abs. 5 GGO.

bb) Die Gleichstellung unehelicher Kinder (Art. 6 Abs. 5 GG)

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt hervorgehoben²⁰⁶, dass der Gesetzgeber gemäß Art. 6 Abs. 5 GG verpflichtet ist, für uneheliche Kinder die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie für eheliche Kinder²⁰⁷. Unterließe der Gesetzgeber den Erlass eines Gesetzes zur Gleichstellung unehelicher Kinder, wäre seine Unterlassung verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht ist der Meinung, dass die Rechtsprechung an die Stelle des Gesetzgebers treten dürfe, wenn der Gesetzgeber trotz des klaren Gesetzgebungsauftrages des Grundgesetzes untätig bleibe, obwohl er genügend Anpassungszeit gehabt habe²⁰⁸. Hierin liege kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, weil der folgende Funktionszuwachs der Rechtsprechung nur subsidiärer Natur sei. Es stehe dem Gesetzgeber jederzeit frei, die Erfüllung des zunächst an ihn gerichteten Verfassungsauftrags wieder an sich zu ziehen und nach seinen Vorstellungen zu verwirklichen²⁰⁹. Der Gesetzgeber hat erst am 19. 8. 1969 mit dem Gesetz über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder (BGBl. I S. 1243) den Verfassungsauftrag erfüllt.

cc) Die Schaffung der natürlichen Lebensgrundlagen für die künftigen Generationen (Art. 20 a GG)

Durch die 42. Grundgesetzänderung vom 27. 10. 1994 (BGBl. I S. 3146) wurde der Umweltschutz als Staatsziel nach einem jahrzehntelangen Ringen²¹⁰ in das Grundgesetz aufgenommen. Der Staat schützt in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürliche Lebensgrundlage im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung (Art. 20 a GG). Die umfassende Bindung des Staa-

²⁰⁶ Vgl. BVerfGE 25, 167 (167) – „ein Ultimatum des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich des Versäumnisses des Gesetzgebers, ein Gesetz für die Gleichstellung der unehelichen Kinder zu erlassen“.

²⁰⁷ BVerfGE 8, 210 (216); 25, 167 (182).

²⁰⁸ Vgl. BVerfGE 25, 167 (180 f. u. 188).

²⁰⁹ BVerfGE 25, 167 (181).

²¹⁰ *M. Kloepfer*, in: R. Dolzer/K. Vogel (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 20 a GG, Rdnr. 1.

tes an Art. 20 a GG bedeutet, dass die staatliche Macht in allen ihren Erscheinungsformen auf das Umweltschutzziel verpflichtet ist. Auf Bundes- und Länderebene sind insbesondere alle drei Gewalten daran gebunden²¹¹.

Da das verfassungsrechtliche Umweltschutzprinzip in Art. 20 a GG recht unbestimmt ist, wendet sich diese Bestimmung zuerst an den Gesetzgeber, der es hinreichend zu konkretisieren hat²¹². Der Gesetzgeber ist verpflichtet, den Handlungsauftrag entsprechend zu erfüllen. Die Ausfüllung des Handlungsauftrages im Einzelnen unterliegt allerdings der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers²¹³.

b) Die implizite Gesetzgebungspflicht

aa) Die Grundrechte als objektive Wertordnung

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, entsprechende Gesetze zum Schutz der Grundrechte zu erlassen, obwohl das Grundgesetz keine direkten Bestimmungen dazu enthält. Diese Bindung bedeutet für den Gesetzgeber primär das Verbot grundrechtswidriger Gesetze. Verstößt der Gesetzgeber hiergegen, so handelt er verfassungswidrig (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Grundrechte erweisen sich insofern als Grenze für die Ausübung der Kompetenzen des Gesetzgebers²¹⁴. Dieser Grundrechtsschutzauftrag verpflichtet weiterhin den Gesetzgeber, nicht nur Gesetze zu erlassen, sondern sie auch nachzubessern, sofern der Schutz nicht ausreichend ist. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber das Gesetzgebungsmonopol nicht ohne weiteres für sich beanspruchen kann, wenn er die notwendige Nachbesserung oder Korrektur einer für verfassungswidrig erachteten Regelung verweigert.

²¹¹ M. Kloepfer, in: R. Dolzer/K. Vogel (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 a GG, Rdnr. 22.

²¹² A. Epiney, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz (Kommentar), 4. Aufl., Bd. II, Art. 20 a GG, Rdnr. 57.

²¹³ M. Kloepfer, in: R. Dolzer/K. Vogel (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 a GG, Rdnr. 28.

²¹⁴ K. Stern, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes Bd. V, 1992, S. 84.

bb) Die Vorgaben der Staatsprinzipien

Das Rechtsstaatsprinzip verbietet belastende Gesetze, die schlechthin ungeeignet sind, den beabsichtigten Zweck zu erreichen. Dem Gesetzgeber steht aber ein weiter Spielraum für die Beurteilung der Zweckmäßigkeit eines Gesetzes zu²¹⁵. Die Ausrichtung an dem jeweils zu konkretisierenden Gemeinwohl ist zwingendes Erfordernis jeder rechtsstaatlich gebundenen Gesetzgebung²¹⁶.

Der Gesetzgeber ist darüber hinaus verpflichtet, das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 28 Abs. 1 GG) zu konkretisieren. Es verpflichtet den Staat, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen²¹⁷. Als Schutzprinzip für die wirtschaftlich Schwachen verpflichtet es den Staat, ein menschenwürdiges Dasein und eine angemessene Beteiligung am allgemeinen Wohlstand zu gewährleisten²¹⁸. Hauptziel der Sozialstaatsklausel ist die Bewältigung sozialer Notlagen und Beeinträchtigungen. Das Sozialstaatsprinzip ist in hohem Maß konkretisierungsbedürftig, schon deshalb ist gesetzgeberisches Handeln geboten²¹⁹, damit eine verfassungsrechtliche Gewährleistung nicht leer läuft.

cc) Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Ob Art. 3 Abs. 1 GG als Grundlage einer Gesetzgebungspflicht verstanden werden kann, wurde umfangreich diskutiert²²⁰. Nach der herrschenden Meinung kann aus Art. 3 Abs. 1 GG weder eine Gesetzeserlass- noch eine Gesetzesergänzungspflicht abgeleitet werden²²¹.

²¹⁵ K. König, in: W. Schreckenberger/K. König/W. Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, 1986, S. 98.

²¹⁶ Vgl. BVerfGE 50, 50 (51).

²¹⁷ BVerfGE 22, 180 (204).

²¹⁸ P.-J. Peine, S. 133 f.; P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 164.

²¹⁹ P.-J. Peine, S. 153.

²²⁰ Über den Verlaufen der Diskussion siehe M. Eisele, S. 162 ff.

²²¹ Vgl. M. Eisele, S. 163.

Der Gleichheitssatz fordert nicht eine immer mehr individualisierende und spezialisierende Gesetzgebung, die letztlich die Gleichmäßigkeit des Gesetzesvollzugs gefährdet, sondern die Regelung eines allgemein verständlichen und möglichst unausweichlichen Belastungsgrundes²²². Der Gesetzgeber darf sich grundsätzlich am Regelfall orientieren und ist nicht gehalten, allen Besonderheiten jeweils Sonderregelung Rechnung zu tragen²²³. Art. 3 Abs. 1 GG allein hat zwar keinen selbständigen Inhalt²²⁴. In Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip kann dennoch dem Gleichheitsgrundsatz der Zweck zukommen, dass die Gesetzgebungsorgane ein Gesetz zu erlassen verpflichtet sind, Ungleichheit oder Ungleichbehandlung zu korrigieren oder abzuschaffen²²⁵.

dd) Der Vorbehalt des Gesetzes – die Wesentlichkeitstheorie

Während die oben genannten Artikel die Gesetzgebungspflichten inhaltlich konkretisieren, formuliert das Grundgesetz den Gesetzesvorbehalt ohne bestimmten Inhalt, z. B.: „... kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden“ (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG), „... werden durch die Gesetze bestimmt“ (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG), „... ist durch besonderes Bundesgesetz zu regeln“ (Art. 98 Abs. 1 GG), „... ist durch Bundesgesetz zu regeln“ (Art. 131 GG) oder „das Nähere regelt ein Gesetz“ (Art. 16a Abs. 4 S. 2, Art. 21 Abs. 3, Art. 48 Abs. 3 GG)²²⁶. Die Verfassung verlangt eine gesetzliche Regelung unter bestimmten Umständen, sagt jedoch nicht, wie diese auszusehen hat²²⁷. Ob eine solche Bestimmung als Pflicht zum Erlass eines Gesetzes aufzufassen ist, ist deshalb nicht unumstritten. Nach *C. Mayer* ist damit aber in der Regel keine rechtsverbindliche Pflicht gemeint, sondern

²²² BVerfGE 96, 1(6).

²²³ BVerfGE 82, 159 (151); 96, 1 (6).

²²⁴ *M. Eisele*, S. 163.

²²⁵ Vgl. *F. Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 40.

²²⁶ Vgl. *M. Eisele*, S. 156 – Sie hält Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG für eine bloße Ermächtigung. Im Gegensatz dazu ist nach ihrer Ansicht Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG eine zwingende Formulierung.

²²⁷ *C. Mayer*, S. 43.

nur ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber eine weitere Regelung der Materie vornehmen werde²²⁸.

Im Rahmen einer demokratisch-parlamentarischen Staatsverfassung, wie sie das Grundgesetz ist, liegt es näher anzunehmen, dass die Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen, durch Gesetz erfolgen muss²²⁹. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die wesentlichen grundrechtsrelevanten Regelungen selber zu treffen und nicht anderen zu überlassen²³⁰. Er ist verpflichtet, im Rahmen seiner Kompetenzen die von ihm für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen²³¹. „Wesentliche“ Grundrechtseinschränkungen bedürfen immer und überall einer gesetzlichen Grundlage (Wesentlichkeitstheorie). Die ausschließliche Parlamentskompetenz ist nämlich auch in dem herkömmlichen Begriff des Vorbehaltes des Gesetzes stets mitgedacht worden. Denn der Begriff des Vorbehaltes des Gesetzes schließt zugleich einen Kern ausschließlicher, d. h. nicht übertragbarer Parlamentskompetenzen ein.

Die Ausweitung des Gesetzesvorbehalts unter Rückgriff auf das demokratische Argument befördert daneben auch sein Verständnis als Garantie dafür, dass das Parlament seine politische Führungsaufgabe nicht aus der Hand gibt. Die positiv-rechtliche Begründung für diese These wurde u.a. in Art. 59 Abs. 2 und Art. 110 Abs. 2 GG gesucht. Den genannten Bestimmungen des Grundgesetzes entnahm man den Gedanken (Analogieschluss), dass alle politisch wesentlichen Fragen vom Parlament in Gesetzform zu entscheiden seien²³². Es obliegt allerdings in erster Linie dem Gesetzgeber, zu entscheiden, ob eine bestimmte normative Ausgestaltung eines Lebenssachverhalts im Interesse des gemeinen Wohls liegt; im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bindungen kommt dabei dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-

²²⁸ C. Mayer, S. 43. m. w. N.

²²⁹ BVerfGE 40, 237 (249); 47, 46 (79 f.); 53, 30 (56 f.); vgl. U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 54; P.-J. Peine, S. 153; K. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, 1997, S. 23.

²³⁰ Vgl. BVerfGE 33, 125 (158); 49, 89 LS 2; 87, 114 (138); 95, 267 (314).

²³¹ Vgl. BVerfGE 49, 89 LS 4.

²³² A. Janssen, S. 27 ff.

und Bewertungsvorrang zu, den das Bundesverfassungsgericht zu beachten hat²³³.

c) Der negative Gesetzgebungsauftrag aus Art. 79 Abs. 3 GG

Der Gesetzgeber darf zwar sowohl das Grundgesetz als auch das einfache Gesetz ändern. Aber er darf die Vorschriften nicht ändern, welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berühren. Art. 79 Abs. 3 GG gibt dem Gesetzgeber einen negativen Gesetzgebungsauftrag; genauer gesagt ist es eine Unterlassungspflicht des Gesetzgebers, ein solches Gesetz nicht erlassen zu dürfen.

5. Sogenannte „Gesetzgebungsaufträge“ nach Maßgabe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen verpflichtet ist, Grundgesetzwidrigkeiten so bald wie möglich zu beseitigen, ist ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²³⁴. Ob aber das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber durch seine Rechtsprechung verpflichten kann oder darf, ein Gesetz zu erlassen, ist eine heikle Frage, insbesondere im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip²³⁵.

a) Die Nichtigkeitserklärung von Gesetzen durch das Bundesverfassungsgericht

²³³ BVerfGE 59, 216 (229).

²³⁴ BVerfGE 15, 337 (351).

²³⁵ Dazu ausführlich *J. Ipsen*, Rechtsfolge; *M. Kleuker*, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts; *C. Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht; *C. Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers; *M. Eisele*, Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlass; *P. E. Hein*, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht; *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl.; *A. Söllner*, Der Richter als Ersatzgesetzgeber, ZG 10 (1995), S. 1 ff. usw.

Zu Beginn seiner Rechtsprechung hat sich das Bundesverfassungsgericht bei der Normenkontrolle darauf beschränkt, zu prüfen, ob das beanstandete Gesetz verfassungsmäßig oder verfassungswidrig, - und damit nichtig - ist²³⁶. Auf dieser Grundlage ist ein Gesetzgebungsauftrag durch das Bundesverfassungsgericht kaum vorstellbar. Wird das Gesetz für verfassungswidrig erklärt, dann hat der Gesetzgeber keine Pflicht, ein neues Gesetz für das nichtige zu erlassen, weil das beanstandete Gesetz vom Bundesverfassungsgericht außer Kraft gesetzt worden ist. Es ist kein verfassungswidriges Gesetz mehr vorhanden (§ 31 Abs. 2 BVerfGG). Verlangt die Verfassung einen Ersatz für ein nichtiges Gesetz, so ist die entsprechende Gesetzgebungspflicht nicht Folge der Nichtigkeit der alten Regelung, sondern materiell-rechtlich betrachtet von dieser losgelöst zu untersuchen²³⁷.

b) Die abweichenden Entscheidungen

Das Bundesverfassungsgericht weicht in seinen Normenkontrollentscheidungen immer häufiger von dem in § 78 Abs. 1 BVerfGG vorgesehenen Nichtigkeitsausspruch ab.

aa) Die Unvereinbarerklärung

Die Debatte, ob das Bundesverfassungsgericht ohne gesetzliche Ermächtigung von der Nichtigkeitserklärung abweichen darf, ist zwar mit der 4. Änderung des BVerfGG vom 21. 12. 1970 (BGBl. S. 1765 ff.) zu Ende gegangen²³⁸. Aber die Voraussetzungen einer Unvereinbarerklärung durch das Bundesverfassungsgericht sind noch nicht geregelt. Die Unvereinbarerklärung kommt in den Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 BVerfGG), der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 13, 80 BVerfGG) und der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, §§ 13 Nr. 8 a, 90 BVerfGG) vor²³⁹.

²³⁶ Dazu eingehend siehe *C. Mayer*, S. 52 ff.

²³⁷ *C. Mayer*, S. 36.

²³⁸ Vgl. *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 383. – *K. Schlaich* hält die damalige Unvereinbarerklärung des Bundesverfassungsgerichts für *contra legem*.

²³⁹ *T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/Ulsamer* (Hrsg.), Bundesverfassungsgesetz (Kommentar), 1999, § 79, Rdnr. 16.

Das Bundesverfassungsgericht sieht von einer Nichtigkeitsklärung ab, wenn dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, eine verfassungsmäßige Gesetzeslage herzustellen²⁴⁰. Erklärt das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz für verfassungswidrig, aber nicht für nichtig, lässt es die verfassungswidrige Norm zunächst formell bestehen. Der Gesetzgeber muss aber grundsätzlich zumindest mit Wirkung von diesem Zeitpunkt an die verfassungswidrige Lage beseitigen²⁴¹; die Unvereinbarerklärung verpflichtet den Gesetzgeber zur unverzüglichen Schaffung einer verfassungsmäßigen Rechtslage²⁴². Der Bestand der Norm bleibt unberührt²⁴³, bis der Gesetzgeber seiner Pflicht nachkommt. Die Unvereinbarerklärung hat regelmäßig die Wirkung, dass Gerichte und Verwaltung die beanstandeten Normen nicht mehr anwenden dürfen, sondern in anhängigen Verfahren die Neuregelung des Gesetzgebers abwarten müssen²⁴⁴. Es tritt danach zunächst ein rechtlicher Schwebezustand ein, der grundsätzlich erst durch die Neuregelung des Gesetzgebers beendet wird²⁴⁵.

bb) Andere abweichende Entscheidungen

(1) Die „Appellentscheidung“

Bei der sogenannten „Appellentscheidung“ erhält das Bundesverfassungsgericht das Gesetz für verfassungsgemäß, appelliert aber an den Gesetzgeber, tätig zu werden, um einen voll verfassungsmäßigen Zustand herzustellen oder eine in der Zukunft drohende Verfassungswidrigkeit abzuwenden²⁴⁶. Der Appell wird gelegentlich mit einer spezifizierten Frist²⁴⁷ verbunden.

²⁴⁰ Vgl. BVerfGE 23, 74 (78); 28, 324 (362 f.); 81, 242 (263); 87, 114 (136).

²⁴¹ BVerfGE 87, 114, LS 1.

²⁴² BVerfGE 82, 126 (155).

²⁴³ *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 411.

²⁴⁴ BVerfGE 55, 100 (110); 81, 363 (383 f.); 87, 114 (136).

²⁴⁵ Vgl. BVerfGE 82, 126 (155); 87, 114 (135 ff.).

²⁴⁶ Vgl. BVerfGE 16, 130 (142 f.); 53, 257 (312 f.); 55, 274 (308); 80, 1 (31 ff.); 85, 80 (93); 101, 158 (238).

²⁴⁷ Vgl. BVerfGE 33, 1 (13); 78, 249 (251), LS 2; 101, 158 (238).

Aber weil eine solche Appellentscheidung weder aus dem Grundgesetz noch aus dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz abgeleitet werden kann²⁴⁸, ist die Zulässigkeit bzw. Verbindlichkeit des Appells an den Gesetzgeber in der Literatur im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip umstritten²⁴⁹.

Zwar kommt den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG zu, aber das kann nur für zulässige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gelten²⁵⁰. Die „Appellentscheidung“ hat weder eine sachlich-kompetentielle noch eine prozessuale Grundlage²⁵¹. Ein solcher Appell mit der Vereinbarerklärung ist ein *obiter dictum*²⁵² oder eine bloße Mahnung²⁵³.

(2) Die verfassungskonforme Auslegung

Anlass zu einer verfassungskonformen Auslegung besteht immer dann, wenn eine Gesetzesbestimmung im Rahmen ihres Wortlauts unterschiedliche Auslegungen ermöglicht, aber nicht alle diese möglichen Auslegungen mit dem Grundgesetz vereinbar sind²⁵⁴. Lässt aber eine Norm mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führen, so ist sie verfassungsgemäß und muss verfassungskonform ausgelegt werden²⁵⁵.

²⁴⁸ E. Benda/E. Klein, Rdnr. 1280.

²⁴⁹ Bejahend W. Rupp-v. Brünneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: FS für G. Müller, S. 369 ff.; F. Ossenbühl, in: P. Badura/H. Dreier (Hesg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, S. 42 ff; ablehnend vgl. K. Schlaich/S. Koriath, 419 ff.; J. Ipsen, Rechtsfolge, S. 132 ff.; E. Benda/E. Klein, Rdnr. 1279 ff.; vgl. auch M. Kleuker S. 47 u. 100 ff. – Er akzeptiert den Appell an den Gesetzgeber nur in den Fällen der Unvereinbarerklärung.

²⁵⁰ E. Benda/E. Klein, Rdnr. 1280.

²⁵¹ Vgl. E. Benda/E. Klein, Rdnr. 1280.

²⁵² E. Benda/E. Klein, Rdnr. 1280 – E. Klein sieht „obiter dictum“ faktisch als eine gute Beratung des Bundesverfassungsgerichts, die der Gesetzgeber beherzigen mag oder nicht.; vgl. W. Schlüter, Obiter Dictum, 1973, S. 9 ff. – Er hält obiter dicta wegen des Verstoßes gegen das Gewaltenteilungsprinzip für unzulässig.

²⁵³ W. Bernd, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, 1989, S. 139.

²⁵⁴ K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 430.

²⁵⁵ Vgl. BVerfGE 64, 229 (242); 74, 297 (345 ff.); 88, 203 (331).

Ob die verfassungskonforme Auslegung des Bundesverfassungsgerichts den Gesetzgeber bindet, ist umstritten²⁵⁶. Da die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts umfassende Bindungswirkung entfalten (§ 31 BVerfGG), könnte das Gericht sich in die Rolle eines „Ersatzgesetzgebers“ begeben²⁵⁷. Unter der Restriktion lässt sich die Bindung aller Verfassungsorgane und die Gesetzeskraft seiner Entscheidungen (§ 31 Abs. 2 BVerfGG) im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung rechtfertigen und ertragen²⁵⁸. Aber da die verfassungskonforme Auslegung in den Fällen vorgenommen wird, in denen das beanstandete Gesetz einerseits als verfassungswidrig, andererseits als verfassungsmäßig ausgelegt werden kann, sollte der Gesetzgeber darauf reagieren. Sonst kann das beanstandete Gesetz in Zukunft verfassungswidrig werden.

6. Unterlassung des gebotenen Gesetzes

Ein Unterlassen des Gesetzgebers ist nicht verfassungswidrig, wenn dem Grundgesetz keine Gesetzgebungspflicht entnommen werden kann. Kein Staatsorgan zwingt den Gesetzgeber, ein Gesetz zu erlassen²⁵⁹. Der Gesetzgeber ist nur an die Verfassung gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu Beginn seiner Rechtsprechung bei der Normenkontrolle nur darauf beschränkt, zu prüfen, ob die erlassenen Gesetze mit der übergeordneten Norm des Grundgesetzes in Einklang stehen²⁶⁰. Abgesehen davon, dass das Grundgesetz dem Gesetzgeber einen expliziten Gesetzgebungsauftrag gibt²⁶¹, ist eine Verletzung der Gesetzgebungspflicht durch ein Unterlassen kaum vorstellbar.

Soweit eine verfassungsrechtliche Pflicht, gesetzgeberische Maßnahmen zu ergreifen, nicht besteht, ist die Entscheidung des Gesetzgebers zum Tätigwerden oder Untätigbleiben verfassungsrechtlich nicht ü-

²⁵⁶ Kritisch A. Voßkuhle, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen durch die Fachgerichte, AöR 125 (2000), S. 197 ff.; K. Schlaich/S. Korioth, Rdnr. 439.

²⁵⁷ A. Voßkuhle, AöR 125 (2000), S. 198.

²⁵⁸ Vgl. K. Schlaich/S. Korioth, Rdnr. 439; A. Voßkuhle, AöR 125 (2000), S. 198.

²⁵⁹ Vgl. M. Kleuker, S. 52.

²⁶⁰ BVerfGE 1, 97 (101); 2, 287 (291).

²⁶¹ Davon siehe oben II. 4. a).

berprüfbar²⁶². Das Bundesverfassungsgericht ist deshalb zwar zurückhaltend: „Die Entscheidung, die häufig Kompromisse erfordert, gehört nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip in die Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgeber und kann vom Bundesverfassungsgericht in der Regel nur begrenzt nachgeprüft werden, sofern nicht Rechtsgüter von höchster Bedeutung auf dem Spiel stehen“²⁶³. Aber wenn es um die Pflicht zum Erlass von Organisations- und Verfahrensregeln geht, stellt das Bundesverfassungsgericht eine solche Pflicht für zahlreiche Grundrechte auf²⁶⁴. Es sieht die Organisations- und Verfahrensregeln als fundamental für die Verwirklichung der Grundrechte an. Ansonsten könnten die Grundrechte sich nicht wirksam entfalten²⁶⁵.

Zwar kennt das Grundgesetz bestimmte Gesetzgebungspflichten; diese bezeichnen jedoch in der Regel keine Tätigkeitspflichten des Gesetzgebers, sondern einen Gesetzesvorbehalt für den Fall, dass bestimmte Gegenstände als regelungsbedürftig erachtet werden²⁶⁶. Ob ein Gesetz erlassen werden muss, ist die ausschließliche Entscheidung des Gesetzgebers im Rahmen der demokratischen parlamentarischen Staatsverfassung. Der Gesetzgeber allein prüft die tatsächlichen Umstände und erlässt ein Gesetz nur, wenn er es für erforderlich hält, mag auch der Druck der Öffentlichkeit zunehmen.

Die Entscheidung aller grundsätzlichen 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 werden²⁶⁷. Der Gesetzgeber darf also nicht untätig

²⁶² G. Hoffmann, Rationalität im Gesetzgebungsverfahren, ZG 5 (1990), S. 103.

²⁶³ BVerfGE 56, 54 (81).

²⁶⁴ Vgl. BVerfGE 35, 79 (120 ff.); 39, 276 (294 ff.); 49, 89 (147); 57, 295 (319 ff.); 65, 1 (41 ff.); 69, 315 (348 ff.).

²⁶⁵ M. Kriele, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes, Bd. V, § 109, Rdnr. 59 ff.

²⁶⁶ F. Kirchhof, in: FS der Juristischen Fakultät zur 600-Jahre-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 30; vgl. K. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, S. 34 f.

²⁶⁷ R. Wank, Rechtsfortbildung, S. 234; A. Söllner, ZG 11 (1996), S. 244; K. Langenbacher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 23.

bleiben, wenn es um die grundlegenden normativen Bereiche, zumal den der Grundrechtsausübung geht. Er muss die regelmäßig höchst komplizierte Frage entscheiden, wie eine aus der Verfassung herzuleitende Schutz- und Handlungspflicht verwirklicht werden soll²⁶⁸. Die Verpflichtung des Gesetzgebers zum Normerlass ergibt sich unmittelbar aus der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG)²⁶⁹.

II. Die Gesetzesfolgenabschätzung als begleitende, prospektive und retrospektive Beobachtung

1. Die Notwendigkeit der Folgenabschätzung von Gesetzen

Der Gesetzgeber steht vor der erheblichen praktischen Schwierigkeit, die die Zukunft betreffenden Informationen zu sammeln, zu studieren und zu bewerten²⁷⁰. Nicht zu erwarten ist deshalb, dass der Gesetzgeber alle Querverbindungen einer neuen Norm zur bestehenden Rechtsordnung sieht und berücksichtigt²⁷¹. Er soll trotzdem nicht nur abgeschlossene Sachverhalte nachträglich korrigieren, sondern auch zukünftigen Gestaltungsdefiziten entgegenwirken. Der Gesetzgeber hat ungewissen Auswirkungen eines Gesetzes dadurch Rechnung zu tragen, dass er die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpft, um die Auswirkungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können²⁷². Die Methoden der amtlichen Statistik und der Sozialforschung entwickeln sich stetig weiter. Diese Entwicklung darf der Gesetzgeber nicht unberücksichtigt lassen. Der Gesetzgeber muss sich nicht nur auf das gegenwärtige Geschehen, sondern auch auf künftig passierende Ereignisse entsprechend vorbereiten. Er muss also abschätzen, was die entsprechenden Anwendungsinstanzen aus „seinem“ Gesetz „machen“ können²⁷³, je mehr sie in existenzbedrohendem Maße in Grundrechts-

²⁶⁸ BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 652.

²⁶⁹ M. Kleuker, S. 45.

²⁷⁰ Hier ist der Bedarf der interdisziplinären Zusammenarbeit nötig. Siehe auch U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 16 ff.

²⁷¹ W. Brugger, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994), S. 17.

²⁷² BVerfGE 50, 290 (334); 65, 1 (55).

²⁷³ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 93.

positionen eingreifen²⁷⁴. Bisher war aber das Gesetzgebungsverfahren mit der Verabschiedung des Gesetzes abgeschlossen²⁷⁵.

Die Gesetzesfolgenabschätzung als ein Element der Gesetzgebung wird erst seit etwa Mitte der 80er Jahre und nur vereinzelt diskutiert. Der Anstoß war der zunehmende Ruf nach einem „schlanken Staat“, die Kontrolle der Überregulierung und der Normenflut, die zur Unübersichtlichkeit führt und zwangsläufig ein Vollzugsdefizit produziert²⁷⁶. Die Abwehr von Gefahren und die Vorsorge gegen Risiken der sich unabsehbar entwickelnden Wissenschaft, Forschung und neuen Technologien, die Globalisierung und Internationalisierung der Interessenkonflikte, die vorher nur innerhalb eines Staates virulent geworden sind, bringen zwar in zunehmendem Maße das Erfordernis mit sich, neue Gesetze zu erlassen. Die Unsicherheiten, ob die mit einer gesetzlichen Regelung bezweckten Wirkungen tatsächlich eintreten oder ob die sozialen Kosten der Gesetzverwirklichung sich im kalkulierten Rahmen halten²⁷⁷, wächst gleichzeitig und verursacht die Gefahr des Versagens der Gesetze und damit eines Legitimitätsverlustes.

Die Besorgnis über die zunehmende Gesetzesflut und eine dadurch letztlich entstehende Rechtsversagung geht einher mit der Bemühung, die Gesetzgebung zu verbessern, die Folgen und Auswirkungen gesetzlicher Regelungen zu antizipieren und durch abschätzende Bewertung die Wirkungen zu verbessern²⁷⁸. Um solche Aufgabe zu erfüllen, werden Methoden zur Gesetzesfolgenabschätzung sowohl in der Vorbereitungsphase der Gesetzgebung als auch nach dem Erlass eines Gesetzes entwickelt und angewandt.

²⁷⁴ W. Hugger, Die Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, 1983, S. 179.

²⁷⁵ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 39.

²⁷⁶ Vgl. H. Wagner, Gesetzesfolgenabschätzung - Modeerscheinung oder Notwendigkeit, ZRP 1999, S. 480.

²⁷⁷ R. Steinberg, Der Staat 26 (1987), S. 183.

²⁷⁸ H. Wagner, ZRP 1999, S. 481.

2. Der Begriff

Der Begriff der Gesetzesfolgenabschätzung ist eine Anleihe bei der Technikfolgenabschätzung²⁷⁹. Die Gesetzesfolgenabschätzung ist ein Verfahren zur Erkundung und vergleichenden Bewertung von Folgen beabsichtigter bzw. in Kraft getretener Rechtsvorschriften²⁸⁰. Die Gesetzesfolgenabschätzung ist der „Versuch“, die Notwendigkeit und die Wirksamkeit einer Regelung und die Folgen, die über die eigentliche Wirksamkeit hinausgehen, mit Hilfe eines interdisziplinären Forschungsansatzes multidimensional zu erfassen und zu bewerten²⁸¹, um ein widerspruchsfreies staatliches Handeln zu gewährleisten. Dazu gehört auch, dass im Einzelfall überhaupt kein Gesetz erlassen oder ein Gesetz wieder aufgehoben wird²⁸², um ein Übermaß an Normen zu vermeiden²⁸³.

3. Das Ziel der Gesetzesfolgenabschätzung

Die Gesetzesfolgenabschätzung zielt auf eine Deregulierung, nämlich darauf, den Normenbestand und seine weitere Zunahme auf das erforderliche Maß zu reduzieren²⁸⁴. Darüber hinaus erreicht man eine Erhöhung des Wirkungsgrades eines Gesetzes²⁸⁵. Die Gesetzesfolgenabschätzung hilft damit dem Gesetzgeber, die Zielgenauigkeit und die Zweckerreichung von gesetzgeberischen Maßnahmen zu verbessern. Die Zielgenauigkeit eines Gesetzes trägt zum Vertrauen der Adressaten und somit zur Rechtssicherheit bei. Durch die Gesetzesfolgenabschätzung können die Verständlichkeit und die Praktikabilität des Gesetzes verbessert werden²⁸⁶.

²⁷⁹ Vgl. *H. Wagner*, ZRP 1999, S. 482.

²⁸⁰ *C. Böhrer/G. Konzendorf*, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung, 2001, S. 1.

²⁸¹ Vgl. *C. Grimm*, Gesetzesfolgenabschätzung – Möglichkeiten und Grenzen – aus der Sicht des Parlaments, ZRP 2000, S. 88.

²⁸² *C. Grimm*, ZRP 2000, S. 88.

²⁸³ *H. Wagner*, ZRP 1999, S. 481.

²⁸⁴ Vgl. *H. Wagner*, ZRP 1999, S. 481 ff.

²⁸⁵ Vgl. *H. Wagner*, ZRP 1999, S. 481 ff.

²⁸⁶ *H. Wagner*, ZRP 1999, S. 481 ff.

Unbefriedigende Gesetzesfolgen können auf fehlerhafte Annahmen über Wirkungszusammenhänge, auf gesetzestechnische Mängel bei der Programmentwicklung oder auf Fehler der Durchführungsinstanzen zurückzuführen sein, wobei wiederum die mangelnde Praktikabilität des Gesetzes bedeutsam sein kann. Es ist deshalb nützlich, Wirkungsuntersuchungen durch Vollzugsstudien zu ergänzen, um das Zu rechnungsproblem zu erleichtern und zugleich Anhaltspunkte dafür zu erhalten, wo man zur Verbesserung der Wirkungssicherheit des Gesetzes ansetzen sollte²⁸⁷.

4. Die Phasen der Gesetzesfolgenabschätzung

Die Gesetzesfolgenabschätzung wird in der Praxis in drei Abschnitte unterteilt. Bei der „prospektiven Gesetzesfolgenabschätzung“ als einem vorausschauenden Verfahren der Folgenabschätzung wird über Regelungsalternativen zur bestmöglichen Zielerreichung und die erwartbaren Effekte nachgedacht. Schließlich versucht man dadurch, eine optimale Regelungsalternative, die ggf. auch darin bestehen kann, keine Regelung zu erlassen, auszuwählen²⁸⁸.

Des Weiteren wird die „begleitende Gesetzesfolgenabschätzung“ als vorausschauendes Verfahren auf der Basis eines rechtsförmigen Entwurfs unternommen. In dieser Phase werden die Entwürfe dahingehend getestet und geprüft, ob die geplanten Regelungen für die Normadressaten geeignet und für das Regelungsfeld treffend sind, und ob die Be- und Entlastungen optimierbar sind. Dadurch erwirbt man eine Bestätigung, Ergänzung und Verbesserung des Entwurfs und von Entwurfsteilen²⁸⁹.

Schließlich gibt es die „retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung“ als rückschauendes Verfahren auf der Basis einer in Kraft getretenen Rechtsvorschrift. Wenn ein Bedarf nach einer Gesetzesänderung bzw. nach einer Aufhebung nach Inkrafttreten einer Rechtsvorschrift vorliegt, wird u.a. geprüft, ob die Regelungsziele überhaupt erreicht wer-

²⁸⁷ K. König, in: W. Schreckenberger/Klaus König/Wolfgang Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, S. 102.

²⁸⁸ Vgl. C. Böhret/G. Konzendorf, S. 5 ff.

²⁸⁹ Vgl. C. Böhret/G. Konzendorf, S. 89 ff.

den können und ob eine Novellierung bzw. eine Aufhebung ratsam ist²⁹⁰.

III. Die Beobachtungspflicht

1. Begriff und verfassungsrechtliche Verankerung

a) Beobachtung von Gesetzen und die Beobachtungspflicht

„Beobachtung“ bei der Gesetzgebung heißt Vollzugskontrolle und Wirkungsbeobachtung eines Gesetzes²⁹¹. Die Beobachtung bei der Gesetzgebung wird um der Verbesserung der bestehenden Regelung willen vorgenommen, um die vorhandene Regelung an die tatsächliche Lage besser anpassen zu können. Die gesetzgeberische Beobachtung zielt also auf „eine frühzeitige Erkenntnis über mögliche Gefahren für die Grundrechte der Bürger und die Begegnung der ihnen mit dem erforderlichen verfassungsmäßigen Mittel“²⁹².

Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers ist also eine Pflicht, danach zu sehen, ob ein Gesetz nach seinem Erlass nicht oder nicht so wie wirkt, wie der Gesetzgeber sich das gedacht hat²⁹³, um weitere Verbesserung von Gesetzen vorzunehmen. Die Erforderung der Institutionalisierung der Beobachtung der Gesetzeswirkung zur rückkopplenden Verbesserung der Gesetze wird immer lauter²⁹⁴. Ob die Beobachtungspflicht eine den Gesetzgeber verfassungsrechtlich bindende Pflicht ist oder nicht, wird in der Literatur kaum diskutiert. In Bezug darauf sind die Meinungen über die Ableitbarkeit und über die Prüfung bei einer Nichtbeachtung der Beobachtungspflicht noch nicht geklärt.

²⁹⁰ Vgl. C. Böhret/G. Konzendorf, S. 255 ff.

²⁹¹ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 39.

²⁹² Vgl. BVerfGE 49, 89 (132).

²⁹³ Vgl. U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 39.

²⁹⁴ P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 146.

b) Unterschied zur retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung

Während die prospektive und begleitende Gesetzesfolgenabschätzung vor bzw. während des Gesetzgebungsverfahrens durchgeführt werden, ermittelt die retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung schon eingetretene Folgen einer Rechtsvorschrift. Weil die retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung zum Erfassen der Zielerreichung einer Rechtsvorschrift eingesetzt wird, kann sie zeigen, ob die bestehenden Regelungen erfolgreich an die tatsächliche Lage angepasst sind. Sie kann darüber hinaus angewandt werden, um die Nebenfolgen und weitere eintretende Effekte einer Rechtsvorschrift zu erkennen, damit ein Ansatzpunkt für eine Verbesserung der bestehenden Regelung verdeutlicht werden kann. Sie kann auch zur Feststellung des Novellierungsbedarfs und -umfangs der vorhandenen Regelung vorgenommen werden. Anschließend kann gegebenenfalls eine Novellierung, eine Neufassung einer Rechtsvorschrift oder deren Aufhebung begründet werden²⁹⁵. In diesem Sinne kann sie als eine Methode zur Beobachtung von Gesetzen angesehen werden.

Die Beobachtung von Gesetzen kann zwar als mit der Gesetzesfolgenabschätzung vergleichbar betrachtet werden. Die Gesetzesfolgenabschätzung und die Beobachtung von Gesetzen können aber dadurch unterschieden werden, dass die Beobachtung nicht immer vom Gesetzgeber selbst ausgeht, sondern z. B. vom Bundesverfassungsgericht oder gar von Interessengruppen, dass die Gesetzesfolgenabschätzung aber gleich vom Gesetzgeber vorgenommen wird. Die Gesetzesfolgenabschätzung kann dem Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren als wünschenswert empfohlen werden, hat aber keine zwingende Wirkung, es sei denn, dass sie rechtlich institutionalisiert wird²⁹⁶.

Bei der Erfüllung der Beobachtungspflicht soll der Gesetzgeber die Fragestellung, die Prüfkriterien und das Verfahren sowie die Instrumente der retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung beachten. Als

²⁹⁵ Vgl. C. Böhret/G. Konzendorf, S. 255 f.

²⁹⁶ Über die Institutionalisierung der Gesetzesfolgenabschätzung siehe C. Böhret/G. Konzendorf, Anhang I, S. 317 ff.

Prüfkriterien kommen der Zielerreichungsgrad, die Kostenentwicklungen, die Kosten-Nutzen-Effekte, die Akzeptanz der Regelung, die Praktikabilität und die Nebenfolgen in Betracht²⁹⁷.

2. Die Beobachtung als Voraussetzung für die Nachbesserung von Gesetzen

Es scheint logisch zu sein, dass die Beobachtung der Nachbesserung zeitlich vorausgeht²⁹⁸. Dementsprechend kann man die These aufstellen: Der Gesetzgeber ist verpflichtet, das Gesetz erstens daraufhin zu beobachten, ob es seinen Zweck noch erfüllen kann. Der Gesetzgeber muss nach der Beobachtung die betroffenen Gesetze nicht nur in politischer Hinsicht, sondern auch rechtsförmlich durch Gesetz korrigieren, wenn dies erforderlich scheint²⁹⁹. Eine bloße Beobachtung genügt nicht.

Wenn der Gesetzgeber nach der Beobachtung eines Gesetzes zu dem Ergebnis kommt, dass es nicht in der Lage ist, seinen Zweck zu erzielen, muss der Gesetzgeber in der nächsten Phase etwas tun, es also nachbessern. Insofern kann die Beobachtung als Voraussetzung für die Nachbesserung oder mindestens als ihre Vorphase angesehen werden. Das Gericht ermahnt den Gesetzgeber regelmäßig, die weitere Entwicklung sorgfältig zu beobachten und notfalls das Gesetz seinen in der Praxis gewonnenen besseren Einsichten anzupassen³⁰⁰.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Nachbesserungspflicht die Folge der Beobachtungspflicht³⁰¹. In seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch³⁰² betont es, dass die Nachbesserungspflicht um eine Vorsorgepflicht zu ergänzen sei,

²⁹⁷ Vgl. C. Böhret/G. Konzendorf, S. 256 f., vor allem Abb. 76.

²⁹⁸ U. Karpen Gesetzgebungslehre, S. 39 – Er sieht den Appell zur Nachbesserung an den Gesetzgeber als Folge der Beobachtung des Gesetzes an.

²⁹⁹ K. Stern, Staatsrecht 1/III, 1988, S. 1316; C. Pestalozza, in: BVerfG und GG, Bd. I, S. 541; BVerfGE 90, 145 (216) – Abweichende Meinung vom B. Sommer.

³⁰⁰ C. Pestalozza, in: BVerfG und GG, Bd. I, S. 541.

³⁰¹ „Der Gesetzgeber hat..., zu beobachten und gegebenenfalls nachzubessern“. Vgl. BVerfGE 16, 147 (188); 25, 1 (12 f.); 49, 89 (130); 50, 290 (335); 55, 274 (308); 56, 54 (79); 59, 119 (127); 65, 1 (56); 73, 40 (94); 88, 203 (310); 95, 267 (314).

³⁰² BVerfGE 88, 203.

um keine Lücke im Geltungsanspruch der Verfassung entstehen zu lassen³⁰³. Der Gesetzgeber habe dafür zu sorgen, dass seine Gesetze jederzeit verfassungsmäßig bleiben³⁰⁴. Im Beschluss über die verfassungsrechtliche Grenze der Personalvertretung hat es wiederum betont, dass der Gesetzgeber deshalb praktische Auswirkungen von Mitbestimmungsregelungen auf die Wahrnehmung effektiver Verantwortung durch die demokratisch legitimierten Stellen beim Erlass seiner Regelungen in Rechnung zu stellen habe, den Gesetzesvollzug zu beobachten und gegebenenfalls Fehlentwicklungen zu korrigieren³⁰⁵. Dabei sei auch darauf Bedacht zu nehmen, dass das Gesetz als Grundlage einer möglichst reibungslosen Zusammenarbeit zwischen Dienststellenleiter und Personalvertretung zu dienen habe³⁰⁶. Der Gesetzgeber sei daher verpflichtet, zu beobachten, welche Auswirkungen die bei der Beteiligung von Personalvertretungen einzuhaltenden Verfahrensregelungen auf die zügige Verwirklichung des Amtsauftrages hätten, und korrigierend einzugreifen, wenn sich wesentliche Erschwerungen ergäben³⁰⁷. Oder sollte sich im Lauf der Zeit erweisen, dass lokaler Rundfunk unter den gegebenen rechtlichen Bedingungen nicht funktioniere oder wirtschaftlich aufrecht erhalten werden kann, so wäre der Gesetzgeber insoweit zu einer Nachbesserung des Landesrundfunkgesetzes verpflichtet³⁰⁸.

Im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts misst die Literatur diesem Thema keine große Bedeutung bei. Die Literatur folgt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Beobachtungspflicht eine Vorphase zur Nachbesserung als „Obliegenheit des Gesetzgebers“³⁰⁹, oder zur Korrektur³¹⁰ ist. Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, Gesetze nachzubessern, solange ihm nicht

³⁰³ BVerfGE 88, 203 (310).

³⁰⁴ BVerfGE 88, 203 (310); *D. Murswiek*, S. 187; *M. Kleuker*, S. 31.

³⁰⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1 (55); 93, 37 (74).

³⁰⁶ BVerfGE 93, 37 (74).

³⁰⁷ BVerfGE 93, 37 (84 f.).

³⁰⁸ BVerfGE 83, 238 (330).

³⁰⁹ *K. Stern*, Staatsrecht 1/III, S. 1316.

³¹⁰ Vgl. *K. Stern*, Staatsrecht 1/III, S. 1316; *W. Bernd*, S. 141 ff.; *R. Steinberg*, *Der Staat* 26 (1987), S. 174 ff.; *U. Karpen*, *Gesetzgebungslehre*, S. 39.

aufgrund einer Erweiterung der Tatsachenbasis bekannt ist, dass seine Prognose fehlerhaft ist³¹¹.

Obwohl das Bundesverfassungsgericht die Beobachtungspflicht auf die Nachbesserungspflicht in einigen Entscheidungen logisch zu beziehen versuchte³¹², ist es trotzdem noch zweifelhaft, ob das Bundesverfassungsgericht der Beobachtung als eine Vorstufe oder als eine Voraussetzung der Nachbesserung eine an den Gesetzgeber bindende Wirkung zumisst. Denn das Bundesverfassungsgericht fordert häufig vom Gesetzgeber eine Nachbesserung unabhängig von der Erfüllung der Beobachtung.

Eine notwendige Nachbesserung sollte der Gesetzgeber jederzeit vornehmen. Dabei ist die Beobachtung in der Vorphase nicht unbedingt erforderlich. Das Problem besteht nur deshalb, weil man nicht genau wissen kann, ab wann ein Gesetz nachbesserungsbedürftig ist. In der Tat bestimmen nicht Beobachtungen, sondern von außen wirkende Umstände den Zeitpunkt, an dem eine Nachbesserung erforderlich wird.

3. Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers

a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beobachtungspflicht

Alle Staatsorgane sind gehalten, mögliche Gefahren für die Grundrechte der Bürger frühzeitig zu ermitteln und ihnen mit dem erforderlichen verfassungsmäßigen Mittel zu begegnen³¹³. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach erklärt, dass der Gesetzgeber von Verfassungen wegen auch gehalten ist, zu überprüfen, ob seine ursprüngliche Entscheidung auch unter veränderten Umständen aufrechtzuerhalten ist und wie sich sein gesetzliches Konzept in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auswirkt³¹⁴, wenn er eine Entscheidung getroffen hat, deren Grundlage durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzerlasses noch nicht

³¹¹ *W. Bernd*, S. 141.

³¹² Siehe oben IV. 2. a) im zweiten Kapitel.

³¹³ BVerfGE 49, 89 (132).

³¹⁴ Vgl. BVerfGE 49, 89 LS 3; 55, 274 (308); 88, 203 (310); 95, 267 (314 f.).

abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird³¹⁵, oder wenn der hohe Rang des geschützten Rechtsgutes und der in einem Bereich festzustellende Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen es erfordern³¹⁶. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung über die Zulässigkeit der Briefwahl³¹⁷ ausgeführt, dass der Gesetzgeber die Regelung und Handhabung der Briefwahl im Hinblick auf mögliche Gefahren für die Integrität der Wahl im Auge zu behalten habe³¹⁸. Er müsse ungewissen Auswirkungen eines Gesetzes dadurch Rechnung tragen, dass er die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen planmäßig erhebt, sammelt und auswertet, um die Auswirkungen so zuverlässig wie möglich abschätzen³¹⁹ und wesentlichen Veränderungen rechtzeitig Rechnung tragen zu können³²⁰.

Der Gesetzgeber braucht eine angemessene Frist zur Beobachtung und Sammlung von Erfahrung³²¹, wie sich sein gesetzliches Schutzkonzept in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auswirkt³²². Er muss sich darüber hinaus in angemessenen zeitlichen Abständen in geeigneter Weise – etwa durch periodisch zu erstattende Berichte der Regierung – vergewissern, ob sich Mängel des Konzepts oder seiner praktischen Durchführung offenbaren³²³. Eine solche Frist von 10 Jahren scheint nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts im Fall der Altschulden der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften der DDR angemessen³²⁴. Nach Ablauf dieser Frist muss der Gesetzgeber überprüfen, ob das angestrebte Ziel auf dem eingeschlagenen Weg im Weiteren erreicht werden kann³²⁵.

³¹⁵ BVerfGE 49, 89 (130, 132); 56, 54 (79).

³¹⁶ Vgl. BVerfGE 88, 203 (310).

³¹⁷ BVerfGE 59, 119.

³¹⁸ BVerfGE 59, 119 (127).

³¹⁹ Vgl. BVerfGE 65, 1 (55); 88, 203 (310 f.).

³²⁰ Vgl. BVerfGE 25, 1 (13); 49, 89 (130); 50, 290 (335); 95, 267 (314 f.); 97, 271 (292).

³²¹ Vgl. BVerfGE 33, 171 (189 f.); 37, 104 (118); 43, 291 (321); 45, 187 (252); 54, 173 (202); 80, 1 (26); 83, 1 (21 f.); 84, 59 (76); 95, 267 (315).

³²² BVerfGE 88, 203 (310).

³²³ BVerfGE 88, 203 (310). Vgl. auch BVerfGE 56, 54 (82 ff.); 95, 267 (315).

³²⁴ Vgl. BVerfGE 95, 267 (315).

³²⁵ Vgl. BVerfGE 95, 267 (315).

Die Beobachtungspflicht schließt ein, dass der Gesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz dafür sorgt, dass die für die Beurteilung der Wirkungen des Gesetzes notwendigen Daten planmäßig erhoben, gesammelt und ausgewertet werden³²⁶. Diese Beobachtungspflicht besteht auch und gerade nach einem Wechsel des Schutzkonzepts³²⁷. In dieser Zeit es ist notwendig, die üblichen Rechtsfolgen eines verfassungswidrigen Gesetzes zu suspendieren³²⁸.

b) Meinungen in der Literatur zur Beobachtungspflicht

Die Literatur äußert sich selten zu der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Beobachtungspflicht und bewertet sie uneinheitlich. Auch gibt es keine ausführliche, auf Vollzugaufwand und Wirkung gerichtete Dauerbeobachtung von Gesetzen, obwohl sie immer gefordert worden ist³²⁹. *U. Karpen* versteht unter Beobachtung eine Vollzugskontrolle und Wirkungsbeobachtung des Gesetzes, ob das Gesetz so wirkt, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt³³⁰. Eine bloße Beobachtung ohne künftige bindende Wirkung an den Gesetzgeber ist demnach nicht genügend³³¹, sondern sie muss zur Nachbesserung von Gesetzen dienen³³².

Trotz der Meinung, dass die Beobachtungspflicht als eine „Obliegenheit des Gesetzgebers“ angesehen werden soll³³³, lässt die herrschende Meinung dieser Pflicht keine normative Wirkung zukommen³³⁴. Die Beobachtung des Gesetzgebers ist dann eine andauernde Aktion zur Neubewertung oder Verbesserung von Gesetzen bei einer erheblichen

³²⁶ BVerfGE 88, 203 (310).

³²⁷ BVerfGE 88, 203 (310).

³²⁸ BVerfGE 42, 374 (396); 48, 127 (155).

³²⁹ *R. Holtschneider*, Normenflut und Rechtsversagen, 1991, S. 19.

³³⁰ Vgl. *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 39.

³³¹ Vgl. BVerfGE 90, 145 (216) – Abweichende Meinung vom *B. Sommer*.

³³² Vgl. *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 39.

³³³ *K. Stern*, Staatsrecht I/III, S. 1316.

³³⁴ *W. Zeh*, Vollzugskontrolle und Wirkungsbeobachtung als Teilfunktion der Gesetzgebung, in: Jahrbuch für die Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13 (1986), S. 201 f.; *R. Steinberg*, Der Staat 26 (1987), S. 167; *W. Bernd*, S. 141.

Änderung der tatsächlichen Umstände³³⁵. Das Gesetzgebungsorgan und die Abgeordneten würden täglich in Haftung genommen für alle Ergebnisse und Folgen³³⁶. Das Gesetzgebungsverfahren müsste in den Bereich der Nachkontrolle erweitert werden³³⁷.

c) Eigene Meinung

Es ist im Besonderen legitim und notwendig, die Wirksamkeit der Gesetzgebung zu prüfen, denn sie ist eine Systembedingung des parlamentarisch-demokratischen Staates³³⁸. Dabei wird vor allem betont, dass die Parlamente als Gesetzgebungsorgane mit der Verabschiedung eines Gesetzes die Verantwortung für den Inhalt der Norm übernehmen und die Verantwortung des Parlaments für die rechtliche Regelung auch mit dem Gesetzesbeschluss nicht etwa aufhört³³⁹.

Die moderne Gesellschaft kann dem Gesetzgeber einerseits noch bessere und umfangreichere Informationen durch technische Neuerungen anbieten, damit er den Zustand des Gesetzes besser und effektiv beobachten kann. Aber sie ist andererseits auch sehr kompliziert, so dass der Gesetzgeber alle Informationen nicht selbst untersuchen und nicht alles beobachten kann. Der Gesetzgeber ist in der modernen Industriegesellschaft überfordert. Er bemerkt manchmal nicht, ob die Gesetze nach seinem Willen praktisch funktionieren.

Der Gesetzgeber ist von Verfassungen wegen verpflichtet, das Gesetz jeder Zeit mit der Verfassung in Einklang zu bringen (Art. 20 Abs. 3 GG). Es besteht die Möglichkeit, dass ein Gesetz, das bei seiner Verkündung mit der Verfassung vereinbar war, durch eine Veränderung der dem Gesetz zugrunde liegenden Fakten verfassungswidrig wird³⁴⁰. Dies ist der Ausgangspunkt, weshalb der Gesetzgeber seine Gesetze nach der Verabschiedung weiter beobachten muss. Der Gesetzgeber

³³⁵ H. J. Schröder, Zur Erfolgskontrolle der Gesetzgebung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3 (1972), S. 275.

³³⁶ W. Zeh, Jahrbuch für die Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13 (1986), S. 201.

³³⁷ P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 146

³³⁸ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 39.

³³⁹ C. Grimm, ZRP 2000, S. 89.

³⁴⁰ C. Mayer, S. 117.

hat immer daran zu denken, dass der zukünftige Bestand seiner Norm nicht unter allen Umständen gesichert sein wird³⁴¹. Er sollte zu einer neuen verfassungsrechtlichen Bewertung kommen, wenn sich die für den Normbereich eines Gesetzes bedeutsamen Umstände verändern. Periodisch zu erstattende Berichte der Regierung³⁴² oder ökonomische Daten³⁴³ können als Bewertungsmittel benutzt werden. Dafür hat der Gesetzgeber die Entwicklung der amtlichen Statistik und der Sozialforschung immer zu berücksichtigen³⁴⁴, um die beanstandete Differenzierung nicht aus den Augen zu verlieren³⁴⁵. Der Gesetzgeber darf sich zunächst mit gröberen Typisierungen und Generalisierungen begnügen, wenn es sich um komplexe Sachverhalte handelt, um binnen angemessener Zeit oder in zeitlichen Abständen Erfahrungen zu sammeln³⁴⁶. Die Beobachtung ist nicht außerhalb oder unterhalb der Gesetzgebung einzuordnen und anderen als den gesetzgeberischen Institutionen vorzubehalten.

4. Nichtbeachtung der Beobachtungspflicht

In der Vorbereitungsphase der Gesetze hat der Gesetzgeber die künftig eintretenden Folgen der neuen Gesetze abzuschätzen. Nach Erlass der Gesetze hat er auch immer im Auge zu behalten, ob die Gesetze in der Gesellschaft noch Geltung beanspruchen können. Er hat die tatsächlichen Auswirkungen des neuen Rechts sorgfältig zu beobachten und alle Daten möglichst zuverlässig zu ermitteln³⁴⁷. Aber die Beobachtung zur Verbesserung des Gesetzes ist nur dann sinnvoll, wenn der Gesetzgeber in der Lage und bereit ist, aus den mit Hilfe der Kontrolle gefundenen Ergebnissen gesetzgeberische Konsequenzen zu ziehen³⁴⁸.

³⁴¹ C. Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 1991, S. 338.

³⁴² Vgl. BVerfGE 88, 203 (310).

³⁴³ Vgl. BVerfGE 97, 350 (376).

³⁴⁴ Vgl. BVerfGE 65, 1 (55); 88, 203 (311); 97, 271 (292).

³⁴⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 19. 9. 1996, NJW 1997, S. 248.

³⁴⁶ Vgl. BVerfGE 88, 203 (310); BVerfG, Beschluss v. 19. 9. 1996, NJW 1997, S. 248.

³⁴⁷ Vgl. BVerfGE 88, 203 (311).

³⁴⁸ H. J. Schröder, *Jahrbuch für die Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 3 (1972), S. 274.

Es stellt sich die Frage, welche Folgen es hat, wenn der Gesetzgeber der Beobachtungspflicht nicht nachkommt. Das Grundgesetz trifft insofern keine Regelung. Die Nichtbeachtung der Beobachtung vom Gesetzgeber an sich führt nicht zu einer Sanktion³⁴⁹, weil kein staatliches Organ außer dem Gesetzgeber selber die Aufgabe hat zu kontrollieren, ob der Gesetzgeber die Gesetzeslage pflichtmäßig beobachtet oder nicht. Darüber hinaus gibt es keine Methode, mit der man bewerten kann, ob der Gesetzgeber tatsächlich seine Pflicht erfüllt oder nicht. Die Beurteilung, ob der Gesetzgeber seiner Beobachtungspflicht nachkommt oder nicht, ist besonders schwer, weil die Beobachtungsmethoden, -arten und -verfahren die Interna des Gesetzgebers sind. Vernachlässigt bzw. unterlässt der Gesetzgeber die Beobachtungspflicht, verliert er seine gesellschaftliche Steuerungsfunktion. Rechtsversagen und Legitimationsverlust sind die Folgen³⁵⁰.

Eine Kontrolle und nachfolgende Sanktion kann man sich nur in den Fällen vorstellen, in denen ein tatsächliches Ergebnis oder eine Folge objektiv bekannt wird. Ob der Gesetzgeber seine Pflicht, die Gesetze zu beobachten, einhält oder nicht, kann man erst erkennen, wenn die tatsächliche Entwicklungen aufgrund der Diskrepanz zwischen dem Regelungsanspruch des Gesetzes und der tatsächlichen Lage zu Bedenken über die Verfassungsmäßigkeit des beanstandeten Gesetzes führt.

Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers kann von der Rechtsprechung nicht zu einer normativen Pflicht erhoben werden³⁵¹. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass eine notwendigerweise durch Ungewissheit gekennzeichnete Situation zuvorderst durch den Gesetzgeber einer Lösung zugeführt werden muss; die politische Verantwortung tragen insofern der Gesetzgeber und die Regierung³⁵². Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten³⁵³. Darüber hinaus sind die Ge-

³⁴⁹ K. Stern, Staatsrecht 1/III, S. 1316; R. Steinberg, Der Staat 26 (1987), S. 167.

³⁵⁰ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 39 f.; R. Holtschneider, S. 19.

³⁵¹ R. Steinberg, Der Staat 26 (1987), S. 167; A. Roßnagel, Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers im Atomrecht, JZ 1985, S. 717.

³⁵² BVerfGE 49, 89 LS 4.

³⁵³ BVerfGE 49, 89 LS 4.

richte nicht in der Lage, die praktische Anwendung der Gesetze und ihre Effektivität ständig zu beobachten und zu prüfen³⁵⁴. Zur besseren und effektiveren Beobachtung der Gesetze wäre auch eine Institutionalisierung denkbar³⁵⁵. Dafür können verschiedene Modelle diskutiert werden³⁵⁶. Alle diese Modelle und Vorschläge sind allerdings mit zusätzlichen Kosten verbunden.

IV. Die Korrekturpflicht und Nachbesserungspflicht

1. Begriffserklärung

a) Korrektur und Nachbesserung

aa) Zum Begriff der „Korrektur“ in Rechtsprechung und Literatur

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits häufig zu Fragen der Korrekturpflicht des Gesetzgebers geäußert³⁵⁷. Das Wort „Korrektur“ lässt sich in zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts finden³⁵⁸. Das Bundesverfassungsgericht verwendet den Begriff des „Fehlers“ normalerweise im Zusammenhang mit dem der „Korrektur“³⁵⁹ oder der „Berichtigung“³⁶⁰. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht den Begriff der Korrektur nicht einheitlich benutzt, ist ein Zusammenhang mit dem Begriff des „Fehlers“ häufig festzustellen³⁶¹: „Fehler bei der Tatsachenfeststellung oder Auslegung auf einer

³⁵⁴ A. Roßnagel, JZ 1985, S. 717.

³⁵⁵ Vgl. C. Grimm, ZRP 2000, S. 90 f.; P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 146.

³⁵⁶ C. Grimm, ZRP 2000, S. 90.

³⁵⁷ Vgl. BVerfGE 50, 290 (335); 65, 1 (55); 88, 203 (309); 93, 37 (84 f.).

³⁵⁸ Vgl. BVerfGE 53, 257 (303); 86, 148 (251); 87, 114 (136); 87, 348 (357 ff.); 97, 228 (270); BVerfG, Beschluss v. 29. 7. 1998, NJW 1999, S. 416.

³⁵⁹ BVerfGE 76, 143 (162); 83, 216 (234) – „Das Bundesverfassungsgericht hat zu prüfen, Fehler zu korrigieren, die Geltung des Grundrechts in Frage zu stellen“.

³⁶⁰ BVerfGE 84, 59 (80) – „Immerhin geht der Verordnungsgeber davon aus, dass ‚offensichtliche Fehler‘ denkbar sind, die eine Berichtigung erforderlich machen. Solche offensichtlichen Fehler sind auch der gerichtlichen Feststellung zugänglich. Eine entsprechende Kontrolle der Verwaltung gebietet Art. 19 Abs. 4 GG“.

³⁶¹ BVerfGE 76, 143 (162); 83, 216 (234).

grundsätzlich unrichtigen Auffassung³⁶², „Rechenfehler“³⁶³, „Verfahrensfehler“³⁶⁴, „die Fehlerhaftigkeit des Ergebnisses“³⁶⁵, „ein Irrtum“³⁶⁶, „Fehlprognose“³⁶⁷, „offensichtliche Einseitigkeit“³⁶⁸, „verfassungsrechtliche Fehlbeurteilung“³⁶⁹, „Fehleinschätzungen“³⁷⁰. Das Bundesverfassungsgericht verwendet zwar die Begriffe „Korrektur“ und „Fehler“ als eine Kategorie³⁷¹. Dennoch erklärt es den Begriff der Korrektur und den Zusammenhang mit dem Fehler nicht.

Auch in der Literatur ist eine einheitliche Definition des Begriffs der Korrektur nicht zu finden. Unter Korrektur versteht *U. Steiner*, dass sie eine Änderung oder Aufhebung einer vorhandenen gesetzlichen Bestimmung ist, die durch die Fehleinschätzung des Gesetzgebers oder die Veränderung der tatsächlichen Grundlagen in die Grundrechte eingreifen kann³⁷². *C. Mayer* kritisiert zwar den Begriffsgebrauch des Bundesverfassungsgerichts als Pleonasmus, weil es Korrektur und Nachbesserung ohne Unterscheidung beliebig verwende³⁷³. Des Weiteren sei diese Terminologie ein Beweis, dass das Bundesverfassungsgericht sich über die Differenzierung der Begriffe nicht ganz bewusst ist³⁷⁴. Allerdings unterscheidet *C. Mayer* in der Tat selber zwischen Nachbesserung und Korrektur nicht und verwendet die undeutliche Terminologie des Bundesverfassungsgerichts³⁷⁵, auch wenn er die undeutlichen Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts als „ein

³⁶² BVerfGE 66, 116 (131).

³⁶³ BVerfGE 85, 36 (66).

³⁶⁴ BVerfGE 82, 159 (194); vgl. BVerfGE 29, 198 (207); BVerfG, Beschluss v. 2. 2. 1993 – Voraussetzungen einer Kommunalverfassungsbeschwerde zum BVerfG.

³⁶⁵ BVerfGE 85, 36 (66).

³⁶⁶ BVerfGE 25, 1 (12); 50, 290 (335); 85, 36 (66).

³⁶⁷ BVerfGE 65, 1(55).

³⁶⁸ BVerfGE 85, 36 (66).

³⁶⁹ BVerfGE 78, 290 (302).

³⁷⁰ BVerfGE 74, 257 (260); 81, 29 (37).

³⁷¹ Z. B. Vgl. BVerfGE 85, 36 (66) – So führen Rechenfehler und die Verletzung von Regeln der Statistik regelmäßig zur Fehlerhaftigkeit des Ergebnisses und sind modellkonform zu korrigieren.

³⁷² *U. Steiner*, Perspektiven der Personalberatung aus verfassungsrechtlicher Sicht, BB, Beilage 3/1989, S. 7 ff.

³⁷³ *C. Mayer*, S. 22 ff.

³⁷⁴ *C. Mayer*, S. 24.

³⁷⁵ *C. Mayer*, S. 25.

wenig befriedigendes Bild³⁷⁶ bezeichnet. Er benutzt nämlich die beiden Begriffe gemischt: Wie der Ausdruck Nachbesserung bereits impliziere, gehe es nicht darum, etwas völlig Neues zu schaffen, sondern etwas Vorhandenes zu korrigieren³⁷⁷.

bb) Zum Begriff der „Nachbesserung“ in Rechtsprechung und Literatur

Die Terminologie der „Nachbesserung“ hat das Bundesverfassungsgericht seltener verwandt als den der „Korrektur“³⁷⁸. Die Terminologie der „Nachbesserungspflicht“ kann man in sechs Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts finden³⁷⁹. Aber es ist dadurch noch unklar, ob das Bundesverfassungsgericht den Begriff „Nachbesserung“ konsequent verwandt hat. Der Begriff der Nachbesserung wird von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit einer nachträglichen gesetzgeberischen Ergänzung der Unvollständigkeit oder der Unstimmigkeit eines Gesetzes verwandt³⁸⁰, unabhängig von der Frage, ob es die Nachbesserung sich von der Korrektur klar unterscheidet.

Das Bundesverfassungsgericht versteht unter Nachbesserung eine nachträgliche Aktion des Gesetzgebers nach dem Erlass eines Gesetzes, um die Möglichkeit des Verfassungswidrigwerdens eines Gesetzes infolge einer Veränderung der Verhältnisse zu verhindern³⁸¹, die strukturellen Mängel, die z. B. den Vorschriften der §§ 218 b und 219 StGB a. F. anhaften und sie in ihrer lebensschützenden Wirkung be-

³⁷⁶ C. Mayer, S. 25.

³⁷⁷ C. Mayer, S. 35.

³⁷⁸ Vgl. BVerfGE 56, 54 (78); 59, 119 (127); 68, 1 (100); 70, 191 (208); 73, 118 (169, 180, 182, 203); 80, 1 (31, 33); 82, 60 (84); 83, 238 (330); 84, 239 (284); 87, 114 (136, 151); 88, 203 (309); 90, 145 (219); 91, 93 (108); 95, 267 (314); BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 651 ff.

³⁷⁹ Vgl. BVerfGE 56, 54 (78 f.); 88, 203 (309); 90, 145 (216); BVerfG, Beschluss, v. 13. 2. 1992, NVwZ 1992, S. 766; BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 651 ff.; BVerfGE 95, 267 (313).

³⁸⁰ Vgl. BVerfGE 25, 1 (12 f.); 49, 89, LS 4.; 50, 290 (335); 56, 54 (78 f.); 88, 203 (309 f.); 95, 267 (313 f.).

³⁸¹ BVerfGE 56, 54 (72) – im Fall des Fluglärms eine starke Zunahme der Zahl der Flugbewegungen und der Übergang zu lautstarken Düsenmaschinen bei gleichzeitig zunehmender Besiedlungsdichte in der Flughafenumgebung.

einträchtigen, zu beseitigen³⁸² oder um bessere Abhilfe zu sorgen³⁸³. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass ein Gesetz, das die Grundrechte nicht ausreichend beachtet – z. B. hier die Beachtung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk³⁸⁴ – einer Nachbesserung durch den Gesetzgeber bedarf³⁸⁵.

In der Literatur findet man auch keinen einheitlichen Begriff „Nachbesserung“. *P. Badura* versteht unter „Nachbesserung“ eine Aufhebung oder Änderung von Gesetzen mit dem Ziel, eine grundrechtsgefährdende Rechtslage zu verbessern³⁸⁶. Eine solche Lage entstehe, wenn sich eine dem Gesetz zugrunde liegende Prognose über regelungserhebliche Tatsachen oder über die Auswirkungen des Gesetzes als fehlerhaft erweist oder wenn die für Art und Ausmaß des Grundrechtseingriffs maßgeblichen Umstände sich geändert haben³⁸⁷. Die Meinung *R. Steinbergs* ist nicht anders als die *P. Baduras*, wenn er behauptet, dass die Nachbesserung von Gesetzen eine Neubewertung oder Verbesserung aufgrund einer erheblichen Änderung der tatsächlichen Umstände eines Gesetzes bedeutet³⁸⁸. *M. Eisele* definiert den Begriff der Nachbesserung am weitestgehendsten. Sie versteht unter Nachbesserung jede verfassungsrechtlich gebotene Neugestaltung einer gesetzlichen Regelung³⁸⁹.

cc) Eigenes Verständnis des Begriffe „Korrektur“ und „Nachbesserung“

Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet nicht zwischen einer Korrektur und einer Nachbesserung. Es ist deshalb dem Vorwurf ausgesetzt, seine Terminologie für den selbst entwickelten Rechtsgedan-

³⁸² BVerfGE 88, 203 (310).

³⁸³ BVerfGE 73, 118 (203).

³⁸⁴ Vgl. BVerfGE 73, 118 (180).

³⁸⁵ BVerfGE 73, 118 (180).

³⁸⁶ *P. Badura*, in: FS für K. Eichenberger, 1982, S. 484; ähnlich auch *M. Eisele*, S. 121 f.

³⁸⁷ *P. Badura*, in: FS für K. Eichenberger, 1982, S. 484.

³⁸⁸ *R. Steinberg*, Der Staat 26 (1987), S. 177.

³⁸⁹ *M. Eisele*, S. 121 f.

ken einer gesetzgeberischen Nachbesserungspflicht variere erheblich und verschleierte so dessen Konturen³⁹⁰.

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird das Wort „Korrektur“ normalerweise in Bezug auf einen Fehler verwandt. Die betroffene fehlerhafte Sache soll in kurzer Zeit korrigiert oder berichtigt werden: Man macht einen Fehler; ein Typenfehler wird im Text entdeckt; der Computer geht wegen eines Fehlers aus usw. „Korrektur“ bedeutet eine nachträgliche Handlung zur Beseitigung des Fehlerhaften, Falschen oder des fehlerhaften Teils, um es durch das Richtige, Zutreffende zu ersetzen, oder zum Sollzustand zurückzukehren. Dementsprechend kann die Korrekturpflicht von Gesetzen so verstanden werden, dass es um die gesetzgeberische Handlung zur Beseitigung des Gesetzesfehlers geht, der zur Unwirksamkeit des beanstandeten Gesetzes führt, zu berichtigen oder zu beseitigen. Nicht zuletzt kann ein fehlerhaftes Gesetz durch die Korrektur wieder in den Sollzustand, in dem das Gesetz eigentlich hätten erlassen werden müssen, eintreten.

Der Begriff der Nachbesserung im weiteren Sinne wird in den Fällen benutzt, in denen ein abgeschlossenes Ergebnis, das sich als unvollständig – lückenhaft – erweist, nachträglich ergänzt wird, um die Effektivität zu erhöhen bzw. um den eigentlichen gewünschten Zustand wieder zurückkehren zu lassen. Dann kann die Korrektur in den Begriff „Nachbesserung“ eingeschlossen werden, weil ein beanstandeter Gegenstand nach der Korrektur – der Beseitigung oder Berichtigung des Fehlers – in einen Zustand, der ursprünglich erwartet wurde, überführt wird: Der nachträglich eingetretene Zustand ist besser als der fehlerhafte Zustand unabhängig davon, ob es bei dem fehlerhaften Zustand um die Frage nach der Richtigkeit oder nur der Funktionsfähigkeit des Gesetzes ging. In diesem Sinne können die „Nachbesserung“ und die „Verbesserung“ synonym verwandt werden. Mit einem solchen weiteren Begriffsverständnis von der „Nachbesserung“ kann aber also nur ein unbefriedigendes Ergebnis erreicht werden, um eine verfassungsrechtlich bindende Pflicht des Gesetzgebers zu begründen.

³⁹⁰ C. Mayer, S. 25.

Die Nachbesserung im engeren Sinne kann als eine Handlung verstanden werden, die die Unvollständigkeit eines Gegenstands, hier Gesetzeslücke, durch die nachträgliche Ergänzung des Gesetzgebers heilt. Bei einem nachbesserungsbedürftigen Gegenstand, einem lückenhaften Gesetz, ist also nicht seiner Richtigkeit, sondern nur seine Funktionsfähigkeit in Frage gestellt. Eine Änderung der rechtlichen Entscheidungen oder rechtlichen Regelungen ist nicht notwendigerweise mit der Feststellung verbunden, dass das Recht nicht richtig war³⁹¹.

Wie die Korrektur wird die Nachbesserung immer nachträglich unternommen. Vorsorgliche Korrektur und Nachbesserung sind nicht vorstellbar.

b) Abgrenzung zu den Begriffen „Anpassung“ und „Verbesserung“

aa) Die Anpassung

Der Begriff der Anpassung wird vom Bundesverfassungsgericht in den Fällen verwandt³⁹², in denen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes aufgrund veränderter Umstände bezweifelt wird. Aber das Bundesverfassungsgericht hat nicht festgestellt, was es unter „Anpassung“ normativ versteht.

In der Alltagssprache bedeutet Anpassung, dass jemand oder irgend eine Sache sich nach der vorhandenen Lage richtet. Das Wort „Anpassung“ stellt jedoch nicht klar, ob die vorhandene Lage besser ist und ob das Ergebnis nach der Anpassung gut oder schlecht, gerecht oder unrecht geworden ist. Das Wort „Anpassung“ beschreibt nur einen neu entstandenen Zustand nach dem Anpassungsvorgang. Der Begriff der Anpassung ist wertneutral. Um festzustellen, ob das Ergebnis der Anpassung qualitativ besser ist, sollte ein weiteres Bewertungskriterium gefunden werden. Eine Anpassung ohne inhaltliche Bewertung garantiert deshalb noch nicht, dass ein Anpassungsakt inhaltlich im Sin-

³⁹¹ Vgl. *H. M. Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, Rdnr. 537.

³⁹² Vgl. BVerfGE 58, 233 (248); 64, 87 (98 ff.); 77, 263 (272 f.); 78, 214 (232); 88, 384 (406 ff.).

ne einer Gestaltung gleichzeitig verbessert wird. Als Gemeinsamkeit der jeweiligen Gesichtspunkte der Anpassung kann aber herausgestellt werden, dass die Anpassung ein Ergebnis verschiedener Versuche ist, abgesehen davon, wie das Ergebnis gewertet wird. Die Erkenntnis, dass die Anpassung das Ergebnis eines Verbesserungsvorgangs ist, kann durch die alltägliche Verwendung nicht sofort gewonnen werden.

Bei der Gesetzgebung wird der Terminus der „Anpassung“ im positiven Sinne verwandt, dass der Gesetzgeber ein veraltetes Gesetz oder ein wegen der Veränderung der tatsächlichen Umstände zur Ungleichheit führendes Gesetz ändert bzw. verbessert: Z. B. das Gesetz über die Anpassung der Renten der gesetzlichen Rentenversicherung im Jahr 1982 vom 1. 12. 1981 (BGBl I, 1205), Ermäßigungssatz – Anpassungsverordnung vom 15. 4. 1996 (BGBl I, 604).

bb) Die Verbesserung

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff der „Verbesserung“ normalerweise in den Fällen benutzt, in denen die Funktionsfähigkeit einer Sache wieder hergestellt wird oder in denen durch die Beseitigung fehler- oder lückenhafter Teile eine bessere Leistung erreicht wird. Das bedeutet aber noch nicht, dass der Begriff „Verbesserung“ bzw. „Verbesserungspflicht des Gesetzgebers“ als eine grundgesetzliche Pflicht des Gesetzgebers angesehen werden kann.

In vielen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht freilich den Begriff der „Verbesserung“ verwendet³⁹³. Aber es verknüpft – wie auch die Literatur – den Begriff „Verbesserung“ nicht mit irgendeiner gesetzgeberischen Pflicht, sondern verwendet ihn nur, um zu verdeutlichen, dass das beanstandete Gesetz geändert werden muss. In der Literatur wird der Begriff der „Verbesserung“ schlechthin verwandt, ohne zwischen den Begriffen der Korrektur, der Nachbesserung und der Anpassung zu unterscheiden³⁹⁴.

³⁹³ Vgl. BVerfGE 52, 1 (35); 70, 191 (211 ff.); 81, 363 (381); 93, 262 (370).

³⁹⁴ Z. B. H. Hill, ZG 8 (1993), S. 1 ff.

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff der Verbesserung überwiegend im Zusammenhang mit den Gesetzesänderungen, vor allem im Wirtschaftsbereich; z. B. beim Gesetz zur Verbesserung der Lebensverhältnisse (Art. 91a Abs. 1 GG), beim Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts v. 4. 11. 1971 (BGBl I, 1745) und beim Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19. 12. 1974 (BGBl I, 3610). Es überrascht nicht, dass der Gesetzgeber eine Gesetzesänderung im Allgemeinen für eine Verbesserung hält.

2. Die Korrekturpflicht und Nachbesserungspflicht

a) Die Korrekturpflicht

aa) Pflicht zur Korrektur nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass es dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen nicht von vornherein verwehrt ist, das Ergebnis des von ihm festgelegten Verfahrens, das auf einen angemessenen Ausgleich zielt, aus besonderen Gründen noch einmal zu korrigieren, es sei denn, dass er selbstgesetzte Maßstäbe für das Erreichen eines angemessenen Ausgleichs widerstreitender Interessen ohne einleuchtenden Grund aufgibt und Ergebnisse hervorruft, die den selbstgesetzten Maßstäben und Ausgleichsschritten widersprechen³⁹⁵.

Im Bereich der Wirtschaft hat der Gesetzgeber eine größere Freiheit. Er hat in der Bestimmung wirtschaftspolitischer Ziele und der zu ihrer Verfolgung geeigneten Maßnahmen einen weiten Gestaltungsbereich und darf durch wirtschaftspolitische Lenkungsmaßnahmen das freie Spiel der Kräfte korrigieren³⁹⁶. In der Entscheidung über die Verteilung des Finanzaufkommens im Bundesstaat hat das Bundesverfassungsgericht die Korrekturpflicht des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Änderung der gesetzlichen Grundlage, von der der damalige Gesetzgeber ausgegangen war, festgestellt³⁹⁷. Eine ähnliche Stel-

³⁹⁵ BVerfGE 86, 148 (251).

³⁹⁶ BVerfGE 46, 246 (257); 51, 193 (208).

³⁹⁷ BVerfGE 72, 330 (416) – „Der Gesetzgeber hat die Angemessenheit der gegenwärtigen Regelung, die seit dem Rechnungsjahr 1958 (§ 6 FAG 1958, BGBl 1959 I,

lungnahme des Bundesverfassungsgerichts ist auch in seinem Beschluss vom 22.10.1991 zu finden³⁹⁸.

Zwar hat der Normgeber eine Einschätzungsprärogative, muss sich aber bei Irrtümern und offensichtlichen Einseitigkeiten korrigieren lassen³⁹⁹, wenn das Gesetz nach hinreichender Beobachtungszeit das von der Verfassung geforderte Maß an Schutz nicht zu gewährleisten vermag⁴⁰⁰. Er ist verpflichtet, durch Änderung oder Ergänzung der bestehenden Vorschriften auf die Beseitigung der Mängel und die Sicherstellung eines dem Untermaßverbot genügenden Schutzes hinzuwirken⁴⁰¹ und Fehlentwicklungen zu korrigieren⁴⁰² oder bei wesentlichen Erschwerungen korrigierend einzugreifen⁴⁰³. Aber eine Anpassungsfrist muss dem Normgeber zuzubilligen sein⁴⁰⁴, wenn die Modellrechnung bei ihrem Erlass noch einem früheren Erkenntnis- und Erfahrungsstand entsprach⁴⁰⁵, und die Schwierigkeiten oder die komplizierten Rückwirkungen eines neuen Gesetzes mangels praktischer Erfahrungen kaum vorhersehbar waren⁴⁰⁶.

S. 73) mit einer Änderung zugunsten des Landes Bremen im Jahre 1969 (siehe die heutige Fassung von § 9 II FAG) gilt, unter anderem anhand der genannten Indikatoren für die stadtstaatliche Besonderheit der Länder Bremen und Hamburg zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren.“

³⁹⁸ BVerfGE 85, 36 (66) – „Daran ist richtig, dass jede Kritik von Modellrechnungen deren Eigenart beachten muss. Einzelne Annahmen und Rechenoperationen dürfen nicht aus dem Zusammenhang gerissen und in einer Weise korrigiert werden, die das Ableitungskonzept des Modells verändern“. Vgl. auch BVerfGE 53, 257 (302 f.); 87, 348 (358).

³⁹⁹ BVerfGE 85, 36 (66).

⁴⁰⁰ BVerfGE 88, 203 (309).

⁴⁰¹ BVerfGE 88, 203 (309).

⁴⁰² BVerfGE 93, 37 (74).

⁴⁰³ BVerfGE 93, 37 (85).

⁴⁰⁴ BVerfGE 37, 104 (118); 43, 291 (321); 80, 1 (31); 85, 36 (66).

⁴⁰⁵ BVerfGE 80, 1 (31); 85, 36 (66).

⁴⁰⁶ BVerfGE 80, 1 (31).

bb) Die Korrekturpflicht in der Literatur

In der Literatur wird der Begriff der Korrekturpflicht selten verwendet⁴⁰⁷, und auch hier erfolgt keine genaue Erklärung des Begriffs.

U. Steiner bemängelt die unklare Begrifflichkeit des Bundesverfassungsgerichts und versucht sie nach einer eigenen Definition zu unterscheiden⁴⁰⁸. Er ist der Meinung, dass der Begriff der Nachbesserung, den das Bundesverfassungsgericht verwendet, nicht passe, wenn man auch von der Aufhebung und nicht nur einer Abänderung einer vorhandenen gesetzlichen Bestimmung als einen möglichen Gegenstand einer gesetzgeberischen Pflicht spreche. Insofern sei der Begriff der Korrekturpflicht zutreffend⁴⁰⁹. Er definiert demnach die Korrekturpflicht als Pflicht des Gesetzgebers, ein Gesetz auch aufzuheben und nicht nur abzuändern, wenn es, obwohl ursprünglich verfassungsgemäß erlassen, nach dem Wegfall oder einer Veränderung der Grundlage, auf der es beruht hat, verfassungswidrig geworden ist⁴¹⁰.

P. Badura versteht die Korrekturpflicht des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Möglichkeit des Verfassungswidrigwerdens eines Gesetzes⁴¹¹. In dieser Konstellation behauptet er in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴¹², dass das Gericht den Eintritt der Korrekturpflicht feststellen und an den Gesetzgeber appellieren kann, die gebotene Neuregelung in Angriff zu nehmen, um zu vermeiden, dass das „noch verfassungsmäßige“ Gesetz nach einem bestimmten Zeitraum als verfassungswidrig zu gelten hat⁴¹³.

⁴⁰⁷ *U. Steiner*, BB, Beilage 3/1989, S. 7 ff.; *P. Badura*, in: FS für K. Eichenberger, S. 487 ff.; *C. Mayer*, S. 32 ff.

⁴⁰⁸ Vgl. *U. Steiner*, BB, Beilage 3/1989, S. 7 ff.

⁴⁰⁹ Vgl. *U. Steiner*, BB, Beilage 3/1989, S. 7.

⁴¹⁰ Vgl. *U. Steiner*, BB, Beilage 3/1989, S. 7 ff.

⁴¹¹ Vgl. *P. Badura*, in: FS für K. Eichenberger, S. 487.

⁴¹² BVerfGE 54, 11 (34 ff.).

⁴¹³ *P. Badura*, in: FS für K. Eichenberger, S. 487.

b) Die Nachbesserungspflicht

Der Gesetzgeber ist nach Art. 20 Abs. 3 GG bei der Gesetzgebung an die Vorgaben, die das Grundgesetz aufstellt, gebunden⁴¹⁴. In Bezug darauf stellt sich die Frage, ob Art. 20 Abs. 3 GG den Gesetzgeber aber auch zur Nachbesserung von Gesetzen verpflichtet. Sollte dies der Fall sein, dann stellt sich die weitere Frage, welche Rechtsnatur die Nachbesserungspflicht auf der Grundlage dieser Verfassungsvorschrift haben kann.

Seitdem das Bundesverfassungsgericht die Nachbesserungspflicht in seinem Beschluss zur Mühlenkapazität von 18. 12. 1968⁴¹⁵ erwähnt hat, ist diese Pflicht in vielen weiteren Entscheidungen aufgetaucht⁴¹⁶. Da es aber den Begriff der Nachbesserungspflicht nicht genau definiert hat, sind in der Literatur unterschiedliche Meinungen darüber entstanden⁴¹⁷. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird der Begriff der Nachbesserungspflicht in den Fällen verwendet, in denen das Gesetz zwar für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt, gleichzeitig aber angemerkt wird, dass die Gefahr besteht, dass das Gesetz in absehbarer Zeit verfassungswidrig zu werden droht, und deshalb dem Gesetzgeber auferlegt wird, das Gesetz zu beobachten und gegebenenfalls nachzubessern⁴¹⁸.

aa) Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Seit der „Mühlengesetzentscheidung“⁴¹⁹ hat das Bundesverfassungsgericht die Terminologie „Nachbesserung“ und „Korrektur“ in vielen seiner Entscheidungen verwendet. Das Bundesverfassungsgericht verwendet den Begriff der Nachbesserungspflicht vornehmlich in den Fällen, in denen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes aufgrund

⁴¹⁴ P. Badura, in: FS für K. Eichenberger, S. 481 ff.; BVerfGE 15, 337 (350).

⁴¹⁵ BVerfGE 25, 1.

⁴¹⁶ BVerfGE 49, 89 (130); 50, 290 (335); 56, 54 (79); 57, 139 (162 f.); 88, 203 (309 f.); 95, 267 (314).

⁴¹⁷ Vgl. C. Mayer, erstes Kapitel.

⁴¹⁸ Vgl. K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 423 ff.

⁴¹⁹ BVerfGE 25, 1 (12).

der veränderten Umstände⁴²⁰, der Unterlassung des Gesetzgebers⁴²¹ oder der Fehlentwicklung entgegen dem Willen des Gesetzgebers⁴²² zweifelhaft ist. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrmals erwähnt, dass der Gesetzgeber von Verfassungen wegen verpflichtet ist, die Gesetze ständig zu beobachten und nötigenfalls nachzubessern⁴²³.

Die Frage, wie eine aus der Verfassung herzuleitende Schutz- und Handlungspflicht verwirklicht werden soll, muss der Gesetzgeber entscheiden⁴²⁴. Hat der Gesetzgeber aber eine Entscheidung getroffen, deren Grundlage durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird, kann er von Verfassungen wegen gehalten sein zu überprüfen, ob die ursprüngliche Entscheidung auch unter den veränderten Umständen aufrechtzuerhalten ist⁴²⁵. Wegen der Ungewissheit der Zielerreichung muss der Gesetzgeber darüber hinaus die weitere Entwicklung beobachten und gegebenenfalls eine Nachbesserung der Regelung vornehmen⁴²⁶.

Das Bundesverfassungsgericht betont, dass die Nachbesserungspflicht nicht etwa an ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht gebunden ist, sondern sich unmittelbar aus dem Grundgesetz ergibt, wenn sie wegen der zwischenzeitlichen Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich erforderlich geworden ist⁴²⁷. Aber da das Bundesverfassungsgericht den Begriff „Nachbesserungspflicht“ nicht konsequent benutzt, ist eine einheitliche Begriffsbestimmung der Nach-

⁴²⁰ BVerfGE 25, 1 (12); 49, 89 LS 4; 56, 54 (78); 65, 1 (55); 88, 203 (309 f.); 93, 37 (74).

⁴²¹ BVerfGE 56, 54 (81).

⁴²² BVerfGE 90, 145 (199 ff.) – Strafbarkeit des unerlaubten Umgangs mit Cannabisprodukten (Abweichende Meinung von *Graßhof*); 93, 37 (74) – Mitbestimmung der Personalräte.

⁴²³ BVerfGE 25, 1 (12); 49, 89 LS 4; 56, 54 (78 f.); BVerfG, Beschluss v. 13. 2. 1992, NVwZ, 1992, S. 766; 88, 203 (309).

⁴²⁴ BVerfGE 95, 267 (310); BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 652.

⁴²⁵ Vgl. BVerfGE 49, 89 LS 3.; 56, 54 (78 f.); 65, 1 (55 ff.).

⁴²⁶ Vgl. BVerfGE 25, 1 (13); 49, 89 (130); 50, 290 (335); 57, 139 (162 f.); 95, 267 (314).

⁴²⁷ Vgl. BVerfGE 56, 54 (81); BVerfG, Beschluss, v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 652.

besserungspflicht noch nicht in Sicht⁴²⁸. Wie sie aus dem Grundgesetz abgeleitet werden soll und welche Konsequenzen die Unterlassung der Nachbesserung haben kann, ist noch nicht geklärt.

Obwohl das Bundesverfassungsgericht öfter die Feststellung getroffen hatte, eine ursprünglich als verfassungsmäßig angesehene Regelung sei im Wege der Nachbesserung neu zu gestalten⁴²⁹, hatte es die Frage danach, ob das ursprünglich als verfassungskonform erachtete Gesetz zu einem späteren Zeitpunkt verfassungswidrig werden kann, nicht deutlich beantwortet⁴³⁰, bis es hierzu im Beschluss von 26. 10. 1995 Stellung genommen hat⁴³¹. In diesem Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass eine Pflicht zur Nachbesserung von Regelungen in grundrechtsrelevanten Bereichen nur festgestellt werden kann, wenn eine ursprünglich verfassungsmäßige Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich untragbar geworden ist und die staatlichen Organe die in den Grundrechten verkörperten Grundentscheidungen durch weiteres Untätigbleiben evident verletzen⁴³².

Voraussetzung der Nachbesserungspflicht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist, dass das Gesetz im Verlauf der Zeit aufgrund der Veränderung der ursprünglichen tatsächlichen Umstände anders ausgelegt werden kann und deshalb seine Verfassungswidrigkeit erkannt oder jedenfalls deutlich erkennbar wird⁴³³. Eine fortlaufende Kontrolle des Gesetzes durch den Gesetzgeber schließt die Nachbesserungspflicht nicht generell ein⁴³⁴. Also kann die Nachbesserungspflicht vor dem Erlass des Gesetzes auf jeden Fall noch nicht bestehen⁴³⁵. Die gesetzgeberische Prognose und Beobachtung der Wirksamkeit der Ge-

⁴²⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat dennoch die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers nicht im Tenor, sondern nur in den Gründen mittelbar geäußert.

⁴²⁹ Vgl. BVerfGE 25, 1 (12 f.); 39, 210 (226); 56, 54 (78); 88, 203 (309 f.).

⁴³⁰ Vgl. C. Mayer, S. 50.

⁴³¹ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, 651 ff.

⁴³² BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 652.

⁴³³ Vgl. BVerfGE 88, 203 (310).

⁴³⁴ BVerfGE 88, 203 (310).

⁴³⁵ Vgl. C. Mayer, S. 35 f.

setze sind Aufgabe des Gesetzgebers und dürfen von ihm nicht missachtet werden⁴³⁶.

Die Verfassungsbindung verpflichtet den Gesetzgeber nicht zur sofortigen Nachbesserung, sondern nur zur Nachbesserung sobald wie möglich⁴³⁷. Zur Nachbesserung sollte dem Gesetzgeber wegen der Komplexität der Materie eine angemessene Frist zur Sammlung der erforderlichen Informationen zugestanden werden⁴³⁸. Das Bundesverfassungsgericht sieht also die Nachbesserungspflicht grundsätzlich als eine langfristige Aufgabe des Gesetzgebers an⁴³⁹. Die Nachbesserungspflicht schließt generell eine fortlaufende Kontrolle der Gesetze durch den Gesetzgeber ein⁴⁴⁰. Vielfach aktualisiert sie sich erst dann, wenn die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes erkannt oder doch jedenfalls deutlich erkennbar wird⁴⁴¹. Die regelmäßig höchst komplizierte Frage, wie eine aus der Verfassung herzuleitende Schutz- und Handlungspflicht verwirklicht werden solle, muss der Gesetzgeber entscheiden⁴⁴². Ob und inwieweit er den für verfassungswidrig erklär-

⁴³⁶ BVerfGE 55, 274 (308); 65, 1 (55).

⁴³⁷ Vgl. BVerfGE 71, 224 (229); 88, 5 (17); 88, 203 (309); 90, 60 (105).

⁴³⁸ Vgl. BVerfGE 43, 291 (321); 45, 187 (252); 95, 267 (315).

⁴³⁹ Vgl. BVerfGE 83, 238 (330) – „Sollte sich im Lauf der Zeit erweisen, dass der lokale Rundfunk unter den gegebenen rechtlichen Bedingungen nicht funktioniert oder wirtschaftlich aufrecht erhalten werden kann, so wäre der Gesetzgeber insoweit zu einer Nachbesserung des Landesrundfunkgesetzes verpflichtet“; 88, 203 (335) – „...eine solche in die Zukunft wirkende Nachbesserung aber scheidet wegen des kurzfristig bevorstehenden Auslaufens der alten Notlagenregelung aus...“; 95, 267 (315) – „Bei einer Zeitspanne von etwa 20 Jahren, binnen derer nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in der Mehrzahl der Fälle eine Schuldentilgung erreicht sein sollte, scheint hierfür eine Frist von 10 Jahren ab Herstellung der deutschen Einheit und Einführung der bilanziellen Entlastung angemessen. Nach Ablauf dieser Frist muss eine Überprüfung stattfinden, ob das angestrebte Ziel auf dem eingeschlagenen Weg in weiteren 10 Jahren erreicht werden kann. Sollte sich die Notwendigkeit zu einer Änderung der Rechtslage ergeben, wäre dafür eine ministerielle Arbeitsanweisung nicht mehr ausreichend. Die Neuregelung müsste vielmehr den Erfordernissen des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts Rechnung tragen“.

⁴⁴⁰ Vgl. BVerfGE 65, 1 (55).

⁴⁴¹ BVerfGE 88, 203 (310); vgl. auch BVerfGE 16, 130 (142); *R. Steinberg* ist der gleichen Meinung, *Der Staat* 26 (1987), S. 169 ff.

⁴⁴² BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 652.

ten Rechtszustand für die Vergangenheit nachbessern muss, entscheidet er selbst⁴⁴³.

bb) Meinungen in der Literatur

Erst nach der Fluglärmentscheidung⁴⁴⁴ des Bundesverfassungsgerichts ist die Nachbesserungspflicht in der Literatur diskutiert worden⁴⁴⁵. Weder wurde ein einheitlicher Begriff der „Nachbesserungspflicht“ noch seine mögliche Rechtsfolge festgestellt.

Die herrschende Meinung versteht die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers als eine besondere Rechtsfolge der den Grundrechten abzugewinnenden Schutzwirkung gegenüber den Fehlprognosen des Gesetzgebers oder der Veränderung der den Gesetzen zugrunde liegenden Umstände⁴⁴⁶. Der Gesetzgeber ist also verpflichtet, die durch Beschneidung oder sonstige Beeinträchtigung von Grundrechten gestaltete Rechtslage durch Aufhebung oder Änderung des Gesetzes nachzubessern, wenn sich eine dem Gesetz zugrunde liegende Prognose über regelungserhebliche Tatsachen oder über die Auswirkungen des Gesetzes als fehlerhaft erweist⁴⁴⁷.

⁴⁴³ BVerfGE, 87, 114 (137).

⁴⁴⁴ BVerfGE 56, 54.

⁴⁴⁵ P. Badura, in: FS für K. Eichenberger, 1982, S. 480 ff.; K. Stern, Staatsrecht 1/III, S. 1315 ff.; A. Roßnagel, JZ 1985, S. 714 ff.; R. Steinberg, Der Staat 26 (1987); W. Bernd, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Diss., 1989; U. Steiner, in: BB, Beilage 3/1989; C. Mayer, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996; K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 2001; H. Miernik, Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Diss., 1997; M. Eisele, Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlass, 1999; K. Messerschmidt, Gesetzgebungsermessens, 2000.

⁴⁴⁶ Vgl. P. Badura, in: FS für K. Eichenberger, S. 484; K. Stern, Staatsrecht 1/III, S. 1315 f.; K. Meßerschmidt, S. 1005 f.; M. Eisele, S. 122; R. Steinberg, Der Staat 26 (1987), S. 164 f.; R. Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl 1982, S. 1125; J. Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, 1998, S. 120 ff.; anders C. Mayer, S. 141 – Er versteht die Nachbesserungspflicht als keine Sonderrechtsfolge der Verfassungswidrigwerden von Gesetzen, sondern die Folge der Verzicht auf die Nichtigerklärung.

⁴⁴⁷ Vgl. P. Badura, in: FS für K. Eichenberger, S. 484.

Die Verankerung der Nachbesserungspflicht im Grundgesetz ist nicht unumstritten. *P. Badura* leitet die Nachbesserungspflicht aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt des Art. 2 Abs. 2 GG ab⁴⁴⁸. *M. Eisele* verknüpft in Bezug auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 8. 6. 1993⁴⁴⁹ die Nachbesserungspflicht mit Art. 3 Abs. 1 GG und begründet daraus die Nachbesserung als ein subjektives öffentliches Recht⁴⁵⁰. *K. Stern* ist dagegen der Meinung, dass sich die Nachbesserungspflicht nur schwer verfassungsrechtlich verankern lässt. Dafür kommen seiner Ansicht nach alle Verfassungsnormen in Frage, in erster Linie wohl die aus den Grundrechten abzuleitenden Schutzpflichten sowie die im Übermaßverbot verorteten Elemente der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, die die Gesetzgebung mit Blick auf Tatbestandaufnahme und Prognose steuern⁴⁵¹.

In der Literatur sind einige Voraussetzungen für die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers erwähnt worden. Erstens wird einstimmig anerkannt, dass die bei Erlass verfassungsmäßigen Gesetze wegen einer Veränderung der zugrunde liegenden Umstände nachträglich verfassungswidrig werden können⁴⁵². Offen ist allerdings, ab wann ein Gesetz verfassungswidrig werden kann und ob das Verfassungswidrigwerden des Gesetzes als das wichtigste Merkmal zur Nachbesserung angesehen werden sollte. Als zweite Voraussetzung dafür muss das beanstandete Gesetz noch vorhanden sein⁴⁵³. Sofern der Gesetzgeber bereits positives Recht geschaffen hat, kann von der Nachbesserungspflicht gesprochen werden. Einen bloßen Entwurf des Gesetzes oder ein Gesetz, das vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt wurde, kann der Gesetzgeber nicht nachbessern. Kennzeichen der Nachbesserungspflicht ist ihr Bezug zu nur einem existenten Gesetz.

⁴⁴⁸ *P. Badura*, in: FS für K. Eichenberger, S. 489 f.

⁴⁴⁹ BVerfGE 89, 15.

⁴⁵⁰ *M. Eisele*, S. 124.

⁴⁵¹ *K. Stern*, Staatsrecht 1/III, S. 1315 f.

⁴⁵² Vgl. *P. Badura*, in: FS für K. Eichenberger, S. 484; *R. Steinberg*, Der Staat 26 (1987), S. 169 f.; *U. Steiner*, BB, Beilage 3/1989, S. 7; *C. Mayer*, S. 141; *M. Eisele*, S. 106.

⁴⁵³ Vgl. *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 424; *W. Bernd*, S. 122; *C. Mayer*, S. 47; *M. Eisele*, S. 106.

Eine Nachbesserung des für nichtig erklärten Gesetzes ist ausgeschlossen: Es fehlt an einem Gegenstand der nachgebessert werden könnte.

Die Diskussion, ab wann der Gesetzgeber auf die Nachbesserung eines Gesetzes verpflichtet werden kann, wird in Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geteilt geführt.

Nach der Meinung von *C. Mayer*⁴⁵⁴, kann von der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers nur dann gesprochen werden, wenn das Bundesverfassungsgericht auf die Nichtigerklärung verzichtet⁴⁵⁵. Ob und ab wann der Gesetzgeber verpflichtet ist, das beanstandete Gesetz nachzubessern, hängt nach dieser Meinung immer von den Entscheidungsformen des Bundesverfassungsgerichts ab. Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers ist aufgrund der Rechtssicherheit gegenüber der Nichtigerklärung des Bundesverfassungsgerichts oftmals vorzugswürdig⁴⁵⁶.

Andere Vertreter der Literatur sind der Meinung, dass die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers kein verfassungswidriges Gesetz zur Voraussetzung hat⁴⁵⁷, sondern eine generelle verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers ist, unabhängig von der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes⁴⁵⁸. Für *K. Schlaich* ist die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes nicht der einzige Grund für die Nachbesserungspflicht⁴⁵⁹. Die

⁴⁵⁴ *C. Mayer*, S. 52 ff. u. 141.

⁴⁵⁵ *C. Mayer*, S. 52 ff. u. 141; auch *K. Meßerschmidt*, S. 1005; *R. Steinberg*, *Der Staat* 26 (1987), S. 164; *J. Blüggel*, S. 120.

⁴⁵⁶ *W. Bernd*, S. 85 f.; *R. Stettner*, *DVB1.* 1982, S. 1125; *W.-R. Schenke*, *NJW* 1979, S. 1327; *J. Ipsen*, *Rechtsfolge*, S. 45; *C. Mayer*, S. 141.

⁴⁵⁷ *P. Badura*, in: *FS für K. Eichenberger*, S. 487, Anm. 25; *F. Ossenbühl*, in: *BVerfG und GG*, Bd. I, S. 518.

⁴⁵⁸ *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 424; *E. Klein*, in: *E. Benda/E. Klein*, *Verfassungsprozessrecht*, 2. Aufl., 2001, Rdnr. 1282; ähnlich auch *M. Eisele*, S. 179, Anm. 406 – Sie bezeichnet die Nachbesserungspflicht als eine Art der Gesetzgebungspflichten. Also seinen Nachbesserungspflichten Gesetzgebungspflichten, die auf eine Änderung existente Gesetze zielen und deren Rechtsgrundlagen Gesetzgebungspflichten mit dynamischem Inhalt seien. Sie entstünden immer dann, wenn die bestehenden Regelungen den Anforderungen der zugrundeliegenden Gesetzgebungspflichten nicht mehr entsprächen.

⁴⁵⁹ Vgl. *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 424 f.

Nachbesserung könne vielmehr ohne weitere Umstände ab sofort für die bestehende Regelung erforderlich sein, ohne dass der Norm die Verfassungswidrigkeit attestiert würde⁴⁶⁰. *E. Klein* zu Folge ist nicht das Verfassungswidrigwerden eines Gesetzes das entscheidende Kriterium für die Entstehung der Pflicht zur Nachbesserung; sie ergebe sich ohne weiteres aus der Bindung der Legislative an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG), zu der auch die grundrechtliche Schutzpflicht des Staats gehört⁴⁶¹.

c) Kritik an den herkömmlichen Meinungen

Weder in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch in der Literatur kann eine einheitliche Definition der Korrekturpflicht bzw. Nachbesserungspflicht gefunden werden. Meist erfassen die literarischen Äußerungen nur Teilaspekte. Das Bundesverfassungsgericht spricht auch nur davon, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen sein Gesetz nachzubessern hat⁴⁶². Weiter schweigt es. *C. Mayer* behauptet deshalb, der Begriff sei noch offen⁴⁶³.

aa) Kritik an der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht erwähnt zwar die Korrekturpflicht des Gesetzgebers in vielen seiner Entscheidungen⁴⁶⁴. Es hat aber keine weitere Erklärung darüber abgegeben, welche Rechtsnatur die Korrekturpflicht hat und wo die Korrekturpflicht im Grundgesetz verankert sein soll. Es stellt darüber hinaus keinen klaren Unterschied zwischen den Begriffen der Korrektur und Nachbesserungspflicht fest. Die Begriffe der Korrekturpflicht⁴⁶⁵ und der Nachbesserungspflicht⁴⁶⁶ hat das Bundesverfassungsgericht uneinheitlich benutzt, in einigen Entschei-

⁴⁶⁰ Vgl. *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 424 f.

⁴⁶¹ Vgl. *E. Benda/E. Klein*, Rdnr. 1283.

⁴⁶² BVerfGE 56, 54 (79 f.); 88, 203 (309 ff.).

⁴⁶³ *C. Mayer*, S. 33; *M. Eisele*, S. 121.

⁴⁶⁴ BVerfGE 46, 246 (257); 50, 290 (335); 51, 193 (208); 72, 330 (416); 78, 290 (302); 80, 1 (31); 85, 36 (66 f.); 86, 148 (251).

⁴⁶⁵ Vgl. BVerfGE 50, 290 (335); 65, 1 (55); 80, 1 (31); 85, 36 (66); 93, 37 (74).

⁴⁶⁶ BVerfGE 56, 54 (79); 88, 203 (309).

dungen auch gemischt⁴⁶⁷. Es benutzt noch andere Begriffe z. B. „Anpassungspflicht“⁴⁶⁸. Im Ergebnis kann man wohl vermuten, dass das Bundesverfassungsgericht den Begriff der „Korrekturpflicht“ ohne besondere Absicht beliebig benutzt hat.

Der Kern der Meinung des Bundesverfassungsgerichts ist, dass alle Gesetze nach dem Erlass irgendwie einer Verbesserung bedürfen, und dass der Gesetzgeber zu dieser Verbesserung verpflichtet ist. Aber es ist noch unklar, ob der Gesetzgeber dieser Pflicht durch Nachbesserung oder durch Korrektur nachkommen soll. Das Bundesverfassungsgericht spricht bald von der Korrekturpflicht, bald von der Nachbesserungspflicht, bald sogar von beiden Begriffen in der gleichen Entscheidung⁴⁶⁹. Dadurch lässt sich nicht genau erkennen, ob das Bundesverfassungsgericht die beiden Pflichten für die gleiche Rechtsfigur hält oder nicht⁴⁷⁰, auch wenn die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers eine Erfindung des Bundesverfassungsgerichts ist⁴⁷¹.

bb) Kritik an den in der Literatur vertretenen Ansichten

P. Badura unterscheidet die Korrekturpflicht und Nachbesserungspflicht danach, ob das Bundesverfassungsgericht einen Appell an den Gesetzgeber stellen kann⁴⁷². Das Bundesverfassungsgericht kann eine Korrekturpflicht feststellen und mit einem Appell an den Gesetzgeber verbinden, wenn ein noch verfassungsmäßiges Gesetz in absehbarer Zeit für verfassungswidrig zu gelten hätte. Wenn es die Nachbesserungspflicht wählt, dann ist dies kein Fall der Appellentscheidung. Es stellt sich aber sofort die Frage, wie ein Gesetz unterschieden werden kann, ob es ein korrekturbedürftiges oder nachbesserungsbedürftiges ist. Ein Gesetz kann trotz der falschen Prognose oder der erheblichen Veränderung der tatsächlichen Lage noch verfassungsmäßig sein, aber in kurzer Zeit verfassungswidrig zu werden drohen.

⁴⁶⁷ BVerfGE 65, 1 (55 f.).

⁴⁶⁸ Vgl. BVerfGE 67, 299 (328); 78, 179 (193); BVerfG, Beschluss v. 2. 11. 1981, NVwZ 1982, S. 306; 95, 335 (378).

⁴⁶⁹ BVerfGE 77, 85 (109); 88, 203 (309).

⁴⁷⁰ *C. Mayer*, S. 20 ff.

⁴⁷¹ *C. Mayer*, S. 25.

⁴⁷² Vgl. *P. Badura*, in: FS für K. Eichenberger, S. 487.

Nach *U. Steiner* ist die Korrektur von Gesetzen eine Aufhebung eines verfassungswidrig gewordenen Gesetzes. Die Korrekturpflicht des Gesetzgebers ist dann eine Aufhebungspflicht. Es stellt sich aber die Frage, wie die bloße Abänderung eines Gesetzes bezeichnet werden, und ob ein solcher Fall auch als ein Fall der Korrekturpflicht angesehen werden kann oder ob es vielleicht ein Fall der Nachbesserungspflicht sein kann.

In terminologischer Hinsicht lässt *C. Mayer* offen, wann von der Korrekturpflicht und von der Nachbesserungspflicht gesprochen werden kann, auch wenn er die Terminologie des Bundesverfassungsgerichts kritisiert⁴⁷³. Zwar ist seine Kritik zutreffend. Er hat dennoch selbst auch keine Lösung gefunden und deshalb nur einen Umweg beschrieben, ohne den Begriff der Nachbesserungspflicht zu verdeutlichen⁴⁷⁴.

cc) Fazit

Die Debatte über die Korrektur- bzw. Nachbesserungspflicht wird unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in einem engen Zusammenhang mit dem Gewaltenteilungsprinzip geführt. Den dargestellten Auffassungen gelingt es nicht, einen überzeugenden Begriff der Korrektur- und der Nachbesserungspflicht zu erstellen, weil sie das Gewaltenteilungsprinzip zur Grundlage einer Definition beider Pflichten machen wollen. Im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip können die Korrekturpflicht und die Nachbesserungspflicht nur als eine schlichte Rechtsfolge der sog. abweichenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts angesehen werden⁴⁷⁵. Dann sollte man sich mit der Frage beschäftigen, ob das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren darf und ob dies kein Verstoß gegen die Grundsätze der Gewaltenteilung ist. Damit ist man wieder am Ausgangspunkt. Die Diskussion führt zu einem Zirkelschluss. So kann die Rechtsfigur der beiden Pflichten nicht geklärt werden. Er bleibt nur ein Nebenbegriff der Gewaltenteilungsdebatte,

⁴⁷³ *C. Mayer*, S. 25.

⁴⁷⁴ Vgl. *C. Mayer*, S. 25 f.

⁴⁷⁵ Vgl. *C. Mayer*, S. 141; *U. Steiner*, BB, Beilage 3/1989, S. 7 ff.; *P. Badura*, in: FS für *K. Eichenberger*, S. 487 f.; *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 419 ff.

die das Spannungsfeld zwischen der Legislative und der Judikative zum zentralen Gegenstand hat.

Diese Problematik könnte allerdings bewältigt werden, wenn man die Richtung der Diskussion über die Nachbesserungspflicht sowie die Korrekturpflicht von der Ebene des herkömmlichen Gewaltenteilungsprinzips auf die Ebene der Figur des Gesetzes an sich verlagert⁴⁷⁶.

Die Gesetze sind zeitbezogen⁴⁷⁷, einem Alterungsprozess unterworfen⁴⁷⁸ und können im Lauf der Zeit mangelhaft werden⁴⁷⁹. Die Gesetze sind ein menschliches Werk. Sie können fehlerhaft erlassen werden. Solche mangelhaften Gesetze zu beseitigen, zu verbessern und dadurch der veränderten Lage anzupassen, ist eine verfassungsrechtliche Aufgabe des Gesetzgebers (Art. 20 Abs. 3 GG). Dazu trägt das Bundesverfassungsgericht durch seine Normenkontrolle bei, insoweit es gegen das Gewaltenteilungsprinzip nicht verstößt.

⁴⁷⁶ Siehe II im vierten Kapitel.

⁴⁷⁷ Vgl. BVerfGE 34, 269 (288); 82, 6 (12); *P. Baumeister*, Das Rechtswidrigwerden von Normen, 1996.

⁴⁷⁸ BVerfGE 82, 6 (12).

⁴⁷⁹ BVerfGE 82, 6 (12) – In dem Maße, in dem aufgrund der Wandlungen der sozialen Verhältnisse und gesellschaftlichen Anschauungen Regelungslücke bilden, verliert das Gesetz seine Fähigkeit, für alle Fälle, auf die seine Regelung abzielt, eine gerechte Lösung bereit zu halten.

Drittes Kapitel: Gesetzesmängel

I. Begriffsklärung

1. Gesetzesmangel

Unter dem Begriff „Mangel“ versteht man in der Alltagssprache etwas Ungenügendes, Unvollständiges oder Unvollkommenes, das deshalb das Ergebnis im Vergleich mit der ursprünglichen Erwartung oder mit dem geplanten Zweck nicht erfüllt oder nicht erreicht. Unter dem Begriff des Gesetzesmangels kann man verstehen, dass das Gesetz nicht ausreicht, den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck zu erfüllen. Darin können sowohl der Gesetzesfehler wie die Gesetzeslücke als auch übrige Mängel, die die Wirksamkeit des Gesetzes einbüßen, eingeschlossen werden.

Die Literatur verwendet auch den Begriff Gesetzesmangel oft als einen Oberbegriff für Gesetzeslücke und Gesetzesfehler⁴⁸⁰ oder rechtspolitischem Fehler⁴⁸¹. *K. Engisch* spricht von einem „Mangel“, wenn ein Gesetz den Juristen angesichts neuer Probleme zunächst im Stich lässt und der „Ergänzung“ oder „Fortbildung“ bedarf⁴⁸². *R. Hotz* sieht einen Mangel, wenn ein Erlass „den mit ihm angestrebten Effekt aus streng von ihm zu verantwortenden Gründen nicht erreicht: Ein Mangel liegt anerkannter Weise vor, wenn die beim Anwendungsfall einsetzende Kritik sich zur begründeten und gefestigten Kritik an der angewendeten Rechtsnorm verdichtet“⁴⁸³. *A. Kaufmann* erkennt zwar eine Unvollständigkeit bzw. Unfertigkeit des Gesetzes an, möchte aber darin keinen Mangel sehen, weil ein Gesetz nach seiner Ansicht wegen der Vielfalt und Veränderlichkeit der Lebensverhalte von vornherein niemals abschließend und eindeutig formuliert werden könne⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Vgl. *K. Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl., 1997, S. 175.

⁴⁸¹ *C.-W. Canaris*, S. 33 ff.

⁴⁸² *K. Engisch*, S. 175, Anm. 1.

⁴⁸³ *R. Hotz*, S. 109.

⁴⁸⁴ *A. Kaufmann*, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, S. 339.

Wohl gibt es Erlasse, die von Anfang an Mängel aufweisen und insofern relativ schlecht sind: Indem sie Postulaten der Logik nicht genügen oder die im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens maßgebliche Tatsachen oder Wertanschauung missachten oder schwer verständlich gestaltet sind⁴⁸⁵. In der Regel erscheint auch der Mangel als Folge der Entwicklung: Ein Erlass passt nicht mehr auf die neuen oder veränderten Tatsachen; er entspricht einer gewandelten Wertanschauung nicht mehr⁴⁸⁶.

2. Gesetzesfehler und Gesetzeslücke

a) Begriffliche Differenzierung zwischen dem Fehler und der Lücke

Die Begriffe „Fehler“ und „Lücke“ werden manchmal im allgemeinen Sprachgebrauch teilweise synonym benutzt. Aber man kann die beiden Begriffe unterscheiden. Das Bundesverfassungsgericht benutzt die beiden Begriffe „Fehler“, und „Lücke“, ohne dass inhaltliche Unterschiede erkennbar wären. Aber beide Begriffe stimmen nicht überein. Terminologisch ist es erforderlich, der „Lücke“ den Begriff des „Fehlers“ gegenüberzustellen, wobei man als gemeinsamen Oberbegriff den Ausdruck „Mangel“ wählen kann⁴⁸⁷. Die Lücke wird durch richterliche Rechtsfortbildung behoben⁴⁸⁸, es sei denn, dass sie evident ist. Im Gegensatz dazu wird der Fehler durch den Gesetzgeber berichtigt⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Vgl. U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 46 f.

⁴⁸⁶ R. Hotz, S. 109 ff.

⁴⁸⁷ K. Engisch, S. 175; C.-W. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 34.

⁴⁸⁸ K. Engisch, S. 175.

⁴⁸⁹ K. Engisch, S. 175 – Nach K. Engisch wird der Richter bei den Gesetzesfehlern *contra legem*, oder *corrigendi causa* tätig. Aber ob der Richter eine gesetzesübersteigende Korrektur tätig sein darf, ist nach der Hinsicht des Gewaltenteilungsprinzips fraglich.

b) Gesetzesfehler

K. Larenz und *C.-W. Canaris* kennen keinen Gesetzesfehler im Allgemeinen, sondern nur einen rechtspolitischen Fehler⁴⁹⁰. Ein solcher Fehler entsteht dann, wenn die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung einer rechtspolitischen Kritik nicht standhält⁴⁹¹. Ein solcher Fehler kann durch die Rechtsprechung nicht zu einer Vervollständigung des Gesetzes berichtigt werden⁴⁹², sondern bedarf einer neuen Entscheidung des Gesetzgebers⁴⁹³ oder höchstens einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung⁴⁹⁴. Für *K. Engisch* sind Fehler immanente Widersprüche der Rechtsordnung, d. h. die Fehler stellen Widersprüche in der Rechtsordnung⁴⁹⁵ und Widersprüche des positiv gegebenen Rechts zu den an sich dem positiven Recht transzendenten Grundsätzen dar⁴⁹⁶. Die immanenten Widersprüche können in „gesetzestechische Widersprüche“, „Normwidersprüche“, „Wertungswidersprüche“, „teleologische Widersprüche“ und „Prinzipienwidersprüche“ weiter qualifiziert werden⁴⁹⁷.

Unter einem Gesetzesfehler versteht man überhaupt irgend einen Fehler bei der Gesetzgebung, der die Unwirksamkeit oder ein Geltungsdefizit des Gesetzes und schließlich die Legitimation der Gesetzgebung verursacht⁴⁹⁸, deshalb in der Rechtsordnung richtiggestellt werden muss⁴⁹⁹.

⁴⁹⁰ *K. Larenz*, S. 374; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 194.

⁴⁹¹ *K. Larenz*, S. 374; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 195.

⁴⁹² *K. Larenz*, S. 374; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 194.

⁴⁹³ *K. Larenz*, S. 374; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 195.

⁴⁹⁴ *K. Larenz*, S. 374; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 195.

⁴⁹⁵ *K. Engisch*, S. 206 f. – Nach *K. Engisch* ist die Konstellation zwischen Widersprüchen und Fehler nicht übereinstimmend. Widersprüche stellen sich als Fehler dar. Umgekehrt aber bräuchte jeder Fehler nicht ein Widerspruch zu sein.

⁴⁹⁶ *K. Engisch*, S. 222 f.

⁴⁹⁷ *K. Engisch*, S. 209 f.

⁴⁹⁸ Vgl. auch *L. Adamovich*, Typische Mängel der Gesetze und ihre Ursachen, in: *H. R. Klecatsky/N. Wimmer* (Hrsg.), Sozialintegrierte Gesetzgebung, 1979, S. 6 ff.

⁴⁹⁹ *K. Engisch*, S. 175.

Hier werden die Gesetzesfehler, die formellen Fehler und die materiellen Fehler von einander unterschieden. Wiederum sind evidente Fehler, die zur Unwirksamkeit des beanstandeten Gesetzes führen können, und unbeachtlicher Fehler, die nur eine formelle Korrektur erfordern, differenziert zu behandeln, weil die Rechtsfolgen der beiden Fehler unterschiedlich sind.

c) Gesetzeslücke

Die Gesetzeslücke wird nach der objektiven und subjektiven Auslegungstheorie unterschiedlich behandelt, auch wenn beide Theorien nicht zu wesentlich unterschiedlichen Ergebnissen führen⁵⁰⁰. Nach der subjektiven Theorie ist die Lücke die Distanz zwischen dem Willen des ursprünglichen Gesetzgebers oder dem objektiven Willen der Norm und der tatsächlichen Lage⁵⁰¹. Diese Distanz bzw. Lücke entsteht immer schon vom Erlass des Gesetzes an. Die Existenz einer nachträglichen Lücke kann demnach schwer akzeptiert werden. Nach der objektiven Theorie, die bei der Auslegung nicht auf den ursprünglichen Gesetzgeber abstellt, sondern eine gegenwartsbezogene Auslegung befürwortet, liegt hingegen eine Gesetzeslücke nur dann vor, wenn eine Gesetznorm überhaupt nicht angewandt werden kann, ohne dass ihr eine weitere Bestimmung hinzugefügt wird, die das Gesetz vermissen lässt⁵⁰².

Unter einer Gesetzeslücke versteht man demnach, dass eine bestimmte Regelung im Gesetz unvollständig ist, d. h. es fehlt eine Regel für eine Frage, die nach der zugrunde liegenden Regelungsabsicht einer Regelung bedarf⁵⁰³. Es kann nicht genug betont werden, dass eine „Lücke“ im Gesetz nicht etwa ein „Nichts“ oder „Schweigen“⁵⁰⁴ darstellt, sondern das Fehlen einer bestimmten, nach dem Regelungsplan oder dem Gesamtzusammenhang des Gesetzes zu erwartenden Regel bedeutet.

⁵⁰⁰ Zu beiden Theorien siehe *B. Rüthers*, *Rechtstheorie*, 1999, Rdnr. 796 ff.; *K. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 1995, S. 645 ff.

⁵⁰¹ *M. Jestaedt*, *Wie das Recht, so die Auslegung*, *ZÖR* 55 (2000), S. 155.

⁵⁰² *K. Larenz*, S. 372.

⁵⁰³ *K. Larenz*, S. 372; *K. Engisch*, S. 177; *D. Schmalz*, *Methodenlehre*, 2. Aufl., 1990, Rdnr. 323; *H. M. Pawlowski*, Rdnr. 464 ff. – Er nennt sie Normlücke.

⁵⁰⁴ *K. Larenz*, S. 370.

Ein Gesetz ist lückenhaft immer nur im Hinblick auf die von ihm erstrebte, sachlich erschöpfende und in diesem Sinne „vollständige“ sowie sachgerechte Regelung⁵⁰⁵. Vor dem Hintergrund, dass man von „Lücken“ eines Gesetzes spricht, gibt es Bedarf an einer einigermaßen vollständigen Regelung⁵⁰⁶. Lücken treten auf, wo weder das Gesetz noch das Gewohnheitsrecht eine unmittelbare Antwort auf eine Rechtsfrage geben. Eine Gesetzeslücke ist also eine planwidrige Unvollständigkeit eines Gesetzes⁵⁰⁷.

II. Die Ursache mangelhafter Gesetze

Der Idee der perfekten Kodifizierung, die durch den liberalen Konstitutionalismus als legitim anerkannt war⁵⁰⁸, ist längst aufgegeben⁵⁰⁹. Man ist sich darüber im klaren, dass der Erlass eines perfekten Gesetzes von Anfang an unmöglich ist⁵¹⁰. Gesetze können nicht alle Sachverhalte zwischen Menschen regeln. Der Mensch kann sich seinem Wesen nach umfassender Planung und Rationalität nie fügen⁵¹¹. Möglich ist aber die Anleitung zur Herstellung „relativ besserer“ Gesetze⁵¹². Ein „relativ besseres“ Gesetz ist nach *R. Hotz* ein solches Gesetz, das möglichst wenige erkannte und nur anerkannte Mängel beinhaltet⁵¹³.

⁵⁰⁵ *K. Larenz*, S. 375; *D. Schmalz*, Rdnr. 324.

⁵⁰⁶ Vgl. *K. Larenz*, S. 371; *C.-W. Canaris*, S. 39.

⁵⁰⁷ *C.-W. Canaris*, S. 30 ff.; *K. Engisch*, S. 180; *K. Larenz*, S. 373; *D. Schmalz*, Rdnr. 323; *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 41; zu anderen Wendungen des Begriffs Gesetzeslücke siehe *C.-W. Canaris*, S. 34, Anm. 78.

⁵⁰⁸ Vgl. *H.-P. Schneider*, Richterrecht, 7 f.

⁵⁰⁹ Vgl. *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 100 u. S. 117.

⁵¹⁰ *H. Schäffer*, Wege zum besseren Gesetz, ZG 4 (1989), S. 299; *D. Schmalz*, Rdnr. 313.

⁵¹¹ *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 117.

⁵¹² *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 118; *ders.*, Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Europa, in: *W. Schreckenberger/D. Merten* (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, 2000, S. 31; vgl. *R. Hotz*, S. 109 – Ein Erlass x ist genau dann relativ gut, wenn es wenigstens einen erkannten und anerkannten Mangel y gibt, den der Erlass x nicht aufweist.

⁵¹³ Vgl. *R. Hotz*, S. 110.

Während immer mehr neue Gesetze erlassen werden, häufen sich die Klagen der Bürger über mangelhafte, schlechte Gesetze⁵¹⁴. Die Bürger leiden einerseits unter der Masse der Gesetze (Quantität), andererseits unter ihrer Mangelhaftigkeit (Qualität)⁵¹⁵. Die Bürger beklagen sich zunehmend, dass es zu viele Gesetze gibt und diese zu schwer zu verstehen sind. Die Juristen bemängeln dagegen, dass die Gesetze zu grob, zu abstrakt oder zu lückenhaft sind. Solche Mängel beim Erlass des Gesetzes zu erkennen, zu vermeiden oder mindestens zu verringern, wird zunehmend eine der wichtigsten Aufgaben des Gesetzgebers.

Allerdings liegen die Folgen vermehrter Gesetzgebung auf der Hand⁵¹⁶. Zu viele Gesetze erschüttern den Willen zur Gesetzestreue⁵¹⁷ und bewirken eine Einbuße an Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Die freiheitssichernde Distanz zwischen Staat und Gesellschaft, gesetzlicher Regelung und Vollzug schwindet. Die Qualität der Gesetze wird durch überhastete und inhaltsarme Gesetzesberatungen, die sich verringernden Abstand des Gesetzgebers von den jeweils betroffenen Interessen (Gefälligkeitsgesetze), der zu regelnden Situation (Maßnahmegesetze) und der Zeit (Novellen) beeinträchtigt⁵¹⁸.

Eine Rechtsvorschrift ist mangelhaft, wenn die Form oder der Inhalt bei ihrer Erzeugung nach determinierenden Bedingungen verletzt worden ist⁵¹⁹. Hierzu zählen überflüssige Spezialregelung, ein zu großer Umfang, Unklarheit, Unübersichtlichkeit, Zersplitterung⁵²⁰, lückenhafte Regelungen, Fehlen einer materiellen Übergangsordnung⁵²¹, schwer verständliche Regelungen usw.

⁵¹⁴ Vgl. *F. Schlegelberger*, Zur Rationalisierung der Gesetzgebung, 1959, S. 5 f.

⁵¹⁵ *U. Karpen*, in: *W. Schreckenberger/D. Merten* (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, S. 21.

⁵¹⁶ Vgl. *K. Eichenberger*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, *VVDStRL* 40 (1982), S. 15 f.

⁵¹⁷ *F. Schlegelberger*, S. 5.

⁵¹⁸ Vgl. *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 112 f.

⁵¹⁹ *R. Novak*, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, 1967, S. 4.

⁵²⁰ *F. Bydlinski*, Juristischen Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 626.

⁵²¹ *R. Hotz*, S. 198 f.

1. Mehrdeutigkeit der Gesetzessprache

Gesetzliche Regelungen knüpfen an Lebenssachverhalte an. Tatbestände wie Rechtsfolgen müssen solche Lebensverhalte beschreiben, damit die Anknüpfungspunkte für ein Eingreifen des Gesetzes und die erstrebten Ergebnisse der Regelung für den Rechtsanwender erkennbar sind⁵²². Es ist ein Idealfall, dass das Gesetz über eine transparente Struktur verfügt, widerspruchsfrei und lückenlos und frei von syntaktischen und semantischen Mehrdeutigkeiten ist⁵²³. Ideale Forderungen können also niemals erfüllt und vom Gesetzgeber nicht erwartet werden.

Mehrdeutigkeiten der Gesetzessprache lassen sich nicht völlig vermeiden. Die zum Ausdruck juristischer Gedanken verwandte Sprache trägt dazu bei. Eine Gesetzeslücke pflegt dort zu entstehen, wo der Wortlaut des Gesetzes entweder zu eng ist und dadurch regelungsbedürftige Fälle unregelt lässt oder aber solche Fälle miterfasst, die richtigerweise aus der Regelung auszunehmen wären⁵²⁴.

Die Auslegung des Gesetzeswortlauts ist die traditionelle Aufgabe des Richters. Innerhalb des Bedeutungsraums des Gesetzesworts vollzieht sich durch veränderte Auslegung ein Sinnwandel des Rechts⁵²⁵. Ein Sinnwandel des Rechts und die Mehrdeutigkeit der Gesetzessprache führen zu voneinander abweichenden Interpretationen, zu widersprüchlichen Auffassungen und zu Missdeutungen des Gesetzes. Der Wortlaut wird auf der Grundlage eines zeitgemäßen Verständnisses ausgelegt. Einzelne Wörter oder Abschnitte eines Gesetzes, die der heutigen Idee nicht mehr entsprechen, können deshalb nicht mehr angewandt werden; dadurch entsteht ein Widerspruch: eine Lücke.

⁵²² E. Baden, Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: J. Rüdiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 394.

⁵²³ I. Tammelo, Rechtserneuerung und Frieden aus rechtstheoretischer Sicht, in: I. Tammelo/E. Mock (Hrsg.), Rechtstheorie und Gesetzgebung, 1986, S. 5.

⁵²⁴ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, München 1994, S. 354; W. Brugger, AöR 119 (1994), S. 17; E. Baden, in: J. Rüdiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, S. 394 ff.

⁵²⁵ R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit, S. 157; vgl. auch I. Tammelo, in: I. Tammelo/E. Mock (Hrsg.), Rechtstheorie und Gesetzgebung, S. 5 f.

Eine fehlerhafte Redaktion des Gesetzestextes, z. B. ein Schreib- und Grammatikfehler im Gesetz⁵²⁶, der bei größerer Sorgfalt in der Gesetzesredaktion hätte vermieden werden können⁵²⁷, ist zwar selten. Dennoch kann eine solche Nachlässigkeit auch in der heutigen Gesetzgebung noch beobachtet werden. Hinzu kommen zu häufige Verweisungen, Wiederholungen und andere Schwächen der Gesetzgebungstechnik⁵²⁸.

2. Fehlprognose

Da die Zukunft niemals genau abschätzbar ist, ist es nicht zu vermeiden, dass das Gesetz mit Fehlern erlassen wird. Unzählige Fälle können eintreten, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen hat, und es ist notwendig vorzusehen, dass man nicht alles voraussehen kann⁵²⁹. Gesetze können als Versuche, die durch die Praxis zu Irrtümern werden können, verstanden werden⁵³⁰. Die gegenwärtige Gesetzgebung ist gewiss eine Konkretisierung einer Prognose. Unabhängig davon, ob das gesetzgebende Organ ausdrücklich eine bewusste Einschätzung der Zukunft vorgenommen hat oder nicht, liegt jedem Gesetz eine Prognose zugrunde⁵³¹.

Der Charakter einer Prognose ist ihre Ungewissheit. Als Voraussage über zukünftige Entwicklungen ist die Prognose wesentliches und unabdingbares Element politischen Entscheidens und Handelns⁵³². Der

⁵²⁶ Vgl. R. Dreier, Misslungene Gesetze, in: U. Diederichsen/R. Dreier (Hrsg.), Das Missglückte Gesetz, 1997, S. 3 f.

⁵²⁷ E. Baden, in: J. Rüdiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, S. 395.

⁵²⁸ Vgl. A. Burghart, S. 65.

⁵²⁹ V. Kubes, Theorie der Gesetzgebung, 1987, S. 69.; W. Schlüter, S. 2; W. Brugger, AöR 119 (1994), S. 17; F. Ossenbühl, Der verfassungsrechtlicher Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung, DVBl. 1999, S. 1; ähnlich H. M. Pawlowski, Rdnr. 554.

⁵³⁰ B. Schilcher, Gesetzgebung und Bewegliches System, in: F. Bydlinski/H. Krejci/B. Schilcher/V. Steininger (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 301.

⁵³¹ Vgl. M. Eisele, S. 192.

⁵³² F. Ossenbühl, in: BVerfG und GG, Bd. I, 1976, S. 501.

Gesetzgeber kann die häufig äußerst komplizierten Lebensverhältnisse, die zukünftige Entwicklung der Gesellschaft und die technischen Neuentwicklungen (z. B. die Gentechnik, die Computer- und IT-Technik oder die Astrophysik usw.) nicht überschauen⁵³³. Deshalb ist nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber alle Querverbindungen einer neuen Norm zur bestehenden Rechtsordnung sieht und berücksichtigt⁵³⁴. Der Gesetzgeber kann dennoch nicht abwarten, bis man sich allgemein darüber klar geworden ist, nach welchen Grundsätzen die damit zusammenhängenden Fragen richtig zu regeln sind⁵³⁵. Viele Gesetze sind vielfach nach dem Motto „trial and error“ experimental erlassen worden. Auch wenn die Gesetze mit einer ausführlichen Vorbereitung des Gesetzgebers erlassen werden, sind ihre Lücken schon immanent und werden ständig größer, wenn das Vorhaben des Gesetzgebers bzw. das Gesetzesziel und die tatsächliche Gesetzeslage nicht übereinstimmen. Der Gesetzgeber verzichtet mitunter auf die Entscheidung höchst bedeutsamer Probleme und überlässt ihre Lösung der Rechtsprechung und der Wissenschaft.

Das Problem der Fehlprognose ist nichts anderes als die Frage, ob die Prognose des Gesetzgebers unter die Kontrolle anderer Staatsorgane, vor allem des Bundesverfassungsgerichts, gestellt werden kann oder soll.

3. Eilbedürftige Gesetze

Es wäre zwar optimal, wenn ein Gesetz als ein Ergebnis bzw. als ein Konsens nach ausführlicher Diskussion oder nach einer gesamtgesellschaftlichen Meinungsbildung erlassen würde⁵³⁶. Die gesellschaftliche Zustimmung zu einem solchen Gesetz hält lang, und deshalb kann es seine Geltung relativ konfliktfrei beanspruchen. Ein solches Gesetz kann also als gut gewertet werden, wenn es das ihm zugrundeliegende normative Problem löst, indem seine Rechtsnormen einen uner-

⁵³³ W. Schlüter, S. 2; W. Brugger, AöR 119 (1994), S. 17; D. Schmalz, Rdnr. 313 f.; F. Ossenbühl, DVBl. 1999, S. 1.

⁵³⁴ W. Brugger, AöR 119 (1994), S. 17.

⁵³⁵ H. M. Pawlowski, Rdnr. 554.

⁵³⁶ Vgl. B. Schilcher, in: F. Bydlinski/H. Krejci/B. Schilcher/V. Steininger (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 986, S. 300 f.

wünschten sozialen Zustand im erwünschten Sinn beeinflussen⁵³⁷. Die Wahrscheinlichkeit, ein als „gut“ gewertetes Gesetz zu erlassen, kann durch ausreichende Diskussion und Vorbereitung erhöht werden⁵³⁸.

Die Komplexität der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse hat aber zu einer starken Zunahme an Erwartungen geführt. Die Unzahl der Erwartungen führt dazu, dass niemand mehr alle gesellschaftlich relevanten Erwartungen überblickt⁵³⁹. Die Erwartungsbildung verlagert sich mangels der Möglichkeit eines längeren Erkenntnisvorgangs in gewissem Maße auf den Normgeber und wird von sozialen Normen abgelöst⁵⁴⁰. Oft werden Gesetze auch voreilig erlassen, weil die in das Gesetzgebungsverfahren involvierten politischen Parteien die von ihnen vertretenen Interessen durchzusetzen versuchen, um Pluspunkte für die nächste Wahl zu sammeln⁵⁴¹.

Manche Gesetze werden häufig aufgrund zeitlicher Bedrängnis erlassen, obwohl das gesamte Umfeld noch nicht völlig durchdacht werden konnte⁵⁴². Derartiger enormer Zeitdruck verursacht viele leicht vermeidbare Mängel⁵⁴³, oft auch, obwohl ein politischer Streit noch nicht beendet ist: z. B. bei der Rentenreform. Die Opfer sind die Bürger, welche die eilig erlassenen Gesetze befolgen müssen, und nicht minder die Behörden und Beamten, welche diese Gesetze anwenden müssen⁵⁴⁴.

4. Überlastung des Gesetzgebers

Wesentliche Bedingung für den Erfolg einer gesetzlichen Gestaltung ist die Informationslage des Parlaments. Das Parlament als Gesetzge-

⁵³⁷ Vgl. *R. Hotz*, S. 102.

⁵³⁸ Vgl. *F. Bydlinski*, Methodenlehre, Anm. 36, S. 629 f.

⁵³⁹ *H.-G. Deggau*, Über einige Voraussetzungen und Folgen der Verrechtlichung, Rechtslehre 20 (1989), S. 110.

⁵⁴⁰ Vgl. auch *L. Adamovich*, in: H. Klecatsky/N. Wimmer (Hrsg.), Sozialintegrierte Gesetzgebung, S. 9.

⁵⁴¹ *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 628.

⁵⁴² *B. Schilcher*, in: F. Bydlinski/H. Krejci/B. Schilcher/V. Steininger (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, S. 301.

⁵⁴³ *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 629.

⁵⁴⁴ Vgl. *R. Hotz*, S. 121.

bungsorgan scheint aber nicht der Anforderung gewachsen zu sein, Gesetze an die sich rasant ändernden Umstände anzupassen. Die parlamentarischen Instrumentarien und Kapazitäten reichen nicht aus, um alle Sachverhalte zu überblicken⁵⁴⁵. Die Abgeordneten sind nichts anderes als das Parlament. Sie besitzen geringe eigene Nachforschungskapazitäten⁵⁴⁶. Sie sind weitgehend auf Zufallserkenntnisse angewiesen.

Die Initiative zur Gesetzgebung geht meistens von der Exekutive aus. Auf den Inhalt der Gesetze wird zunächst von den Ministerialbeamten der zuständigen Ministerien bei der Ausarbeitung der Gesetzentwürfe substantiell Einfluss genommen. Die gegenwärtige Situation, in der die Gesetze nicht durch das Parlament, sondern meistens durch die Ministerien vorbereitet werden, macht es notwendig, eine Debatte in der Öffentlichkeit zu führen. Tendenziell ist eine zunehmende „legislative Kleinarbeit“ und „weitgehende Bürokratisierung“ im Wege der Verlagerung der Gesetzgebungsarbeit in die Ausschüsse festzustellen⁵⁴⁷. Die die parlamentarische Mehrheit stellende Partei bzw. Koalition benutzt diese Mehrheit letztlich zur Durchsetzung ihrer – im außerparlamentarischen Verfahren zustande kommener – Interessen im Parlament⁵⁴⁸. Dies verstärkt die Situation, dass über ein Gesetz nicht ausführlich genug diskutiert werden kann. Durch die Parteiangehörigkeit der Abgeordneten und damit einhergehender Gebundenheit wird die Aufgabe der ausführlichen Beratung von Gesetzen im Parlament nicht mehr ausreichend wahrgenommen⁵⁴⁹.

Der Bedarf der Anpassung der Gesetze an die sich ändernde Lage wird immer größer. Die Überprüfbarkeit eines Gesetzes sollte schon beim Erlass geregelt sein. Eine periodische Überprüfung erweist sich

⁵⁴⁵ Vgl. K. Eichenberger, VVDStRL 40 (1982), S. 18.

⁵⁴⁶ Vgl. U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 127.

⁵⁴⁷ K. Chryssogonos, S. 63.

⁵⁴⁸ Vgl. H. Oberreuter, Entmachtung des Bundestages durch Vorentscheiden auf höchster Ebene?, in: H. Hill (Hrsg.), Zustände und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 126.

⁵⁴⁹ Vgl. H. Oberreuter, in: H. Hill (Hrsg.), Zustände und Perspektiven der Gesetzgebung, S. 125 f.; siehe auch P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 44. – Er nennt die gegenwärtige Gesetzgebungslage als Abdankung des Parlaments.

meistens als notwendig⁵⁵⁰. Aber der Gesetzgeber kann nicht immer schnell genug darauf reagieren, so dass Gesetze veralten und ihr Geltungsanspruch schließlich verloren geht. Das Parlament vermag in der Realität kaum alle Fallgruppen, welche das Gesetz erfassen soll und erfasst, zuverlässig vorauszusehen. Selbst wenn es dazu in der Lage wäre, sind doch Wandlungen der Realität nicht zuverlässig vorherzubestimmen, so dass viele Fallgruppen mit der Zeit nicht mehr diejenigen Fälle erfassen, wegen derer das Anpassungsbedürfnis bestand. Dann entsteht eine Lücke zwischen dem Zweck der Gesetze und der tatsächlichen Lage. Den Gesetzen haftet von Anfang an das Schicksal an, nach der Änderung der tatsächlichen gesellschaftlichen Lage oder der Machtverhältnisse verändert werden zu müssen⁵⁵¹.

Das Ziel, dass die Gesetze nach dem ursprünglichen Zweck mit der Änderung der tatsächlichen Lage korrigiert oder nachgebessert werden sollen, kann nur erreicht werden, wenn der Normzweck dem jeweiligen Problemimpuls und der Text diesem Ziel möglichst angenähert ist. Voraussetzung einer solchen Problemnähe von Sinn und Text ist die exakte Information der gesetzgebenden Organe über die konkreten Regelungsbedürfnisse und die je adäquaten Reaktionen. Wesentliche Bedingung für den Erfolg einer gesetzlichen Gestaltung ist somit die Informationslage des Parlaments.

5. Die Veränderung der gesellschaftlichen Lage

Die Feststellung, dass ein Gesetzesfehler vorliegt, beginnt oft damit, dass man auf einen nicht geregelten Fall stößt, für den eine gleichartige Regelung, wie sie für gesetzlich geregelte Fälle besteht, als angemessen erschiene. Man findet also wesentlich Gleiches als nicht gleich behandelt⁵⁵².

Die Tendenz zur Verrechtlichung, u. a. in dem Bereich der Sozialgesetzgebung oder der Umweltgesetzgebung ist bereits im Gange. Die Entwicklung ist zu schnell, als dass der Gesetzgeber alles in den Griff

⁵⁵⁰ U. Karpen, in: W. Schreckenberger/D. Merten (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, S. 21.

⁵⁵¹ Vgl. K. Röhl, S. 654; ähnlich F. Bydliniski, Methodenlehre, S. 628.

⁵⁵² R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit, S. 354.

bekommen könnte. Die Ursachen der Verrechtlichung werden zumeist in der schnell wachsenden Aufgabenpalette des parlamentarisch-demokratischen Staates aufgrund seiner neu entdeckten Sozialverantwortlichkeit gesehen. Auch trägt die sich rasch entwickelnde technisch-industrielle Welt dazu entscheidend bei⁵⁵³. Außerdem spielt die europäische Einigung eine wichtige Rolle bei der zunehmenden Verrechtlichung in den einzelnen Mitgliedstaaten. Zahlreiche neue Gesetze über den technischen Bereich - vor allem den Computerbereich - sind absehbar. In der Tat steht die Menschheit auf der Schwelle zu einer durch die Entwicklungen der Computertechnik bedingten neuen Welt und wird zur Anpassung gezwungen. Sofortiges legislatives Tätigwerden als Reaktion auf die rasanten Entwicklungen ist wegen der permanenten Überlastung des Parlaments⁵⁵⁴ allerdings kaum zu erwarten.

Dass ein Gesetzesmangel, etwa eine Gesetzeslücke durch die Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse nachträglich entstehen kann, ist allgemein akzeptiert⁵⁵⁵, wenn man die Gesetzeslücke als die Kluft ansieht, die zwischen der ursprünglichen gesellschaftlichen Lage, die die Grundlage des Gesetzes war⁵⁵⁶, und der weiteren Entwicklung entstanden ist. Die Möglichkeit eines Wandels vom grundrechtskonformen zum grundrechtswidrigen Gesetz ist vom Bundesverfassungsgericht schon früh festgestellt worden⁵⁵⁷. Das Bundesverfassungsgericht nimmt seit seinem Beschluss vom 18. 12. 1968⁵⁵⁸ an, dass Gesetze, die zum Zeitpunkt ihres Erlasses und gegebenenfalls auch bei verfassungsrechtlicher Überprüfung auf der Grundlage der erfassbaren Tatsachen oder der Einschätzung bestimmter Tatsachenentwicklungen verfassungsmäßig sind, bei Wegfall oder Veränderung dieser Grundlage verfassungswidrig werden können⁵⁵⁹.

⁵⁵³ Vgl. *R. Holtschneider*, S. 44 ff.

⁵⁵⁴ Vgl. *B. Rütters*, Rdnr. 907.

⁵⁵⁵ Vgl. BVerfGE 34, 269 (288); 82, 6 (12); 98, 49 (59 f.); *B. Rütters*, Rdnr. 906.

⁵⁵⁶ *K. Engisch*, S. 145 f.; *H. M. Pawlowski*, Rdnr. 536 f.

⁵⁵⁷ BVerfGE 25, 1.

⁵⁵⁸ BVerfGE 25, 1.

⁵⁵⁹ BVerfGE 25, 1 (12 f.).

Ein Gesetz altert und kann veraltet sein⁵⁶⁰. Das Gesetz kann in einzelnen Handlungsaufträgen durch die gesellschaftliche oder technische Entwicklung überholt sein, so dass der verpflichtete Gesetzgeber sie bei identischer Regelungsidee an die veränderten gesellschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Bedürfnisse anzupassen hat. Der Gesetzesinhalt kann und muss sich unter Umständen mit der Entwicklung der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen wandeln⁵⁶¹. Das Anwachsen von Gesetzesmängeln kann mit sog. der statischen Rechtsordnung⁵⁶² nicht verhindert werden. Zwar hat die dynamische Rechtsordnung⁵⁶³ von *D. Heckmann* den Vorteil, Gesetze an die ständig veränderten Umstände besser anzupassen. Die uneinschränkbare Spannweite dieser Auslegungsmethode kann aber zu einer willkürlichen Normauslegung führen und damit die Rechtssicherheit gefährden.

6. Der Verfassungswandel

Die Verfassung hat wie andere Gesetze eine zeitlich und räumlich bestimmte Geltung und besitzt eine aus dieser Positivität abzuleitende normative Kraft. Die normative Kraft der Verfassung wird durch die Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts vermittelt⁵⁶⁴. Diese Aufgabe kommt dem Bundesverfassungsgericht zu.

⁵⁶⁰ Vgl. BVerfGE 34, 269 (288); 82, 6 (12).

⁵⁶¹ *P. Kirchhof*, in: FS der Juristischen Fakultät zur 600-Jahre-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 26.

⁵⁶² Vgl. *D. Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 460 f. – Nach seiner Meinung sei die statische Rechtsordnung die mit inhaltliche fest fixierten Normen, die soziale Wirklichkeit zu gestalten suche. Ihre Befehle änderten sich deshalb für die Dauer von deren jeweiligen Geltung nicht; sie träfen aber in dieser Zeit auf ggf. veränderte Normgegenstände. Dabei mögen sie ihren Gestaltungsauftrag auch unter veränderten Umständen erfüllen. Ausgeschlossen sei ein Normwandel als norm-inhaltliche Konsequenz einer Veränderung äußerer Umstände. In einer statischen Rechtsordnung erfolge keine Anpassung des Norminhaltes an die Rechtswirklichkeit.

⁵⁶³ Vgl. *D. Heckmann*, S. 460 f. – Nach seiner Meinung liegt der Kennzeichen der dynamischen Rechtsordnung gerade in der Anpassungsfähigkeit der Rechtsnormen an die Rechtswirklichkeit: die Rechtsnorm als ‚wirklichkeitsgeprägte und eine die Wirklichkeit prägende Regelung‘.

⁵⁶⁴ *P. Badura*, Verfassungsänderung, -wandel, -gewohnheitsrecht, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes, Bd. VII, 1992, S. 58.

Die förmliche Verfassungsänderung im Wege der verfassungsändernden Gesetzgebung unterscheidet sich von der Verfassungsentwicklung durch Verfassungsauslegung und durch „stillen“ Verfassungswandel⁵⁶⁵. Der Verfassungswandel ist eine Folge des Umstandes, dass Verfassungsnormen von ihren Urhebern stets auf eine bestimmte Vorstellung über den Zustand der Wirklichkeit bezogen werden, in der sie ihre Wirkung entfalten sollen⁵⁶⁶, ohne dass sich der Verfassungstext selbst ändert⁵⁶⁷.

Im Allgemeinen lässt sich ein Verfassungswandel zeitlich nicht bestimmen. Ein Verfassungswandel stellt in der Regel in erster Linie ein Problem der Normenkonkretisierung durch den Richter dar⁵⁶⁸. Technischer Fortschritt, gesellschaftliche Umstrukturierung und soziale Umwertungen bereiten mit ihrer zunehmenden Beschleunigung erhebliche sich steigernde Interpretationsschwierigkeiten⁵⁶⁹. Veränderte soziale Strukturen wirken sich unmittelbar auf die Normeninterpretation aus⁵⁷⁰. Zwischen dem Verfassungswortlaut und seiner der veränderten Lage angepassten Auslegung entsteht eine Distanz, nämlich eine nachträgliche Lücke, bedingt durch den Verfassungswandel.

III. Die Arten der Gesetzesfehler

Verschiedene Formen von Gesetzesfehlern können im Gesetzgebungsverfahren auftreten. Sie können durch inhaltliche Unrichtigkeiten, kommunikative Unrichtigkeiten oder andere Fehler der Gesetzes-

⁵⁶⁵ P. Badura, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes, Bd. VII, S. 63.

⁵⁶⁶ D. Grimm, Verfassung, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 22 f.; J. Ipsen, Rechtsfolge, S. 137.

⁵⁶⁷ P. Badura, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes, Bd. VII, S. 63; C. Mayer, S. 124.

⁵⁶⁸ W. Fiedler, Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung, 1972, S. 105; J. Ipsen, Rechtsfolge, S. 137.

⁵⁶⁹ Vgl. K. Hesse, Grenzen des Verfassungswandels, in: *ders.*, Ausgewählten Schriften, 1984, S. 28 ff.; P. Badura, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes, Bd. VII, S. 63.

⁵⁷⁰ Vgl. BVerfGE 39, 169 (187 ff.); 59, 336 (357); W. Fiedler, S. 105.

gebungsorgane entstehen⁵⁷¹. Alle Fehler beeinträchtigen die Wirksamkeit des Gesetzes und führen schließlich zum Vertrauensverlust in das Gesetz und damit in die Legitimation der Gesetzgebung⁵⁷².

Der Gesetzesfehler kann von allen an der Gesetzgebung beteiligten Organen in allen Stufen des Gesetzgebungsverfahrens verursacht werden, z. B. bei der Redaktion des Gesetzestextes.

1. Formelle Gesetzesfehler

a) Verstöße gegen Gesetzgebungskompetenzen

Soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht, haben die Länder das Recht der Gesetzgebung (Art. 70 Abs. 1 GG). Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Vorschriften des Grundgesetzes (Art. 70 Abs. 2 GG). Ohne ausdrückliche Ermächtigung in einem Bundesgesetz haben die Länder keine Befugnis im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung (Art. 71 GG). In Bezug auf die konkurrierende Gesetzgebung dürfen die Länder ein Gesetz erlassen, solange der Bund seine Befugnis nicht geltend macht (Art. 72 Abs. 1, Art. 74, Art. 74 a GG).

Ein zuständigkeitswidrig zustande gekommenes Gesetz ist in der Regel nichtig. Das Bundesverfassungsgericht darf in seiner Entscheidung nur ausnahmsweise ein solches zuständigkeitswidriges Gesetz von der Nichtigkeitsfolge ausnehmen. Wo die Grenzen zu einem Verfassungsverstoß zu ziehen sind, hat das Bundesverfassungsgericht bislang nicht abschließend bestimmt. Es hat sie dann als überschritten gese-

⁵⁷¹ U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 112; vgl. L. Adamovich, in: H. Klecatsky/N. Wimmer (Hrsg.), Sozialintegrierte Gesetzgebung, S. 6 – Er zählt die häufigsten Gesetzesfehler auf: Sprachliche Mängel, schlechte Systematik, überflüssige Kasuistik, *leges fugitivae*, terminologisch Unklarheit, bloß materielle Derogation, unzumutbare Verweisungen und Rezeptionen und unzumutbare „sinngemäße Anwendung“.

⁵⁷² U. Karpen, Gesetzgebungslehre, S. 112.

hen, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm willkürlich⁵⁷³ oder offensichtlich unhaltbar ist⁵⁷⁴.

b) Verfahrensfehler

Das Grundgesetz regelt das Gesetzgebungsverfahren in Art. 76 - 78 GG und Art. 82 GG. Zusätzliche Regelungen bestehen für das Haushaltsrecht (Art. 110 Abs. 3 GG) und die den Haushalt betreffenden Gesetze (Art. 113 GG). Das Gesetzgebungsverfahren beginnt mit dem Einbringen der Gesetzesvorlagen durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat (die Gesetzesinitiative – Art. 76 GG). Das Gesetz wird mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Bundestag beschlossen (Art. 77 Abs. 1 GG, § 48 Abs. 2 S. 1 GOBT). Stimmgleichheit gilt als Ablehnung der Vorlage (§ 48 Abs. 2 S. 2 GOBT). Ein Zustimmungsgesetz kommt ohne die Zustimmung des Bundesrates nicht zustande (Art. 78 GG). Ein Gesetz wird, sobald es nach Art. 78 GG zustande gekommen ist, vom Bundespräsidenten nach Gegenzeichnung ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet (Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG).

Ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, eine Gestaltung des Gesetzgebungsverfahrens zu suchen, die die Einbeziehung verfassungswidriger Gesetze unwahrscheinlich macht⁵⁷⁵, ist zu bejahen, solange der Gesetzgeber die Pflicht hat, nur verfassungsmäßige Gesetze zu erlassen. Die Meinung von *Pawlowski*, dass es bei der Frage nach dem richtigen Verfahren der Gesetzgebung (noch) nicht um das Recht im Allgemeinen, sondern vielmehr „nur“ um die besondere Frage nach der Verbesserung der Organisation zur Verbesserung des Rechts gehe⁵⁷⁶, ist zu eng.

Das Bundesverfassungsgericht ist der Ansicht, dass jede Regelung grundsätzlich ein verfassungsrechtlich gültiges Gesetz ist, wenn sie vom Parlament nach dem vom Grundgesetz vorgesehenen Gesetzge-

⁵⁷³ BVerfGE 3, 359 (364 f.).

⁵⁷⁴ BVerfGE 6, 45 (53); 29, 45 (49); 58, 1 (45).

⁵⁷⁵ *H. Schulz-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 178 f.

⁵⁷⁶ Vgl. *H. M. Pawlowski*, Rdnr. 599.

bungsverfahren erlassen wird. Normen sind nur dann nichtig, wenn ein grober Mangel im Gesetzgebungsverfahren begangen worden ist⁵⁷⁷, z. B. fehlende Gegenzeichnung des Bundespräsidenten (Art. 82 Abs. 1 GG)⁵⁷⁸, die fehlende erforderliche Zustimmung des Bundesrates (Art. 78 GG) oder die fehlende Verkündung (Art. 82 Abs. 1 GG)⁵⁷⁹. Wenn die Verfahrensvorschrift ein Verfassungsgebot darstellt, z. B. wenn sie grundrechtsrelevant oder evident ist⁵⁸⁰, dann verursacht ein solcher Fehler unmittelbar die Nichtigkeit eines Gesetzes. „Evident“ scheint ein derartiger Mangel nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls dann nicht zu sein, wenn die Staatspraxis und die sonst vorherrschende Auffassung davon ausgehen, dass das Verfahren in Ordnung ist⁵⁸¹. Die herrschende Ansicht in der Literatur und die Rechtsprechung stützen sich auf die sog. Evidenztheorie aus dem Verwaltungsrecht und auf den Gedanken der Rechtssicherheit⁵⁸².

„Grobe“ Verfahrensfehler bei der Gesetzgebung sind aber in der Praxis selten. Durch die Querprüfung und die Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Gesetzgebungsorganen kann ein solcher grober Verfahrensfehler früh erkannt und vermieden werden.

c) Fehler in der Gesetzgebungstechnik

aa) Druckfehler und offenbare Unrichtigkeiten

In einem Gesetz können Druckfehler und andere offenbare Unrichtigkeiten bei der Vorbereitung oder nach der Verabschiedung im Bundestag entdeckt werden⁵⁸³. Um einen solchen Fehler zu vermeiden,

⁵⁷⁷ Vgl. BVerfGE 31, 47 (53).

⁵⁷⁸ In Österreich ist unbestritten, dass die Bekundung durch den Bundespräsidenten wesentliches Formerfordernis des Bundesgesetzes qualifiziert ist, vgl. *R. Novak*, S. 38 f.

⁵⁷⁹ Vgl. *R. Novak*, S. 38.

⁵⁸⁰ Vgl. *F. Ossenbühl*, NJW 1986, S. 2811 ff.

⁵⁸¹ Vgl. BVerfGE 34, 9 (25).

⁵⁸² Vgl. *N. Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, Rdnr. 191; vgl. auch BVerfGE 34, 9 (25).

⁵⁸³ Die Heilung und Korrektur der unbeachtlichen Fehler im Gesetz regelt § 61 GGO ausführlich.

muss der Gesetzesredakteur bei seiner Arbeit gewisse Grundkenntnisse über den Sachverhalt haben⁵⁸⁴.

Wenn der Regelungsinhalt eines Gesetzes wegen sprachlicher oder grammatischer Unbestimmtheit so undeutlich ist, dass man den Sinn des Gesetzes nicht erkennen kann, leidet es unter einem inhaltlichen Fehler. Ein sprachlicher oder ein grammatischer Fehler⁵⁸⁵ verursacht zwar nicht eine direkte Einbuße der Gesetzeskraft, führt aber dennoch zu einer Unverständlichkeit bei der Gesetzesanwendung. Ein veraltetes oder fremdes Wort kann beim Adressaten zu einem Missverständnis führen.

bb) Fehler in der Systematik

Ein Strukturfehler kann entstehen, wenn der Gesetzgeber z. B. eine falsche Verweisung⁵⁸⁶ vornimmt oder die Stellung des geplanten Ge-

- Druckfehler und andere offenbare Unrichtigkeiten des Gesetzentwurfs müssen vom federführenden Bundesministerium während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens sorgfältig vermieden werden. Wenn ein solcher Fehler und andere offenbare Unrichtigkeiten bekannt geworden sind, hat das federführende Bundesministerium sie zu berichtigen und alle weiteren beteiligten Stellen sie darüber zu informieren. Nach Zuleitung der Gesetzesvorlage an das Bundeskanzleramt ist dieses über Berichtigungen zu unterrichten. Das Bundeskanzleramt unterrichtet gegebenenfalls die beteiligten Verfassungsorgane (§ 61 Abs. 1 GGO).

- Nach Verabschiedung des Gesetzes ist zur formlosen Berichtigung von Druckfehlern und offenbaren Unrichtigkeiten die Einwilligung der Präsidentin oder des Präsidenten des Deutschen Bundestages und der Präsidentin oder des Präsidenten des Bundesrates einzuholen (§ 61 Abs. 2 GGO).

- Wenn Druckfehler oder andere offenbare Unrichtigkeiten schon in der Druckvorlage, dem Korrekturabzug oder in der Urschrift enthalten waren, hat das federführende Bundesministerium die Berichtigung im Einvernehmen mit dem Bundespräsidialamt und dem Bundeskanzleramt vorzunehmen. Waren solche Mängel schon in der vom Deutschen Bundestag und vom Bundesrat verabschiedeten Fassung enthalten, sind auch die erforderlichen Einwilligungen einzuholen (§ 61 Abs. 3 GGO).

⁵⁸⁴ T. Fleiner, Entwurf und Gestaltung von Gesetznormen, in: G. Winkler/B. Schilcher (Hrsg.), Gesetzgebung, 1981, S. 139.

⁵⁸⁵ Beispiele bei R. Werner, Über die Insolvenz der Gesetzgebung, ZRP 1998, S. 206; vgl. auch L. Adamovich, in: H. Klecatsky R./N. Wimmer (Hrsg.), Sozialintegrierte Gesetzgebung, 1979, S. 6 f.

⁵⁸⁶ L. Adamovich, in: H. Klecatsky/N. Wimmer (Hrsg.), Sozialintegrierte Gesetzgebung, S. 8 f.

setzes innerhalb des gesamten Rechtssystems unterschätzt oder verkennt. Ein Gesetz sollte bei seiner Vorbereitung nach seiner Position innerhalb der Rechtsordnung im Hinblick auf deren Einheitlichkeit geprüft werden. Ein solcher Strukturfehler, der für die Ebene der rechtssetzenden Instanz typisch erscheint, besteht darin, dass Widersprüche und Ungenauigkeiten im Verhältnis zum bereits bestehenden Recht entstehen, insbesondere Überschneidungen nicht gesehen werden, so dass es zur Inhomogenität von Rechtsnormen kommt⁵⁸⁷.

Weitere Regelungen des Grundgesetzes, die die strukturelle Fehlerhaftigkeit eines Gesetzes betreffen, sind Ausdruck des allgemeinen Prinzips, dass ein Gesetz, welches inhaltlich gegen höherrangiges Recht verstößt, von der Rechtsordnung missbilligt wird⁵⁸⁸. So ist ein Gesetz verfassungswidrig, das gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts verstößt (Art. 25 GG). Ein Bundesgesetz hat Vorrang vor einem Landesgesetz (Art. 31 GG). Inhaltlich meinen „brechen“ im Sinne von Art. 31 GG und „vorgehen“ das gleiche. „Brechen“ bedeutet die endgültige Beseitigung und Verhinderung der Wirksamkeit des entgegenstehenden Landesrechts während der Geltung dieses Bundesrechts⁵⁸⁹. Ein Landesgesetz, das den Ermächtigungsumfang überschreitet, ist verfassungswidrig (Art. 71 GG)⁵⁹⁰.

2. Materielle Gesetzesfehler

a) Verstoß gegen Grundrechte

Ein Verstoß gegen Grundrechte bildet den häufigsten Fall eines materiellen Fehlers eines Gesetzes. Ein Gesetz, das gegen Grundrechte oder gegen allgemeine Verfassungsgrundsätze – Übermaßverbot, Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2, Art. 79 Abs. 3 GG) – ver-

⁵⁸⁷ Vgl. *R. Holtschneider*, S. 154 ff.; *K. Eichenberger*, VDDStRL 40 (1982) S. 16; *R. Hotz*, S. 189 ff.

⁵⁸⁸ BVerfGE 31, 47 (53); *G. Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: *R. Stödter/W. Thieme* (Hrsg.), Hamburg – Deutschland – Europa, FS für *H. P. Ipsen* zum 70. Geburtstag, 1977, S. 174.

⁵⁸⁹ *W. März*, in: *C. H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz (Kommentar), 4. Aufl., Bd. II, Art. 31, Rdnr. 43 ff.

⁵⁹⁰ *T. Maunz/G. Dürig*, Grundgesetz II, 1993, § 31, Rdnr. 2.

stößt, leidet unter einem materiellen Fehler. Ein Gesetz, das die Grundrechte nicht beachtet oder widerstreitende Interessen nicht „richtig“, d. h. sachgemäß und nach dem Maßstab der Billigung, abwägt⁵⁹¹, ist inhaltlich fehlerhaft. Das Bundesverfassungsgericht beurteilt ein solches Gesetz als inhaltlich fehlerhaft, wenn es auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung über die Bedeutung⁵⁹² oder auf einer Nichtbeachtung⁵⁹³ von Grundrechten, insbesondere vom Umfang ihrer Schutzbereiche beruht oder seine Auswirkungen verkannt worden sind⁵⁹⁴.

Ein gegen Grundrechte verstoßendes Gesetz kann mit einem formellen Gesetzgebungsfehler – einen Verstoß gegen die Gesetzgebungszuständigkeit oder das -verfahren – erlassen werden. Ein derartiger Fehler kann nicht immer sofort, sondern meist erst nach dem Inkrafttreten erkannt werden. Die tatsächlichen Grundlagen eines Gesetzes können bei der Verkündung nicht immer vollständig bekannt sein. Ein gegen Grundrechte verstoßender Fehler im Gesetz kann deshalb von der nachträglichen Gesetzeslücke nicht immer klar unterschieden werden.

b) Verstoß gegen andere verfassungsrechtliche Normen

Ein einfaches Gesetz, das beispielsweise die Abschaffung des Beamtentums oder die Einführung der Todesstrafe regelt, ist fehlerhaft und unwirksam (Vgl. Art. 33 Abs. 5 u. Art. 102 GG)

IV. Die Gesetzeslücke

Nach der Idee des liberalen Konstitutionalismus verdient jedes im Parlament beschlossene Gesetz nicht nur die Vermutung erhöhter Richtigkeit. Es verbürgt auch ein Stück rechtlich gesicherter Freiheit⁵⁹⁵. Man konnte sich dementsprechend nicht vorstellen, dass der Richter

⁵⁹¹ BVerfGE 18, 85 (93).

⁵⁹² Vgl. BVerfGE 18, 85 (92 f.); 68, 361 (372).

⁵⁹³ Vgl. BVerfGE 18, 85 (92); 62, 189 (192); BVerfG, Beschluss v. 21. 2. 1992, DTZ 1992, S. 216.

⁵⁹⁴ Vgl. BVerfGE 57, 347 (358).

⁵⁹⁵ H.-P. Schneider, Richterrecht, S. 7.

ein Gesetz unter Berufung auf Naturrecht, Gewohnheit und Herkommen umgehen durfte. Eine Rechtsfortbildung des Richters durch die Lückenausfüllung war in der Zeit des Rechtspositivismus auch kaum denkbar⁵⁹⁶. Die Gesetzeslücke ist aber ein beliebtes Thema im Zusammenhang mit der umfassenden Gesamtkodifikation und mit der Möglichkeit der Rechtsfortbildung durch den Richter zur Zeit der Jahrhundertwende geworden⁵⁹⁷. Der Begriff der „Gesetzeslücke“ bezeichnet meistens eher die „Zulässigkeit“⁵⁹⁸ oder die „Befugnis“⁵⁹⁹ der Rechtsfortbildung als ihre Grenze⁶⁰⁰.

1. Abgrenzung der „Gesetzeslücke“ zu anderen Begriffen

a) Rechtslücke

Unter einer Rechtslücke versteht man einen solchen Mangel, dass nicht ein einzelnes Gesetz in sich gemessen an seinem Regelungsplan unvollständig ist, sondern die Rechtsordnung im Ganzen, indem sie einen ganzen Bereich, der einer Regelung bedarf, gesetzlich unregelt lässt⁶⁰¹. Nach *K. Engisch* liegt eine Rechtslücke vor, wenn weder das Gesetz noch das Gewohnheitsrecht eine rechtliche Antwort auf eine rechtliche Frage geben⁶⁰².

⁵⁹⁶ Vgl. *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 472; *H.-P. Schneider*, Richterrecht, S. 8 f.

⁵⁹⁷ Ein Überblick siehe *K. Larenz*, S. 371 f.; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 192; *H. M. Pawlowski*, Rdnr. 453 ff.; auch *O. A. Germann*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., 1967, S. 113 ff.; *B. Rüthers*, Rdnr. 822 f.; *R. Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., 1990, S. 58 ff.; *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 472 ff.

⁵⁹⁸ *K. Larenz*, S. 370.

⁵⁹⁹ *C.-W. Canaris*, S. 37 f.; *H. M. Pawlowski*, Rdnr. 453 ff.; *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 472.

⁶⁰⁰ Vgl. *H.-P. Schneider*, Richterrecht, 10 ff. – Er kritisiert die Lage der heutigen Rechtsprechung in Bezug auf das Gewaltenteilungsprinzip: Die Anteilnahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung tritt hinsichtlich der Aufgaben der Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung in Zeiten raschen Wandels und der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse naturgemäß stärker in den Vordergrund, auch wenn hier die verfassungsrechtliche Legitimität nicht ohne weiteres einleuchtet.

⁶⁰¹ *K. Larenz*, S. 375.

⁶⁰² Vgl. *K. Engisch*, S. 177.

Das Gesetz führt im Rahmen seines möglichen Wortsinnes und des Gewohnheitsrechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung zu einer unbefriedigenden Unvollständigkeit innerhalb des Rechtsganzen⁶⁰³, indem es z. B. ein Rechtsinstitut nicht enthält, das es mit Rücksicht auf ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis oder ein vom allgemeinen Rechtsbewusstsein bejahtes Rechtsprinzip enthalten sollte⁶⁰⁴.

Die Rechtslücke ist im Hinblick auf die Planwidrigkeit der Vollständigkeit problematisch. Denn von einem Plan lässt sich nur bei einem Gesetz sprechen, nicht im Hinblick auf die Rechtsordnung im Ganzen⁶⁰⁵. Allerdings passt die Vorstellung eines Rechtsplans im Grunde nur bei einer vollständig kodifizierten Rechtsordnung. Dann ist die Rechtslücke eine Unvollständigkeit des gesetzten Rechts, gemessen an dem Gesamtplan der Kodifikation. Aber es kann einen Gesamtplan in Wahrheit nicht geben⁶⁰⁶. Ein Gesamtplan der Rechtsordnung kann nur angenommen werden, wenn man die Gesellschaft als ein geschlossenes System ansieht. Nach *J. Ipsen* ist eine Rechtslücke nur ein Wortspiel, weil die Vorstellung einer vollständigen Ordnung gerade widerlegt wird, wenn ein ganzes Rechtsgebiet ohne gesetzliche Normierung bleibt⁶⁰⁷.

b) Rechtspolitischer Fehler

Unter dem rechtspolitischen Fehler versteht man, dass der Gesetzgeber bestimmte Fallgruppen von der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen hat, was sich im Nachhinein als verfehlt erweist. Eine Lücke besteht insofern nicht, als eine Regelung nicht einfach fehlt, sondern absichtlich nicht getroffen wurde⁶⁰⁸. Dadurch wird der rechtspolitische Fehler von der Gesetzeslücke unterschieden. Während diese als eine

⁶⁰³ *K. Engisch*, S. 177 f.

⁶⁰⁴ *K. Larenz*, S. 376.

⁶⁰⁵ *K. Larenz*, S. 376.

⁶⁰⁶ *K. Larenz*, S. 377.

⁶⁰⁷ Vgl. *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 41 f.

⁶⁰⁸ *K. Larenz*, S. 374; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 194 – Sie erwähnen das Wohnungseigentum als Beispiel für einen typischen rechtspolitischen Fehler.

planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes verstanden wird, geht es bei jenem um keine „planwidrige“ Unvollständigkeit.

Der rechtspolitische Fehler ist ursprünglich kein Gesetzesfehler aus der Sicht des damaligen Gesetzgebers. Denn obwohl der damalige Gesetzgeber von einer tatsächlichen gesellschaftlichen Lage ausging, wollte er sie nicht regeln. Der rechtspolitische Fehler kann aus der Sicht des jetzigen Gesetzgebers erst als fehlerhaft erkannt werden. Ein solcher rechtspolitischer Fehler kann daher nur durch eine neue Entscheidung des Gesetzgebers korrigiert werden⁶⁰⁹.

c) Rechtsfreier Raum

In der Literatur wird der rechtsfreie Raum von der Gesetzeslücke unterschieden⁶¹⁰. Zu jenem gehören die Beziehungen und Verhältnisse wie z. B. Religion, Liebe oder Freundschaft usw., die grundsätzlich außerhalb einer Beurteilung durch das Recht zu lassen sind⁶¹¹. Sie können zwar in Verbindung mit solchen Handlungen, in denen sie sich äußern, von der Rechtsordnung geregelt werden, sind aber als solche kein Gegenstand rechtlicher Regelung⁶¹².

Von einem rechtsfreien Raum kann gesprochen werden, wenn eine Frage für ein bestimmtes prozessual selbständiges Gebiet unter jedem Gesichtspunkt unerheblich ist⁶¹³, während bei einer Gesetzeslücke die Entscheidung des Rechtsstreits gerade von der Ausfüllung dieser Lücke abhängt.

Der rechtsfreie Raum ist nämlich etwas, was außerhalb des Rechts liegt und mit der Lücke nichts zu tun hat⁶¹⁴. Solange eine Lücke vorliegt, erfordert die Rechtsordnung eine Regelung. Hingegen verhält es sich beim rechtsfreien Raum gerade umgekehrt, nämlich so, dass eine

⁶⁰⁹ Vgl. *K. Larenz*, S. 374 f.; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 195 f.

⁶¹⁰ *K. Engisch*, S. 178 f.; *C.-W. Canaris*, S. 40 ff.; *O. A. Germann*, S. 122 f.; *K. Larenz*, S. 371 f.

⁶¹¹ *O. A. Germann*, S. 122;

⁶¹² *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 192.

⁶¹³ *C.-W. Canaris*, S. 43.

⁶¹⁴ *K. Engisch*, S. 178.

Rechtsfolge nicht eintreten soll⁶¹⁵. Dementsprechend ist es dem Richter nicht erlaubt, in dem rechtsfreien Raum zur Ergänzung des Rechts wie im Fall der Gesetzeslücke tätig zu werden. Ob ein rechtsfreier Raum vergrößert oder verkleinert werden soll, ist eine Entscheidung, die dem Gesetzgeber vorbehalten ist⁶¹⁶.

d) Generalklausel

Unter einer Generalklausel versteht man einen Tatbestand, der mit großer Allgemeinheit einen Fallbereich umfasst und der rechtlichen Behandlung zuführt⁶¹⁷.

Ob die Generalklauseln auch als eine Lücke, nämlich als eine vom Gesetzgeber gewollte Lücke⁶¹⁸ angesehen werden können, ist umstritten. *K. Engisch* betont, dass die Generalklausel auf dem Gebiet der Gesetzgebung bedeutsam ist⁶¹⁹: Sie ermögliche dank ihrer großen Allgemeinheit, eine größere Gruppe von Sachverhalten lückenlos und anpassungsfähig einer Rechtsfolge zu unterwerfen. Er hält die Generalklauseln für eine „planmäßige Auflockerung der Gesetzesbindung der Gerichte“⁶²⁰.

Dagegen hält *B. Rüthers* die Generalklauseln für eine gewollte, aber nicht planwidrige Gesetzeslücke⁶²¹: Sie wiesen dem Richter normsetzende Aufgaben zu, selber zu entscheiden⁶²². Der Gesetzgeber wolle für bestimmte Fallgruppen eine elastische richterliche Normsetzung entsprechend der jeweiligen technisch-ökonomischen, gesellschaftlichen und politischen Entwicklung ermöglichen⁶²³.

⁶¹⁵ *C.-W. Canaris*, S. 43.

⁶¹⁶ *C.-W. Canaris*, S. 43 f.; ähnlich *O. A. Germann*, S. 122 f.

⁶¹⁷ *K. Engisch*, S. 157.

⁶¹⁸ Vgl. *B. Rüthers*, Rdnr. 836 f.

⁶¹⁹ *K. Engisch*, S. 160.

⁶²⁰ Vgl. *K. Engisch*, S. 180.

⁶²¹ *B. Rüthers*, Rdnr. 836 f.

⁶²² Auch *K. Röhl*, S. 651.

⁶²³ *B. Rüthers*, Rdnr. 836; ähnlich *H. Schneider*, Rdnr. 67.

Eine Generalklausel kann immer vom Richter ausgelegt werden. Es fehlt an keiner Regelung, die der Richter noch weiter ergänzen muss. Vielmehr ist die Regelung für den Fall immer vorhanden. Bei dem Problem der Generalklausel handelt es sich nicht um den Mangel einer Regelung, sondern um die Frage ihrer Weite, vor allem auf dem Gebiet des Strafrechts, im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsprinzip⁶²⁴. Sie ist damit von der Lücke zu unterscheiden.

2. Die Arten der Gesetzeslücke

Gesetzeslücken können nach verschiedenen Gesichtspunkten unterschiedlich klassifiziert werden. Aber hier ist nicht der Ort, alle Arten der Gesetzeslücken zu erörtern⁶²⁵. Im Folgenden sollen nur die Arten der Gesetzeslücken nach den herkömmlichen Auffassungen betrachtet werden, auf die sich die Nachbesserung des Gesetzes beziehen kann.

Eine Voraussetzung der Nachbesserung ist ein unvollständiger Sachverhalt. Hier wird die sog. „verdeckte“ Lücke als Gegenstand der Nachbesserungspflicht erörtert. Darüber hinaus werden die Gesetzeslücken in Hinsicht auf den Zeitfaktor zwischen anfänglichen und nachträglichen Lücken und innerhalb der anfänglichen Lücken zwischen solchen unterschieden, die dem Gesetzgeber bewusst waren, und solchen, die ihm unbewusst geblieben sind.

a) Die echte und unechte Lücke

Die echte Lücke liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber einen Fall in einem bestimmten Sinne, etwa entsprechend der Regelung eines sachverhaltlich oder rechtlich vergleichbaren Falles, nicht geregelt hat⁶²⁶. Also erweisen sich gegebene gesetzliche Bestimmungen ohne Ergän-

⁶²⁴ Vgl. BVerfGE 25, 269 (285) – Art 103 Abs. 2 GG fordert, dass die Strafbarkeit „gesetzlich bestimmt“ ist.

⁶²⁵ Ausführlich siehe *C.-W. Canaris*, die Feststellung von Lücken im Gesetz, u. a. drittes Kapitel; auch *K. Larenz*, Methodenlehre 6. Aufl.; *K. Engisch*, Einführung in das juristische Denken; *R. Zippelius*, Juristischen Methodenlehre, 5. Aufl.; *H. M. Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl.

⁶²⁶ Vgl. BVerwGE 11, 263 (264 f.); 14, 288 (297 f.).

zung als überhaupt nicht anwendbar⁶²⁷. Die echte Lücke liegt gerade im geltenden Recht⁶²⁸. Eine Lückenfüllung bei der echten Lücke muss durch Analogie, unabhängig von der zuvor mit logischen Mitteln vorgenommenen Lückenfeststellung erfolgen⁶²⁹.

Die sog. unechte Lücke, die vom Standpunkt eines künftigen, besseren Rechts aus (*de lege ferenda*) betrachtet wird⁶³⁰, ist kein Anwendungsfall der Nachbesserung, weil eine solche Lücke nicht durch eine nachträgliche Ergänzungsgesetzgebung – Nachbesserung im engeren Sinne⁶³¹ –, sondern nur durch eine neue Gesetzgebung zur Reformierung des Rechts geschlossen werden kann⁶³². *F. Bydlinski* ist der Ansicht, dass die unechte Lücke mit der Erstreckung der Rechtsfolgeanordnung einer gesetzlichen Norm auf den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Fall ausgefüllt werden kann⁶³³. Dies fordere die „*ratio legis*“ in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz⁶³⁴. Nach ihm handelt es sich bei der unechten Lücke nicht um rechtspolitische Wunschvorstellungen, sondern um eine normale Lücke, die vom Richter festgestellt und ausgefüllt werden muss⁶³⁵. Nach seiner Ansicht können die richterliche Ergänzung und die unerlaubte richterliche Rechtsfortbildung nicht unterschieden werden.

b) Die offene und verdeckte Lücke

Eine offene Lücke liegt vor, wenn das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe keine Regelung trifft, obgleich es nach seiner eigenen Teleologie eine solche Regel enthalten sollte⁶³⁶. Die offene Lücke kann nur durch den Erlass eines neuen Gesetzes geschlossen werden, da es bei

⁶²⁷ Vgl. *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 473.

⁶²⁸ *K. Engisch*, S. 181.

⁶²⁹ *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 474.

⁶³⁰ Vgl. *K. Engisch*, S. 181 – Er nennt darüber hinaus eine solche Lücke auch mit der anderen Terminologie, d.h. „rechtspolitische Lücke oder „kritische Lücke“.

⁶³¹ Siehe IV 1. a) im zweiten Kapitel.

⁶³² *K. Engisch*, S. 181.

⁶³³ *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 474.

⁶³⁴ *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 474.

⁶³⁵ *F. Bydlinski*, Methodenlehre, S. 474; anders *K. Engisch*, S. 181.

⁶³⁶ *K. Larenz*, S. 377.

der offenen Lücke an einem Gesetz fehlt, das nachgebessert werden muss. Ein Objekt für eine Nachbesserung ist also nicht vorhanden.

Die verdeckte Lücke liegt dann vor, wenn das Gesetz zwar eine anwendbare Regelung enthält, diese aber ihrem Sinn und Zweck nach nicht passt, weil sie die für die Wertung gerade der fraglichen Fälle relevante Besonderheit derselben außer Acht lässt⁶³⁷. Im Allgemeinen wird die verdeckte Lücke als ein Fall der teleologischen Reduktion betrachtet⁶³⁸.

c) Die anfänglich bewusste und unbewusste Lücke

Man unterscheidet die bewusste von der unbewussten Lücke danach, ob der historische Gesetzgeber die Unvollständigkeit der von ihm geschaffenen Regelung erkannt hat oder nicht.

Dass der Gesetzgeber eine Rechtsfrage absichtlich offen lässt, ist gewiss sehr selten⁶³⁹. Der historische Gesetzgeber hat auf die Entscheidung bedeutsamer Probleme verzichtet, weil er sich dazu noch nicht für fähig hielt und ihre Lösung Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen wollte⁶⁴⁰. Eine dem Gesetzgeber bewusste Lücke⁶⁴¹ liegt dann vor, wenn er eine Frage offen gelassen hat, um ihre Entscheidung der Rechtsprechung und der Wissenschaft zu überlassen⁶⁴². Man spricht hier auch von einer gewollten Lücke⁶⁴³. In diesen Fällen hat die Rechtsprechung relativ freie Hand⁶⁴⁴.

Die unbewusste Lücke kann dadurch entstehen, dass der Gesetzgeber nach seiner Grundabsicht der Regelung bedürftige Fragen übersehen⁶⁴⁵

⁶³⁷ Vgl. C.-W. Canaris, S. 137; K. Larenz, S. 377.

⁶³⁸ Vgl. C.-W. Canaris, S. 137; K. Larenz, S. 377.

⁶³⁹ C.-W. Canaris, S. 134.

⁶⁴⁰ K. Larenz, S. 379; C.-W. Canaris, S. 134; A. Burghart, S. 83 ff.; H. M. Pawlowski, Rdnr. 463.

⁶⁴¹ Vgl. A. Burghart, S. 82 – Nach seiner Meinung sei die bewusst gelassene Lücke im Text kein Teil des Gesetzes. Sie ständen außerhalb des Gesetzes.

⁶⁴² K. Larenz, S. 379; K. Engisch, S. 185; H. M. Pawlowski, Rdnr. 463.

⁶⁴³ Vgl. K. Engisch, S. 180.

⁶⁴⁴ R. Wank, *Auslegung von Gesetzen*, 1997, S. 97.

⁶⁴⁵ K. Larenz, S. 379.

oder irrtümlich die von ihm bereits erlassene Gesetze nicht vollständig überblickt hat⁶⁴⁶. In diesem Fall spricht man von einer vermeidbaren unbewussten Lücke. In der gegenwärtigen Tendenz zum „schlanken Staat“ kann der Gesetzgeber seinen Gesetzgebungsapparat, mit dem er die Gesetzeslage besser überblicken kann, nicht einfach erweitern. Vielmehr muss er dem Privatsektor Bereiche überlassen, die er früher selbst regiert hat. Dadurch verliert der Gesetzgeber die Möglichkeit, die Gesetzeslage umfassend zu überblicken. Die unbewusste Lücke kann auch in den Fällen entstehen, in denen der Gesetzgeber zu unbestimmten Rechtsbegriffen, zu wertausfüllungsbedürftigen Begriffen oder zu Generalklauseln greift⁶⁴⁷. Der Gesetzgeber hat sich in diesen Fällen weder zur Erlaubnis noch zum Verbot der Rechtsfortbildung Gedanken gemacht⁶⁴⁸.

d) Die nachträgliche Lücke

Der Wandel der Weltanschauung kann Lücken zur Entstehung bringen, die man früher nicht bemerkt hat und die man als solche des geltenden Gesetzes jetzt erkennt⁶⁴⁹. Eine Lücke kann wegen der Veränderung der Verhältnisse entstehen. Das gilt nicht nur für den Wandel der Wertung, sondern auch für den Wandel der tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf die Regelungsobjekte⁶⁵⁰.

Zwar versucht der Gesetzgeber, eine optimale Regelungsdichte⁶⁵¹ für die Zeit, in der das Gesetz gelten soll, zu erreichen. Die Lage, an die der Gesetzgeber primär gedacht hat, ändert sich. Die gesetzliche Dichte wird lockerer. Die nachträgliche Gesetzeslücke⁶⁵² ist also die Lü-

⁶⁴⁶ C.-W. Canaris, S. 135; H. M. Pawlowski, Rdnr. 129 – Beide bezeichnen diese Lücke als „Anschauungslücke“.

⁶⁴⁷ R. Wank, Auslegung, S. 97.

⁶⁴⁸ R. Wank, Auslegung, S. 97.

⁶⁴⁹ Z. B. Gleichbehandlung zwischen den ehelichen und unehelichen Kindern oder eine Debatte über Ehe zwischen Homosexuelle in kürzer Zeit usw.

⁶⁵⁰ Vgl. BVerfGE 82, 6 (12 f.); K. Engisch, S. 185.

⁶⁵¹ W. Brugger, AöR 119 (1994), S. 17.

⁶⁵² Vgl. K. Engisch, S. 185 – Er nennt die nachträgliche Lücke als „sekundäre Lücke“.

ckenhaftigkeit der Gesetzeskonzeption durch ein vom Gesetzgeber nicht vorhersehbares Ereignis⁶⁵³.

In der Gegenwart stellt die Gesetzgebung eine an die Zukunft orientierte Handlung dar. Normalerweise entstehen nachträgliche Lücken dadurch, dass infolge der technischen oder der wirtschaftlichen Entwicklung neue Fragen auftauchen, die im Rahmen des Regelungszwecks, des von der Grundabsicht des Gesetzes erfassten Regelungsbereichs, nunmehr der Regelung bedürfen, die aber der Gesetzgeber noch nicht gesehen hat⁶⁵⁴. Beispielhaft sei die Frage angeführt, ob Rauschgiftsucht wie Trunksucht als Entmündungsgrund angesehen werden kann, weil § 6 BGB über Rauschgiftsucht schweigt. Aber die Wissenschaft hat mittlerweile herausgefunden, dass Rauschgiftsucht ebenso gefährlich wie Trunksucht ist⁶⁵⁵.

3. Zusammenfassung

Da durch die herkömmlichen Methoden zur Lückenausfüllung nicht alle Lücken ausgefüllt werden können, sondern nur die Anwendungsprobleme des Einzelfalls vorläufig gelöst werden⁶⁵⁶, ist der Gesetzgeber nicht aus seiner Pflicht entlassen, den lückenhaften Zustand neu zu regeln. Die wiederholte Analogieanwendung trägt auch nicht unbedingt zur Rechtsicherheit bei⁶⁵⁷. Hier stellt sich die Frage, wie eine solche Lücke gefüllt werden soll, wenn sie nicht nur einen Einzelfall betrifft, sondern das gesamte Gesetz beeinträchtigt.

Gegenwärtig übernimmt das Verfassungsgericht die Aufgabe, die evidente Gesetzeslücke⁶⁵⁸, wegen derer ein Gesetz verfassungswidrig zu werden droht, endgültig zu schließen⁶⁵⁹. Während die Ausfüllung der

⁶⁵³ *W. Rupp-v. Brünneck*, in: FS für *G. Müller*, 1970, S. 374.

⁶⁵⁴ *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 200; *K. Larenz*, S. 379.

⁶⁵⁵ Siehe *C.-W. Canaris*, S. 185 f.

⁶⁵⁶ Vgl. *A. Burghart*, S. 99.

⁶⁵⁷ *A. Burghart*, S. 99.

⁶⁵⁸ BVerfGE 56, 54 (81).

⁶⁵⁹ Vgl. BVerfGE 3, 225 (242 ff.) – „Richtig ist, dass es sich bei Art. 3 Abs. 2 GG um eine allgemeine Rechtsregel handelt, deren Anwendung vom Richter - anders als die einer Spezialnorm - nicht nur oder doch überwiegend Beweiswürdigung und Subsumtion des Tatbestandes verlangt. Eine solche Norm stellt vielmehr besondere

Gesetzeslücke durch die Fachgerichte lediglich einzelfallbezogen ist, d. h. keine Abschaffung des betroffenen Gesetzes, sondern eine bloße Ausfüllung oder Ergänzung bedeutet, bedeutet die Ausfüllung der Gesetzeslücke durch das Bundesverfassungsgericht etwas anderes, weil diese Entscheidung Gesetzeskraft hat (§ 31 Abs. 2 BVerfGG) und deshalb alle Staatsorgane bindet (§ 31 Abs. 1 BVerfGG). Ob die Lückenausfüllung der Verfassungsgerichtsbarkeit genau so wie die der Fachgerichte verstanden werden kann, ist eher fragwürdig.

Anforderungen an die Kraft richterlicher Interpretation und Gesetzesergänzung. Doch ist diese Art rechtsfindender Lückenfüllung im modernen Rechtsstaat mehr und mehr zur echten richterlichen Aufgabe geworden“.

Viertes Kapitel: Beseitigung von Gesetzesmängeln als gesetzgeberische Pflicht

I. Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzesmängeln

1. Die Folgen von Gesetzesmängeln

Jedes Gesetz beruht auf zyklischem Verhalten: Die Norm wird vom Gesetzgeber gesetzt, von der Verwaltung angewandt, von der Rechtsprechung ausgelegt und aufgrund in der Anwendung gemachten Erfahrungen gegebenenfalls angepasst bzw. geändert⁶⁶⁰. Der gesetzgeberischen Anpassung kommt bei der Dichte unseres Gesetzgebungsnetzes und der überwiegend zeitlich nicht beschränkten Gesetzesgeltung in einer sich rasch wandelnden Umwelt wachsende Bedeutung zu⁶⁶¹.

Ein Gesetz wird befolgt, wenn es als taugliches Mittel geeignet ist, den gesetzgeberischen Zweck nach den Vorstellungen des Gesetzgebers zu erreichen. Die Klage über die zu vielen, zu unübersichtlichen und zu unverständlichen Gesetze ist schon alt⁶⁶². Viele unnötig pedantisch und kompliziert formulierte Gesetze⁶⁶³, also mangelhafte Gesetze erschweren die wirksame Befolgung des Gesetzes. Die Folgen sind eine Einbuße an Rechtssicherheit und Gerechtigkeit⁶⁶⁴.

Dem Gesetz kommt eine Steuerungsfunktion in der Gesellschaft zu: Das Gesetz sollte als ein Maßstab für die tatsächliche Lage gegeben werden, wenn die Lage nach Ansicht des Gesetzgebers veränderungswürdig ist. Wenn sich die Gesetzgebung dagegen nur an der tatsächlichen Lage ausrichtet und die Gesetze deshalb ständig in Bezug auf die veränderte Lage angeglichen werden, ist die Rechtssicherheit andererseits gefährdet. Das Ergebnis ist der Verlust des Geltungsanspruchs des Gesetzes und der Legitimation des Gesetzgebers.

⁶⁶⁰ *H. J. Schröder*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3 (1972), S. 282 f.

⁶⁶¹ *K. Meßerschmidt*, S. 1008.

⁶⁶² *P. Noll*, Gesetzgebungslehre, S. 167.

⁶⁶³ *P. Noll*, Gesetzgebungslehre, S. 166.

⁶⁶⁴ *U. Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 13.

2. Die Anpassungspflicht des Gesetzgebers

Unter der Anpassungspflicht ist eine allgemeine gesetzgeberische Pflicht zu verstehen, ein Gesetz durch Verbesserung, Korrektur oder Nachbesserung der aktuellen Lage anzugleichen. Dadurch kann aber kein normativ bindender Begriff der Anpassungspflicht begründet werden.

Das Bundesverfassungsgericht stellt zwar fest, dass der Gesetzgeber immer eine Anpassung ins Auge fassen muss⁶⁶⁵, durch die das Gesetz noch aufrechterhalten werden kann. Das Bundesverfassungsgericht erkennt der Anpassungspflicht keinen eigenständigen Charakter zu. Es verwendet den Begriff der „Anpassungspflicht“ als einen anderen Ausdruck für die Nachbesserungspflicht⁶⁶⁶.

Die Literatur unterscheidet sich hier nicht von der Rechtsprechung. Vor allem die Meinung, nach der die Nachbesserung als der weitere Begriff verstanden wird⁶⁶⁷, kennt keinen Unterschied zwischen der Nachbesserung und der Anpassung bzw. der Verbesserung⁶⁶⁸. Die Anpassungspflicht des Gesetzgebers ist dann die Pflicht, eine ursprünglich verfassungsmäßige begünstigende Regelungen an die neue Lage anzupassen, wenn sie durch eine Veränderung der tatsächlichen Umstände zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung führt⁶⁶⁹.

Dem Gesetzgeber ist es von Verfassungs wegen nicht grundsätzlich verwehrt, das Ergebnis des von ihm festgelegten, auf einen angemessenen Interessenausgleich zielenden Verfahrens aus besonderen Grün-

⁶⁶⁵ BVerfGE 97, 228 (264).

⁶⁶⁶ BVerfGE 67, 299 (328); 78, 179 (193); BVerfG, Beschluss v. 2. 11. 1981, NVwZ 1982, S. 306; 95, 335 (378).

⁶⁶⁷ Vgl. *M. Eisele*, S. 121 f.; *K. Meßerschmidt*, S. 1008 ff.; *R. Stettner*, DVBl. 1982, S. 1126 f.

⁶⁶⁸ Vgl. *R. Stettner*, DVBl. 1982, S. 1126 f.; *K. Meßerschmidt*, S. 753 u. 1008 ff.; *M. Eisele*, S. 124.

⁶⁶⁹ *M. Eisele*, S. 124 ff. – Sie qualifiziert sogar derartige Anpassungspflicht aus dem Art. 3 Abs. 1 GG ein subjektives öffentliches Recht der Benachteiligten auf Anpassung. Weiter hin vermischt sie die Nachbesserungspflicht und die Anpassungspflicht.

den weiter zu verbessern. Bei der Anpassung des Gesetzes müssen die Fragen nach dem Erlass des Gesetzes nachträglich gestellt werden, ob der ursprüngliche Zweck des Gesetzes erreichbar ist. Wenn es seinen Zweck nicht erreichen kann, müssen weitere Fragen gestellt werden, wo die Ursachen liegen, ob das Gesetz von vornherein mangelhaft war oder ob sich die dem Gesetz zugrunde liegenden Umstände verändert haben. In diesem Fall hat der Gesetzgeber erstens festzustellen, ob das Gesetz nicht ohne Verfassungsverstoß aufrechterhalten werden kann. Kommt der Gesetzgeber zu dem Ergebnis, dass eine Anpassungsgesetzgebung nicht geboten ist, so braucht das bestehende Gesetz nicht in einem förmlichen Verfahren bestätigt zu werden⁶⁷⁰. Wenn er feststellt, dass das beanstandete Gesetz ohne Anpassung an die neuen Umstände verfassungswidrig werden könnte, muss er tätig werden. In jenem Fall ist der Gesetzgeber verpflichtet, das mangelhafte Gesetz ab sofort nachzubessern oder zu korrigieren.

Zur Durchführung der Anpassungspflicht ist es nützlich, Wirkungsuntersuchungen durch Vollzugsstudien zu ergänzen, um das Zurechnungsproblem zu erleichtern und zugleich Anhaltspunkte dafür zu erhalten, wo man zur Verbesserung der Wirkungssicherheit des Gesetzes ansetzen sollte⁶⁷¹. Die Gesetzesfolgenabschätzung kann dazu beitragen⁶⁷². Die Entscheidung darüber, ob und in welcher Richtung das Gesetz angepasst bzw. geändert werden soll, verbleibt immer bei dem Gesetzgeber⁶⁷³.

Eine solche Anpassung verletzt dann das verfassungsrechtliche Willkürverbot, wenn der Gesetzgeber selbstgesetzte Maßstäbe für die Bewirkung des angemessenen Ausgleichs ohne irgendwie einleuchtenden Grund wieder verlässt und dadurch Ergebnisse hervorruft, die zu den selbstgesetzten Maßstäben und Ausgleichsschritten im Wider-

⁶⁷⁰ Vgl. *R. Steinberg*, *Der Staat* 26 (1987), S. 167; vgl. auch BVerfGE 77, 263 (272) – Die Einschätzung, ob veränderte Umstände eine Gesetzesänderung erforderlich machen, obliegt in erster Linie dem Gesetzgeber.

⁶⁷¹ *K. König*, in: *W. Schreckenberger/K. König/W. Zeh* (Hrsg.), *Gesetzgebungslehre*, S. 102.

⁶⁷² Vgl. oben II im zweiten Kapitel.

⁶⁷³ Vgl. BVerfGE 25, 1 (13); 54, 11 (39); 77, 263 (273); *H. J. Schröder*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 3 (1972), S. 282.

spruch stehen⁶⁷⁴. Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung umfasst nämlich die Verantwortung dafür, dass sowohl die erlassenen Gesetze als auch die geänderten Gesetze in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleiben⁶⁷⁵. Ein nur an die tatsächliche Lage anzupassen versuchender Gesetzgeber verfehlt seine Aufgabe, die Sozialfakten nach rationaler Reflexion zu gestalten⁶⁷⁶.

II. Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzesfehlern

Die Korrektur von Gesetzen ist eine Handlung, ein Gesetz durch Beseitigung von Fehlern mit der Verfassung wieder in Einklang zu bringen. Die Korrekturpflicht ist eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, ein wegen schwerwiegender Fehler im Hinblick auf seine Verfassungsmäßigkeit zweifelhaftes Gesetz der Verfassungsmäßigkeit annähern zu lassen.

1. Die Folge von Gesetzesfehlern

Die Fragen, welche Fehler der Tatbestand eines Gesetzes haben kann und welche Rechtsfolgen solche Fehler auslösen, müssen streng voneinander unterschieden werden⁶⁷⁷.

Die Unwirksamkeit, d.h. Nichtigkeit von fehlerhaften Gesetzen ist an zwei Voraussetzungen gebunden: Der Fehler muss schwer und offenkundig sein (evident)⁶⁷⁸. Aber die Beurteilung, welche Fehler als schwer und offenkundig eingestuft werden sollen, kann nicht einheitlich beantwortet werden. Es kann keinen bestimmten Maßstab zur Einstufung des Gesetzesfehlers geben, demgemäß dessen ein Gesetz als unwirksam oder als noch wirksam beurteilt werden kann. Die Lösung kann stets nur im Einzelfall gefunden werden⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ BVerfGE 86, 148 LS 1.

⁶⁷⁵ BVerfGE 88, 203 (310).

⁶⁷⁶ P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 161.

⁶⁷⁷ F. Ossenbühl, NJW 1986, S. 2806.

⁶⁷⁸ R. Novak, S. 39.

⁶⁷⁹ Vgl. R. Novak, S. 42.

a) Die Nichtigkeit des Gesetzes

Der formelle und materielle Gesetzesfehler hängt mit der Wirksamkeit des Gesetzes unmittelbar zusammen, während sich die Gesetzeslücke eher auf die effiziente Wirkung des Gesetzes bezieht. Wenn ein Gesetz formell oder materiell fehlerhaft ist, spricht dies im Prinzip gegen seine Rechtmäßigkeit. Ein solcher Fehler im Gesetz oder in der Gesetzgebung ist unabhängig vom Zeitverlauf oder veränderten Umständen. Er entwickelt sich nicht im Laufe der Zeit, sondern entsteht in einem einzigen Moment. Ein solches Gesetz verstößt gegen die Einheit der gesamten Rechtsordnung. Daher kann die Meinung von *C. Moench* nicht akzeptiert werden, wonach der Gesetzesfehler infolge eines Wandels im Sachbereich oder eines sich ändernden Rechts entstehe und die Verfassungswidrigkeit des betroffenen Gesetzes verursachen könne⁶⁸⁰. Diese Behauptung betrifft nach der hier vertretenen Ansicht nicht den Gesetzesfehler im engeren Sinne, sondern die Gesetzeslücke.

Ein Verfahrensfehler führt nur dann zur Nichtigkeit von Normen, wenn ein grober⁶⁸¹ oder evidenter Fehler im Gesetzgebungsverfahren begangen wurde⁶⁸². Das gebietet die Rücksicht auf die Rechtssicherheit.

Fehlt es an der Gesetzgebungskompetenz der erlassenden Körperschaft, dann ist die zustandgekommene Norm von Anfang an nichtig⁶⁸³, so dass eine rechtliche Kollision mit anderen Normen insoweit nicht entstehen kann. Der Bund kann nach Art. 71 GG zwar die Länder ermächtigen, im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes tätig zu werden. Den Ländern ist dies jedoch nicht gestattet,

⁶⁸⁰ Vgl. *C. Moench*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, S. 183.

⁶⁸¹ BVerfGE 31, 47 (53).

⁶⁸² BVerfGE 34, 9 (25).

⁶⁸³ Vgl. BVerfGE 31, 47 (53); *C. Gusy*, S. 184; *M. Kloepfer/K. Bröcker*, DÖV 2001, S. 3 - In Österreich ist es anerkannt, dass die staatliche Organqualität und abstrakte Zuständigkeit des Normurhebers wesentliche Erzeugungsvoraussetzung oder Mindestanfordernisse des Gesetzes sind. Ihr Mangel schließt das Zustandekommen einer generellen Rechtsvorschrift rechtlich aus. Vgl. *R. Novak*, S. 35 f.

weil es an einer Art. 71 GG entsprechenden Rechtsgrundlage zu ihren Gunsten fehlt⁶⁸⁴.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein materiell verfassungswidriges Gesetz regelmäßig *ipso iure* nichtig⁶⁸⁵. Nur eine Besonderheit des konkreten Falles, der etwa zur Gefahr des Versagens der Geltung des Gesetzes in dem verhältnismäßig viel größeren Bereich führen kann, kann die vorübergehende Gültigkeit bewirken⁶⁸⁶, um dem Gebot der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen. Ist der beanstandete Fehler aber schwer, z. B. in den Fällen, in denen es bei den fehlerhaften Gesetzen um die Verletzung von Grundrechten, verfassungsrechtlichen Institutionen oder Gesetzgebungszuständigkeiten geht, so sind sie von Anfang an nichtig.

Ein evidenten Fehler bei der Gesetzgebung führt unmittelbar zur Unwirksamkeit des beanstandeten Gesetzes. Die Frage der Evidenz kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Verfahrenssituation bzw. der zu regelnden Materie. Evidenz bedeutet Offenkundigkeit. Ein evidenten Gesetzesfehler ist ein schwerwiegender Fehler, der gleichzeitig offenkundig ist⁶⁸⁷. Ein „evidenten“ Gesetzesfehler kann in diesem Sinne als ein solcher bezeichnet werden, der dem Wesensmerkmal eines Gesetzes – der Wirksamkeit – entscheidend schadet.

b) „Noch wirksam“

aa) Offenbare Fehler

Ein offenbar formeller Fehler im Gesetz, z. B. ein Schreibfehler oder ein Rechenfehler, kann vom federführenden Ministerium korrigiert werden, ohne die Wirksamkeit des beanstandeten Gesetzes zu beeinträchtigen, wenn die Korrektur allen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Staatsorganen bekannt gemacht wird (§ 61 GGO). Bei Druck-

⁶⁸⁴ R. Stettner, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz (Kommentar), Bd. II, Art. 70 Rdnr. 33.

⁶⁸⁵ Vgl. BVerfGE 31, 47 (53); G. Schwerdtfeger, in: FS für H. P. Ipsen, S. 186.

⁶⁸⁶ Vgl. BVerfGE 21, 12 (39).

⁶⁸⁷ Vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2000, S. 253.

fehlern und anderen offenbaren Unrichtigkeiten im Bundesgesetzblatt genügt für eine Berichtigung des Bundesgesetzblatts die Mitteilung an die Schriftleitung (§ 61 Abs. 3 GGO).

Wenn ein solcher schlichter Fehler von den federführenden Ministerien nicht korrigiert wird, bleibt das Gesetz gleichwohl gültig. Der Gesetzgeber muss den Fehler aber sofort korrigieren, sobald er ihm bekannt wird. Eine Korrektur des Fehlers kann auch durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gefordert werden.

bb) Nicht evidente Fehler

Ein nicht evidenter Fehler bewirkt zwar nicht sofort die Unwirksamkeit eines Gesetzes im Ganzen. Dennoch kann es immer die Möglichkeit geben, dass ein Gesetz seine Geltung durch einen solchen Fehler einbüßen muss, wenn der Fehler nicht korrigiert wird.

Ein nicht evidenter Fehler kann vom Gesetzgeber selbst entdeckt und korrigiert werden. Ein derartiger Fehler scheint jedenfalls dann nicht evident zu sein, wenn die Staatspraxis und die sonst vorherrschende Auffassung davon ausgehen, dass das Verfahren in Ordnung sei⁶⁸⁸. Aber es ist noch offen, was für sonstige, nicht evidente Fehler im Gesetzgebungsverfahren gelten soll. Offen ist auch, wie sie überhaupt von anderen Fehlern abzugrenzen sind⁶⁸⁹. Die Fehler, die vom Gesetzgeber nicht entdeckt und deshalb nicht korrigiert werden, können auch Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht sein. Das Bundesverfassungsgericht kann das beanstandete Gesetz für noch verfassungskonform erklären, solange derartige Fehler nicht evident sind.

Ein schlichter Verfahrensfehler ohne gleichzeitigen Inhaltsfehler führt zu einer formellen Rechtswidrigkeit des Gesetzes⁶⁹⁰. Die verfassungswidrige Verkündung lässt das Gesetz gültig, obwohl rechtswidrige und aufhebbare Normen zustande kommen⁶⁹¹. Hingegen ist es dem

⁶⁸⁸ BVerfGE 34, 9 (25).

⁶⁸⁹ C. Pestalozza, in: BVerfG und GG, Bd. I, S. 537.

⁶⁹⁰ G. Schwerdtfeger, in: FS für H. P. Ipsen, S. 174.

⁶⁹¹ R. Novak, S. 49.

Bundesverfassungsgericht nicht erlaubt, die in fehlerhaften Verfahren erlassenen Straftatbestände weiter gelten zu lassen⁶⁹². Solche Gesetze sind in allen Fällen nichtig.

Das Bundesverfassungsgericht selbst darf aber den beanstandeten Fehler nicht korrigieren, weil eine solche Korrektur des Fehlers eine neue Gesetzgebung bedeutet. Es kann aber feststellen, inwiefern das Gesetz fehlerhaft ist und an den Gesetzgeber appellieren, es ab sofort zu korrigieren. Eine solche Feststellung und ein Appell haben zwingende Wirkung, kraft derer der Gesetzgeber unverzüglich handeln muss. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, ein fehlerhaftes Gesetz durch die angemessene Korrektur mit der Verfassung in Einklang zu bringen (Art. 20 Abs. 3 GG).

2. Die Korrekturpflicht des Gesetzgebers

Fehlerhafte Gesetze sind grundsätzlich zu korrigieren. Worauf sich die Korrekturpflicht des Gesetzgebers im Einzelnen bezieht, bestimmt sich nach der Art des Fehlers und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

a) Die Nichtigerklärung

aa) *Ipsa iure* nichtig

Ob das für verfassungswidrig erklärte Gesetz vom Zeitpunkt der Kollision an (*ex tunc*) oder erst ab dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts seine Geltung verliert (*ex nunc*), ist eines der am häufigsten diskutierten Themen der Normenkontrolllehre⁶⁹³.

Ein evident fehlerhaftes Gesetz ist *ex tunc* nichtig, unabhängig vom Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das kein Gestaltungs-, sondern ein Feststellungsurteil ist. Hält das Bundesverfassungsgericht die formellen oder inhaltlichen Fehler in einem Gesetz für evident, so dass

⁶⁹² BVerfGE 26, 41 (42); 47, 109 (124).

⁶⁹³ Vgl. K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 367 ff.; K. Röhl, S. 606 ff.; E. Benda/E. Klein, Rdnr. 1245 ff.; H. Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, S. 257.

das beanstandete Gesetz gegen das Grundgesetz verstößt, erklärt es das beanstandete Gesetz für nichtig. Das Bundesverfassungsgericht stellt die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes nur fest. Das Gesetz verliert seine Geltung nicht erst mit der Nichtigkeitserklärung des Bundesverfassungsgerichts, sondern es war von Anfang an nichtig (*ipso iure*).

bb) Keine Korrekturpflicht des Gesetzgebers bei Nichtigkeit

In der Regel führt die festgestellte Nichtigkeit des Gesetzes nicht zu einer Lücke oder einem regelungslosen Zustand⁶⁹⁴, sondern zum verfassungsmäßigen Zustand⁶⁹⁵. Ein Handeln des Gesetzgebers ist dazu deshalb nicht mehr erforderlich⁶⁹⁶. Die Nichtigkeitserklärung vermag nicht die positive Rechtsetzungsdirektive zu ersetzen, denn eine Neuregelung unterbleibt⁶⁹⁷. Für eine legislative Fehlerbeseitigung bei der Nichtigkeitsklärung des Bundesverfassungsgerichts besteht keine irgendwie geartete verfassungsrechtliche Pflicht⁶⁹⁸.

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 berechtigt⁶⁹⁹, aber nicht verpflichtet. Wenn er die Rechtslage nach der Aufhebung durch das Bundesverfassungsgericht 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 abzuschaffen⁷⁰⁰.

⁶⁹⁴ W. Rupp-v. Brünneck, in: FS für G. Müller, S. 367 – Nach ihr zwingt die Sachlage häufig den Gesetzgeber, die nichtige Norm alsbald durch die der wenn gesetzlichen Vorschriften formell, d. h. im Tenor der Entscheidung, für nichtig erklärt werde. Sie vermischt aber damit die Nichtigkeitsklärung und Unvereinbarerklärung. Vgl. dieselbe, S. 366 ff. Verfassung entsprechende neue Vorschrift zu ersetzen,

⁶⁹⁵ J. Blüggel, S. 62.

⁶⁹⁶ C. Gusy, S. 183.

⁶⁹⁷ P. Gerber, Die Rechtssetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1989, S. 706.

⁶⁹⁸ M. Kleuker, S. 31; J. Ipsen, Rechtsfolge, S. 213.

⁶⁹⁹ C. Gusy, S. 183; K. Schlaich/S. Koriath, RdNr. 412.

⁷⁰⁰ K. Schlaich/S. Koriath, RdNr. 412 f.; J. Blüggel, S. 11.

Eine über die Feststellung der Nichtigkeit einer beanstandeten Norm hinausgehende Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts (*obiter dictum*) zur zukünftigen Regelung eines Rechtsgebiets ist nicht zulässig⁷⁰¹.

b) Unvereinbarerklärung

aa) Die Unvereinbarerklärung als eine Schöpfung des Bundesverfassungsgerichts

Verstößt ein Gesetz gegen die Verfassung, so wird es vom Bundesverfassungsgericht gemäß §§ 78 S. 1, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG für nichtig erklärt. Das Bundesverfassungsgericht ist von diesem Grundsatz immer häufiger abgewichen und hat die Norm lediglich für mit dem Grundgesetz „unvereinbar“ erklärt, ohne dass eine gesetzliche Grundlage dafür vorhanden war⁷⁰². Trotz heftiger Kritik an der vom Bundesverfassungsgericht geschaffenen Unvereinbarerklärung hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Unvereinbarerklärung durch das 4. Änderungsgesetz zum BVerfGG vom 21. 12. 1970 (BGBl. I. S. 2229) in den §§ 31 Abs. 2, 79 Abs. 1 BVerfGG normiert. Seitdem hat das Bundesverfassungsgericht in vielen Fällen von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht⁷⁰³.

Die Unvereinbarerklärung wählt das Bundesverfassungsgericht, wenn mehrere Wege zur Beseitigung des festgestellten Verfassungsverstoßes in Betracht kommen und die Auswahl dem Gesetzgeber überlassen bleiben soll⁷⁰⁴. Es hat die Unvereinbarerklärung für Fälle entwickelt⁷⁰⁵, in denen das kontrollierte Gesetz gegen den allgemeinen Gleichheits-

⁷⁰¹ Vgl. BVerfGE 93, 121 (150 ff.) – Abweichende Meinung von Richter E. W. Böckenförde.

⁷⁰² W. Heyde, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in: FS für H. J. Faller, 1984, S. 53; P. E. Hein, S. 11.

⁷⁰³ Vgl. J. Blüggel, S. 18, Anm. 22 und Anhang.

⁷⁰⁴ Vgl. BVerfGE 28, 324 (362 f.); 81, 242 (263); 82, 60 (84); 87, 153 (178); 93, 121 (148); 102, 68 (98); W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102 (1977), S. 19.

⁷⁰⁵ Siehe über die Fallgruppeneinordnung der Unvereinbarerklärung in Brüggel, S. 18 ff. ausführlich.

satz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstößt⁷⁰⁶, in denen verfassungswidrige Teile einer Norm nicht klar abgrenzbar sind⁷⁰⁷, in denen durch die Nichtigklärung ein Zustand geschaffen würde, der der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der verfassungswidrigen Regelung selbst⁷⁰⁸, in denen der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen⁷⁰⁹ und in denen die Verfassung nicht bloße Normvernichtung, sondern Normerhaltung fordert⁷¹⁰.

Die Unvereinbarerklärung führt auf der Seite des Anwenders – Judikative und Exekutive – dazu, dass das für unvereinbar erklärte Gesetz, ebenso wie das für nichtig erklärte Gesetz, in der Regel nicht mehr angewandt werden darf⁷¹¹, es sei denn, dass das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich dessen vorläufige Anwendbarkeit anordnet⁷¹². Das Gericht des Ausgangsfalles hat auch ein anhängiges Verfahren auszusetzen⁷¹³, bis der Gesetzgeber das verfassungswidrige Gesetz durch eine mit der Verfassung in Einklang stehende neue Rechtslage ersetzt hat⁷¹⁴.

⁷⁰⁶ Dazu *P. E. Hein*, S. 43 ff, 52; *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 389 ff.; die einschlägigen Entscheidungen siehe in *J. Blüggel*, Anm. 24 ff., S. 19 ff.

⁷⁰⁷ Vgl. BVerfGE 83, 130 (154); 87, 153 (177); 89, 381 (394 f.); 92, 158 (186).

⁷⁰⁸ BVerfGE 87, 153 (177 f.); 90, 60 (104 f.); *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 393 f.; *P. E. Hein*, S. 117 ff.; *M. Kleuker*, S. 37.

⁷⁰⁹ BVerfGE 28, 324 (362 f.); 81, 242 (263); 82, 60 (84 ff.); 84, 114 (151); 102, 68 (98).

⁷¹⁰ Dazu *J. Blüggel*, S. 89. – Nach der *J. Blüggel* ist das der Fall, wenn 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.

⁷¹¹ BVerfGE 37, 217 (261); 55, 100 (110); 61, 319 (356); 87, 234 (262 f.); 91, 389 (404).

⁷¹² BVerfGE 37, 217 (262 f.); 61, 319 (356 f.) – Ausnahmsweise sind verfassungswidrige Vorschriften aber voll oder teilweise weiter anzuwenden, wenn die Besonderheit der für verfassungswidrig erklärten Norm aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere aus solchen der Rechtssicherheit, notwendig macht, die verfassungswidrige Vorschrift als Regelung für die Übergangszeit bestehen zu lassen, damit zu dieser Zeit nicht in ein Zustand besteht, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige. Vgl. auch 91, 389 (404).

⁷¹³ Vgl. BVerfGE 37, 217 (261); 55, 100 (110); 61, 319 (356); *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 401; *P. E. Hein*, S. 36; einschlägige Beispiele der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bei *J. Blüggel*, S. 95, Anm. 468.

⁷¹⁴ Vgl. BVerfGE 55, 100 (110); 81, 363 (383 f.); *J. Blüggel*, S. 95.

bb) Verschonung von der Nichtigkeit

Das Gesetz, das bereits bei seinem Erlass mit einem evidenten formellen oder inhaltlichen Fehler behaftet war, ist in der Regel von Anfang an nichtig⁷¹⁵. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass das beanstandete Gesetz verfassungswidrig und deshalb nichtig ist, ist deklaratorisch. Ausnahmsweise kann das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aufgeben, das Gesetz zu korrigieren, wenn die Nichtigkeitserklärung ein vom Verfassungsrecht noch entfernteres Ergebnis verursachen würde und das Bundesverfassungsgericht eine solche Lage vermeiden will⁷¹⁶. Die Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zur Korrektur verpflichtet, kommen deshalb selten vor. Die Verpflichtung zur Korrektur ist ein Ausnahmefall in der Verfassungsrechtsprechung.

Ein Gesetz, das zum Gegenstand der Korrekturpflicht des Gesetzgebers wird, ist ein fehlerhaftes Gesetz. Es wird trotz seines Fehlers von der Nichtigkeitserklärung verschont. Dieser „Verschonungsfilter“ des Bundesverfassungsgerichts sollte aber nur verwendet werden, solange er erforderlich ist, wenn also das Bundesverfassungsgericht keine andere Möglichkeit findet. Ansonsten kann ein Zustand der Rechtsunsicherheit entstehen. Die Verfassung kann einen verfassungswidrigen Zustand nicht lange dulden. Ein solches Gesetz sollte dementsprechend für nichtig erklärt werden.

Die Korrektur kann nur vom Gesetzgeber vorgenommen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat keine Befugnis, einen in dem Gesetz vorhandenen Fehler selber zu beseitigen. Es ist nur befugt, entweder ein solches Gesetz, das unter einem evidenten Fehler leidet, im normalen Fall für nichtig oder im besonderen Fall für unvereinbar zu erklären. Denn die Unvereinbarerklärung enthält nur ein Unwerturteil über das beanstandete Gesetz⁷¹⁷. Das Bundesverfassungsgericht darf also zu keiner anderen Entscheidung außer der Unvereinbarerklärung gelan-

⁷¹⁵ Siehe II 1. a) im vierten Kapitel.

⁷¹⁶ BVerfGE 58, 257 (280 f.); 61, 319 (356 f.); 76, 171 (189); vgl. *U. Steiner*, BB, Beilage 3/1989, S. 8.

⁷¹⁷ Vgl. *K. Schlaich/S. Korioth*, Rdnr. 396.

gen, wenn es ein Gesetz von der Nichtigkeit verschonen will. Denn wenn es ein solch fehlerhaftes Gesetz z. B. für verfassungskonform erklärt, wird das beanstandete Gesetz trotz seines Fehlers als ein verfassungsgemäßes Gesetz anerkannt⁷¹⁸. Die Geltung des fehlerhaften Gesetzes muss eingeschränkt werden.

cc) Die Korrekturpflicht des Gesetzgebers

Die Pflicht zur Korrektur entsteht erst durch die Unvereinbarerklärung des Bundesverfassungsgerichts. Bis zur Entscheidung ist von der Wirksamkeit des Gesetzes auszugehen. Der Gesetzgeber ist an die Erklärung des Bundesverfassungsgerichts gebunden; er muss das beanstandete Gesetz sofort korrigieren, so dass es sich wieder im verfassungsmäßigen Zustand befindet. Das Bundesverfassungsgericht kann gleichzeitig an den Gesetzgeber in unterschiedlicher Form appellieren. Bei der Unvereinbarerklärung mit dem Appell handelt es sich um eine Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht mit einer Fristsetzung oder mit dem Handlungsauftrag den Gesetzgeber verpflichtet, das trotz des Fehlers von der Nichtigklärung verschonte Gesetz zu korrigieren⁷¹⁹. Der Appell an den Gesetzgeber und die mit ihm verbundene Frist sollte den Gesetzgeber in den Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarerklärung statt der Nichtigklärung wählt, rechtlich binden⁷²⁰.

Das Bundesverfassungsgericht kann dem Gesetzgeber bei der Unvereinbarerklärung eine bestimmte Frist setzen, innerhalb derer der Gesetzgeber das betroffene Gesetz entweder neu erlässt oder aufhebt. Unterlässt der Gesetzgeber trotz des Ablaufs der Frist seine Pflicht, so verstößt er gegen die Bindung aus Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG.

Dass das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz, das trotz des Ablaufs der Frist vom Gesetzgeber nicht korrigiert wird, erneut für nichtig erklären muss, ist umstritten⁷²¹. Ein solches Gesetz sollte ohne erneute

⁷¹⁸ Vgl. *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 395 f.

⁷¹⁹ BVerfGE 5, 337 (346 ff.); 21, 12 (40 f.); 23, 242 (266 f.).

⁷²⁰ *C. Pestalozza*, in: BVerfG und GG, Bd. I, S. 560.

⁷²¹ Vgl. *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 414 f.

Nichtigerklärung seine Geltung endgültig verlieren. Das Bundesverfassungsgericht bräuchte also nicht noch einmal zu entscheiden, wenn es den Gesetzgeber mit einer bestimmten Frist verpflichtet. Die nicht verfassungsgemäße Lage sollte im Hinblick auf die Rechtssicherheit möglichst schnell überwunden werden. Das bei Gerichten anhängige Verfahren sollte mit dem Ablauf der Frist zur Korrektur des Gesetzgebers aufgrund der Nichtigkeit des beanstandeten Gesetzes entschieden werden⁷²².

c) **Andere abweichende Entscheidungen**

Das Bundesverfassungsgericht darf die verfassungskonforme Auslegung im Fall des evidenten Gesetzesfehlers nicht verwenden. Ein Gesetz, dessen Verfassungsmäßigkeit aufgrund eines evidenten Fehlers bezweifelt wird, muss das Bundesverfassungsgericht im Prinzip für verfassungswidrig, deshalb für nichtig erklären⁷²³. Nur in Ausnahmefällen, in denen ein Rechtsvakuum oder ein von der Verfassungsordnung noch entfernterer Zustand durch die Nichtigerklärung entstehen kann, kann das Bundesverfassungsgericht das beanstandete Gesetz für unvereinbar erklären⁷²⁴.

Dass das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz für verfassungskonform erklärt, bedeutet, dass das beanstandete Gesetz wie andere Gesetze verfassungsgemäß ist. Der mit der Erklärung, das Gesetz sei verfassungskonform, beigefügte Appell an den Gesetzgeber ist in diesem Fall überflüssig. Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, die verfassungsmäßigen Gesetze noch zu korrigieren.

3. Nichterfüllung der Korrekturpflicht

Wenn der Gesetzgeber seine Korrekturpflicht nicht erfüllt, sollte das verschonte Gesetz mit dem Ablauf der Korrekturfrist ungültig werden. Dadurch kann eine vorläufige verfassungswidrige Lage geheilt werden.

⁷²² Vgl. *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 414.

⁷²³ Vgl. *E. Benda/E. Klein*, Rdnr. 1280 ff.

⁷²⁴ Siehe II 2. b) im vierten Kapitel.

Da aber das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber nur in den Fällen verpflichtet, in denen bei einer Nichtigerklärung eine noch verfassungswidrigere bzw. eine von der Verfassung noch entferntere Situation entstünde⁷²⁵, stellt sich die Frage, wie ein gesetzloser Zustand oder eine noch von der Verfassung entferntere Situation überwunden werden kann, wenn der Gesetzgeber trotzdem die Korrekturpflicht nicht erfüllt oder unterlässt. Man könnte denken, dass das Bundesverfassungsgericht die Situation zwar mit dem Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 32 BVerfGG) regeln kann. Aber das Bundesverfassungsgericht ist kein Ersatzgesetzgeber und eine einstweilige Anordnung auch nur eine vorläufige Lösung.

Außerdem muss man auch fragen, ob das Bundesverfassungsgericht in eine verfassungswidrige Situation grenzenlos eingreifen kann. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, dass es eine einstweilige Anordnung nicht erlässt, wenn es eine Entscheidung treffen müsste, die über das hinausgeht, was das Gericht in der Hauptsache anordnen kann⁷²⁶. Im Eilverfahren müssen die Grenzen der Kompetenzverteilung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Gesetzgeber daher noch enger gesteckt werden, als dies im Hauptsacheverfahren der Fall ist. Die Grenzen der Eingriffsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts sind nicht immer allgemein klar abzustecken⁷²⁷. Für einen gesetzlosen Zustand trägt allein der Gesetzgeber die Verantwortung.

III. Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzeslücken

1. Nachbesserung von lückenhaften Gesetzen

Die Nachbesserung von Gesetzen hat zum Ziel, ein lückenhaftes Gesetz mit der Verfassung wieder in Einklang zu bringen. Die Nachbesserungspflicht ist eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers,

⁷²⁵ BVerfGE 76, 171 (189).

⁷²⁶ Vgl. BVerfGE 7, 99 (105 f.); 14, 192 (194).

⁷²⁷ BVerfGE 18, 87 (93).

ein wegen veränderter Umstände und wegen einer durch den Zeitverlauf entstandenen Lücke im Hinblick auf seine Verfassungsmäßigkeit zweifelhaftes Gesetz der Verfassungsmäßigkeit anzunähern. Die herkömmlichen Auffassungen behandeln aber die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers nur oberflächlich. Weder die Rechtsprechung noch die Literatur erklären den Begriff der Nachbesserungspflicht, seine Ableitbarkeit und Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Gewaltenteilungsprinzip ergeben⁷²⁸. Hier soll der Versuch unternommen werden, die Nachbesserungspflicht nach der Art der Gesetzeslücke zu erörtern.

Der Gesetzgeber sollte schon beim Erlass eines Gesetzes in Kauf nehmen, das Gesetz ab diesem Zeitpunkt nachbessern zu müssen, um es an die tatsächlichen Umstände anzupassen, mit denen er nicht gerechnet hat. Es stellt sich die Frage, wie und wann der Gesetzgeber erkennt, dass sein Gesetz nachzubessern ist. Der Gesetzgeber ist aufgrund seiner Organisation und der Komplexität der Rechtsordnung in der heutigen Zeit mit der Aufgabe überfordert⁷²⁹, seine Gesetze ständig zu beobachten und gegebenenfalls sofort nachzubessern. Der Gesetzgeber erkennt den Zeitpunkt einer erforderlichen Nachbesserung manchmal erst, wenn das Gesetz dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorgelegt wird. Deshalb hat der Eintritt einer zur Nachbesserung verpflichtenden Situation regelmäßig erst dann Konsequenzen für die Verfassungsmäßigkeit des nachbesserungsbedürftigen Gesetzes, wenn das Bundesverfassungsgericht mit seinem Spruch und der Fristsetzung eine Zäsur für die verfassungsrechtliche Beurteilung gesetzt hat⁷³⁰.

⁷²⁸ Siehe II 4. b) im zweiten Kapitel.

⁷²⁹ BVerfGE 18, 305 (317 ff.).

⁷³⁰ R. Steinberg, Der Staat 26 (1987), S. 172.

2. Beseitigung von Gesetzeslücken

a) Die Lückenausfüllung

Nach herkömmlicher Methodenlehre⁷³¹ und der Meinung des Bundesverfassungsgerichts⁷³² sind Feststellung und Ausfüllung einer Gesetzeslücke Aufgaben der Rechtsprechung. Das Lückenproblem beschäftigte die Juristen meistens nur in Zusammenhang mit der Rechtsfortbildung unter dem Gesichtspunkt der Auslegung⁷³³. Aber eine Abgrenzung zwischen Auslegung und Lückenausfüllung ist kaum durchführbar⁷³⁴. Deshalb wird die Lückenausfüllung als nichts anderes als die „Fortsetzung der Auslegung“, aber „auf anderer Stufe“ betrachtet⁷³⁵.

Die Gesetzeslücke führt zu Anwendungsschwierigkeiten des Gesetzes, zu seiner Funktionsschwäche und zur Unvollständigkeit und Widersprüchlichkeit des gesamten Gesetzessystems. Je größer die Distanz zwischen dem Gesetz und den tatsächlichen Umständen wird, desto weniger kann das Gesetz Geltung beanspruchen. Die tatsächliche oder rechtliche Entwicklung kann jedoch eine bis dahin eindeutige und vollständige Regelung lückenhaft, ergänzungsbedürftig und zugleich ergänzungsfähig werden lassen⁷³⁶. Die Gerichte sind daher befugt und verpflichtet zu prüfen, was unter den veränderten Umständen „Recht“ im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG ist⁷³⁷.

⁷³¹ K. Larenz, S. 370 ff.; K. Engisch, S. 175 ff.; C.-W. Canaris, S. 172 ff.; B. Rütters, § 23 f.; H. M. Pawloski, Rdnr. 453 ff.

⁷³² Vgl. BVerfGE 82, 6 (12 ff.).

⁷³³ G. Müller, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, 1979, S. 1.

⁷³⁴ G. Müller, Inhalt und Form, S. 104.

⁷³⁵ C.-W. Canaris, S. 25.

⁷³⁶ Vgl. BVerfGE 34, 269 (288); 82, 6 (12) – „Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Lückenfeststellung und -schließung findet ihre Rechtfertigung unter anderem darin, dass Gesetze einem Alterungsprozess unterworfen sind. Sie stehen in einem Umfeld sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauungen, mit deren Wandel sich auch der Norminhalt ändern kann“.

⁷³⁷ BVerfGE 82, 6 (12).

aa) Die Feststellung der Lücke

Die Feststellung einer Gesetzeslücke ist die Voraussetzung zur Schließung der Gesetzeslücke⁷³⁸. Eine Lücke ist festgestellt, wenn keine Norm zur Lösung des beanstandeten Falls in einem Gesetz gefunden werden kann, obwohl der Fall eine solche Norm erfordert. Weil aber diese Feststellung eine kritische Bewertung des Gesetzes am Maßstab seiner eigenen Teleologie und des Gleichbehandlungsgrundsatzes verlangt, führt die Feststellung oft gleichzeitig zur Ausfüllung der Gesetzeslücke⁷³⁹.

Ebenso wie die Frage, in welcher Weise eine Lücke zu schließen ist, erfordert auch die Feststellung einer Lücke eine rechtliche Wertung⁷⁴⁰. Sie setzt eine Betrachtung des einfachen Gesetzesrechts voraus, zu dessen Erforschung das Bundesverfassungsgericht nicht berufen ist⁷⁴¹.

bb) Die Methoden der Lückenausfüllung

Als die Normenkontrolle durch die Verfassungsgerichtsbarkeit noch nicht bekannt war, war die Lückenausfüllung hauptsächlich Aufgabe der betroffenen Richter. Die Rechtsprechung darf aufgrund der vermuteten und bekannten Lücken nicht ein Urteil verweigern, sondern muss die Lücke selber schließen⁷⁴², solange eine solche Lückenausfüllung noch keine gesetzeskorrigierende bzw. gesetzesschaffende Tätigkeit ist. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Aufgabe der Rechtsprechung ohne weiteres anerkannt⁷⁴³. Offen bleibt die Frage, was das Bundesverfassungsgericht mit der „schöpferischen Rechtsfindung“ im Falle einer Rechtslücke⁷⁴⁴ gemeint hat.

⁷³⁸ C.-W. Canaris, 71 ff.; K. Larenz, S. 401; H. M. Pawlowski, Rdnr. 475; F. Bydliński, Methodenlehre, S. 474.

⁷³⁹ K. Larenz, S. 401 f.; ausführlich siehe C.-W. Canaris, S. 144 ff.

⁷⁴⁰ Vgl. C.-W. Canaris, S. 93 f.

⁷⁴¹ BVerfGE 18, 85 (93).

⁷⁴² Vgl. K. Larenz, S. 368 f.

⁷⁴³ P.-J. Peine, S. 298; vgl. BVerfGE 3, 225 (243 f.); 34, 269 (288 f.); 82, 6 (12); 82, 286 (305).

⁷⁴⁴ BVerfGE 3, 225 (242).

(1) Die Analogie

Der Analogieschluss ist ein Schluss vom „Besonderen aufs Besondere“, während der deduktive Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere und der induktive Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine geht. Die traditionell anerkannte richterliche Methode der Lückenausfüllung ist die Analogie⁷⁴⁵, bei der der Richter, sofern er keine direkt anwendbare Norm findet, eine ähnliche Bestimmung sucht und sie auf den zu entscheidenden Fall anwendet. Ihre Rechtfertigung liegt in dem Gebot der Gerechtigkeit, gleichartige Fälle gleich zu behandeln⁷⁴⁶.

Das Bundesverfassungsgericht ist der Meinung, dass die Methode der Analogie den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird⁷⁴⁷. Die Analogie geht zwar über die Auslegung im engen Sinne hinaus, indem sie den Anwendungsbereich einer Norm auf einen Fall erstreckt, der von ihrem Wortlaut nicht erfasst wird. Wenn die durch die Analogie entstehende Rechtsfortbildung innerhalb des beschriebenen verfassungsrechtlichen Rahmens geschieht, ist sie keine Äußerung unzulässiger richterlicher Eigenmacht, durch die der erkennbare Wille des Gesetzgebers beiseite geschoben und durch eine unabhängig getroffene richterliche Abwägung der Interessen ersetzt wird. Vielmehr wird anhand der Wertungen des Gesetzes ermittelt, ob eine Lücke besteht und in welcher Weise sie geschlossen werden soll⁷⁴⁸. Die fachgerichtliche Beurteilung, ob der Sachverhalt eine Analogie rechtfertigt, unterliegt nur in eingeschränktem Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.

Die Beantwortung der Frage, ob sich die tatsächlichen Verhältnisse seit Schaffung der Norm in einer der analogen Anwendung rechtfertigenden Weise verändert haben, obliegt zunächst ebenfalls den Fachgerichten⁷⁴⁹. Die Eingriffsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts sind deshalb nicht immer allgemein klar abzustecken, weil ein gewisser Spielraum, der die Berücksichtigung der besonderen Lage

⁷⁴⁵ BVerfGE 82, 286 (304 f.); vgl. auch BVerfGE 13, 153 (164); *K. Röhl*, S. 653.

⁷⁴⁶ *K. Larenz/C.-W. Canaris*, S. 211.

⁷⁴⁷ BVerfGE 82, 6 (12).

⁷⁴⁸ BVerfGE 82, 6 (12).

⁷⁴⁹ BVerfGE 82, 6 (13); vgl. auch BVerfGE 80, 1 (34).

des Einzelfalls ermöglicht, dem richterlichen Ermessen erhalten bleiben.

(2) Umkehrschluss (*argumentum e contrario*)

Der Umkehrschluss ist das Gegenstück zum Analogieschluss⁷⁵⁰. Da das Gesetz die Rechtsfolge R nur an den Tatbestand A geknüpft hat, gilt sie für andere Tatbestände nicht, auch wenn diese A ähnlich sein sollten⁷⁵¹. Ein solches Schweigen des Gesetzgebers bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber eine Antwort verweigern will, sondern dass er dadurch für den Fall eine bestimmte Folge nicht will. Deshalb ist dieser Schluss nur dann berechtigt, wenn die Beschränkung der Rechtsfolge R gerade auf den Tatbestand A ersichtlich vom Gesetzgeber gewollt oder nach der Teleologie des Gesetzes geboten ist⁷⁵².

Der Umkehrschluss, der einer analogen Ausdehnung der gesetzlichen Rechtsfolgenordnung entgegensteht, ist allein dann begründet, wenn auch der Zweck bzw. die Wertung des Gesetzes nur auf den ausdrücklich vom Gesetz erfassten Fallbereich zutreffen⁷⁵³.

(3) Teleologische Reduktion

Nicht selten erfasst eine Norm nach ihrem Text solche Lebenssachverhalte, die nach dem Normzweck nicht erfasst werden sollen. Dann besteht die Gefahr, dass die buchstabengetreue Anwendung der Norm nach dem Textsinn dazu führen kann, dass der vom Gesetz verfolgte Zweck in sein Gegenteil verkehrt würde⁷⁵⁴.

Von der teleologischen Reduktion oder von der einschränkenden Auslegung spricht man, wenn die im Gesetz enthaltene, nach ihrem insoweit eindeutigen Wortsinn zu weit gefasste Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck oder dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zu-

⁷⁵⁰ F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 476.

⁷⁵¹ K. Larenz/C.-W. Canaris, S. 103; R. Wank, Auslegung, S. 103.

⁷⁵² K. Larenz/C.-W. Canaris, S. 103.

⁷⁵³ F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 477.

⁷⁵⁴ B. Rüthers, Rdnr. 902.

kommenden Anwendungsbereich zurückgeführt, reduziert wird⁷⁵⁵. Hier zeigt sich der Vorrang des Normzwecks gegenüber dem Wortlaut einer Vorschrift besonders deutlich⁷⁵⁶. Die Rechtfertigung der teleologischen Reduktion liegt in dem Gebot der Gerechtigkeit, Ungleiches ungleich zu behandeln⁷⁵⁷.

(4) Die Berufung auf Rechtsprinzipien

Als Methoden zur Lückenausfüllung werden auch allgemeine Rechtsprinzipien verwandt⁷⁵⁸. Auf die allgemeinen Grundsätze hat bereits das Preußische Allgemeine Landrecht in § 49 der Einleitung verwiesen. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann auch als ein Beispiel genannt werden. Aber das berühmteste Beispiel ist Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei der bewährten Lehre und Überlieferung“ (Art. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch)⁷⁵⁹.

Die Begriffe „Rechtsidee“, „rechtsethische Prinzipien“, „Grundsätze der Gerechtigkeit“, „Natur der Sache“ usw., die zur Lückenausfüllung verwandt werden, sind aber zu weit und unbestimmt⁷⁶⁰. Sie besitzen keinen verlässlichen, intersubjektiv gültigen Bedeutungsgehalt. Es besteht hier die Gefahr, dass der Richter unter dem Vorwand der Lückenausfüllung willkürlich Recht schafft.

⁷⁵⁵ K. Larenz/C.-W. Canaris, S. 211; H. M. Pawlowski, Rdnr. 493 ff.; R. Wank, Auslegung, S. 104; B. Rütters, Rdnr. 903.

⁷⁵⁶ H. M. Pawlowski, Rdnr. 493; B. Rütters, Rdnr. 903; R. Wank, Auslegung, S. 104.

⁷⁵⁷ K. Larenz/C.-W. Canaris, S. 211; F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 480.

⁷⁵⁸ Vgl. BVerfGE 18, 224 (236 ff.).

⁷⁵⁹ Weitere Beispiele siehe F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 481 f.

⁷⁶⁰ B. Rütters, Rdnr. 916; vgl. F. S. v. Thun, Können Gesetzestexte verständlicher formuliert werden?, in: J. Rüdiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, S. 433 f.

cc) Die Grenze der Lückenausfüllung

Ist der Richter nach Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 97 GG an das Gesetz gebunden, so darf er weder gegen Gesetz noch gegen die Verfassung (verfassungsmäßige Ordnung) verstoßen⁷⁶¹. Die Lückenausfüllung ist daher nur in den verfassungsrechtlichen Grenzen möglich⁷⁶², die Rechtsstaatsprinzip und insbesondere Gewaltenteilungsprinzip ziehen. Aber die Methodenlehre hat bisher verkannt, dass die Auslegung als Ermittlung des gesetzgeberischen Willens weitgehend ohne Berücksichtigung des Verfassungsrechts möglich ist⁷⁶³.

Das Bundesverfassungsgericht hat erkannt, dass „die schöpferische Füllung“ weiter Lücken auf der Grundlage einer richtungsweisenden Klausel eine herkömmliche und stets bewältigte richterliche Aufgabe ist⁷⁶⁴. Auch wenn sich bei der Rechtsfortbildung in verstärktem Maße das Problem des Umfangs richterlicher Gesetzesbindung stellt, ist die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Lückenausfüllung – Rechtsanwendung – auch in der Praxis darauf beschränkt, ob das Fachgericht in vertretbarer Weise eine einfachgesetzliche Lücke angenommen und geschlossen hat und ob diese Erweiterung des Normenbereichs Wertungen der Verfassung, namentlich Grundrechten widerspricht. Solange die Lückenausfüllung durch die Gerichte nicht gegen das Grundgesetz verstößt, kann die beanstandete Lücke ausgefüllt werden.

Sofern eine Gesetzeslücke entsteht, schließt der Richter die Lücke selber. Wenn aber die Lücke zu evident und unerträglich ist⁷⁶⁵, dann könnte die Ausfüllung einer solchen Lücke an eine verfassungsrechtliche Grenze stoßen, die der Richter nicht überschreiten darf. Die Annahme, dass der Richter ohne weiteres befugt sei, durch die Ausbildung von Richterrecht in den vom Gesetzgeber freigelassenen Raum vorzudringen, solange nur nicht dessen Entscheidung klar entgegenstehe, ist mit der verfassungsrechtlich gebotenen Trennung von Ge-

⁷⁶¹ Vgl. *R. Wank*, Rechtsfortbildung, S. 99; *H.-P. Schneider*, Richterrecht, S. 29.

⁷⁶² BVerfGE 82, 6 (12).

⁷⁶³ Vgl. *R. Wank*, Auslegung, S. 99; ähnlich, *H.-P. Schneider*, Richterrecht, S. 30 f.

⁷⁶⁴ Vgl. BVerfGE 3, 225 (243 f.); 13, 153 (164); 18, 224 (237 f.); 82, 6 (11 f.).

⁷⁶⁵ BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 652.

setzung und Rechtsprechung unvereinbar⁷⁶⁶ und damit ein Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.

Die Lückenausfüllung muss dort enden, wo die Auswahl zwischen mehreren möglichen Lösungen eine „politisch weltanschaulich oder sonst außerjuristisch bestimmte Willensentscheidung darstellt“⁷⁶⁷. Die Lückenausfüllung darf in Situationen, in denen die Anwendung des Gesetzes unter geänderten gegenwärtigen Umständen zu offenbar unvernünftigen Ergebnissen führen würde⁷⁶⁸, nicht vorgenommen werden, sondern der Richter muss dem Bundesverfassungsgericht das beanstandete Gesetz vorlegen.

Die Unmöglichkeit der Lückenausfüllung durch den Richter ist kein Verstoß gegen den Grundsatz des Rechtverweigerungsverbots. Ein Gericht ist nämlich nicht befugt und berufen, eine Entscheidung nach Willkür oder auch nach Opportunitäts Gesichtspunkten zu treffen⁷⁶⁹. Der Richter übergeht den Gesetzgeber mit einer dem aktuellen Wortverständnis entgegengesetzten Begriffsbestimmung⁷⁷⁰. Der Richter sollte das Rechtsverweigerungsverbot mit dem Rechtsfortbildungsgebot nicht verwechseln⁷⁷¹.

Der Richter darf nicht den Gesetzgeber korrigieren wollen. Die grundsätzliche Zuständigkeit zum Erlass von Gesetzen verbleibt beim Gesetzgeber⁷⁷². Der Richter ist an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch ein Begriff wie der des „übergesetzlichen Notstandes“ darf nur zur Lückenausfüllung, nicht aber zur Gesetzesberichtigung dienlich sein⁷⁷³. Die Rechtsprechung kann nie wie der Gesetzge-

⁷⁶⁶ C.-W. Canaris, S. 37.

⁷⁶⁷ C. Mayer, S. 242.

⁷⁶⁸ Vgl. J. Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 149 – Er nennt noch weitere 10 Fällen, in denen contra legem gezogen werden darf.

⁷⁶⁹ K. Engisch, S. 206.

⁷⁷⁰ A. Burghart, S. 102.

⁷⁷¹ Vgl. J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, S. 54.

⁷⁷² Vgl. E. Baden, in: J. Rüdiger, Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, S. 399.

⁷⁷³ K. Engisch, S. 224; ähnlich J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, S. 45; R. Wank, Rechtsfortbildung, S. 239.

ber bewusst in die Zukunft planend soziale Gesamtzustände verändern⁷⁷⁴.

b) Die unausfüllbare Gesetzeslücke

aa) Verfassungswidrigwerden von Gesetzen

Gesetze veralten schnell; die Diskrepanz zwischen der gesetzlichen Regelung und der tatsächlichen Lage wächst. Gesetze können manche Fälle dann nicht mehr erfassen – es entsteht eine Lücke. Ein Gesetz wird allerdings aufgrund einer Lücke nicht sofort verfassungswidrig. Die Gesetzeslücke lässt sich zunächst durch die Rechtsprechung ausfüllen. Dadurch wird die Lücke geschlossen. Weil aber die Rechtskraft eines gerichtlichen Urteils in der Regel⁷⁷⁵ nur zwischen den Verfahrensbeteiligten wirkt, ist damit keine allgemeine Ausfüllung der Lücke erreicht. Wenn eine Lücke so groß und evident wird, dass die Rechtsprechung sie durch die Methode der Lückenausfüllung nicht mehr schließen kann, muss die Verfassungsmäßigkeit des betroffenen Gesetzes bezweifelt werden.

Die Gesetzeslücke hängt mit der Wirksamkeit zusammen. Zwar verursacht die Gesetzeslücke den Geltungsverlust nicht sofort. Aber sie verursacht eine Funktionsschwäche und die Unvollständigkeit des Gesetzessystems. Die Gesetzeslücke bewirkt, dass sich das Gesetz von der Einheit der Rechtsordnung entfernt. In dem Maße, in dem sich aufgrund von Wandlungen Regelungslücken bilden, verliert das Gesetz seine Fähigkeit, für alle Fälle, auf die seine Regelung abzielt, eine gerechte Lösung bereit zu halten⁷⁷⁶. Mit dem gravierenden Geltungsverlust von Gesetzen aufgrund des Zeitablaufs wächst wiederum die Gesetzeslücke. Die Gesetzeslücke ist eher eine andere Erscheinung des Geltungsverlusts des Gesetzes. Die Gesetze können ihre Steuerungsfunktion in der Gesellschaft nicht mehr wahrnehmen und damit ihren Geltungsanspruch verlieren. Ein Gesetz kann also verfassungs-

⁷⁷⁴ P. Noll, Gesetzgebungslehre, S. 50.

⁷⁷⁵ Abgesehen vom Fall des § 47 VwGO.

⁷⁷⁶ BVerfGE 82, 6 (12).

widrig werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse verändern⁷⁷⁷. Die Ergebnisse sind Rechtsversagen⁷⁷⁸ und der Verlust der Legitimation.

bb) Verfassungsbeschwerde

Es stellt sich die Frage, ob eine Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung einer Gesetzeslücke mit Aussicht auf Erfolg begründet werden kann. Unterlässt es der Gesetzgeber längere Zeit, ein Gesetz an eine veränderte Lage anzupassen, kann die zwischenzeitlich entstandene Lücke eine Grundrechtsverletzung darstellen⁷⁷⁹. Ein allgemeines Kriterium, nach dem bestimmt werden kann, ob eine Grundrechtsverletzung vorliegt, ließ sich aber bisher nicht finden.

In der Fluglärmrechtsentscheidung⁷⁸⁰ hat sich das Bundesverfassungsgericht zwar zu den Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde im Fall der Unterlassung der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers geäußert. Die dieser Entscheidung zugrunde liegende Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht aber abgewiesen, weil der Gesetzgeber nicht gänzlich untätig geblieben, sondern seiner Pflicht zur Beobachtung nach der im Gesetz enthaltenen Regelung nachgekommen ist⁷⁸¹. Wird diese Regelung als unzureichend angesehen, dann ist sie auf dem zulässigen Rechtsweg anzugreifen, also z. B. im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Klage, bevor eine Verfassungsbeschwerde eingelegt werden kann. Nur im Ausnahmefällen kann unmittelbar eine Verfassungsbeschwerde erhoben werden, nämlich,

⁷⁷⁷ Vgl. BVerfGE 39, 169 (194); 54, 11 (36 f.); 56, 54 (78 f.); 59, 336 (357); 82, 6 (12); *J. Ipsen*, Rechtsfolge, S. 132 ff.; *C. Mayer*, S. 112.

⁷⁷⁸ *R. Holtschneider*, S. 19.

⁷⁷⁹ Vgl. BVerfGE 6, 257 (264 ff.) – Das Bundesverfassungsgericht beurteilte eine Verfassungsbeschwerde, die auf Ergänzung eines Gesetzes gerichtet war, als zulässig, da der Beschwerdeführer sich auf einen ausdrücklichen Gesetzgebungsauftrag des Grundgesetzes berufen konnte, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im wesentlichen bestimmte, und die Möglichkeit bestand, dass er durch die Unvollständigkeit der Regelung in einem Grundrecht, Art. 3 Abs. 1 GG, verletzt war. Vgl. auch BVerfGE 56, 54 (79).

⁷⁸⁰ BVerfGE 56, 54.

⁷⁸¹ BVerfGE 56, 54 (71).

wenn dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten ist, zunächst den Rechtsweg zu beschreiten⁷⁸².

Die Schwierigkeit einer solchen Verfassungsbeschwerde ist, dass man nicht genau feststellen kann, ab wann die Grundrechte wegen der unterlassenen Anpassung an die neue Lage verletzt sein. Sollte die Verfassungsbeschwerde wegen der gesetzgeberischen Unterlassung begründet sein, könnte der Gesetzgeber in eine unsichere Lage geraten, weil er von unabschätzbaren Sachverhalten abhängig ist. Beobachtung und Abschätzung können nicht gerichtlich kontrolliert werden. Ob eine Nachbesserung vorgenommen werden muss oder nicht, entscheidet der Gesetzgeber selber.

Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, dass auch bei Grundrechtsverletzungen zunächst der Rechtsweg zu beschreiten ist, bevor eine Verfassungsbeschwerde erhoben werden kann (Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG, § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG)⁷⁸³ Das bedeutet, dass gegen Verwaltungsakte in erster Linie eine Anfechtungsklage erhoben werden muss⁷⁸⁴, auch wenn die Rechtsverletzung auf eine Unterlassung des Gesetzgebers zurückgeführt wird.

cc) Die Vorlagepflicht

Rührt der Verfassungsverstoß von einem gewandelten Verfassungsverständnis her, wird es schon schwieriger, den Zeitpunkt des Umschlages in die Verfassungswidrigkeit zu bestimmen, während sich die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes verhältnismäßig leicht bestimmen lässt, wenn der Verfassungsverstoß durch die Änderung eines anderen Gesetzes oder der Verfassung entsteht⁷⁸⁵.

Der Richter hat die Aufgabe, die Gesetzeslücke in den Fällen zu schließen, in denen er entscheiden muss. Aber es bedeutet nicht, dass der Richter trotz der evidenten Gesetzeslücke ohne weiteres das Richterrecht durch eigene Interpretation des Willens des historischen Ge-

⁷⁸² Vgl. BVerfGE 56, 54 (71 f.).

⁷⁸³ Vgl. BVerfGE 63, 45 (72); 64, 135 (143).

⁷⁸⁴ Vgl. BVerfGE 56, 54 (68 f.).

⁷⁸⁵ Vgl. C. Mayer, S. 126.

setzgebers fortzubilden hat⁷⁸⁶. Der Richter prüft, ob es geboten erscheint, aus verfassungsrechtlichen Gründen eine solche Lücke unter Rückgriff auf die unmittelbar geltenden Vorschriften der Verfassung zu schließen⁷⁸⁷.

Ist die Lücke so groß oder evident, dass sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist und sie deshalb in der Rechtspraxis durch den Richter nicht ausgefüllt werden kann, muss der betroffene Richter überlegen, ob das beanstandete Gesetz aufgrund der Lücke verfassungswidrig ist. Der Richter muss das Gesetz dem Bundesverfassungsgericht vorlegen, um seine Verfassungsmäßigkeit prüfen zu lassen, bevor er den Fall entscheidet und dabei den Wortlaut des Gesetzes bei der Auslegung überstrapaziert (Art. 100 Abs. 1 GG; § 80 Abs. 1 BVerfGG). Bis das Verfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit des beanstandeten Gesetzes entscheidet, wird das von der Entscheidung abhängige Verfahren ausgesetzt (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG).

Die das Verfassungsrecht übersteigende Lückenausfüllung ist dem Richter nicht erlaubt. Die Rechtsfortbildung muss im Einklang mit den allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung und der verfassungsmäßigen „Wertordnung“ bleiben (Art. 20 Abs. 3 GG)⁷⁸⁸. Eine gesetzkorrigierende Lückenausfüllung des Richters kann mit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG angegriffen werden. Dazu muss der Beschwerdeführer geltend machen, er sei durch die angegriffene Entscheidung in einem seiner Grundrechte⁷⁸⁹ oder in den Art. 20 Abs. 4, Art. 33, Art. 38, Art. 101, Art. 103 oder Art. 104 GG enthaltenen Rechte verletzt⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ C.-W. Canaris, S. 37.

⁷⁸⁷ Vgl. BVerfGE 56, 37 (51)); BVerfG, Beschluss v. 21. 4. 1993, NJW 1993, S. 3316.

⁷⁸⁸ K. Larenz, S. 414 m. w. N. siehe C.-W. Canaris, Anm. 34, 35, 36, S. 25; vgl. H.-P. Schneider, Richterrecht, S. 20.

⁷⁸⁹ M. Eisele, S. 111.

⁷⁹⁰ Vgl. K. Röhl, S. 671 f.

c) Die Nachbesserung von Gesetzen, die unausfüllbare Lücken enthalten

Ein Gesetz, das im Verlauf der Zeit der tatsächlichen gesellschaftlichen Lage nicht mehr entspricht, nämlich unvollständig wird, ist lückenhaft. Die Gesetzeslücke an sich verursacht aber nicht sofort die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes. In solchen Fällen treten notwendig zwei Grundsätze in Widerspruch: Die Forderungen nach Rechtssicherheit und die Forderung nach Gerechtigkeit im Einzelfall.

aa) Die Rechtssicherheit

Der Gedanke der Rechtssicherheit fordert eine strikte Beachtung des formalisierten Rechts, und verbindet sich in dieser Forderung mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der wesentliche Rechtsergänzungen grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten hat⁷⁹¹.

(1) Vertrauensschutzgebot

Der Bürger kann also darauf vertrauen, dass bestimmte Regeln generell gelten, entsprechende Dispositionen nicht hinfällig werden und er damit letztlich an individueller Freiheit nicht verliert⁷⁹². Die gesetzlichen Normierungen sind grundsätzlich deshalb schon legitimiert. Die Gesetze entsprechen dem Prinzip der Volkssouveränität, müssen also auf die Urheberschaft aller Bürger rückführbar sein. Das Vorliegen „schutzwürdigen Vertrauens“ setzt grundlegend Zweierlei voraus: Einen Vertrauenstatbestand des Bürgers, der darauf beruht, dass der Einzelne sein Vertrauen in die Stabilität der bestehenden Rechtslage „investiert“ hat, und darüber hinaus die überwiegende Bedeutung dieses Vertrauenstatbestandes im Verhältnis zu dem Interesse des Staates an einer Änderung des gegenwärtigen Rechtszustands⁷⁹³.

Das Gesetz, dessen Verfassungsmäßigkeit wegen einer Lücke zweifelhaft ist, war ursprünglich ein verfassungsmäßiges Gesetz, das gültig

⁷⁹¹ R. Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit*, S. 355.

⁷⁹² Vgl. BVerfGE 82, 6 (12); J. Neuner, S. 86.

⁷⁹³ S. Muckel, *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzänderung*, 1989, S. 79.

ge Rechtsverhältnisse begründete. Die Bürger haben also eine hohe Erwartung hinsichtlich der dauerhaften Geltung des Gesetzes, sofern das Gesetz verfassungsmäßig erlassen wurde⁷⁹⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat auch angemerkt, dass ein eindeutiges und vollständiges Gesetz im Verlauf der tatsächlichen oder rechtlichen Entwicklung lückenhaft, ergänzungsbedürftig und zugleich ergänzungsfähig werden kann⁷⁹⁵.

(2) Beziehung zur materiellen Gerechtigkeit

Im Verlauf der Zeit ist das Spannungsverhältnis zwischen der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit immer wieder unterschiedlich gewichtet worden. Auch bei dem Problem des Vertrauensschutzes geht es um eine solche Abwägung⁷⁹⁶. Während der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit dafür spricht, die Vielfalt der zu regelnden Lebensverhältnisse möglichst lückenlos zu erfassen, erfordert der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit, auch den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht zu werden⁷⁹⁷. Durch ein gerichtliches Verfahren kann im Einzelfall Gerechtigkeit erreicht werden. Aber es bedeutet nicht, dass die Rechtssicherheit auch gleichzeitig vollständig gewährleistet werden kann. Rechtssicherheit und materielle Einzelfallgerechtigkeit stehen sich nicht selten gegenüber. Die Lückenausfüllung durch das Gericht kann nur Gerechtigkeit im Einzelfall sichern. Die Frage der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes kann dabei nicht geklärt werden, sondern haftet dem Gesetz weiterhin an.

(3) Fazit

Mit dem Zeitverlauf vergrößert sich die Diskrepanz zwischen seiner ursprünglichen und tatsächlichen Bedeutung. Ein Gesetz, das der neuen Lage nicht mehr entspricht, verursacht einen Vertrauensverlust. In dem Maße, in dem sich aufgrund solcher Wandlungen Regelungslücken bilden, verliert das Gesetz seine Fähigkeit, für alle Fälle, auf die

⁷⁹⁴ Vgl. *M. Eisele*, S. 200.

⁷⁹⁵ Vgl. BVerfGE 39, 169 (194); 54, 11 (38 f.); 56, 54 (79); 59, 336 (357); 82, 6 (12); 101, 158 (238); *J. Ipsen*, Rechtsfolge, S. 132 ff.; *C. Mayer*, S. 112.

⁷⁹⁶ Vgl. *R. Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit, S. 355 f.; *S. Muckel*, 60 ff.

⁷⁹⁷ *U. Gassner*, ZG 11 (1996), S. 41.

seine Regelung abzielt, eine gerechte Lösung bereit zu halten. Die Gerichte sind befugt und verpflichtet zu prüfen, was unter den veränderten Umständen „Recht“ i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG ist⁷⁹⁸.

Das Instanzgericht kann ein Gesetz aufgrund seiner Lücke nicht für verfassungswidrig erklären. Das Verfassungsgericht erklärt zwar das wegen der Lücke beanstandete Gesetz in dem konkreten Normenkontrollverfahren für nichtig. Aber die vom Bundesverfassungsgerichtsgesetz vorgesehenen Entscheidungsmöglichkeiten – Wirksamkeits- oder Nichtigkeitserklärung des Gesetzes – eignen sich für den Fall eines lückenhaften Gesetzes nur bedingt. Prinzipiell geeigneter erscheinen die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Entscheidungsformen der abweichenden Entscheidungen. Obwohl das Gesetz unter einer anfänglichen Lücke oder einer nachträglichen Lücke leidet, ist seine Verfassungsmäßigkeit im Grunde genommen nicht berührt, es sei denn, dass das Bundesverfassungsgericht es wegen dieser Lücke für nichtig erklärt.

Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist vom Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bestimmt, der im Vordergrund steht, wenn eine ursprünglich verfassungsgemäße Regelung über einen längeren Zeitraum zur Anwendung kommt. Sie leuchtet vor allem dann ein, wenn die Regelung über einen längeren Zeitraum als verfassungsgemäße Regelung angewendet wird, weil das Bundesverfassungsgericht die Verfassungskonformität ausdrücklich bestätigt hat. Der Gedanke der Rechtssicherheit muss hier im Vordergrund stehen, da der Zeitpunkt, in dem die verfassungsmäßige Regelung in eine verfassungswidrige umschlägt, kaum bestimmt werden kann⁷⁹⁹.

bb) Bedarf an Nachbesserung

Bei der Gesetzeslücke stellt sich die Frage, ob das beanstandete Gesetz trotz der Lücke noch im Einzelfall angewandt werden kann. Die Wirksamkeit des Gesetzes ist nicht berührt, es sei denn, dass die Gesetzeslücke evident ist. Die Gesetzeslücke ist nicht Gegenstand der

⁷⁹⁸ BVerfGE 82, 6 (12).

⁷⁹⁹ Vgl. *U. Steiner*, BB, Beilage 3/1989, S. 8.

Berichtigung, sondern der nachträglichen Ergänzung: der Nachbesserung. Um die so entstandene Lücke endgültig zu schließen, bedarf es einer weiteren neuen Gesetzgebung als Ergänzung.

Wird das Gesetz wegen einer Lücke dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt, so kann das Bundesverfassungsgericht je nach dem Schwergewicht der Lücke von der Wirksamkeit bis zur Nichtigkeit des Gesetzes unterschiedlich entscheiden. Es kann die Vorlage oder Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurückweisen, wenn die Lücke so gering ist, dass die Wirksamkeit des Gesetzes nicht berührt ist. Im Fall der konkreten Normenkontrolle setzt das vorlegende Gericht das ausgesetzte Verfahren fort und entscheidet nach herkömmlichen Methoden, z. B. durch analoge Rechtsanwendung.

Selbstverständlich kann das Bundesverfassungsgericht das beanstandete Gesetz für verfassungswidrig und damit nichtig erklären, wenn die Lücke die Verfassungswidrigkeit begründet, z. B. wenn eine ursprünglich verfassungsmäßige Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich untragbar geworden ist und die staatlichen Organe die in den Grundrechten verkörperten Grundentscheidungen durch weiteres Untätigbleiben evident verletzen⁸⁰⁰. In diesem Fall wird nicht von einer Nachbesserungspflicht geredet, weil der Gegenstand, der nachgebessert werden könnte, durch die Nichtigklärung nicht mehr vorhanden ist.

cc) Die Handlungspflicht des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber ist zwar nicht verpflichtet, ein Gesetz zu ändern, sofern es sich noch innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen bewegt⁸⁰¹. Das bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber deshalb nichts tun dürfte. Der Gesetzgeber hat mindestens die Pflicht, das Gesetz ständig zu beobachten und unter Umständen nachzubessern, auch wenn sein Gesetz noch innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen bleibt. Denn eine Diskrepanz zwischen der ursprünglichen gesetzge-

⁸⁰⁰ BVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1995, NJW 1996, S. 652; vgl. BVerfGE 56, 54 (81).

⁸⁰¹ BVerfGE 92, 53 (68 f.); 97, 271 (291).

berischen Prognose und der tatsächlichen Lage kann jeder Zeit entstehen oder schon entstanden sein⁸⁰². In diesem Sinne ist der Streit darüber, ob ein Verfassungsverstoß eine Voraussetzung der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers ist⁸⁰³ oder ein verfassungsmäßiges Gesetz auch zur Nachbesserungspflicht führen kann⁸⁰⁴, nicht weiterführend.

Ob die Nachbesserungspflicht als eine verfassungsrechtliche Pflicht betrachtet werden muss, kann normativ unter dem Grundgesetz noch nicht abschließend beantwortet werden. Denn das Grundgesetz trifft darüber keine ausdrückliche Regelung. Von der Verfassung wird die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers nicht positiv, sondern nur negativ vorgeschrieben; durch die Interpretation der Verfassung (Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG)⁸⁰⁵. Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers beruht insofern mittelbar auf dem Grundgesetz. Ob und wie das Gesetz im Wege der Nachbesserung gestaltet werden soll, kann der Gesetzgeber selber entscheiden, solange er die Grenze der Gestaltungsfreiheit nicht überschreitet.

3. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Nachbesserungspflicht

Das Bundesverfassungsgericht kann von der Nichtigkeitserklärung eines Gesetzes abweichen. In solchen Fällen gibt das Bundesverfassungsgericht unter den bereits erwähnten Umständen dem Gesetzgeber durch verschiedene Entscheidungsmöglichkeiten die Verpflichtung zur Gesetzesänderung auf, anstatt das betroffene Gesetz für nichtig zu erklären. Wenn z. B. die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes wegen einer Veränderung der Umstände oder eines Mangels bezweifelt wird, kann das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber auftragen, eine Nachbesserung vorzunehmen.

⁸⁰² Vgl. BVerfGE 49, 89 (130); 56, 64 (78 f.).

⁸⁰³ C. Mayer, S. 48.

⁸⁰⁴ K. Schlaich/S. Korioth, Rdnr. 424; E. Klein, in: E. Benda/E. Klein, Rdnr. 1282; M. Eisele, S. 179, Anm. 406.

⁸⁰⁵ Vgl. K. Stern, Staatsrecht 1/III, S. 1316 f.

Das bedeutet aber nicht, dass das Bundesverfassungsgericht der Meinung ist, dass der Gesetzgeber unbedingt verpflichtet ist, tätig zu werden. Zwar hat der Gesetzgeber nach dem Erlass des Gesetzes stets seine Wirksamkeit zu beobachten und es gegebenenfalls nachzubessern. Das Bundesverfassungsgericht darf aber nicht in die Kompetenz des Gesetzgebers eingreifen, auch wenn er seine Pflicht vernachlässigt bzw. unterlässt. Was das Bundesverfassungsgericht überprüfen darf und kann, ist nicht die bloße Unterlassung des Gesetzgebers, sondern das aufgrund seiner Unterlassung verfassungswidrig werdende Gesetz. Bis jetzt hat das Bundesverfassungsgericht in der Tat keine direkte Entscheidung über die Verletzung der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers getroffen. Das Bundesverfassungsgericht geht in diesen Fällen⁸⁰⁶ einen Umweg, indem es die Nachbesserungspflicht in den Entscheidungsgründen nur anreißt⁸⁰⁷ oder als *obiter dictum*⁸⁰⁸ betont; oft verbunden mit einem Appell oder einem befristeten Vorbehalt, das Gesetz für verfassungswidrig zu erklären⁸⁰⁹.

a) Gesetzeslücke und abweichende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Das streng binäre System der Verfassungsmäßigkeitsprüfung ist ausgeschaltet⁸¹⁰. Die Abweichung von der Dichotomie, die nur zwischen Verfassungsmäßigkeit und Verfassungswidrigkeit unterscheidet, ist keine Verschonung des Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht, sondern wegen der Gesetzeslücke unumgänglich. In den Fällen, in denen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes wegen Lücken zweifelhaft ist, sollte die sog. abweichenden Entscheidungen nicht als abweichende, sondern als ursprüngliche Entscheidungsform verstanden werden. Nach der Maßgeblichkeit der Lücken kann das Ergebnis der Verfassungsmäßigkeitsprüfung von der Nichtigkeit über die Unvereinbarkeit bis hin zur Verfassungsmäßigkeit reichen.

⁸⁰⁶ Z. B. BVerfGE 25, 1; 49, 89; 50, 290; 56, 54; 88, 203.

⁸⁰⁷ Vgl. BVerfGE 88, 203 (309 ff.).

⁸⁰⁸ Vgl. BVerfGE 56, 54 (78 ff.).

⁸⁰⁹ Vgl. BVerfGE 4, 157 (178); 16, 145 (146); 54, 173 (202); 56, 54 (81 f.); 62, 169 (181 f.); 85, 80 (91); 85, 97 (107); 92, 365 (401 f.).

⁸¹⁰ Dazu eingehend siehe C. Mayer, drittes Kapitel.

Die Nachbesserungspflicht sollte nicht in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, sondern auf die Art und Figur der Gesetzeslücke untersucht werden. Angenommen, dass die Gesetzeslücke der Gegenstand der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers ist, kann die Nachbesserungspflicht je nach Art und Stärke der Lücke unterschiedliche Ergebnisse notwendig machen. Insofern kann die abweichende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von diesem Ausgangspunkt aus neu verstanden werden.

Es stellt sich die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben, dass das Gesetz in absehbarer Zeit verfassungswidrig wird. Und es stellt sich die Frage, ob ein solches Gesetz noch verfassungsmäßig ist. Kein Gesetz darf also seine Verfassungsmäßigkeit nur aufgrund von Vermutungen oder Möglichkeiten verlieren, bis die durch die Verfassung legitimierten Staatsorgane die Verfassungswidrigkeit des betroffenen Gesetzes feststellen.

Häufig wird nun das Bundesverfassungsgericht angerufen, während eine derartige Entwicklung im Gang ist. Der Trend zeichnet sich zwar häufig bereits ab, dass das Gesetz verfassungswidrig zu werden droht, ist aber meist noch nicht abgeschlossen. Da es verlässliche Kriterien für den Abschluss eines Trends oder die endgültige Durchsetzung sozialer Anschauung nicht zu geben scheint, wird das Bundesverfassungsgericht vorsichtig argumentieren⁸¹¹. Auch der Gesetzgeber kann sich nur schwer auf den Wandel einstellen⁸¹².

Die „Nachbesserung“ kann – je nach der materiellen Verfassungslage – sowohl in der Form der Aufhebung als auch in der Form der Änderung einer zunächst verfassungsmäßigen Regelung bestehen⁸¹³.

⁸¹¹ Das Bundesverfassungsgericht vertritt seine Meinung als *obiter dicta* nur mittelbar Vgl. BVerfGE 25, 1; 56, 54.

⁸¹² C. Pestalozza, in: BVerfG und GG, Bd. I, S. 549.

⁸¹³ Vgl. BVerfGE 55, 274 (328); 57, 220 (248 f.).

b) Die verfassungskonforme Auslegung

aa) Der Vorrang der verfassungskonformen Auslegung

Das Bundesverfassungsgericht hat schon in einer frühen Entscheidung⁸¹⁴ die verfassungskonforme Auslegung entwickelt und darauf hingewiesen, dass sie einem jeden Richter obliegt. Das Bundesverfassungsgericht erklärt eine Norm nur dann für nichtig, wenn eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige, mit der Verfassung vereinbare Auslegung nicht möglich ist⁸¹⁵. Es hat die verfassungskonforme Auslegung in seiner ersten einschlägigen Entscheidung⁸¹⁶ 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 spricht nicht nur eine Vermutung dafür, dass ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sondern das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlangt auch im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes⁸¹⁷. Wenn es bei der Normenkontrolle eine Möglichkeit gibt, verfassungsgemäße und verfassungswidrige Alternativen zu wählen, so verpflichtet die vorrangige Bindung an die Verfassungsnormen den Rechtsanwender dazu, eine verfassungskonforme Alternative zu wählen. Es ist normativ verboten, die verfassungswidrige Auslegungsalternative zu wählen⁸¹⁸.

Der Diskussion um die verfassungskonforme Auslegung liegt die Tatsache zugrunde, dass die Gesetzesnormen wegen der Mehrdeutigkeit des Gesetzeswortlauts und des Gesetzeszwecks⁸¹⁹ in unterschiedlicher Weise ausgelegt werden⁸²⁰. Sie können deshalb bei einer möglichen Auslegungsalternative in Einklang mit der Verfassung stehen. Aber

⁸¹⁴ BVerfGE 2, 266.

⁸¹⁵ BVerfGE 86, 288 (320 f.).

⁸¹⁶ BVerfGE 2, 266.

⁸¹⁷ Vgl. BVerfGE 2, 266 (282).

⁸¹⁸ R. Zippelius, in: BVerfG und GG, Bd. II, S. 111; ders., Recht und Gerechtigkeit, S. 398.

⁸¹⁹ BVerfGE 2, 266 (282); 8, 28 (34); 18, 97 (111); 54, 277 (299); 63, 131 (147 f.); 71, 81 (105).

⁸²⁰ C. Moench, S. 19; R. Zippelius, Recht und Gerechtigkeit, S. 395.

sie können bei der anderen Auslegungsalternative gleichzeitig in Widerspruch zur Verfassung geraten⁸²¹. Darüber hinaus kann eine ursprünglich verfassungsmäßige Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich untragbar werden. Hier ist erforderlich, dass ein verfassungsmäßiger Zustand wiederhergestellt wird. Die verfassungskonforme Auslegung erlangt aufgrund ihrer Flexibilität erhebliche quantitative Bedeutung⁸²².

Die verfassungskonforme Auslegung soll sich in der Breite und dem Bereich generell zulässiger richterlicher Präzisierungen und Modifikationen des gesetzgeberischen Ziels bewegen und den Gesetzeszweck erhalten und bewahren⁸²³. Sie findet ihre Grenze an dem eindeutigen Sinn der Gesetze. Also darf sie nicht mit dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten⁸²⁴ und ihn in wesentlichen Punkten verfehlen oder verfälschen⁸²⁵. Sonst würde das Gericht nur die Kompetenzen des Gesetzgebers unzulässig an sich ziehen⁸²⁶. Die Idee des Normerhaltungsgebots geht von dem Gewaltenteilungsprinzip aus, wonach der Gesetzgeber bei der Entscheidung über die Erforderlichkeit einer Regelung und beim rechtspolitischen Orientierungsprozess demokratisch unmittelbar legitimiert ist, während das Bundesverfassungsgericht seine Legitimation vom durch das Volk gewählten Gesetzgeber ableiten muss⁸²⁷. Die verfassungskonforme Auslegung wird einerseits als Ausdruck des Respekts vor der gesetzgebenden Gewalt verstanden, die das Gericht veranlasst, in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat⁸²⁸. Dieser Gedanke bezieht sich auf die Idee des „judicial self-restraint“ (richterliche Zurückhaltung)⁸²⁹. Sie wird ande-

⁸²¹ R. Zippelius, in: BVerfG und GG, Bd. II, S. 108.

⁸²² C. Gusy, S. 213.

⁸²³ R. Zippelius, in: BVerfG und GG, Bd. II, S. 118; C. Moench, S. 21 f.

⁸²⁴ BVerfGE 2, 226 (282); 8, 28 (34); 71, 81 (105); H. Heußner, NJW 1982, S. 262.

⁸²⁵ Vgl. BVerfGE 8, 28 (34); W.-R. Schenke, NJW 1979, S. 1327.

⁸²⁶ BVerfGE 8, 28 (34).

⁸²⁷ R. Zippelius, in: BVerfGG und GG, Bd. II, S. 113; vgl. H. Heußner, NJW 1982, S. 262; BVerfGE 8, 28 (32 ff.); vgl. K. Meßerschmidt, S. 477 f.

⁸²⁸ A. Söllner, ZG 11 (1996), S. 249; H.-J. Vogel, NJW 1996, S. 1509; C. Moench, S. 19 – Er hält die verfassungskonforme Auslegung für die unterste Stufe verfassungsgerichtlicher Reaktion auf den verfassungswidrigen Normgehalt.

⁸²⁹ K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 493; W. Rupp-v. Brünneck, AöR 102 (1977), S. 19.

rerseits als ein Mittel der Rollenübernahme des Gerichts als negativer Gesetzgeber verstanden⁸³⁰. Insofern hat sie eine ambivalente Natur: einerseits Respekt vor dem Gesetzgeber, andererseits seine Außerachtlassung.

bb) Die Nachbesserungspflicht

Wenn der Gesetzeswortlaut den Regelungsgegenstand genau bezeichnet und der Zweck des Gesetzgebers klar erkennbar ist, hat die verfassungskonforme Auslegung keinen Raum. Alle Umstände sprachlich zu erfassen, ist jedoch unmöglich. Die Mehrdeutigkeit und vor allem die Bedeutungsänderung ist unvermeidbar. Der ursprünglich vom Gesetzgeber verfolgte Zweck entspricht nicht immer der gegenwärtigen Lebenslage. Also sollte der damalige Zweck in der Gegenwart neu interpretiert werden. Gesetzeslücken sind nicht zu vermeiden. In diesem Sinne kann die verfassungskonforme Auslegung des Bundesverfassungsgerichts als eine Lückenausfüllung verstanden werden, solange eine solche Lückenausfüllung keine das Gesetz korrigierende Wirkung hat.

Wenn das Bundesverfassungsgericht das beanstandete Gesetz für verfassungskonform erklärt, kann dieselbe Rüge nicht Gegenstand eines weiteren Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht sein, solange die tatsächlichen Verhältnisse die gleichen bleiben oder das Gericht seine Rechtsprechung nicht modifiziert⁸³¹. Das Bundesverfassungsgericht ist antragsabhängig. Es kann deshalb eine Entscheidung nur nach einem neuen Antrag erneut überprüfen und gegebenenfalls seine Rechtsprechung ändern⁸³². Sobald das Gericht den Regelungsgehalt des Gesetzes qualitativ neu bestimmt, wenn es mithin selbst gestalten würde, ist die Grenze der verfassungskonformen Auslegung überschritten⁸³³. Das Bundesverfassungsgericht übernimmt damit eine Funktion des Gesetzgebers, die dem Gesetzgeber nach dem Gewalten-

⁸³⁰ Vgl. *K. Chryssogonos*, S. 163; *W.-R. Schenke*, NJW 1979, S. 1327.

⁸³¹ Dazu vgl. *W.-R. Schenke*, NJW 1979, S. 1324.

⁸³² *P. Gerber*, DÖV 1989, S. 705 f.

⁸³³ *C. Moench*, S. 24; vgl. auch *R. Zippelius*, in: BVerfG und GG, Bd. II, S. 117.

teilungsprinzip zusteht⁸³⁴. Der Gesetzgeber erspart sich dadurch zwar eine neue Regelung⁸³⁵. Aber es könnte dennoch zu einer „Erstarrung des Gesetzgebers kommen“⁸³⁶. Der Gesetzgeber wollte wahrscheinlich die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts abwarten. Er wälzt seine Aufgabe, eine neue Regelung zu schaffen, auf das Bundesverfassungsgericht ab⁸³⁷.

Das Bundesverfassungsgericht könnte dem Gesetzgeber die Nachbesserung der beanstandeten Gesetze als eine Obliegenheit aufgeben, wenn das Gesetz wegen der Veränderung des Wortlautsinns und der Diskrepanz zwischen dem damaligen und dem gegenwärtigen Zweck verfassungswidrig zu werden droht: Zur Zeit der Normenkontrolle kann zwar das beanstandete Gesetz noch verfassungskonform ausgelegt werden. Dennoch hat der Gesetzgeber immer im Auge zu behalten, dass es bald in die Verfassungswidrigkeit umschlagen kann.

c) Die Unvereinbarerklärung und die Nachbesserungspflicht

Sinn und Zweck eines Gesetzes ändern sich mit der Zeit oder wegen neuer Kenntnisse oder Wertanschauungen. So entsteht die nachträgliche Gesetzeslücke. Ein Gesetz kann aufgrund einer nachträglichen Lücke mit der gegenwärtigen Verfassung nicht mehr im Einklang stehen oder mindestens unvollkommen werden⁸³⁸. In diesem Fall kann das Bundesverfassungsgericht das beanstandete Gesetz nicht einfach für verfassungswidrig und deshalb für nichtig erklären, weil seine Verfassungswidrigkeit noch nicht evident oder erkennbar ist. Hier gibt es einen Bedarf, den Mittelweg zwischen strikter Verfassungswidrigkeit und –mäßigkeit zu beschreiten. Die Unvereinbarerklärung hat hier ihre Berechtigung.

Wenn das Bundesverfassungsgericht im Gegensatz dazu eine Norm für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt, wird das für unvereinbar er-

⁸³⁴ R. Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit*, S. 400; vgl. auch U. Karpen, *Gesetzgebungslehre*, S. 105.

⁸³⁵ K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 439.

⁸³⁶ K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 439; P. Gerber, DÖV 1989, S. 705.

⁸³⁷ Vgl. K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 439; W.-R. Schenke, NJW 1979, S. 1329.

⁸³⁸ Vgl. C.-W. Canaris, S. 135 ff.

klärte Gesetz nicht eliminiert, sondern besteht fort⁸³⁹. Also tritt danach zunächst ein rechtlicher Schwebezustand ein⁸⁴⁰. Der Gesetzgeber ist gleichzeitig verpflichtet, den verfassungswidrigen Rechtszustand mit der Verfassung in Einklang zu bringen⁸⁴¹. Der Gesetzgeber darf also die als mit der Verfassung unvereinbar festgestellte Rechtslage nicht unverändert bestehen lassen, weil es ihm seine Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) gebietet, einen verfassungsmäßigen Rechtszustand herzustellen⁸⁴².

Der Gesetzgeber kann das für unvereinbar erklärte Gesetz entweder vollständig aufheben oder ändern⁸⁴³. Er hat mehrere Möglichkeiten, die verfassungswidrige Lage zu beseitigen⁸⁴⁴. Der Gesetzgeber kann also in dem Fall der Unvereinbarerklärung von Gesetzen aufgrund eines Gleichheitsverstößes die willkürlich ausgeschlossenen Personengruppen in der Neuregelung berücksichtigen oder den begünstigten Gruppen ihre Privilegien entziehen. Neben dieser Ergänzung kann er auch eine vollständige Neuordnung der Rechtslage schaffen. Welche der verschiedenen Möglichkeiten aber konkret angewandt wird, muss grundsätzlich der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen bleiben⁸⁴⁵. Wenn mehrere Möglichkeiten zur Bereinigung der verfassungswidrigen Rechtslage offen stehen, darf das Bundesverfassungsgericht keine Entscheidung in eine bestimmte Richtung treffen⁸⁴⁶. Nur wenn eine Vielzahl von Regelungsmöglichkeiten nicht feststellbar ist, muss das Bundesverfassungsgericht das beanstandete Gesetz für nichtig erklären⁸⁴⁷.

⁸³⁹ *H. Heußner*, NJW 1982, S. 258; *H.-P. Schneider*, NJW 1980, S. 2110; *J. Blüggel*, S. 115.

⁸⁴⁰ BVerfGE, 82, 126 (155); 87, 114 (136).

⁸⁴¹ Vgl. BVerfGE 32, 199 (221); 34, 9 (44); 37, 217 (262 f.); 41, 399 (426); 61, 319 (357); 87, 114 (136); *P. E. Hein*, S. 115; *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 411 f.; *H. Heußner*, NJW 1982, S. 258.

⁸⁴² *W. Heyde*, in: FS für H. J. Faller, S. 54; *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 411; *P. E. Hein*, S. 133 ff.; *H. Heußner*, NJW 1982, S. 258 ff.; *M. Kleuker*, S. 32.

⁸⁴³ *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 411.

⁸⁴⁴ Vgl. BVerfGE 28, 324 (362 f.); 81, 242 (263).

⁸⁴⁵ Vgl. BVerfGE 88, 203 (262); 99, 341 (354); 101, 106 (123 f.).

⁸⁴⁶ *P. E. Hein*, S. 43.

⁸⁴⁷ *P. E. Hein*, S. 52.

Ob das Gericht den Gesetzgeber bei der Unvereinbarerklärung durch eine Fristsetzung verpflichten darf, bis zum Ablauf der Frist tätig zu werden, ist umstritten⁸⁴⁸. Aber die Rechtmäßigkeit der Fristsetzung ist schon deshalb zu bejahen, weil der durch die Unvereinbarerklärung geschaffene Übergangszustand möglichst schnell beendet werden muss⁸⁴⁹.

Soweit keine Fristsetzung erfolgt, ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht gebunden, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine neue gesetzliche Regelung zu treffen⁸⁵⁰. Allerdings darf sich der Gesetzgeber nicht beliebig viel Zeit nehmen, auch wenn keine konkrete Frist vom Bundesverfassungsgericht gesetzt wird. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, „unverzüglich“⁸⁵¹, „alsbald“⁸⁵² bzw. „in angemessener Frist“⁸⁵³ die Rechtslage mit der Verfassung in Einklang zu bringen⁸⁵⁴, nämlich nachzubessern. Die unabsehbare Dauer des mit der Verfassung unvereinbaren Zustandes ist verfassungsrechtlich unerträglich.

Dass der Gesetzgeber nach der Unvereinbarerklärung des Bundesverfassungsgerichts tätig wird, ist als Nachbesserungshandlung zu verstehen. Ob und inwieweit er in anderer Hinsicht den für verfassungswidrig erklärten Rechtszustand für die Vergangenheit nachbessern muss, entscheidet der Gesetzgeber allein. Dabei gebührt ihm wegen der Komplexität der Materie eine angemessene Frist zur Sammlung von Erfahrungen⁸⁵⁵. Sollte sich dabei die Notwendigkeit zu einer Änderung der Rechtslage ergeben, wäre dafür eine ministerielle Arbeitsanweisung nicht mehr ausreichend. Die Neuregelung müsste vielmehr den Erfordernissen des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts Rechnung tragen⁸⁵⁶.

⁸⁴⁸ Vgl. BVerfGE 98, 365 (402); 99, 300 (332); 101, 158 (238); *K. Schlaich/S. Kori-oth*, Rdnr. 411.

⁸⁴⁹ *K. Schlaich/S. Kori-oth*, Rdnr. 411.

⁸⁵⁰ Vgl. BVerfGE 55, 100 (110); *P. E. Hein*, S. 166; *J. Blüggel*, S. 109.

⁸⁵¹ BVerfGE 87, 114 (151); 92, 158 (186).

⁸⁵² BVerfGE 88, 5 (17); 90, 60 (105).

⁸⁵³ BVerfGE 81, 363 (384); 82, 126 (155).

⁸⁵⁴ *J. Blüggel*, S. 109.

⁸⁵⁵ Vgl. BVerfGE 43, 291 (321); 45, 187 (252); 95, 267 (315).

⁸⁵⁶ BVerfGE 95, 267 (315).

d) Die Appellentscheidung

aa) Ein Sonderfall der Vereinbarung

Wegen der Zeitbedingtheit des Rechts gibt es grundsätzlich nie die auf Ewigkeit bestehende Vereinbarkeit eines Gesetzes mit der Verfassung, sondern immer nur eine zeitlich konkretisierte Konkordanz. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann sich dabei nur auf den aktuellen Zeitpunkt der Entscheidung beziehen, denn sie kann nur die gegenwärtigen Umstände berücksichtigen, die zum entscheidungsrelevanten Zeitpunkt zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führen müssen. Das verfassungsrechtliche Prinzip der Optimierung der gesetzlichen Ausgestaltung der Verfassung gebietet dem Gesetzgeber, auf die sich anbahnende Rechtsänderung hinzuweisen: Er muss die Gesetze beobachten und gegebenenfalls nachbessern.

In der Literatur werden vor allem die Rechtsfolgen des Appells bzw. der Gesetzgebungsaufträge im Zusammenhang mit einer sogenannten „Nochvereinbarung“ diskutiert⁸⁵⁷. Noch verfassungsmäßige Rechtslagen sind solche, die sich auf dem Weg zur Verfassungswidrigkeit befinden, sie aber noch nicht vollends erreicht haben⁸⁵⁸. Aus der Sicht der Lückenlehre kann man feststellen, dass ein Gesetz wegen einer nachträglich entstandenen Lücke verfassungswidrig zu werden droht. Die Lücke ist aber nicht evident, weshalb das Gesetz „noch verfassungsgemäß“ ist.

Den Appell kann das Bundesverfassungsgericht im Prinzip mit allen Entscheidungsformen, ausgenommen der Nichtigkeitserklärung verbinden. Nach überwiegender Ansicht begründet der Appell in diesem Fall keine Handlungsverpflichtung des Gesetzgebers⁸⁵⁹. Er ist vielmehr als ein Hinweis, als eine bloße Aufforderung oder Mahnung an den Gesetzgeber zu verstehen, die „weitere Entwicklung im Auge zu

⁸⁵⁷ Vgl. E. Benda/E. Klein, Rdnr. 1279 ff.; K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 419 ff. m. w. N.

⁸⁵⁸ C. Pestalozza, in: BVerfG und GG, Bd. I, S. 540; K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 419.

⁸⁵⁹ Vgl. K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 426; M. Keuker, S. 84 ff.; B.-O. Bryde, S. 395 f.

behalten“ und, falls erforderlich, legislative Maßnahmen zu ergreifen⁸⁶⁰. Die Folge des Appells ist nämlich keine Verpflichtung, sondern bloß eine Obliegenheit des Gesetzgebers⁸⁶¹. Er ist nur insofern gehalten tätig zu werden, als er den Eintritt und die Folge einer verfassungswidrigen Lage vermeiden will. Der Gesetzgeber wird somit „politisch“ gedrängt, nicht aber rechtlich verpflichtet.

Der Gesetzgeber ist grundsätzlich von Verfassungs wegen verpflichtet, die verfassungswidrige Lage so bald wie möglich zu beseitigen⁸⁶². Aber da er Zeit braucht, um die Lage genau zu prüfen, setzt ihm das Bundesverfassungsgericht manchmal eine bestimmte Frist⁸⁶³. Die Frist wird dem Gesetzgeber gewährt, damit er genau prüfen kann, ob die Verfassungswidrigkeit auch aus seiner Sicht vorliegt⁸⁶⁴. Die Normen, die nicht fristgemäß erneuert oder nachgebessert werden, dürfen vom Bundesverfassungsgericht in einem neuen Verfahren für verfassungswidrig erklärt werden. Die zwischenzeitliche Entwicklung kann allerdings das Bundesverfassungsgericht auch veranlassen, die früher gesetzte Frist zu verlängern⁸⁶⁵.

bb) Die Nachbesserungspflicht

Mit der Appellentscheidung greift das Bundesverfassungsgericht nicht in den der Legislative vorbehaltenen Funktionsbereich ein, denn die Entscheidung deutet lediglich absehbare Widersprüche zur Verfassung an, bleibt also streng normakzessorisch; nicht aber determiniert sie die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit im Sinne einer bestimmten politischen Regelung⁸⁶⁶. Die Norm ist nämlich noch verfassungsmäßig. Der Umschlag in die Verfassungswidrigkeit ist nicht im Voraus abzu-

⁸⁶⁰ *E. Benda/E. Klein*, Rdnr. 1280; *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 426 ff.

⁸⁶¹ *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 426.

⁸⁶² BVerfGE 15, 337 (351).

⁸⁶³ BVerfGE 43, 291 (321); 45, 187 (252); 95, 267 (315); 101, 158 (238); 102, 68 (98 f.); 102, 197 (223) – Die Fristsetzung ist nicht einheitlich und nicht immer mit bestimmten Daten verbunden, z. T. wurde auch auf das Ende der Legislaturperiode des Bundestags abgestellt oder einfach Nachbesserung innerhalb angemessener Zeit gefordert.

⁸⁶⁴ BVerfGE 15, 337 (351).

⁸⁶⁵ Vgl. BVerfGE 33, 1 (12); 36, 146 (172); 40, 276 (284).

⁸⁶⁶ *C. Moench*, S. 184 ff.

sehen. Demgemäß ist auch eine auf einen bestimmten Zeitpunkt fixierte Handlungspflicht des Gesetzgebers nicht begründbar⁸⁶⁷.

Eine Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts, den Gesetzgeber zu verpflichten, besteht ohnehin nicht. Wenn das Bundesverfassungsgericht sich aufgrund der unmittelbar bevorstehenden Verfassungswidrigkeit für befugt hält, die Legislative zu verpflichten, ist dies nicht im Sinne einer konstitutiven Verpflichtung als Rechtsfolge des Appells zu verstehen. Die Pflicht wird auch in diesem Fall nicht durch den Gesetzgebungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts begründet. Eine solche Pflicht ergibt sich vielmehr aus der Verfassung und wird lediglich in Form des Appells festgestellt und konkretisiert. Die Pflicht zu erfüllen, also das Gesetz nachzubessern, liegt in der Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers und kann vom Bundesverfassungsgericht in der Regel nur begrenzt nachgeprüft werden⁸⁶⁸.

Diese Appellentscheidungspraxis kann also nur akzeptiert werden, wenn die Mahnung als für den Gesetzgeber unverbindlich verstanden werden kann. Insofern dürfte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber „vorschlagen“, das verfassungswidrig gefährdete Gesetz nachzubessern. Der Appell ist kein allgemeiner Hinweis an die Adresse des Gesetzgebers, ihn treffe im Falle des Verfassungswidrigwerdens eine Nachbesserungspflicht.

Diese Rechtsprechung zum „unvereinbaren“ und zum „noch verfassungsmäßigen“ Gesetz zeigt, dass das Bundesverfassungsgericht die politischen Folgen seiner Rechtsprechung mitberücksichtigt. Eine solche Berücksichtigung der Folgen ist für jede Rechtsprechung unumgänglich. Problematisch ist nur, dass dieser Topos der „politischen Folgen“ einer Verfassungswidrigkeit verfassungsdogmatisch noch nicht (hinreichend) erfasst ist⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Vgl. *E. Benda/E. Klein*, Rdnr. 1282.

⁸⁶⁸ Vgl. *E. Benda/E. Klein*, Rdnr. 1282.

⁸⁶⁹ *K. Schlaich/S. Koriath*, Rdnr. 427.

e) Nichtigkeit

Im Falle einer Gesetzeslücke kann ein Gesetz nicht immer schlechthin für verfassungswidrig erklärt werden. Vielmehr muss das Bundesverfassungsgericht in dem Maß, in dem die Lücke evident und unerträglich ist, stufenweise prüfen, inwieweit es aufrechterhalten werden kann. Dann kann ein beanstandetes Gesetz je nach dem Schweregewicht der Lücke von der Wirksamkeit bis zur Nichtigkeit unterschiedlich eingestuft werden. Wenn die Lücke aber so evident ist, dass das Gesetz nicht mehr im Einklang mit der Einheit der Rechtsordnung steht, verursacht sie die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes. Das Bundesverfassungsgericht muss in diesen Fällen das beanstandete Gesetz für verfassungswidrig erklären (§§ 78, S. 1, 82, Abs. 2, 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG).

aa) Vernichtbarkeit – *ex nunc*

Die Gesetzeslücke verursacht nicht die sofortige Verfassungswidrigkeit, sondern sie wächst mit dem Verändern der Umstände nach und nach⁸⁷⁰. Erreicht die Gesetzeslücke ein solches Ausmaß, dass sie nicht mehr tragbar wird, dann kann die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes fraglich werden. Unter diesem Aspekt stellt sich auch die Frage, wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in einem solchen Fall zeitlich zurückwirkt. Eine Wirkung *ex-tunc* ist ausgeschlossen, weil das Gesetz sonst auch für die Zeit aufgehoben wäre, in der es noch verfassungsgemäß war. Daher kommt nur eine Wirkung *ex-nunc* oder eine begrenzte zeitliche Rückwirkung der Entscheidung in Betracht.

Die Rechtsverhältnisse, die auf der Grundlage des für verfassungswidrig erklärten Gesetzes vor dem Zeitpunkt des Urteils des Bundesverfassungsgerichts geschlossen wurden, sind damit weiter gültig, ohne von der Verfassungswidrigkeit beeinträchtigt zu sein, weil das Gesetz trotz der Lücke verfassungsmäßig war, und der Adressat demnach auf

⁸⁷⁰ C. Mayer, S. 126 ff.

seine Geltung vertraut hat⁸⁷¹. Dementsprechend unberührt bleiben die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen der Verwaltung und der Gerichte, die auf einem für nichtig erklärten Gesetz beruhen (§ 79 Abs. 2 BVerfGG). Ausgenommen hiervon ist nur der Sonderfall des Strafurteils (§ 79 Abs. 1 BVerfGG).

bb) Rückkehr in den verfassungsmäßigen Zustand

Durch die Beseitigung des verfassungswidrigen Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht wird die verfassungswidrige Lage in die verfassungsmäßige zurückgeführt. Also ist der Streitgegenstand nicht mehr da. Der Gesetzgeber ist demnach weder verpflichtet, das für „nichtig“ erklärte Gesetz zu ändern, noch ein neues Gesetz zu schaffen, falls er es nicht wünscht. Nur wenn er eine neue Regelungslage schaffen will, muss er ein neues Gesetz erlassen. Die Entscheidung liegt in den Händen des Gesetzgebers. Hier spricht man nicht von der Nachbesserungspflicht.

cc) Die Zulässigkeit des Erlasses eines inhaltgleichen Gesetzes

Sowohl der Grundsatz der Rechtssicherheit wie auch das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit hat Verfassungsrang: Die Rechtssicherheit ist ebenso wie die Gerechtigkeit wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips und eine der Leitideen des Grundgesetzes. Es steht daher dem Gesetzgeber frei, welchem der beiden Grundsätze er den Vorrang geben will. Seine Entscheidung für die Rechtssicherheit befindet sich deshalb mit der Verfassung im Einklang, selbst wenn infolgedessen die Durchsetzung eines Grundrechts in einem rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren nicht mehr möglich ist⁸⁷².

⁸⁷¹ Vgl. *W. Löwer*, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechtes*, Bd. II, S. 803; siehe III 2. c) im vierten Kapitel.

⁸⁷² Vgl. *BVerfGE* 7, 195 (196); 20, 230 (235 f.); *H. Heußner*, *NJW* 1982, S. 258.

Dass der Gesetzgeber ein schon für verfassungswidrig erklärtes Gesetz erneut mit gleichem Inhalt erlassen darf, ist zu bejahen⁸⁷³. Wenn das Gesetz aufgrund der veränderten Umstände verfassungswidrig werden kann, kann es umgekehrt aus den gleichen Gründen wieder verfassungsgemäß werden. Der Gesetzgeber kann dementsprechend ein Gesetz inhaltsgleich wieder erlassen, obwohl es schon vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig, daher nichtig erklärt wurde. Der 1. Senat⁸⁷⁴ des Bundesverfassungsgerichts hat dies trotz einer Divergenz mit dem 2. Senat⁸⁷⁵ akzeptiert.

Eine neue Gesetzgebungspflicht bei der Nichtigkeitserklärung des Bundesverfassungsgerichts ist aber zu verneinen. Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, wegen der Nichtigkeit des alten Gesetzes ein neues zu erlassen, um die Lücke, die mit der Nichtigkeitsklärung nachträglich entstand, zu schließen⁸⁷⁶. Denn das Bundesverfassungsgericht erledigt die verfassungswidrige Lage mit der Nichtigkeitsklärung endgültig. Die verfassungsmäßige Lage ist also wiederhergestellt. Beauftragt das Bundesverfassungsgericht aber mit der Nichtigkeitsklärung des beanstandeten Gesetzes den Gesetzgeber gleichzeitig, ein neues Gesetz zu erlassen, so überschreitet es dadurch die Grenze einer Befugnis, die ihm die Verfassung eigentlich gegeben hat. Dies bedeutet einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip.

4. Nichterfüllung der Nachbesserungspflicht

Wenn man die Nachbesserungspflicht nur für eine „politische Verantwortung“ hält, gibt es keine Möglichkeiten, den Gesetzgeber zu zwingen, das Gesetz nachzubessern. Daher sollte man die Verbind-

⁸⁷³ BVerfGE 77, 84 (103 f.); K. Schlaich/S. Koriath, Rdnr. 472 f.; C. Gusy, S. 183; R. Dolzer, Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung und BVerfG, 1971, S. 122 ff.; dagegen BVerfGE 69, 112 (115).

⁸⁷⁴ BVerfGE 77, 84 (103 f.).

⁸⁷⁵ BVerfGE 69, 112 (115).

⁸⁷⁶ Dagegen M. Kleuker, S. 50 – „Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine bei der Aufhebung der Altregelung entstehende Lücke zu füllen, möglicherweise auch eine im Verhältnis zur Altregelung weitergehende Regelung zu erlassen, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz für verfassungswidrig, deshalb für nichtig erklärt“.

lichkeit der Nachbesserungspflicht je nach den Entscheidungsformen des Bundesverfassungsgerichts unterschiedlich behandeln.

Eine Nachbesserungspflicht im Zusammenhang mit einer verfassungskonformen Auslegung bzw. „noch Vereinbarerklärung“ hat keine zwingende Wirkung auf den Gesetzgeber, weil das Gesetz dadurch verfassungsmäßig ist. Der Gesetzgeber braucht in diesem Fall noch nicht sofort zu handeln. Der Gesetzgeber hat aber von Verfassungs wegen die Lage zu beobachten, und bereit zu sein, das Gesetz zu ändern, um es nicht verfassungswidrig werden zu lassen. Rechtsfolgen ergeben sich jedenfalls nicht unmittelbar aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, sondern allenfalls aus der Verfassung selbst, wenn der Gesetzgeber in diesem Fall der Nachbesserungspflicht nicht nachkommt.

Der Nachbesserungspflicht im Zusammenhang mit der Unvereinbarerklärung sollte man im Gegensatz dazu eine Bindungswirkung zukommen lassen, weil der Gesetzgeber durch die Unvereinbarerklärung verpflichtet ist, das beanstandete Gesetz möglichst schnell zu beseitigen. Das für unvereinbar erklärte Gesetz darf nicht weiter angewendet werden. Der Appell und die Frist mit der Unvereinbarerklärung haben eine Bindungswirkung; das Gesetz wird nach Ablauf der Frist verfassungswidrig und deshalb nichtig, falls der Gesetzgeber binnen der Frist diesen verfassungsrechtlichen Auftrag nicht erfüllt⁸⁷⁷. Aufgrund der Unterlassung des Gesetzgebers dürfte der betroffene Bürger eine neue Verfassungsbeschwerde erheben⁸⁷⁸, wenn er durch die Unterlassung in seinen Grundrechten verletzt ist.

⁸⁷⁷ Vgl. BVerfGE 84, 239 (285).

⁸⁷⁸ BVerfGE 56, 54 (81) – Einen Verfassungsverstoß dieser Art kann das Bundesverfassungsgericht erst dann feststellen, wenn evident ist, dass eine ursprünglich rechtmäßige Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich untragbar geworden ist, und wenn der Gesetzgeber gleichwohl weiterhin untätig geblieben ist, oder offensichtlich fehlerhafte Nachbesserungsmaßnahmen betroffen hat. Vgl. *M. Eisele*, S. 121 ff. – Sie hält den Nachbesserungsanspruch für ein subjektives Recht.

Zusammenfassende Thesen

1. Überregulierung, Normenflut, Gesetzesbereinigung und Gesetzesfolgenabschätzung sind die zur Zeit am häufigsten erwähnten Worte im Zusammenhang mit der Gesetzgebung.
2. Der Gesetzgeber hat einerseits das verfassungsrechtliche Recht, ein Gesetz nach seiner eigenen Entscheidung zu erlassen. Es ist im Allgemeinen anerkannt, dass der Gesetzgeber andererseits einer der Pflichtträger wie die anderen Staatsorgane ist. Dem Gesetzgeber obliegt die Gesetzgebungspflicht, die Beobachtungspflicht, die Korrekturpflicht sowie die Nachbesserungspflicht.
3. Ein perfektes Gesetz ist in der Gesellschaft nicht vorhanden. Alle Gesetze sind ergänzungsbedürftig. Das Gesetz widerspruchsfrei innerhalb des gesamten Rechtssystems zu erlassen, ist die Aufgabe des Gesetzgebers, um Gerechtigkeit, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu schaffen.
4. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, beim Erlass eines Gesetzes die Tatbestände präzise zu formulieren, damit die Betroffenen die Regelung eines Gesetzes in gewissem Ausmaß voraussehen und berechnen können. Gesetze müssen verständlich sein. Sie müssen mindestens von Juristen und von weiteren Fachleuten verstanden werden können. Ein schwer verständliches Gesetz büßt seinen Geltungsanspruch, seine Legitimation ein.
5. Der Gesetzgeber hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu beachten und nötigenfalls umzusetzen, um das beanstandete Gesetz dem der Verfassung entsprechenden Zustand zuzuführen.
6. Die Gesetzesfolgenabschätzung ist ein viel diskutiertes Thema innerhalb der Gesetzgebung. Die retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung kann als eine Methode zur Beobachtung von Gesetzen angewandt werden.
7. Unabhängig von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber ein Gesetz ständig daraufhin zu beobachten, ob es

noch dem eigentlichen Ziel entspricht. Eine neue Methode zur besseren Gesetzgebung bzw. zur Beobachtung wird fortwährend gesucht. Zwar kann die Beobachtungspflicht als eine logische Vorphase zur Nachbesserung des Gesetzes angesehen werden. Aber die Beobachtung kann von der Nachbesserung unabhängig unternommen werden.

8. Die Korrekturpflicht wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur nicht als eine unabhängige Pflicht des Gesetzgebers verstanden, sondern mit der Nachbesserungspflicht als ein Synonym benutzt. Die Anpassungspflicht und die Verbesserungspflicht sind nur eine andere Ausdrucksweise für die Nachbesserung oder Korrektur.

9. Der Begriff der Nachbesserungspflicht ist noch weitgehend ungeklärt, auch wenn das Bundesverfassungsgericht diese als eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers oft in seinen früheren Entscheidungen erwähnt hat. Das Bundesverfassungsgericht und die Literatur finden noch keine Rechtsfigur und keine mögliche Ableitbarkeit aus dem Grundgesetz.

10. Gesetze können mangelhaft erlassen werden. Die Formen von Gesetzesmängeln sind verschieden. Die Gesetzesfehler können von dem formellen Fehler und dem materiellen Fehler unterschieden werden. Der formelle Fehler kann wiederum in Verfahrens-, Zuständigkeits- und gesetztechnische Fehler aufgeteilt werden. Ein gegen Grundrechte oder Verfassungsrecht verstoßendes Gesetz und die Gesetzeslücke werden als materielle Gesetzesfehler angesehen.

11. Eine Gesetzeslücke entsteht durch die Ungewissheit des Gesetzgebers über tatsächliche Umstände oder durch die Änderung der tatsächlichen Umstände aufgrund des Zeitverlaufs. Gesetzeslücken werden in der Regel durch die Rechtsprechung geschlossen. Aber wenn eine Gesetzeslücke evident ist, ist das beanstandete Gesetz dem Bundesverfassungsgericht durch Vorlage des Gerichts vorzulegen, um seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

12. Dem Gesetzgeber obliegt von Verfassungs wegen eine allgemeine Pflicht, ein mangelhaftes Gesetz zu verbessern, damit das Gesetz seine Geltung nicht verliert.

13. Die Korrekturpflicht des Gesetzgebers hat zum Inhalt, das wegen des evidenten inhaltlichen Fehlers verfassungswidrige, aber von der Nichtigkeitserklärung des Bundesverfassungsgerichts verschonte Gesetz mit der Verfassung nachträglich in Einklang zu bringen.

14. Die Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zur Korrektur verpflichtet, sind nur Ausnahmefälle, wenn es dazu befürchtet, dass ein „Gesetzesvakuum“ oder ein „von der Verfassung noch entfernterer Zustand“ durch die Nichtigkeitserklärung des Gesetzes entstehen könnte. In solchen Fällen kann das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zusammen mit der Unvereinbarerklärung eine Frist setzen. Im Fall der Unterlassung der Korrekturpflicht des Gesetzgebers soll das beanstandete Gesetz mit dem Verlauf der Frist ohne Wiederaufnahme des Bundesverfassungsgerichts endgültig nichtig werden.

15. Ein der Nachbesserung bedürftiges Gesetz ist ein solches Gesetz, das ursprünglich verfassungsmäßig erlassen worden ist, aber wegen des Wegfalls oder der Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen Grundlage verfassungswidrig zu werden droht. Die eine Lücke enthaltenden Gesetze sind in der Regel nicht schon verfassungswidrig. Ein Gesetz kann nachträglich verfassungswidrig werden. Bis das Bundesverfassungsgericht das beanstandete Gesetz für verfassungswidrig erklärt, ist das Gesetz trotz der Lücke immer noch ein verfassungsmäßiges Gesetz. Aufgrund der Rechtssicherheit soll das die Lücke enthaltende Gesetz weiter gültig bleiben. Der Zeitpunkt kann kaum bestimmt werden, an dem ein verfassungsmäßiges Gesetz in ein verfassungswidriges umschlägt.

16. Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers hat zum Inhalt, das wegen der Fehlprognose oder der Änderung der Umstände lückenhafte Gesetz nachträglich mit der Verfassung in Einklang zu bringen. Eine Verfassungsbeschwerde aufgrund der Unterlassung der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers soll zugelassen werden.

17. Die herkömmliche Auffassung, dass das Bundesverfassungsgericht mit den sog. abweichenden Entscheidungen seine eigentliche Befugnis überschreitet, ist nicht zutreffend. Bei den abweichenden Ent-

scheidungen geht es nicht um das Gewaltenteilungsprinzip, sondern um die Form der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung wie bei anderen Entscheidungen – Nichtigkeit und Vereinbarkeit.

Literaturverzeichnis

- Aarnio*, Aulis: Zur Legitimität des Rechts, *Rechtstheorie* 20 (1989), S. 143-151.
- Achterberg*, Nobert: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., München 1986.
- Adamovich*, Ludwig: Typische Mängel der Gesetze und ihre Ursachen, in: Hans R. Klecatsky/Norbert Wimmer (Hrsg.), *Sozialintegrierte Gesetzgebung*, Wien 1979.
- Alexy*, Robert: Begriff und Geltung des Rechts, München 1992.
- Die Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1996.
 - Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, *Der Staat* 29 (1990), S. 49-68.
- Baden*, Eberhard: Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: Jürgen Rüdiger (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin/Heidelberg/New York 1976, S. 368-420.
- Rechtsprechung zu Fragen der Normsetzung – Ausgewählte Entscheidungen aus den Jahren 1996 bis 2001, *ZG* 16 (2001), S. 279-292.
- Badura*, Peter: Staatsrecht, 2. Aufl., München 1996.
- Die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung“ von Gesetzen, in: Georg Müller u. a. (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen in Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 481-492.
 - Die parlamentarische Demokratie, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechtes*, Bd. I, Heidelberg 1987, S. 953-986.
- Baldus*, Manfred: Die Einheit der Rechtsordnung, Berlin 1995.
- Baumann*, Jürgen: Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Aufl., München 1989.
- Baumeister*, Peter: Das Rechtswidrigwerden von Normen, Berlin 1996.
- Benda*, Ernst/Klein, Eckhart: Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2001.
- Bender*, Rolf: Die Sprache des Gesetzes, ein Problem der Verständlichkeit und der Regelungstechnik, in: Heinz Schäffer/Otto Triffterer: *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Baden-Baden 1984, S. 45-57.

- Bernd, Werner*: Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Diss., Mainz 1989.
- Bettermann, Karl August*: Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?, DVBl. 1982, S. 91-95.
- Bleckmann, Albert*: Staatsrecht II – Die Grundrechte, Köln/Berlin/Bonn/München 1997.
- Blüggel, Jens*: Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, Berlin 1998.
- Böckenförde, E. Wolfgang*: Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., Berlin 1981.
- Recht, Staat, Freiheit, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1992.
 - Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976.
 - Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1992.
 - Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S. 1-31.
- Böhret, Carl*: Gesetzgebung – Programmatische Ordnung oder tagespolitische Reaktion, in: Hermann Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, Berlin 1989, S. 55-80.
- Gesetzesfolgenabschätzung: Soll sie institutionalisiert werden? in: Klaus Grupp (Hrsg.), Planung, Recht, Rechtsschutz. Festschrift für Willi Bühmel zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 51-65.
- Böhret, Carl/Konzendorf, Götz*: Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA), Baden-Baden 2001.
- Breuer, Rüdiger*: Legislative und Administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat 16 (1977), S. 21-54.
- Brohm, Winfried*: Alternative Steuerungsmöglichkeit als „bessere“ Gesetzgebung?, in: Hermann Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, Berlin 1989, S. 217-232.
- Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?, NJW 2000, S. 1-10.
- Brugger, Winfried*: Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994), S. 1-34.
- Bryde, Brun-Otto*: Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982.
- Bülow, Erich*: Ursachen der Übernormierung, in: Dieter Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?: Beiträge eines Forums der Bundesminister der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung, Köln: Bundesanzeiger 1987, S. 78-82.
- Burghart, Axel*: Die Pflicht zum guten Gesetz, Berlin 1996.
- Busch, Bernhard*: Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, Berlin 1992.

- Busse*, Dietrich: Zum Regel-Charakter von Normtextbedeutungen und Rechtsnormen, *Rechtstheorie* 19 (1988), S. 305-322.
- Bussman*, Werner: Rechtliche Anforderungen an die Qualität der Gesetzgebungsabschätzung?, *ZG* 13 (1998), S. 126-141.
- Bydlinsky*, Franz: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991 (Methodenlehre).
- Über die lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, in: Koller, Ingo/Hager, Johannes/Junker, Michael/Singer, Reinhard/Neuner, Jörg (Hrsg.), *Einheit und Folgenrichtigkeit im juristischen Denken*, München 1998, S. 27-88.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl., Berlin 1983.
- Chryssogonos*, Kostas: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Berlin 1987.
- Deggau*, Hans-Georg: Über einige Voraussetzungen und Folgen der Verrechtlichung, *Rechtstheorie* 20 (1989), S. 98-128.
- Denninger*, Erhard: Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik, in: Hauke Brunkhorst/Peter Niesen (Hrsg.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M. 1999, S. 288-304.
- De With*, Hans: Normenflut als Herausforderung für das Parlament, in: Dieter Stempel (Hrsg.), *Mehr Recht durch weniger Gesetze?: Beiträge eines Forums der Bundesminister der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung*, Köln: Bundesanzeiger 1987, S. 47- 53.
- Diederichsen*, Uwe: Das missglückte Gesetz, *ZG* 1996, S. 359-374.
- Dolzer*, Rudolf: Die staatsrechtliche und staatliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1971.
- Dolzer*, Rudolf/*Vogel*, Klaus (Hrsg.): *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, *Dreier*, Hotz (Hrsg.): *Grundgesetzkommentar*, Bd. I, II, III, Tübingen 1998.
- Dreier*, Ralf: Misslungene Gesetze, in: Uwe Diederichsen/Ralf Dreier (Hrsg.), *Das missglückte Gesetz*, Göttingen 1997, S. 1-16.
- Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: Ralf Dreier/Friedrich Schwegmann (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden 1976, S. 13-47.
 - Recht und Gerechtigkeit, in: *Recht- Staat- Vernunft*, Frankfurt a. M. 1992.

- Eichenberger*, Kurt: Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 7-36.
- Eisele*, Michaela: Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlass, Berlin 1999.
- Engisch*, Karl: Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1997.
- Everling*, Ulrich: Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217-227.
- Felix*, Dagmar: Einheit der Rechtsordnung, Tübingen 1997.
- Fiedler*, Wildfried: Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung, München 1972.
- Fleiner*, Thomas: Entwurf und Gestaltung von Gesetzesnormen, in: Günther Winkler/Bernd Schilcher (Hrsg.), Gesetzgebung, Wien/New York 1981, S. 137-153.
- Fleiner-Gerster*, Thomas: Wie kann man einfache und verständliche Gesetze schreiben?, in: Georg Müller u. a. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen in Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 493-506.
- Foregger*, Egmond: Stadien der Gesetzwerdung, in: Hans R. Klecatsky/Norbert Wimmer (Hrsg.), Sozialintegrierte Gesetzgebung, Wien 1979, S. 171-192.
- Freischmidt*, Dieter: Aspekte des Lückenproblems in der Gesetzgebungstheorie, in: Jürgen Rüdiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976, S. 421-431.
- Frohn*, Hansgeorg: Aktuelle Probleme des Gesetzvorbehalts, ZG 5 (1990), S. 117-134.
- Frosini*, Vittorio: Wort und Spracheverwendung als Technik des Rechts, Rechtstheorie 22 (1991), S. 415-429.
- Gassner*, Ulrich M: Gesetzgebung und Bestimmtheitsgrundsatz, ZG 11 (1996), S. 37-56.
- Gellermann*, Martin: Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, Tübingen 2000.
- Gerber*, Philippe: Die Rechtssetzungsdirektion des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1989, S. 698-707.
- Germann*, Oscar Adolf: Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967.

- Grabau*, Fritz-René: Der Gesetzgeber als Norminterpret, *Rechtstheorie* 23 (1992), S. 343-354.
- Grimm*, Dieter: Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a. M. 1991.
- Grwert*, Rolf: Gesetzgebung zwischen Politik und Bürokratie, *ZG* 6 (1991), S. 97-116.
- Giuliani*, Alessandro: Reform der Gesetze in der politischen Philosophie Aristoteles, in: Heinz Schäffer (Hrsg.), *Gesetzgebung und Rechtskultur*, Wien 1987, S. 25-28.
- Gusy*, Christoph: *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin 1985.
- Habermas*, Jürgen: Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Ulrich K. Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt a. M. 1994, S. 83-94.
- Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M. 1998.
- Häberle*, Peter: Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat – das Beispiel des deutschen Grundgesetzes, *AöR* 114 (1989), S. 361-390.
- Zeit und Verfassung, in: Ralf Dreier/Friedrich Schwegmann, (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden 1976, S. 293-326.
- Grundrechts im Leistungsstaat, *VVDStRL* 30 (1972), S. 43-131.
- Halter*, Ulrich R./Mayer, Franz C/Möllers, Christoph R.: Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit, *Die Verwaltung* 30 (1997), S. 51-74.
- Hattenhauer*, Hans: Zur Zukunft des Deutschen als Sprache der Rechtswissenschaft, *JZ* 2000, S. 545-551.
- Hauschild*, Malte: Eine bessere Rechtsetzung – 1977, *ZG* 13 (1998), S. 79-83.
- Heckmann*, Dirk: *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Tübingen 1997.
- Hein*, Peter E.: Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1988.
- Hermes*, Reinhard: *der Bereich des Parlamentsgesetzes*, Berlin 1988.
- Hesse*, Konrad: Grenzen des Verfassungswandels, in: Peter Häberle (Hrsg.), *Ausgewählten Schriften*, Heidelberg 1984.
- Heußner*, Hermann: Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, *NJW* 1982, S. 257-304.

- Heyde*, Wolfgang: Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrigerklärung von Normen, in: Wolfgang Zeidler/Thomas Maunz/Gerd Roellecke (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984, S. 53-62.
- Hill*, Hermann: Bemühungen zur Verbesserung der Gesetzgebung, ZG 8 (1993), S. 1-11.
 -- Gesetzgebung und Verwaltungsmodernisierung, ZG 13 (1998), S. 101-116.
- Hoffmann*, Gerhard: Das verfassungsrechtliche Gebot der Rationalität im Gesetzgebungsverfahren, ZG 5 (1990), S. 97-114.
- Hofmann*, Hans/*Mayer-Teschendorf*, Klaus G: Neue Anforderungen an Gesetzgebungsmethodik und Gesetzesfolgenabschätzung, ZG 13 (1998), S. 362-367.
- Holtschneider*, Rainer: Normenflut und Rechtsversagen, Baden-Baden 1991.
- Holzinger*, Gerhart: Rechtsbereinigung als ständiger Auftrag, in: Heinz Schäffer (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtskultur, Wien 1987, S. 175-181.
- Hotz*, Reinhold, Methodische Rechtssetzung: eine Aufgabe der Verwaltung, Zürich 1983.
- Horn*, Hans-Detlef: Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, Berlin 1989.
- Hugger*, Werner: Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, Baden-Baden 1983.
- Ipsen*, Jörn: Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975 (Richterrecht).
 -- Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt, Baden-Baden 1980 (Rechtsfolge).
 -- Nichtigkeitsklärung oder „Verfassungswidrigerklärung“ – Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, JZ 1983, S. 41-45.
- Janssen*, Albert: Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, Tübingen 1990.
- Junghans*, Hermann: Überlegung zur Verbesserung der Übersichtlichkeit und Systematisierung des Rechts, ZRP 1999, S. 359-361.
- Karpen*, Ulrich: Auslegung und Anwendung des GG, Berlin 1987.
 -- Der Rechtsstaat des Grundgesetzes, Baden-Baden 1992.

- Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, Baden-Baden 1989 (Gesetzgebungslehre).
 - Gesetzesfolgenabschätzung in der Europäischen Union, AöR 124 (1999), S. 400-422.
 - (Hrsg.): Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1998.
 - Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Europa, in: Waldemar Schreckenberger/Detlef Merten (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, Berlin 2000.
- Kaufmann, Arthur*: Das Verfahren der Rechtsgewinnung, München 1999.
- Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, 337-341.
- Kirste, Stephan*: Zur rechten Zeit, in: ARSP 1999, S. 416-427.
- Kirchhof, Paul*: Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600 Jahre Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg Richterliche Rechtsfortbildung, Heidelberg 1986, S. 11- 37.
- Klein, Eckart*: Verfassungsprozessrecht, in: AöR 108 (1983), S. 410-444.
- Klein, Hans H.*: Die Funktion des Parlaments im Politischen Prozess, ZG 12 (1997), S. 209-232.
- Kleinert, Detlef*, Der Kampf des Rechtsausschusses gegen die Normenflut, in: Dieter Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, Beiträge eines Forums der Bundesminister der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung, Köln: Bundesanzeiger 1987, S. 53- 57.
- Kleuker, Mathias*: Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1993.
- Kloepfer, Michael/Bröcker, Klaus*: Das Gebot der widerspruchsfreien Normgebung als Schranke der Ausübung einer Steuergesetzgebungskompetenz nach Art. 105 GG, DÖV 2001, S. 1-12.
- Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 63-96.
 - Gesetzvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie, in: Hermann Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, Berlin 1989, S. 187-215.
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*: Die juristische Begründungslehre, München 1982.
- König, Klaus*: Evaluation als Kontrolle der Gesetzgebung, in: Waldemar Schreckenberger/Klaus König/Wolfgang Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, Stuttgart 1986, S. 96-108.

- Korinek, Karl*: Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: *VVDStRL* 39 (1981), S. 7-50.
- Kraków, Jerzy Stelmach*: Zum Begriff Rechtsgründung, *Rechtstheorie* 25 (1994), S. 537-545.
- Krieg, Volker*: Die Volksgesetzgebung im Freistaat Sachsen, *ZG* 12 (1996), S. 315-322.
- Kriele, Martin*: Die Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976.
- Krugmann, Michael*: Evidenzfunktionen, Berlin 1996.
- Kubes, Vladimir*: Theorie der Gesetzgebung oder Rechtsfindungswissenschaft? Zur Grundfrage der rationalen Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre, in: Ilma Tammelo/Erhard Mock (Hrsg.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, Frankfurt a. M./Bern/New York, 1986, S. 133-145.
- Theorie der Gesetzgebung, Wien/New York 1987.
- Laddeur, Karl-Heinz*: Postmoderne Verfassungstheorie, in: Ulrich K. Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt a. M. 1994, S. 304-331.
- Lamprecht, Rolf*: Oligarchie in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung, *NJW* 1994, S. 562-563.
- Lange, Christian*: Gesetzesfolgenabschätzung auf der Ebene der Europäischen Union, *ZG* 16 (2001), S. 268-278.
- Langenbucher, Katja*: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, München 1996, S. 23.
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/New York 1991 (Methodenlehre).
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995.
- Leidig, Guido*: Gesetzgebung und Effizienz, in: I. Tammelo/E. Mock (Hrsg.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, Frankfurt a. M./Bern/New York, 1986, S. 231-257.
- Lerche, Peter*: Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, *AöR* 90 (1965), S. 341-372.
- Lippold, Rainer*: Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, *Rechtstheorie* 19 (1988), S. 463-489.
- Gilt im deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze?, *Der Staat* 29 (1990), S. 185-208.

- Löwer*, Wolfgang: Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, Heidelberg 1987, S. 737-848.
- Lücke*, Jörg: Die allgemeine Gesetzgebungsordnung, ZG 16 (2001), S. 1-49.
- Luhmann*, Niklas: Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a. M. 1999.
- Die Geltung des Rechts, Rechtstheorie 22 (1991), S. 273-286.
 - Das Recht der Gesellschaft, 1. Aufl., Frankfurt a. M. 1995.
- Mangoldt*, Hermann/*Klein*, Friedrich/*Starck*, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., Bd. II, München 2000.
- Mann*, Siegfried: Die Gefahren der Normenflut für die soziale Marktwirtschaft, in: Dieter Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?: Beiträge eines Forums der Bundesminister der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung, Köln: Bundesanzeiger 1987, S. 44-47.
- Martin*, Sigmund P.: Ist das Recht mehr als eine bloße soziale Tatsache?, Rechtstheorie 22 (1991), S. 525-540.
- Maunz*, Theodor/*Schmidt-Bleibtreu*, Bruno/*Klein*, Franz/*Ulsamer*, Gerhard (Hrsg.): Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Kommentar), München 1999.
- Maurer*, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., München 1997.
- Staatsrecht, München 1999.
- Mayer*, Christian: Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996.
- Mengel*, Hans-Joachim: Gesetzgebung und Verfahren, Berlin 1997.
- Die verfassungsmäßigen Pflichten des Gesetzgebers und ihre verfassungsgerichtliche Kontrolle, ZG 5 (1990), S. 193-212.
- Meßerschmidt*, Klaus: Gesetzgebungsermessens, Berlin 2000.
- Meyn*, Karl-Ulrich: Kontrolle als Verfassungsprinzip, Baden-Baden 1982.
- Miernik*, Helmut: Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Diss., Leipzig 1997.
- Möller*, Jörg Paul: Zur sog. Subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte, Der Staat 29 (1990), S. 33-68.
- Moench*, Christoph: Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden 1977.
- Mollnau*, Karl A: Rechtsfortschritt und Rechtstradition, in: Heinz Schäffer, (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtskultur, Wien 1987, S. 39-43.

- Muckel*, Stefan: Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzänderung, Berlin 1989.
- Müller*, Friedrich: Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert, Richterliche Rechtsfortbildung, Heidelberg 1986, S. 65-84.
- Müller*, Georg: Adressatengerechtheit und Allgemeinverständlichkeit – der Verständnishorizont des Adressaten als Kriterium der Gesetzessprache, in: Heinz Schäffer/Otto Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, Baden-Baden 1984, S. 35-44.
- Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979 (Inhalt und Form).
 - Rechtskenntnis und Gesetzessprache, in: Georg Müller u. a. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen in Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 549-557.
- Murswieks*, Dietrich: Die staatliche Verantwortung für die Risiken und Technik, Berlin 1985.
- Mußnug*, Reinhard: Zustand und Perspektive der Gesetzgebung, in: Hermann Hill (Hrsg.), Zustand der Perspektiven der Gesetzgebung, Berlin 1989, S. 23-47.
- Neisser*, Heinrich: Die Autonomie des Gesetzgebers, in: Ilma Tamme-
lo/Erhard Mock (Hrsg.), Rechtstheorie und Gesetzgebung, Frankfurt
a. M./Bern/New York 1986, S. 271-281.
- Neßler*, Volker: Konsens und im Deutschen Bundestag, ZG 13 (1998), S. 84-92.
- Neuner*, Jörg: Die Rechtsfindung contra legem, München 1992.
- Noll*, Peter: Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973.
- Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen, in: Jahrbuch für die Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3 (1972), S. 259-269.
- Nolte*, Georg: Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung, AöR 118 (1993), S. 378-413.
- Novak*, Richard: Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, Wien/New York 1967.
- Oberreuter*, Heinrich: Entmachtung des Bundestages durch Vorentscheider auf höchster Ebene?, in: Hermann Hill (Hrsg.), Zustände und Perspektiven der Gesetzgebung, Berlin 1989, S. 121-139.
- Ossenbühl*, Fritz: Der verfassungsrechtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung, DVBl. 1999, S. 1-7.

- Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, Heidelberg 1988, S. 281-314.
- Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, Heidelberg 1988, S. 315-349.
- Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Tübingen 2001, S. 33-53.

Panosch, Nartin: Der Wille des Normsetzers und sein Ausdruck, Rechts-
theorie 25 (1994), S. 118-123.

Pawlik, Michael: Das Recht im Unrechtsstaat, Rechtstheorie 25 (1994), S.
101-117.

Pawlowski, Hans-Martin: Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg
1999.

Peine, Pranz-Josep: Systemgerechtigkeit, Baden-Baden 1985.

Pestalozza, Christian: „Noch verfassungsmäßige“ und „bloß verfassungswidrige“
Rechtsslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz
Bd. I, Heidelberg 1976, S. 519-567.

- Die Geltung verfassungswidriger Gesetze, in: AöR 96 (1971), S. 27-
84.

- Verfassungsprozessrecht, München 1991.

Pieroth, Bodo: Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und
Organisationsnormen, in: AöR 114 (1989), S. 422-450.

Quaritsch, Helmut: Staat und Souveränität, Frankfurt a. M. 1970.

- Souveränität, Berlin 1986.

Rawls, John: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 9. Aufl., Frankfurt a. M.
1996.

Rhinow, Rene A: Rechtssetzung und Methodik, Basel/Stuttgart 1979.

Ritter, Ernst-Hasso: Verfassungsrechtliche Gesetzgebungspflichten, Diss.,
München 1967.

Röhl, Klaus F.: Allgemeine Rechtslehre, Köln/Berlin/Bonn/München 1995.

Roellecke, Gerd: Gesetz in der Spätmoderne, in: Klaus König (Hrsg.), Ge-
setzgebung und Regierung, Speyerer Forschungsberichte 184 (1998),
S. 9-22.

- Römer, Peter*: Reine Rechtslehre und Gesetzgebungslehre, in: I. Tammelo/E. Mock (Hrsg.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, Frankfurt a. M./Bern/New York 1986, S. 25-36.
- Roßnagel, Alexander*: Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Atomrecht, *JZ* 1985, S. 714-717.
- Rother, Werner*: Über die Insolvenz der Gesetzgebung, *ZRP* 1998, S. 205-208.
- Rüthers, Bernd*: *Rechtstheorie*, München 1999.
- Rupp-von Brünneck, Wiltraut*: Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Theo Ritterspöck/Willi Geiger (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller*, Tübingen 1970, S. 355-378.
- *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt*, *AöR* 102 (1977), S. 1- 26.
- Ryffel, Hans*: Bedingende Faktoren der Effektivität des Rechts, in: *Jahrbuch für die Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 3 (1972), S. 225-246.
- Schäffer, Heinz*: Wege zum besseren Gesetz, *ZG* 4 (1989), S. 289-316.
- *Gesetzgebung und Rechtskultur*, Wien/Mainz 1987
- Schefold, Dian/Leske, Klaus-Rüdiger*: Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig – aber nicht nichtig, *NJW* 1973, S. 1297-1303.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*: Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, *NJW* 1979, S. 1321-1329.
- Scherzberg, Arno*: Werkkonflikte vor dem Bundverfassungsgericht – zur Bewältigung politisch-moralischer Streitfragen im Verfassungsprozess, *DVBl* 1999, S. 356-366.
- Schilcher, Bernd*: Gesetzgebung und Bewegliches System, in: Franz Bydliniski/Heinz Krejci/Bernd Schilcher/Viktor Steininger (Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien/New York 1986, S. 287-323.
- Schlaich, Klaus*: Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, *VVDStRL* 39 (1981), S. 99-146.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*: *Das Bundesverfassungsgericht*, 5. Aufl., München 2001.
- Schlegelberger, Franz*: *Zur Rationalisierung der Gesetzgebung*, Berlin/Frankfurt a. M. 1959.
- Schlüter, Wilfried*: *Obiter Dictum*, München 1973.
- Schmalz, Dieter*: *Methodenlehre*, 2. Aufl., Baden-Baden 1990.
- Schneider, Hans*: *Gesetzgebung*, 2. Aufl., Heidelberg 1991.
- Schneider, Hans Peter*: *Gesetzgebung und Einzelfallgerechtigkeit*, *ZRP*

- 1998, S. 323-327.
- Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1969 (Richterrecht).
 - Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103-2111.
- Schneider*, Peter: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Ralf Dreier/Friedrich Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, Baden-Baden 1976, S. 156-163.
- Schreckenberger*, Waldemar: Krise der Gesetzgebung?, in: Waldemar Schreckenberger (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1986, S. 21-41.
- Schröder*, Heinrich J.: Zur Erfolgskontrolle der Gesetzgebung, in: Jahrbuch für die Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3 (1972), S. 271-287.
- Schulte*, Martin: Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1988, S. 1200-1206.
- Schultze-Fielitz*, Helmuth: Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, Berlin 1988.
- Schuppert*, Gunnar Folke: Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl. 1988, S. 1191-1200.
- Schwerdtfeger*, Gunther: Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: Rolf Stödter/Werner Thieme (Hrsg.), Hamburg – Deutschland –Europa. Festschrift für Hans Peter Ipsen für 70. Geburtstag, Tübingen 1977, S. 173-188.
- Seibert*, Thomas-Michael: Zeichen und Gesetzbindung, Rechtstheorie 22 (1991), S. 470-488.
- Seiwerth*, Jakob: Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzung des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962.
- Seufert*, Leo: Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsrechtliche Durchsetzung, Diss., Würzburg 1969.
- Sobota*, Katharina: Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen 1997.
- Söllner*, Alfred: Zum Eingriff der Rechtsprechung in die Gesetzgebung, ZG 11 (1996), S. 241-260.
- Der Richter als Ersatzgesetzgeber, ZG 10 (1995), S. 1-16.
- Sprandel*, Rolf: Verfassung und Gesellschaft im Mittelalter, 3. Aufl., Paderborn 1988.
- Starck*, Christian: Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: Peter Badura/Horst Dreier

- (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Tübingen 2001, S.1-32.
- Steinberg*, Rudolf: Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, *Der Staat* 26 (1987), S. 161-186.
- Steiner*, Udo: Perspektiven der Personalberatung aus verfassungsrechtlicher Sicht, *Betriebs-Berater*, Beilage 3/1989, S. 3-9.
- Stern*, Klaus: Staatsrecht 1/III, München 1988.
- Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, Opladen 1997.
 - Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts Bd. V*, Heidelberg 1992, S. 45-109.
- Stettner*, Rupert: Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, *DVBl.* 1982, S. 1123-1128.
- Stempel*, Dieter: Perspektiven der Rechtswirkungsforschung, *ZG* 13 (1998), S. 116-126.
- Tammelo*, Ilma: Rechtserneuerung und Friede aus rechtstheoretischer Sicht, in: I. Tammelo/E. Mock (Hrsg.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, Frankfurt a. M./Bern/New York 1986, S. 3-14.
- Thews*, Michael: Welche Begriffe schuldet der Gesetzgeber?, *ZG* 13 (1998), S. 62-78.
- Tohodipur*, Mehdi (Hrsg.): *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik*, Frankfurt a. M. 1976.
- Umbach*, Dieter C/*Clemens*, Thomas (Hrsg.): *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg 1992.
- Von Danwitz*, Thomas: *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers – zur Kontrolldichte verordnungsgeberischer Entscheidungen*, Berlin 1989.
- Vogel*, Hans-Jochen: *Gewaltenvermischung statt Gewaltenteilung?*, *NJW* 1996, S. 1505-1511.
- Von Olshausen*, Henning: *Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung*, *JZ* 1967, S. 116-120.
- Von Thun*, Friedmann Schulz: *Können Gesetzestexte verständlicher formuliert werden?*, in: Jürgen Rüdiger (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin/Heidelberg/New York 1976, S. 432-451.
- Voßkuhle*, Andreas: *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch die Fachgerichte – Kritische Bestandauf-*

nahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), S. 177-201.

Wagner, Helmut: Gesetzesfolgenabschätzung – Modeerscheinung oder Notwendigkeit, ZRP 1999, S. 480-486.

Walter, Christian: Hüter oder Wandler der Verfassung? – Zur Rolle des BVerfG im Prozess des Verfassungswandels, AöR 125 (2000), S. 517-550.

Wand, Ruid: Fragen zu einer Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts, in: Theo Ritterspach/Willi Geiger (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Müller, Tübingen 1970, S. 563-571.

Wank, Ralf: Auslegung von Gesetzen, Köln/Berlin/ Bonn/ München 1997 (Auslegung).

-- Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978 (Rechtsfortbildung).

Weinberger, Ota: Gesetzgebung und Motivation, in: Ilma Tammelo/Erhard Mock (Hrsg.), Rechtstheorie und Gesetzgebung, Frankfurt a. M./Bern/New York 1986. S. 117-131.

Wielinger, Gerhart: Zur Problematik einer Gesetzgebungswissenschaft, in: Ilma Tammelo/Erhard Mock (Hrsg.), Rechtstheorie und Gesetzgebung, Frankfurt a. M./Bern/New York 1986, S. 161-171.

Zeh, Wolfgang: Vollzugskontrolle und Wirkungsbeobachtung als Teilfunktion der Gesetzgebung, in: Jahrbuch für die Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13 (1986), S. 194-210.

-- Gesetz und Gesetzgeber, in: Klaus König (Hrsg.), Gesetzgebung und Regierung, Speyerer Forschungsberichte 184 (1998), S. 23-34.

Zippelius, Reinhold: Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl., München 1999

-- Das Wesen des Rechts, 4. Aufl., München 1978.

-- Gesellschaft und Recht, München 1980.

-- Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, Berlin 1994 (Recht und Gerechtigkeit).

Lebenslauf

Als erster Sohn dreier Kinder des Jeomsoo Choi und seiner Ehefrau Sooja Chang wurde ich, Yooncheol Choi, am 23. 6. 1963 in Seoul, Korea geboren.

Vom 1. 3. 1970 bis 28. 2. 1976 besuchte ich die Yeonghwa Grundschule in Seoul, vom 1. 3. 1976 bis 28. 2. 1979 die Yeongdeungpo Mittelschule und vom 3. 1. 1979 bis 28. 2. 1982 die Janghoon Oberschule in Seoul.

Vom 1. 3. 1983 bis 28. 2. 1987 studierte ich als Stipendiat an der Juristischen Fakultät der Universität Konkuk Universität zu Seoul. Nach dem erfolgreichen Abschluss (Bachelor of Law) fing ich als Stipendiat ab dem 1. 3. 1987 mit meinem Magisterstudium Rechtswissenschaft an der Graduate School in der Konkuk Universität an und beendete es am 31. 8. 1991 (Master of Law).

Während meiner Magisterstudienzeit vom 10. 11. 1987 bis 31. 3. 1991 habe ich meinen Wehrdienst als Offizier bei der Luftwaffe in Korea geleistet (Oberleutnant).

Nach dem Ende des Magisterstudiums arbeitete ich als Investmentberater bei der Kukmin Treu & Investment in Seoul.

Mit der Aufgabe meines Jobs besuchte ich Ph. D. Kurse Rechtswissenschaft vom 1. 9. 1992 bis 31. 8. 1994 an der Graduate School Konkuk Universität.

Nach dem 4. Semester des Doktorstudiums in Korea bin ich im September 1994 nach Deutschland gekommen. Nach dem Besuch eines Sprachlehrganges an der Universität Mainz nahm ich ein Promotionsstudium an der Universität Hamburg auf. Die Betreuung meiner Dissertation erfolgte durch Herrn Prof. Dr. Ulrich Karpen vom Fachbereich Rechtswissenschaft.

Ich bin mit Yuhua Wang aus Peking, China, seit 1998 verheiratet; im Jahr 2000 wurde unser Sohn, Hyunkyu, geboren.