

# Handbuch des Staatsrechts

der Bundesrepublik Deutschland

Herausgegeben von

Josef Isensee und Paul Kirchhof

*Band I*

Grundlagen von Staat und Verfassung

*Band II*

Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes

*Band III*

Das Handeln des Staates

*Band IV*

Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung

*Band V*

Allgemeine Grundrechtslehren

*Band VI*

Freiheitsrechte

*Band VII*

Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen

*Band VIII*

Die Einheit Deutschlands

# Handbuch des Staatsrechts

der Bundesrepublik Deutschland

Herausgegeben von

Josef Isensee und Paul Kirchhof

Band VII  
Normativität und Schutz der Verfassung –  
Internationale Beziehungen

Mit Beiträgen von

Peter Badura · Ulrich Battis · Jürgen Becker · Rudolf Bernhardt  
Karl Doebring · Rudolf Dolzer · Jochen Abr. Frowein · Meinhard Hilf  
Hans Peter Ipsen · Josef Isensee · Paul Kirchhof · Eckart Klein  
Hermann Mosler · Hans-Peter Schneider · Christian Starck  
Helmut Steinberger · Rudolf Streinz · Christian Tomuschat  
Wolfgang Graf Vitzthum · Rüdiger Wolfrum



C. F. Müller Juristischer Verlag  
Heidelberg 1992

**Universitäts-  
Bibliothek  
München**

Redaktion  
Dr. Cornelia Paehlke-Gärtner, Heidelberg  
Sieglinde Schulte, Bonn

*Zitiervorschlag:*  
Hans-Peter Schneider, Die verfassunggebende Gewalt,  
in: HStR VII, § 158 Rn. 1ff.

Die Volkswagen-Stiftung  
hat die Herausgabe dieses Werkes großzügig gefördert.

Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

*Handbuch des Staatsrechts  
der Bundesrepublik Deutschland /*  
hrsg. von Josef Isensee u. Paul Kirchhof.  
– Heidelberg : Müller, Jur. Verl.  
NE: Isensee, Josef [Hrsg.]  
Bd. 7. Normativität und Schutz der Verfassung –  
Internationale Beziehungen  
mit Beitr. von Badura, Peter . . .  
[Red. Cornelia Paehlke-Gärtner; Sieglinde Schulte]. – 1992  
ISBN 3-8114-1290-6  
NE: Badura, Peter [Mitverf.]

© 1992 C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg  
Gesamtherstellung: Druckerei Friedrich Pustet, Regensburg  
ISBN 3-8114-1290-6

KAS/2281

Hans Schneider

dem wir Idee und Initiative  
zu diesem

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland  
danken

zum 80. Geburtstag  
am 11. Dezember 1992

Josef Isensee Paul Kirchhof

## Inhalt Band VII

<i>Vorwort</i> . . . . .	VII
<i>Inhalt des Gesamtwerkes</i> . . . . .	XIII
<i>Verfasser</i> . . . . .	XIX
<i>Hinweise für den Leser</i> . . . . .	XXIII
<i>Abkürzungen</i> . . . . .	XXV

## Zehnter Teil Die Normativität des Grundgesetzes

§ 158 Die verfassunggebende Gewalt <i>Hans-Peter Schneider</i> . . . . .	3
§ 159 Arten der Verfassungsrechtssätze <i>Peter Badura</i> . . . . .	33
§ 160 Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht <i>Peter Badura</i> . . . . .	57
§ 161 Die sprachliche Struktur der Verfassung <i>Meinhard Hilf</i> . . . . .	79
§ 162 Verfassungsrecht als „politisches Recht“ <i>Josef Isensee</i> . . . . .	103
§ 163 Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz <i>Peter Badura</i> . . . . .	165
§ 164 Die Verfassungsauslegung <i>Christian Starck</i> . . . . .	189
§ 165 Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen <i>Ulrich Battis</i> . . . . .	231
§ 166 Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146 <i>Josef Isensee</i> . . . . .	271

**Elfter Teil**  
**Schutz von Staat und Verfassung**

§ 167 Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes <i>Jürgen Becker</i> . . . . .	309
§ 168 Funktionsstörungen in der Staatsorganisation <i>Eckart Klein</i> . . . . .	361
§ 169 Der innere Notstand <i>Eckart Klein</i> . . . . .	387
§ 170 Der Spannungs- und der Verteidigungsfall <i>Wolfgang Graf Vitzthum</i> . . . . .	415
§ 171 Der Widerstandsfall <i>Rudolf Dolzer</i> . . . . .	455

**Zwölfter Teil**  
**Die Bundesrepublik Deutschland**  
**in der Staatengemeinschaft**

§ 172 Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit <i>Christian Tomuschat</i> . . . . .	483
§ 173 Allgemeine Regeln des Völkerrechts <i>Helmut Steinberger</i> . . . . .	525
§ 174 Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge <i>Rudolf Bernhardt</i> . . . . .	571
§ 175 Die Übertragung von Hoheitsgewalt <i>Hermann Mosler</i> . . . . .	599
§ 176 Die Bundesrepublik Deutschland im Verteidigungsbündnis <i>Rüdiger Wolfrum</i> . . . . .	647
§ 177 Systeme kollektiver Sicherheit <i>Karl Doebring</i> . . . . .	669
§ 178 Das Friedensgebot des Grundgesetzes <i>Karl Doebring</i> . . . . .	687
§ 179 Das Grundgesetz und die internationale Streitschlichtung <i>Hermann Mosler</i> . . . . .	711
§ 180 Über nationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt <i>Jochen Abr. Frowein</i> . . . . .	731

*Inhalt Band VII*

§ 181 Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften <i>Hans Peter Ipsen</i> . . . . .	767
§ 182 Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane <i>Rudolf Streinz</i> . . . . .	817
§ 183 Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration <i>Paul Kirchhof</i> . . . . .	855
<i>Gesetzesregister</i> . . . . .	889
<i>Sachregister</i> . . . . .	921

## § 163

# Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz

Peter Badura

## Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Die rechtliche Konstituierung der politischen Gewalt durch die Verfassung	1– 6	C. Die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung	18–37
B. Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	7–17	I. Die Verfassung als Schranke, Auftrag und Richtlinie der Gesetzgebung	18–23
I. Das Gesetz als politische Entscheidung der parlamentarischen Volksvertretung	7–10	II. Kriterien der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes	24–34
II. Die gesetzgebende Gewalt	11–13	III. Das labile Gleichgewicht von Gesetzgebung und Rechtsprechung	35–37
III. Die Garantiefunktion des Gesetzes	14–17	D. Bibliographie	

## A. Die rechtliche Konstituierung der politischen Gewalt durch die Verfassung

**1**

Verfassung  
als Vertrag  
und Verständigung

Von der Verfassung wird Befriedung und dauerhafte Ordnung erhofft. Das ältere, über Jahrhunderte gültige Bild der Gründung von Staat, Recht und Ordnung, das Bild des Vertrages, also der Verständigung, Einigung und Vereinbarung, behält im Kernpunkt für die Sinndeutung der Verfassung seine Richtigkeit. Dem muß sich, damit der Sinn der Verfassung verstanden und anerkannt werden kann, die auf die Aufklärung zurückgehende Konstruktion der Verfassung als vernunftgeleitete Entscheidung einer verfassunggebenden Gewalt unterordnen.

Verfassung  
als Grundnorm  
der Rechtsordnung

Der Gedanke und die Verwirklichung einer geschriebenen Verfassung als einer förmlich gesetzten Norm zur Ordnung und Begrenzung politischer Herrschaft, schließlich als Grundnorm der Rechtsordnung und Staatsgrundgesetz, ist in der Staatsphilosophie der Antike und des Mittelalters vorbereitet, in den verschiedenen Spielarten des Naturrechts und der Vertragslehre theoretisch gerechtfertigt, aber als geschichtliche und staatsrechtliche Institution erst im Zuge der Emanzipation der bürgerlichen Gesellschaft zur Geltung gebracht worden. Die maßgeblichen Ideen und Kräfte des heutigen Verfassungsstaates sind durch den Individualismus und Rationalismus der Renaissance, durch die Gemeinde- und Vertragsvorstellungen des Calvinismus, durch das Vernunftrecht der Aufklärung und durch den politischen und wirtschaftlichen Liberalismus entbunden worden<sup>1</sup>. Für das neuzeitliche Denken, das Welt und Gesellschaft dem Interesse und dem Lebensziel des einzelnen unterwerfen will, ist die Organisation des menschlichen Zusammenlebens und der politischen Herrschaft durch vernunftgeleitete Entscheidung zu leisten. Das positive Recht in Gestalt eines Verfassungsgesetzes soll das Werkzeug rechtlicher Begründung und Mäßigung der Staatsgewalt und der Freiheit des einzelnen sein.

Individualistische  
und rationalisti-  
stische Sicht

---

<sup>1</sup> Otto Hintze, Staat und Verfassung, 1962; Gerhard Kleinheyer, Die kaiserlichen Wahlkapitulationen, 1968; Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hg.), Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert, 1975 (Der Staat, Beiheft 1); ders. (Hg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815–1914), 1981; ders., Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: FS für Rudolf Gmür, 1983, S. 7ff.; Hans Boldt, Deutsche Staatslehre im Vormärz, 1975; Rudolf Vierhaus, Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, 1977; Christoph Link, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, 1979; Gerhard Oestreich, Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde, in: ders., Strukturprobleme der frühen Neuzeit, 1980, S. 229; Norbert Achterberg / Werner Krawietz (Hg.), Legitimation des modernen Staates, 1981 (ARSP, Beiheft Nr. 15); Brian Tierney, Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150–1650, Cambridge, New York 1982; Dieter Wydickel, Ius Publicum, 1984; Peter Badura, Verfassung, in: EvStL II<sup>1</sup>, Sp. 3737; Dieter Grimm, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: Dieter Simon (Hg.), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, 1987, S. 45ff. (auch in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 31ff.); Gerhard Dilcher, Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz, in: Der Staat 27 (1988), S. 161ff.; Thomas Würtzenberger, An der Schwelle zum Verfassungsstaat, in: Aufklärung 3 (1988), S. 53ff.

Das Hochmittelalter stellt regimen regale und regimen politicum gegenüber, die zur Tyrannis neigende Alleinherrschaft und die rechtlich beschränkte Herrschaft. Die Pflichten des Herrschers werden aus den geoffenbarten Glaubenswahrheiten und aus der – sich später gegenüber der religiösen Fundierung verselbständigen Lehre vom Gemeinwesen abgeleitet. Das Gemeinwesen (commonwealth) wird als die durch Einigung und gegenseitige Versprechen zu schaffende und zu erhaltende Grundlage der Herrschaft angesehen (government by consent). Die konsensuale Begründung von Herrschaft, Herrscherpflichten und Gehorsam gegenüber der Obrigkeit gibt die allgemeine wie konkrete Rechtfertigung der Herrschaftsgewalt, bezeichnet zugleich die Grenze zulässiger Herrschaftsausübung und geschuldeten Gehorsams und beläßt für den äußersten Fall dem Volk, seinen berufenen Repräsentanten oder – in der radikalsten Version der Monarchomachen – dem einzelnen ein Widerstandsrecht gegen den pflichtvergessenen Herrscher. Die moderne Ordnung und Bindung der Staatsgewalt durch ein Verfassungsgesetz, also eine juristisch zu erfassende und gegebenenfalls richterlich durchsetzbare Rechtsnorm, ist durch diese Organisationstechnik des Staatsgrundgesetzes, vor allem aber durch das individualistische und vernunftrechtliche Verfassungsdenken von den alten leges fundamentales geschieden, wie der lex Regia des mittelalterlichen Kaisertums, der lex Salica des französischen Königiums oder der Goldenen Bulle (1356), den Wahlkapitulationen und den Reichsschieden des Alten Reiches. Selbst der Ende des 16. Jahrhunderts offenbar von den Hugenotten aufgebrachte und dann zum Gemeinplatz gewordene Begriff der „*lois fondamentales*“ verharrt noch in den Vorstellungen des älteren, ständig gefärbten Naturrechts<sup>2</sup>. Die Leveller in Englands puritanischer Grand Rebellion scheinen die ersten gewesen zu sein, die den Vertragsgedanken beim Wort nahmen und – vielleicht angeregt durch den feudalen Covenant der Schotten (1638) – die Neugründung des Gemeinwesens durch ein von jedermann zu unterschreibendes „*Agreement of the People*“ (Oktober 1647) forderten<sup>3</sup>.

Die dem Prinzip der Volkssouveränität folgende Verfassung des demokratischen Staates wird – nicht anders als das nach Rechtsgrundsätzen errichtete und geordnete Gemeinwesen des alten und des bürgerlichen Naturrechts – als Gründung, Einsetzung und Ordnung politischer Macht und staatlicher Gewalt verstanden. Daß für die konstitutionelle Phase der bürgerlichen Verfassungsbewegung, die sich in geschichtlich konkreter Frontstellung gegen den monarchischen Obrigkeitstaat wandte, und für den frühen Liberalismus auch dem Prinzip nach die Verfassung charakteristisch als Grenze oder Schranke der

**2**  
Vertragsgrundlage  
des Verfassungs-  
staates

**3**  
Liberalismus,  
Volkssouveränität

2 Harro Höpfl, Fundamental Law and the Constitution in Sixteenth-Century France, in: Roman Schnur (Hg.), Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates, 1986, S. 327ff.

3 Samuel Rawson Gardiner, The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625–1660, 3rd ed., Oxford 1906 (dort S. 333ff. die Fassung des ursprünglichen Entwurfs und S. 359ff. die im Januar 1648/49 angenommene Fassung); George Peabody Gooch, English Democratic Ideas in the Seventeenth Century, 2nd ed., Cambridge 1927; Joseph R. Tanner, English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century 1603–1689, Cambridge 1928, S. 156f.; John Wiedhof Gough, Fundamental Law in English Constitutional History, Oxford 1955; Christopher Hill, Puritanism and Revolution, 1958.

Verfassung  
als Instrument  
der Kontrolle des  
Machtprozesses

Herrschermacht und der Exekutive betonte Bedeutung gewann<sup>4</sup>, ließ den Grundgedanken des Verfassungsstaates unberührt, durch die Verfassung die politische Ordnung und die Staatsgewalt rechtlich zu konstituieren. In diesem Rahmen war es dann in der Tat für das dem Liberalismus verpflichtete Verfassungsdenken vorrangig, mit der Verfassung ein „Instrument der Kontrolle des Machtprozesses“<sup>5</sup> zu erhalten, so daß sich sagen läßt: „Weniger der Staat selbst als die Mittel und Methoden seiner Kontrolle werden organisiert“<sup>6</sup>. Es ist nicht weniger für den demokratischen Verfassungsstaat wesentlich, daß es zu seinen Kernstücken gehört, Einrichtungen und Verfahren zu schaffen, in denen wirksame Vorkehrungen gegen Willkür und Mißbrauch staatlicher Gewalt zu finden sind und mit denen die öffentliche Gewalt einer egalitären Kontrolle – aber eben auch Legitimierung – unterworfen werden kann.

**4**  
Politik  
und Recht

Die rechtliche Konstituierung der politischen Gewalt durch die Verfassung ist die Errichtung und Ordnung politischer Institutionen zur Ausübung der Staatsgewalt, die Sicherung von Rechten und Freiheiten des einzelnen und die mehr oder weniger programmatische Festlegung bestimmter Ziele oder Aufgaben des Staates. Durch die Verfassunggebung und das Verfassungsrecht wird diesen Institutionen und Grundsätzen und dann in weiterer Vermittlung den Handlungen und Regelungen der verfassungsmäßigen Staatsorgane über die juristisch identifizierbare Legalität hinaus die Legitimität nach dem Prinzip des demokratischen Verfassungsstaates zugeführt. Wenn diese Funktion und Wirkung der Verfassung so ausgedrückt wird, die Verfassung sei die „rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens“<sup>7</sup>, darf daraus nicht auf das rationalistische Vorurteil geschlossen werden, das Verfassungsrecht wolle politische Macht oder gar den politischen Prozeß insgesamt in rechtlichen Kriterien einfangen, „verrechtlichen“. Gegen diesen – nur theoretisch vorstellbaren, aber als Axiom der Verfassungslehre untauglichen – Gedanken hatte bereits Georg Jellinek polemisiert: „Die Entwicklung der Verfassungen bietet uns die große, noch immer nicht genug in ihrer gewaltigen Bedeutung gewürdigte Lehre, daß Rechtssätze unvermögend sind, staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen. Die realen politischen Kräfte bewegen sich nach ihren eigenen Gesetzen, die von allen juristischen Formen unabhängig wirken“<sup>8</sup>.

Normative  
Verfassung und  
Realverfassung

Die den Verfassungsrechtssätzen oft eigentümliche Allgemeinheit, Unbestimmtheit, Unvollständigkeit, Weite und „Offenheit“ ist häufig erörtert und zum Element der Auseinandersetzung über die Verfassungsinterpretation geworden. Ein wesentlicher Grund für diese Regelungstechnik des Verfas-

4 Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: JA 1984, S. 325 (329f.).

5 Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 1969. Siehe auch Carl Joachim Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953.

6 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 41.

7 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1991, S. 10.

8 Georg Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, S. 72. → Bd. I, Isensee, § 13 Rn. 131ff.

sungsgesetzgebers ist, daß die Verfassung auf „konkretisierende Aktualisierung“, vor allem auf eine den politischen Umständen entsprechende „Vervollständigung“ oder Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angelegt ist. Derartige Verfassungsrechtssätze können demnach gerade die Entscheidung dahin einschließen, die weitere Regelung der verfassungsrechtlich nicht detaillierter gebundenen politischen Auseinandersetzung zu überlassen und vorzubehalten<sup>9</sup>. Derartige rahmensexzende Direktiven für den Gesetzgeber finden sich bevorzugt in den objektiven Gewährleistungsgehalten der Grundrechte.

In Konrad Hesses Lehre von der „Verwirklichung“ der Verfassung durch konkretes Handeln, durch das erst die reale Wirksamkeit und „normative Kraft“ der Verfassung vollendet werde, wird sowohl die fortdauernde Gewähr des verfassungsbestimmten Staats- und Soziallebens postuliert als auch ein Axiom für die Methode der Verfassungsauslegung festgelegt<sup>10</sup>. Die konkreten Bedingungen und Umstände, die zum Regelungsgegenstand der Norm gehörten, müßten in den Vorgang der Normenkonkretisierung einbezogen werden: Der „Inhalt der interpretierten Norm vollendet sich erst in der Auslegung“. Dieser grundsätzliche Gedanke ist von Peter Häberle in der Richtung verallgemeinert worden, daß die Verfassung im Kernpunkt als ein dynamisch verlaufender „öffentlicher Prozeß“ der Gemeinwohlverwirklichung durch alle von vornherein oder durch eigenen Entschluß an der „Verfassungskultur“ Beteiligten aufgefaßt wird<sup>11</sup>.

Der naheliegende Einwand, daß der für die konkrete Existenz und Funktionsfähigkeit der Verfassungsordnung vitale Regelungsgehalt des Verfassungsgesetzes zu sehr beiseitegesetzt werde, daß die politischen Institutionen und ihr je besonderer Auftrag nicht genügend beachtet werde, trifft Konrad Hesse deshalb weniger, weil er das Moment bewußten, planmäßigen, organisierten Zusammenwirkens betonter zur Geltung bringt. Die Verfassung richtet bestimmte politische Institutionen ein, den Bundesstaat, die gewählte Volksvertretung mit ihren Aufgaben der Staatsleitung, der Einsetzung und Kontrolle der Regierung und der Gesetzgebung, die Regierung mit der leitenden Stellung des Bundeskanzlers, die Verfassungsgerichtsbarkeit und andere. Die Aufgaben, Wirkungskreise und Befugnisse der verfassungsmäßigen Institutionen, der sogenannte organisatorische Teil der Verfassung, bilden staatsrechtlich das zuerst zur „Verwirklichung“ der Verfassung berufene Subjekt des rechtlich zu ordnenden und juristisch faßbaren Gemeinwesens. Die Rechte und Garantien der individuellen Freiheit lassen sich nicht bruchlos oder vollständig in diese Verfassungsordnung integrieren. Erst von diesem institutionellen Ausgangspunkt her gibt die von Rudolf Smend und seiner Schule zu Recht betonte These einen verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Sinn, daß die rechtlichen Wirkungen der Verfassung auf einem „gesellschaftlichen Konsens über Ziele und Formen politischer Herrschaft“

Ausgestaltung  
durch den  
Gesetzgeber

6

„Verwirklichung“  
der Verfassung  
durch den  
politischen  
Prozeß

„Verfassungskultur“

Vernachlässigung  
der normativen  
Intention  
der Verfassung

Organisatorischer  
Teil der  
Verfassung

<sup>9</sup> Hesse (N 7), S. 11, 13: Theodor Maunz / Reinhold Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 201991, § 6 III 2.

<sup>10</sup> Hesse (N 7), S. 16ff., 24ff.; Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

<sup>11</sup> Peter Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß, Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 1978 (dazu die Besprechung von Ulrich Scheuner in: DÖV 1979, S. 916f.).

beruhen und daß in der Herstellung und Gewährleistung dieses Konsenses die primäre Funktion der Verfassung liege<sup>12</sup>. „Das erste Stück der Verfassung und ihres Lebens als geistiger Wirklichkeit sind die Staatsorgane“<sup>13</sup>.

## B. Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

### I. Das Gesetz als politische Entscheidung der parlamentarischen Volksvertretung

#### 7

Die Positivität  
des Rechts

Rationalität  
des modernen  
Staates

Demokratische  
Legitimation  
der Gesetzgebung

Die politische und verfassungsrechtlich ausschlaggebende Erscheinungsform der Rechtsetzung ist die Gesetzgebung, das heißt der Erlass von Gesetzen durch die parlamentarische Volksvertretung nach den in der Verfassung festgelegten Regeln der Ausübung gesetzgebender Gewalt. Die Rationalität, die das staatliche Handeln und der Rechtsverkehr des gesellschaftlichen Lebens durch das in seinem Bestand jederzeit eindeutig feststellbare, in Inhalt und Wirkung berechenbare und gleichmäßig angewendete positive Recht erhalten, ist ein Wesenszug des modernen Staates<sup>14</sup>. Der einflußreichste Theoretiker des neuzeitlichen Verfassungsstaates, John Locke, sieht in der Einrichtung der gesetzgebenden Gewalt das Hauptstück der Verfassung: „Da es das wesentliche Ziel der in die bürgerliche Gesellschaft eintretenden Menschen ist, ihre Güter in Frieden und Sicherheit zu genießen, und da das hauptsächliche Werkzeug und Mittel dafür die Gesetze sind, die in dieser Gesellschaft errichtet werden, ist das erste und grundlegende positive Gesetz aller Staaten die Einrichtung der gesetzgebenden Gewalt; das ist das erste und grundlegende natürliche Gesetz, das selbst die Legislative regiert.“ Zu diesem „natürlichen Gesetz“ gehört, daß der staatsrechtlich berufene Gesetzgeber nur eine „vom Volk delegierte Gewalt“ besitzt und daß er diese ihm anvertraute Gewalt nicht an andere weitergeben darf. „Das Volk allein kann die Form des Staates bestimmen, und das geschieht eben durch die Begründung der Legislative und durch eine Entscheidung darüber, in wessen Hand sie gelegt werden soll“<sup>15</sup>. Im Verfassungsstaat der staatstheoretischen Tradition und der geltenden staatsrechtlichen Ordnung ist das Volk als Gemeinschaft

12 Dieter Grimm, Verfassungsrechtlicher Konsens und politische Polarisierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Peter Haungs (Hg.), Verfassung und politisches System, 1983, S. 35, unter Bezugnahme auf Ulrich Scheuner, Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem, in: Günther Jakobs (Hg.), Rechtsgeltung und Konsens, 1976, S. 33ff.; ders., Die Funktion der Verfassung für den Bestand der politischen Ordnung, in: Wilhelm Hennis/Peter Graf Kielmansegg/Ulrich Matz (Hg.), Regierbarkeit, Bd. II, 1979, S. 102ff.

13 Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 1968, S. 119 (198).

14 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1956, Bd. 2, S. 503ff.

15 John Locke, Two Treatises of Civil Government, book II, chap. XI, par. 134, 141.

freier Bürger die Quelle des Rechts und das ursprüngliche Subjekt der gesetzgebenden Gewalt<sup>16</sup>.

Die Organe der Gesetzgebung, der Regierung, der Verwaltung und der Rechtsprechung sind von der Verfassung mit je spezifischen Aufgaben und Entscheidungsvollmachten ausgestattet. Die verfassungsmäßige Ordnung und besonders die allgemeinen und rahmensetzenden Direktiven, die sich den Grundsätzen und Garantien des Verfassungsrechts entnehmen lassen, erweisen sich als jeweils organ- und funktionsspezifische Anforderungen an die Ausübung der Staatsgewalt<sup>17</sup>. Für die spezifische Aufgabe und Regelungsvollmacht der gesetzgebenden Volksvertretung kommt dieser Rechtsgedanke in der Lehre von der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zum Ausdruck. Dieser Begriff und die mit ihm gekennzeichnete Grenzziehung spielen in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts eine beherrschende Rolle<sup>18</sup>.

Der Ausdruck „Gestaltungsfreiheit“ oder „Gestaltungsraum“ des Gesetzgebers bezeichnet im Regelfall negativ die Grenze richterlicher Prüfung, wenn gleich mit einem Wort, das positiv eine Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis des Gesetzgebers für eine Regelungsaufgabe oder einen Regelungsgegenstand kennzeichnet. Hinter diesem ambivalenten Bedeutungshorizont des Ausdrucks verbergen sich durchaus verschiedenartige Gründe und Begründungszusammenhänge.

Dem Gesetzgeber kommt Gestaltungsfreiheit bei der näheren Ausformung einer verfassungsrechtlichen Garantie und bei der Ausführung eines Gesetzgebungsauftags zu<sup>19</sup>. Er verfügt über Gestaltungsfreiheit bei der Ausgestaltung der Eigentumsordnung<sup>20</sup>, bei der dem Sozialstaatsprinzip entsprechenden Ausgestaltung der Sozialordnung<sup>21</sup>, bei der Bestimmung wirtschafts- und sozialpolitischer Ziele<sup>22</sup>, aber auch bei der näheren Ausgestaltung des Ausbildungs- und Prüfungswesens<sup>23</sup>.

Im Hinblick auf die Wirtschaftspolitik zeigt sich eine „grundätzliche Freiheit wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung“ und demnach ein „Element relativer Offenheit der Verfassungsordnung“<sup>24</sup>. Weitgehende Gestaltungsfrei-

8

Die Entscheidungsvollmacht des Gesetzgebers

9

Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

Ausgestaltung der Eigentums- und Sozialordnung

Wirtschaftspolitik

16 → Bd. I, Böckenförde, § 22 Rn. 11 ff.

17 Diesem Gesichtspunkt trägt die Verfassungsinterpretation des Bundesverfassungsgerichts durch Beachtung „funktionell-rechtlicher Grenzen“ Rechnung; siehe Gunnar Folke Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980; Konrad Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: FS für Hans Huber, Bern 1981, S. 261 ff.; ders. (N 7), S. 31 ff.; Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1991, S. 268 ff.

18 Soweit ersichtlich, seit BVerfGE 9, 201 (206). Vorher war, sachlich gleichbedeutend, von dem „Ermessen“, das dem Gesetzgeber eingeräumt sei, vom „Spielraum“ des Gesetzgebers „für die Betätigung seines Ermessens“ die Rede.

19 BVerfGE 3, 19 (24); 8, 1 (16, 22); 9, 305 (330); 61, 43 (62 f.).

20 BVerfGE 21, 73 (83); 74, 203 (214); 79, 1 (25); 79, 29 (40); 80, 137 (150).

21 BVerfGE 71, 66 (80).

22 BVerfGE 77, 84 (106); 77, 308 (332).

23 BVerfGE 79, 212 (218).

24 BVerfGE 4, 7 (17 f.); 7, 377 (400); 50, 290 (338).

heit findet sich bei der Regelung gewährender Verwaltung<sup>25</sup>, aber auch bei der Normierung öffentlicher Aufgaben<sup>26</sup> und von Strafdrohungen<sup>27</sup>. In abgestuftem Maße treten Freiheitsrechte und Grundsatznormen, z.B. Art. 6 Abs. 1 GG, als Grenze der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit in Erscheinung<sup>28</sup>. Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bleibt angesichts der rechtsstaatlichen Grundsätze, so des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit<sup>29</sup>, der gebotenen „Zwecktauglichkeit“ einer Regelung<sup>30</sup> und der beschränkten Zulässigkeit rückwirkender Gesetze<sup>31</sup> bestehen. Sie stößt auf die Grenze des Willkürverbots<sup>32</sup>, erlaubt aber beispielsweise in dessen Rahmen auch typisierende und generalisierende Regelungen<sup>33</sup>. Dies ist nur ein exemplifizierender Überblick.

**10**Gesetzgebung im  
Grundrechtzbereich

Die selbständige Entscheidungsvollmacht des Gesetzgebers begegnet bei Regelungssachverhalten mit Grundrechtsberührung hauptsächlich im Hinblick auf die Grundsatz- und Gewährleistungsfunktion einzelner Grundrechte. Anders als im Fall des „Eingriffs“, der die negatorische Seite des Grundrechts aktiviert<sup>34</sup>, darf der Gesetzgeber eine größere Bewegungsfreiheit in Anspruch nehmen, wo er den Inhalt der grundrechtlichen Berechtigung näher ausgestaltet oder gegenüber anderen Rechtsgütern abgrenzt und so eine die Grundrechtsausübung ermöglichte oder sichernde konstitutive Ordnung, „Substantierung“, schafft<sup>35</sup>. Ähnlich liegt es, wo der Gesetzgeber in Beachtung der Gewährleistungsfunktion eines Grundrechts dessen Ausübung durch Organisations- und Verfahrensvorschriften sichert, z.B. im Hochschul- oder Rundfunkrecht<sup>36</sup>, einer Förderungsaufgabe nachkommt<sup>37</sup> oder durch ausgleichende Regelungen des Privatrechts einer Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch soziales oder wirtschaftliches Ungleichgewicht entgegenwirkt<sup>38</sup>. Bei der Erfüllung der aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ableitbaren Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit kommt dem Gesetzgeber – wie der vollziehenden Gewalt – „ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich“ oder „-spielraum“ zu, der auch Raum lässt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen. Die Entschei-

25 BVerfGE 11, 50 (60); 49, 280 (283); 61, 138 (147); 80, 124 (134).

26 BVerfGE 50, 217 (226f.); 50, 386 (392).

27 BVerfGE 50, 125 (140); 80, 244 (255).

28 BVerfGE 6, 55 (71); 10, 59 (73); 10, 89 (102ff.); 10, 354 (370f.); 18, 257 (269); 50, 256 (262f.); 50, 290 (338); 62, 256 (274); 67, 186 (196).

29 BVerfGE 63, 131 (144); 67, 1 (15f.); 69, 272 (310).

30 BVerfGE 69, 1 (53); 77, 84 (106, 109).

31 BVerfGE 68, 287 (310).

32 BVerfGE 3, 58 (135f.); 9, 250 (255); 38, 154 (166f.); 52, 277 (280f.); 61, 43 (62f.); 61, 138 (148f.); 62, 256 (286); 66, 234 (244); 67, 186 (195f.); 68, 237 (250); 68, 287 (301); 69, 150 (160); 75, 108 (157); 77, 308 (338); 78, 249 (287).

33 BVerfGE 17, 1 (23); 26, 16 (31).

34 → Bd. V, *Isensee*, § 111 Rn. 58ff.

35 Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961. → Bd. V, *Isensee*, § 115 Rn. 139ff.

36 BVerfGE 33, 303 – numerus clauses; 35, 79 – Wissenschaftsfreiheit in der Hochschule; 57, 295 – Rundfunk; 65, 1 – Volkszählung. → V, *Denninger*, § 113 Rn. 5ff., 19ff., 29ff.

37 BVerfGE 75, 40 (67) – Privatschulförderung. → Bd. V, *Denninger*, § 113 Rn. 40ff.

38 BVerfGE 81, 242 (255) – Karentenzschädigung bei einem Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter. → Bd. V, *Isensee*, § 111 Rn. 130f.

dung, welche Maßnahmen geboten sind, kann deshalb nur begrenzt nachgeprüft werden. Das Bundesverfassungsgericht kann eine Verletzung der Schutzwürdigkeit nur feststellen, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen<sup>39</sup>.

## II. Die gesetzgebende Gewalt

Die Gesetzgebung, die als eine Erscheinungsform der Staatsgewalt dem Bundestag und dem Bundesrat als „besonderen Organen“ des Bundes zugeschrieben ist, ist an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (Art. 20 Abs. 1 und 2, 38, 50, 76ff. GG)<sup>40</sup>.

Die Fähigkeit der parlamentarischen Volksvertretung, des Bundestages, im Zusammenwirken mit dem Bundesrat Gesetze zu erlassen, wird als „gesetzgebende Gewalt“ bezeichnet. Soweit sich die parlamentarische politische Willensbildung auf die Hervorbringung oder Änderung der Rechtsordnung richtet, geschieht dies in dem verfassungsrechtlich vorgesehenen Weg der Gesetzgebung. Die Verfassung bestimmt – explizit oder implizit – die Aufgaben der gesetzgebenden Gewalt und legt die Kompetenzen und Verfahren zu ihrer Ausübung fest.

Die staatsrechtlich wesentliche Eigenschaft des Gesetzes ist, daß es von der Volksvertretung, dem demokratisch gewählten Parlament als gesetzgebender Körperschaft, beraten und verabschiedet wird. Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers erklärt sich aus dem Grundgedanken der parlamentarischen Demokratie, daß der Inhalt und der Zeitpunkt für den Erlass eines bestimmten Gesetzes von der Volksvertretung nach politischen Kriterien der Sachgerechtigkeit und Zweckmäßigkeit beurteilt werden. Dieser Spielraum der Gestaltung schließt „parteipolitische“ Erwägungen ein, von seiten der Regierung und Parlamentsmehrheit ebenso wie von seiten der Opposition. Die Überzeugungskraft der Legitimierung des Gesetzes durch das Zurechnungsprinzip der parlamentarischen Repräsentation wird in dem Maße abgeschwächt, wie parteienstaatliche und bürokratische Züge der Gesetzgebung dominierend werden.

In der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers tritt eine materielle Grenze der Bindung der gesetzgebenden Gewalt durch die Verfassung zutage. Darin zeigt sich letzten Endes eine Grenze der Leistungsfähigkeit der Verfassung. Zugleich wird damit eine Grenze der verfassungsgerichtlichen Jurisdiktion bezeichnet. Denn die verfassungsgerichtliche Beurteilung eines Gesetzes

11

Die gesetzgebende Gewalt

12

Parlamentarische und parteien-demokratische Repräsentation

13

Verfassung und Gesetz

<sup>39</sup> BVerfGE 56, 54 (81) – Fluglärm; 77, 170 (214f.) – C-Waffen-Lagerung; 77, 381 (405) – Zwischenlager Gorleben; 79, 174 (202) – Verkehrslärm. → Bd. V, Isensee, § 111 Rn. 162ff.

<sup>40</sup> → Bd. III, Ossenbühl, § 61 Rn. 4ff.

ist durch verfassungsrechtliche Maßstäbe bedingt, an denen die Gültigkeit des Gesetzes gemessen werden kann.

Politische  
Verantwortung  
des Gesetzgebers

Die Bindung der gesetzgebenden Gewalt an die rechtlichen Entscheidungsregeln und Anforderungen der Verfassung ändert nichts an der politischen Verantwortung der gesetzgebenden Körperschaften. Die selbständige Stellung, die damit zuerst dem Bundestag in dem Prozeß der politischen Meinungs- und Willensbildung zukommt, auf den jede Gesetzgebung angewiesen ist, findet in dem formelhaften Grundsatz der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers Ausdruck. Die praktische Prämissen dieser originären Entscheidungs- und Handlungsvollmacht des Gesetzgebers ist die politische Leistungsfähigkeit des parteienstaatlichen Parlamentarismus.

### III. Die Garantiefunktion des Gesetzes

**14**

Parteien  
und Verbände  
als Triebkräfte  
der Gesetzgebung

Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gilt für den Inhalt des Gesetzes, vor allem aber auch für die Fragen, ob und zu welchem Zeitpunkt eine gesetzliche Regelung erfolgen soll. Die parteien- und verbändestaatlichen Prozeduren der Interessenartikulation erzeugen die wesentlichen Triebkräfte für Gesetzgebungsinitiativen; sie gehen ihrerseits häufig auf Veränderungen der Umstände zurück, die für das Gewicht und die Betroffenheit der Interessen maßgebend sind. Die Artikulation und die Wirksamkeit der Interessen und ihre Aufnahme durch die Faktoren der Gesetzgebung sind ebenso wenig Gegenstand besonderer Regelungen des Verfassungsrechts wie die möglichen oder gebotenen Folgerungen, die aus einer Änderung der maßgebenden tatsächlichen Umstände für die Gesetzgebung hervorgehen. Dennoch können sich für bestimmte Tatbestände, etwa aus grundrechtlichen Schutzpflichten oder aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, Regelungspflichten für den Gesetzgeber als konkrete und kraft Verfassungsrechts zu erfüllende Verpflichtungen ergeben, sei es im Allgemeininteresse, sei es im Interesse einer individualisierbaren Personengruppe.

**15**

Rechtsstaatliche  
und demokratische  
Garantiefunktion  
des Gesetzes

Allgemeine Richtschnur für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ist die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes: Das Gesetz als Grundlage und Grenze der Verwaltung und der Rechtsprechung sichert die rechtsstaatlichen Anforderungen der Berechenbarkeit des Rechts, der Rechtssicherheit und des grundrechtlichen Schutzes der einzelnen und wahrt die politische Entscheidungsvollmacht der parlamentarischen Volksvertretung. Für das verfassungsrechtliche Grundverhältnis von Gesetzgebung und Vollziehung der Gesetze durch die Exekutive und für die verfassungsrechtlich gewährleistete Bindung der Exekutive an das Gesetz bringt der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes als Ausprägung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes zur Geltung<sup>41</sup>.

Vorbehalt  
des Gesetzes

---

41 → Bd. III, Ossenbühl, § 62 Rn. 32 ff.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der „Wesentlichkeitstheorie“ die rechtsstaatliche Linie der Garantiefunktion des Gesetzes schärfer entwickelt<sup>42</sup>, im folgenden aber „mit der Erkenntnis auch seiner demokratischen Komponente“<sup>43</sup> die überkommene rechtsstaatliche Fassung des Eingriffsvorbehalts überschritten: „Als entscheidender Fortschritt dieser Rechtsauffassung ist es anzusehen, daß der Vorbehalt des Gesetzes von seiner Bindung an überholte Formeln (Eingriff in Freiheit und Eigentum) gelöst und von seiner demokratisch-rechtsstaatlichen Funktion her auf ein neues Fundament gestellt wird, auf dem aufbauend Umfang und Reichweite dieses Rechtsinstituts neu bestimmt werden können“<sup>44</sup>. Die nähere Erläuterung dazu, was als „wesentlich“ im Sinne des neubestimmten Gesetzesvorbehalts anzusehen sei<sup>45</sup>, schwankt zwischen einer eher das Rechtsstaatsprinzip weiter entwickelnden Linie – „wesentlich“ für die Gewährleistung der Ausübung von Grundrechten<sup>46</sup> – und einer auf die „Binsenwahrheit“ abstellenden Rechtfertigung, „daß nämlich die wirklich wichtigen Dinge in einem parlamentarisch-demokratischen Staatswesen vor das Parlament gehören“, wobei der Schutz der Grundrechte „einen wichtigen Gesichtspunkt“ vermittelte<sup>47</sup>. Die zweite Richtung führt in dem neuerdings so genannten – demokratischen – „Parlamentsvorbehalt“<sup>48</sup> über die Gesetzesbindung der Exekutive hinaus zu einer neuartigen Verfassungsbindung des Gesetzgebers.

16

„Wesentlichkeitstheorie“

Die Kriterien der Wesentlichkeitstheorie haben die rechtsstaatliche Garantiefunktion des Gesetzes bei der inhaltlichen Ausgestaltung und bei der Einschränkung von Grundrechten verstärkt. Die Regelungspflicht des Gesetzgebers bei einem „Grundrechtsbezug“ des fraglichen Lebensbereichs ist überzeugend, wenn miteinander konkurrierende Freiheitsrechte aufeinandertreffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind<sup>49</sup>. Dies gilt vor allem dann, wenn die betroffenen Grundrechte nach dem Wortlaut der Verfassung vorbehaltlos gewährleistet sind und eine Regelung, welche diesen Lebensbereich ordnen will, damit notwendigerweise ihre verfassungsimmmanenten Schranken bestimmen und konkretisieren muß<sup>50</sup>.

Konkretisierung  
der Grundrechte

Die Bestimmung der Anforderungen, die das Verfassungsrecht der Gesetzgebung auferlegt, kann mit Hilfe des „Demokratieprinzips“ nicht zuverlässig erreicht werden. Es ist angreifbar, wenn der allgemeine Verfassungsgedanke der rechtsstaatlichen und demokratischen Garantiefunktion des Gesetzes über die Nebeneinandersetzung von „Rechtsstaatsprinzip“ und „Demokratie-

17

Grenzen des  
„Demokratie-  
prinzips“

42 BVerfGE 33, 1 (10f.); 33, 125 (158ff.); 34, 165 (192f.). → Bd. III, *Ossenbühl*, § 62 Rn. 41 ff.

43 BVerfGE 49, 89 (126). – Siehe schon BVerfGE 33, 125 (158f.).

44 BVerfGE 47, 46 (78f.).

45 Dieter C. Umbach, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: FS für Hans Joachim Faller, 1984, S. 111ff.

46 BVerfGE 49, 89 (126).

47 BVerfGE 47, 46 (79). – Siehe auch BVerfGE 45, 400 (417f.); 58, 257 (268f.).

48 → Bd. III, *Ossenbühl*, § 62 Rn. 32ff., 40.

49 → Bd. V, *Isensee*, § 115 Rn. 146.

50 BVerfGE 83, 130 – Ausgleich von Kunstfreiheit und Jugendschutz. → Bd. V, *Isensee*, § 111 Rn. 151ff.; § 115 Rn. 139ff., 146ff.

prinzip“<sup>51</sup> zu der konkreten Rechtsfolge geführt wird, der Gesetzgeber sei verpflichtet, in bestimmten Umständen oder mit bestimmten Regelungen tätig zu werden. Das Bundesverfassungsgericht ist einseitigen Schlußfolgerungen entgegengetreten, die „einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts“ annehmen würden. „Die Demokratie, die das Grundgesetz verfaßt hat, ist eine *rechtsstaatliche* Demokratie, und das bedeutet im Verhältnis der Staatsorgane zueinander vor allem eine *gewaltenteilende* Demokratie“<sup>52</sup>.

## C. Die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung

### I. Die Verfassung als Schranke, Auftrag und Richtlinie der Gesetzgebung

**18**

Verfassungsgebundenheit des Gesetzes

„Richtigkeitsgewähr“ des Rechts

**19**

Verfassung als „Schranke“ und „Eingriff“ durch Gesetz

Wenn das heutige Staatsrecht das kennzeichnende Merkmal des Gesetzes darin sieht, daß es ein normativer Parlamentsakt ist, so ist doch damit untrennbar die Verfassungsgebundenheit der parlamentarischen Entscheidung verbunden, die Verpflichtung der Volksvertretung auf feste Maßstäbe der Gerechtigkeit und Vernünftigkeit. Diese Maßstäbe sind solche des Rechts; ihre Wirkung muß sich den juristischen Standards der Interpretation, Argumentation und der Begründung unterwerfen. Im Verfassungsstaat ist das Gesetz nicht allein ein Willensakt der parlamentarischen Mehrheit zu der Argumentation und der Begründung unterwerfen. Im Verfassungsstaat ist das Gesetz nicht allein als ein Willensakt der parlamentarischen Mehrheit zu begreifen. Durch die Bindungen und Bedingungen, die das Verfassungsrecht dem Mehrheitswillen auferlegt, kommt eine gewisse Gewähr der sachlichen Vernünftigkeit des Gesetzes, eine verfassungstaatliche Richtigkeitsgewähr des Rechts zustande<sup>53</sup>.

Gegenüber der weitgespannten politischen Gestaltungsvollmacht des Gesetzgebers stellt die Verfassung durch ihre rechtsstaatlichen Grundsätze und Garantien sicher, daß die grundlegenden Anforderungen der Gerechtigkeit und des Freiheitsschutzes vom Mehrheitswillen nicht übergangen werden. Vom Standpunkt des einzelnen, der individuellen Freiheiten und Rechte, ebenso vom Standpunkt der in ihrer Autonomie gesicherten Gruppen und unter dem Blickwinkel garantierter Einrichtungen und Schutzgüter, erscheint die Verfassung zuerst als eine Schranke oder Grenze der öffentlichen Gewalt.

51 Vgl. z. B. BVerfGE 45, 400 (417), aber auch Hans-Jürgen Papier, Die finanziellen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973. – Kritische Überprüfung bei Wilhelm Mößle, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986, S. 137ff. → Bd. I, Böckenförde, § 22 Rn. 82ff.; Schmidt-Aßmann, § 24 Rn. 96.

52 BVerfGE 49, 89 (124ff.): 68, 1 (87). → Bd. III, Ossenbühl, § 62.

53 → Bd. III, Isensee, § 57 Rn. 90ff.

In dieser Eigenschaft wehrt die Verfassung unverhältnismäßige und sachlich nicht gerechtfertigte „Eingriffe“ in die geschützten Rechte und Interessen ab<sup>54</sup>. Diese rechtsstaatliche Schutz- und Garantiefunktion ist, verengt auf die „Grundidee der bürgerlichen Freiheit“, als das rechtsstaatliche „Verteilungsprinzip“ charakterisiert worden: Die Verfassung setze die Freiheitssphäre des einzelnen „als etwas vor dem Staat Gegebenes“ voraus, und zwar sei die Freiheit des einzelnen „prinzipiell unbegrenzt“, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre „prinzipiell begrenzt“ sei<sup>55</sup>.

Die Reduzierung des verfassungsrechtlichen Freiheitsschutzes auf die Ausgrenzung „staatsfreier“ Sphären und die Abwehr undefinierter Eingriffe würde schon für den Bereich der individuellen Freiheit die Wirkung der Verfassung zu einem Torso verkürzen. Denn die für den Freiheitsschutz unentbehrliche Gewährleistungs- und Ordnungsfunktion der Grundrechte könnte bei diesem Ausgangspunkt keinen dogmatischen Boden finden. Noch weniger genügt dieser Gedanke des „Verteilungsprinzips“, um die sozialstaatlichen Aufgaben zu erklären und als Element der Bindung des Gesetzgebers durch die Verfassung verstehen zu können. Die Verfassung muß im sozialen Rechtsstaat der neuen Aufgabe gerecht werden, die rechtliche Bindung der politischen und administrativen Entscheidungen im Rahmen der staatlichen Lenkungs-, Verteilungs- und Leistungssysteme aufrechtzuerhalten und die grundrechtlichen Freiheiten auch gegenüber der Steuerung und Zuteilung von Daseinschancen zu wahren.

Im Hinblick auf die Gewährleistungs- und Ordnungsfunktion der Grundrechte und im Hinblick auf die sozialstaatlichen Aufgaben ist die Verfassung nicht nur Grenze, sondern auch Aufgabe und Richtlinie für die wirksame Sicherung der Freiheit des einzelnen und für die fortdauernde Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit. Je nach der in ihr erfolgten materiellen Regelung ist die Verfassung auch ein Plan, der Aufgaben normiert, ein Versuch, die politische Zukunft durch Leitgedanken und Richtlinien für den politischen Prozeß und die Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, „ein Entwurf für die Zukunft, die Vorzeichnung eines Rahmens für eine längere Dauer, die in erheblichem Maße die spätere Formung offenläßt“<sup>56</sup>.

Die direktiven Eigenschaften der als Gewährleistung, Auftrag und Plan wirkenden Verfassung wenden sich grundsätzlich nur an den Gesetzgeber. Sie geben der Gesetzgebungsaufgabe der parlamentarischen Volksvertretung eine rechtlich erhebliche Zielweisung. Daß die Verfassung als „politische Form und Grundorientierung der gesellschaftlichen Ordnung“<sup>57</sup> inhaltliche Grundlage der Politik im Sinne rechtlicher Gebundenheit an sachhafte Richtlinien für das Staats- und Rechtsleben ist, bedeutet nicht, daß die

Rechtsstaatliches  
Verteilungsprinzip

**20**

Gewährleistungs-  
und Schutzfunktion  
der Verfassung

**21**

Verfassung  
als Auftrag  
und Richtlinie

**22**

Die Verfassung  
als rahmensexzende  
Direktive für  
den Gesetzgeber

<sup>54</sup> Bernhard Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 457ff.

<sup>55</sup> C. Schmitt (N 6), S. 126f. → Bd. V, Isensee, § 111 Rn. 7, 45f.; § 115 Rn. 184f.

<sup>56</sup> Scheuner, Funktion der Verfassung (N 12), S. 123.

<sup>57</sup> Scheuner, Funktion der Verfassung (N 12), S. 121.

Gesetzgebung  
nicht Verfassungs-  
vollzug

Gesetzgebung als „Verfassungsvollzug“ aufgefaßt werden dürfte<sup>58</sup>. Die Funktion der Verfassung als rahmensexzende Direktive zu künftigen Gestaltungen aus der Hand des politisch urteilenden und handelnden Gesetzgebers ist von unverzichtbarem Gewicht für die sozialstaatlichen Aufgaben und die vielgestaltigen Eingriffe durch Lenkung, Umverteilung, Zuteilung von Bildungs- und Berufschancen usw., die der staatlichen Garantie der sozialen Gerechtigkeit und der Funktionsweise der parteien- und verbändestaatlichen Demokratie entspringen<sup>59</sup>.

23

Steuerungs-  
schwäche der  
Verfassung  
gegenüber der  
Wirtschafts-  
und Sozialpolitik

Die verfassungspolitische Debatte über die Aufnahme von sozialen Teilhaberechten und Staatszielbestimmungen in das Grundgesetz<sup>60</sup> führt vor Augen, daß die Leistungsfähigkeit materieller Regelungsgehalte des Verfassungsrechts als Steuerungsmedium der Wirtschafts- und Sozialpolitik begrenzt ist. Erneut zeigt sich die schon früher konstatierte Wandlung in der Entwicklung des im Kontext des Liberalismus entstandenen Verfassungsstaates durch den Übergang zum demokratischen Sozialstaat. Die sozial- und gesellschaftspolitische Wendung der Staatsaufgaben, das Mandat der umfassenden Sozialgestaltung und Umverteilung, der Staatszweck der sozialen Gerechtigkeit entspringen mit praktischer Notwendigkeit aus den in der Demokratie frei agierenden und die Gesetzgebung bestimmenden politischen Kräften. Die pointierte These Ernst Forsthoffs: „Sozialstaat und Rechtsstaat lassen sich auf der Verfassungsebene nicht verschmelzen. Der Entfaltungsraum des Sozialstaats ist Gesetzgebung und Verwaltung . . . (Der Sozialstaat) ist kein Rechtsbegriff“<sup>61</sup> dokumentiert die durchdringende Stärke des Sozialstaats und die daraus herrührende normative Gewichtslosigkeit des Sozialstaatssatzes. Unter einem anderen Blickwinkel kann von der „eigentümlichen Schwäche und Bedeutungsentleerung“ gesprochen werden, die die Verfassung gegenüber den Problemen des modernen Wohlfahrtsstaates an den Tag lege, und gesagt werden, im Maße der Umstellung vom liberalen Ordnungsstaat auf den modernen Wohlfahrtsstaat sinkt die Regelungskraft der Verfassung<sup>62</sup>. Es kann jedoch nicht darauf ankommen, von finalen Verfassungsnormen gleichartige Rechtsfolgen zu erwarten wie von den negatorischen Garantien der Freiheitsrechte. Der Gestaltungs- und Umverteilungszugriff des Sozialstaates kann, wie die Praxis des Bundesverfassungsgerichts belegt, im Verfassungsrecht Zielbindung und Maßstäbe finden; Weiterbildungen und Ergänzungen des Grundgesetzes können dieses Wirkungsfeld des Verfassungsrechts verbessern.

Finale  
Verfassungs-  
normen

58 Georg Müller, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, 1979, S. 132f.

59 G. Müller (N 58), S. 133, 135, der auch den Folgerungen nachgeht, die sich daraus für die Abgrenzung der Regelungsbereiche des Gesetzes und der Rechtsverordnung ergeben (a.a.O., S. 144ff.); Scheuner, Funktion der Verfassung (N 12), S. 123.

60 Vgl. Bundesminister des Innern/Bundesminister der Justiz (Hg.), Staatszielbestimmungen – Gesetzgebungsaufräge. Bericht der Sachverständigenkommission, 1983. → Bd. III, Isensee, § 57 Rn. 115ff., 128ff.

61 Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12 (1954), S. 8. → Bd. I, Zacher, § 25 Rn. 19ff., 80ff.

62 Grimm (N 1), S. 45, 74; ders., Die Zukunft der Verfassung, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1990, S. 5 (5f.).

## II. Kriterien der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung hat im konkreten Fall die Nichtigkeit oder Unanwendbarkeit des verfassungswidrigen Gesetzes zur Folge. Sie verpflichtet aber zuerst den Gesetzgeber, auf Bundesebene also den Bundestag und – nach Maßgabe seines Mitwirkungsrechts – den Bundesrat, sich der Verfassungsgemäßheit einer Vorlage zu vergewissern und Zweifeln nachzugehen<sup>63</sup>. Diese Verpflichtung ist eine aus der Verfassungsgebundenheit der Gesetzgebung folgende Obliegenheit, nicht etwa eine selbständige Verfahrensvoraussetzung der Gesetzgebung. Die für Gesetzesvorlagen der Bundesregierung bestehende Prüfung durch den Bundesminister der Justiz auf ihre „Rechtsförmlichkeit“ (§ 38 GGO)<sup>64</sup> umfaßt auch die Verfassungsmäßigkeit der Vorlage; sie ändert nichts an der Verantwortung der gesetzgebenden Körperschaften für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes.

24

Verfassungspflichten des Gesetzgebers

Jeder gesetzlichen Regelung liegen bestimmte tatsächliche Annahmen über Gegebenheiten, soziale oder naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten, praktische Erfahrungen, zu erwartende Geschehensabläufe und die anzunehmenden Auswirkungen des Gesetzes zugrunde. Soweit zukünftige Umstände, Abläufe und Wirkungen einzuschätzen sind, beruht die Entscheidung des Gesetzgebers auf einer Prognose. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit tatsächlicher Annahmen und die Gültigkeit oder Mangelhaftigkeit einer Prognose sind nicht für sich allein geeignet, ein Urteil über die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes zu stützen. Tatsachenfeststellungen und Prognosen sind nur insoweit erheblich, als sie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gültigkeit des Gesetzes betreffen; sie spielen hauptsächlich für die Kriterien der Verhältnismäßigkeit, einschließlich der Geeignetheit oder Zwecktauglichkeit, und der willkürfreien Sachgerechtigkeit eine Rolle<sup>65</sup>. Beim Verfassungsstreit um die Unternehmensmitbestimmung hat das Bundesverfassungsgericht die Frage behandelt, ob die Annahmen des Gesetzgebers über die Auswirkungen des beanstandeten Gesetzes als vertretbare Prognose zu gelten hätten; denn der Angriff auf das Mitbestimmungsgesetz war auf abweichende Annahmen über die Auswirkungen des Gesetzes und daraus abgeleitete Grundrechtsverstöße gestützt<sup>66</sup>. Eine andersartige und vom Bundesverfassungsgericht nicht methodisch auf ihre Stichhaltigkeit geprüfte faktische Voraussetzung einer verfassungsrechtlichen Beurteilung ist die für das Rundfunkwesen angenommene technische und finanzielle „Sondersituation“, über deren Fortbestehen gestritten wird<sup>67</sup>.

25

Tatsächliche Entscheidungsgrundlagen der Gesetzgebung

Prognose

63 Ernst Benda, Grundrechtswidrige Gesetze, 1979; Hans Schneider, Gesetzgebung, '1991, S. 35ff.

64 H. Schneider (N 63), S. 69. – Bundesminister der Justiz (Hg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 1991.

65 Fritz Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: FG-BVerfG I, S. 458ff.; Peter Badura, Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: FS für Ludwig Fröhler, 1980, S. 321 (342ff.); Hans-Jürgen Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: HdbVerfR, S. 609 (639ff.); Schlaich (N 17), S. 281ff.

66 BVerfGE 50, 290 (331ff.).

67 BVerfGE 57, 295 (322).

**26**

**Ungewißheit  
der Wirkungen  
des Gesetzes**

Die Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes ist zugleich Ungewißheit über den Regelungsgehalt des Gesetzes selbst und damit Gegenstand der verfassungsrechtlichen Bindung des Gesetzgebers. Diese Ungewißheit schließt die Befugnis des Gesetzgebers nicht aus, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Andererseits begründet eine solche Ungewißheit nicht schon als solche einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers<sup>68</sup>. Jede zukunftsgerichtete Entscheidung, zumal bei „komplexen“ Sachverhalten, ist auf mehr oder weniger zuverlässige Einschätzungen angewiesen. Diese Einschätzungen, nicht die später eintretenden Wirkungen, sind die Grundlage der Entscheidung und der mögliche Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Beurteilung der Entscheidung. Die Erforderlichkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme etwa kann im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung nicht rückschauend, sondern nur von dem bei Erlaß des Gesetzes gegebenen Erkenntnisstand des Gesetzgebers aus beurteilt werden<sup>69</sup>. Die Überprüfung der dem Gesetz zugrunde liegenden Annahmen und Prognosen hat sich an den Einsichten und Erfahrungen zu orientieren, die dem Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes möglich waren<sup>70</sup>.

Die Ungewißheit der Auswirkungen eines Gesetzes kann auch Anlaß und Rechtfertigung dafür sein, in den zu treffenden Regelungen selbst diesem, zunächst nicht überwindbaren Ungenügen Rechnung zu tragen, etwa durch eine Befristung oder durch „gröbere Typisierungen und Generalisierungen“<sup>71</sup>. Dem Gesetzgeber kann hier bei komplexen Sachverhalten ein angemessener Zeitraum zur Sammlung von Erfahrungen zuzugestehen sein, um dann – nach Ablauf der „Versuchs-“ oder „Experimentierphase“ – gegebenenfalls Korrekturen anzubringen<sup>72</sup>. In einem solchen Fall geben die Unzuträglichkeiten größerer Typisierungen und Generalisierungen erst dann Anlaß zur verfassungsrechtlichen Beanstandung, wenn der Gesetzgeber eine spätere Überprüfung und fortschreitende Differenzierung trotz ausreichenden Erfahrungsmaterials für eine sachgerechtere Lösung unterläßt<sup>73</sup>. Sobald ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen, auch aus der Handhabung des zunächst auf wenig sicherem Boden erlassenen Gesetzes gewonnen sind oder gewonnen werden konnten, kann der Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum nicht mehr beanspruchen und ist er gegebenenfalls zur Anpassung verpflichtet<sup>74</sup>. Auf dieser Linie hat das Bundesverfassungsgericht angenommen, daß dem Gesetzgeber bei einer zeitlich und örtlich begrenzten Erprobungs- und Versuchsregelung auf dem Gebiet des Rundfunks eine erheblich größere Gestal-

68 BVerfGE 73, 40 (91) – Parteienfinanzierung – unter Bezugnahme auf BVerfGE 50, 290 (332f.).

69 BVerfGE 64, 87 (101); 76, 220 (242). → Bd. VI, Breuer, § 148 Rn. 14ff.

70 BVerfGE 25, 1 (12f.); 77, 84 (109). → Bd. VI, Breuer, § 148 Rn. 14.

71 → Bd. VI, Breuer, § 147 Rn. 36ff.

72 BVerfGE 75, 108 (162) – Künstlersozialhilfegesetz – unter Bezugnahme auf BVerfGE 70, 1 (34). – Michael Kloepfer, Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: VVDStRL 40 (1982), S. 63 (95f.); Hans-Detlef Horn, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989; Rupert Stettner, Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers, in: NVwZ 1989, S. 806ff.

73 BVerfGE 33, 171 (189f.) – Honorarverteilungsmaßstäbe für Kassenärzte.

74 BVerfGE 78, 249 (288f.) – Fehlbelegungsabgabe.

tungsfreiheit zukomme, weil solche Versuche der Aufgabe dienten, Erfahrungen zu gewinnen<sup>75</sup>.

Für das Wahrscheinlichkeitsurteil, das eine Prognose enthält und dessen Grundlagen „ausgewiesen werden können und müssen“, billigt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber eine „Einschätzungsprärogative“ zu, die es von Faktoren verschiedener Art abhängig macht und dementsprechend nach differenzierten Maßstäben überprüft; diese reichen von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle. Die Faktoren, von denen im einzelnen die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers abhängt, sind insbesondere die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, die Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und die Bedeutung der auf dem Spiegle stehenden Rechtsgüter<sup>76</sup>. Die dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich abgeforderte Einschätzung bei Prognosen wird mit Formeln der Reichweite richterlicher Überprüfung des Gesetzes ausgedrückt, die Handhabung der Einschätzungsprärogative durch den Gesetzgeber ist jedoch im Kern eine Frage des einschlägigen materiellen Verfassungsrechts, insbesondere der betroffenen Rechte und Garantien in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des Gebots willkürfreier Sachgerechtigkeit.

Das Bundesverfassungsgericht erläutert, bei den Gültigkeitsbedingungen einer der Vertretbarkeitskontrolle unterliegenden Prognose handle es sich „eher um Anforderungen des Verfahrens“, ihre Beachtung erfülle die Voraussetzung „inhaltlicher Vertretbarkeit“<sup>77</sup>. Verallgemeinernd ist gesagt worden, die Anforderungen an eine Prognoseentscheidung seien „im wesentlichen verfahrensspezifischer Natur“<sup>78</sup>. „Verfahren“ kann hier nicht im technischen Sinn des verfassungsrechtlich geregelten Gesetzgebungsverfahrens gemeint sein, sondern nur als etwas mißverständlicher Ausdruck für die Art und Weise gesetzgeberischen Handelns bei der Einschätzung der für den sachlichen Inhalt der zu treffenden Regelung wesentlichen Umstände in der ungewissen Zukunft. Auch so gesehen kann es sich jedoch nicht um selbständige Verhaltenspflichten des Gesetzgebers, etwa die Pflicht, ein rational begründetes oder durchschaubares, alle erheblichen Einsichten und Erfahrungen sachkundig verarbeitendes Vorgehen zu beobachten<sup>79</sup>, handeln. Derartige Verhaltenspflichten, etwa zur Vorbereitung eines Gesetzes durch besondere Sachverständigenkommissionen, Anhörungen, Gutachten und ähnliches, können zweckmäßig oder ein Gebot der Klugheit sein, verfassungsrechtlich geboten sind bestimmte Vorbereitungshandlungen nicht; denn für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sind die materiellen Maßstäbe des Verfassungsrechts

27

„Einschätzungs-prärogative“ des Gesetzgebers

28

„Verfahrens-anforderungen“ oder „Verhaltens-pflichten“ des Gesetzgebers?

75 BVerfGE 74, 297 (339) – BadWürt LMedienG – unter Bezugnahme auf BVerfGE 57, 295 (324), wo weiter auf BVerfGE 54, 173 (202) verwiesen wird.

76 BVerfGE 50, 290 (334); 73, 40 (92).

77 BVerfGE 50, 290 (334).

78 *Papier* (N 65). S. 639.

79 *Günther Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht. in: FS für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 173.

maßgebend, und deren Einhaltung bemäßt sich nach dem objektiven Inhalt der durch das Gesetz erfolgten Regelung<sup>80</sup>.

## 29

### Zukunftsbelastende Gesetzgebung

In den Grenzen dessen, was das Verfassungsrecht als Rechtsbindung des Gesetzgebers festgelegt hat, handelt die gesetzgebende Volksvertretung nach dem Mehrheitsprinzip und mit politischer Gestaltungsfreiheit. Diese legislativische Vollmacht schließt auch schwerwiegende, weit in die Zukunft reichende oder irreversible Entscheidungen ein, z. B. das Eingehen von Bündnissen (Art. 59 Abs. 2 GG), den Beitritt zu übernationalen Organisationen (Art. 24 Abs. 1 und 2 GG), die Ermächtigung zur Aufnahme von Krediten (Art. 115 GG), die Dynamisierung der Rentenansprüche, die Zulassung zukunftsbelastender Technologien<sup>81</sup>. Soweit derartige Gesetze Rechte oder Garantien beeinträchtigen können, indem sie das Schutz- und Gewährleistungsversprechen der Verfassung berühren, ergeben sich aus diesen Rechten und Garantien in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Anforderungen auch an die Auslotung möglicher Auswirkungen und an das notwendige Maß möglicher Gewißheit von Annahmen tatsächlicher Art. In diesem Rahmen kann eine praktisch nicht überwindbare Ungewißheit in Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter ein verfassungsrechtliches Hindernis der beabsichtigten Regelung darstellen.

## 30

### „Nachbesserungs“- pflichten des Gesetzgebers

Die tatsächlichen Voraussetzungen eines Gesetzes können im nachhinein dadurch in Frage gestellt werden, daß eine ex ante als gültig anzusehende Prognose nicht in der eingeschätzten Weise eintritt oder daß sich die maßgeblichen Umstände ändern. Das kann zur Folge haben, daß die zunächst gegebene Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes wegen neuer Rechtsfolgen überprüfungsbedürftig wird, so daß es unter Umständen einer erneuten Entscheidung des Gesetzgebers bedarf. Im Hinblick auf die Möglichkeit einer derartigen Sachlage hat das Bundesverfassungsgericht eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zur Überprüfung und gegebenenfalls „Nachbesserung“ oder Korrektur von Gesetzen in Betracht gezogen<sup>82</sup>. „Hat der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen, deren Grundlage durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird, dann kann er von Verfassungs wegen gehalten sein zu überprüfen, ob die ursprüngliche Entscheidung unter den veränderten Umständen aufrechtzuerhalten ist“<sup>83</sup>. Einer Fehlprognose hat der Gesetzgeber nach Erkenntnis über die tatsächliche Entwicklung durch Aufhebung oder

80 Schlaich (N 17), S. 284ff., in der Voraufage S. 235ff., unter Bezugnahme auf die pointierten Ausführungen von Willi Geiger, Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, in: Thomas Berberich u. a. (Hg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 131 (141f.).

81 Paul Henseler, Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen, in: AÖR 108 (1983), S. 489ff.; Dietrich Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 206ff.; Mößle (N 51), S. 193ff.; Hasso Hofmann, Nachweltschutz als Verfassungsfrage, in: ZRP 1986, S. 87ff.; Peter Badura, Radioaktive Endlagerung und Grundrechtschutz in der Zukunft, in: Rudolf Lukes/Adolf Birkhofer (Hg.), Achtes Deutsches Atomrechts-Symposium, RTW Bd. 57, 1989, S. 227.

82 Peter Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung von Gesetzen“, in: FS für Kurt Eichenberger, 1982, S. 481 ff.; Rupert Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, in: DVBl. 1982, S. 1123ff.

83 BVerfGE 49, 89 (130) und Leitsatz 3; ferner BVerfGE 54, 11 (34ff.); 56, 54 (80ff.).

Änderung der gesetzlichen Maßnahme zu begegnen; er kann zu Korrektur und Abhilfe verpflichtet sein<sup>84</sup>.

Die Pflicht des Gesetzgebers, ein Gesetz wegen fehlgeschlagener Prognose oder wegen Änderung der maßgeblichen Umstände zu korrigieren oder nachzubessern, lässt sich als besondere Rechtsfolge der den Grundrechten abzugewinnenden Schutz- und Gewährleistungspflicht verstehen<sup>85</sup>. Die Beurteilung, ob und wann und mit welcher sachlichen Folge der Tatbestand einer Korrekturflicht erfüllt und ein gesetzgeberisches Handeln angezeigt ist, fällt zunächst in den politischen Verantwortungsbereich von Regierung und Parlament; es wird also grundsätzlich nur eine Prüfungs- und Abwägungspflicht ausgelöst. Eine Gesetzgebungspflicht „des Parlaments“ stößt auf die verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens, wonach es einer Gesetzesinitiative bedarf, Gesetzesvorlagen aber nur durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat eingebracht werden können (Art. 76 Abs. 1 GG). Im Fall „evidenter“ Verfassungsverstößes hat die unterlassene Korrektur die Verfassungswidrigkeit der „untragbar gewordenen“ gesetzlichen Regelung zur Folge<sup>86</sup>.

Für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes sind nur Kriterien erheblich, die durch ausdrückliche oder ungeschriebene Verfassungsrechtssätze als Anforderungen der Gesetzgebung bestimmt sind. Die „Sachgemäßheit“ eines Gesetzes ist nur ein anderes Prädikat für die politische oder administrative Zweckmäßigkeit eines Gesetzes. Darin liegt ein verfassungsrechtliches Kriterium nicht. Soweit dieses Prädikat in verkürzter Form die Geeignetheit oder Zwecktauglichkeit der getroffenen Regelung kennzeichnen soll, kommt es auf die engeren Voraussetzungen des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit an, zu denen das Merkmal der Geeignetheit oder Zwecktauglichkeit gehört. Auch die „Sachgerechtigkeit“ eines Gesetzes bildet, sofern damit nicht abgekürzt das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG), das heißt die willkürfreie Sachgerechtigkeit gemeint wird, keinen selbständigen verfassungsrechtlichen Maßstab. Das speziellere Kriterium der „Systemgerechtigkeit“ verbindet Gesichtspunkte der (willkürfreien) Folgerichtigkeit, der Geeignetheit und des Vertrauenschutzes zu einem komplexen Gebot, das aber ebenfalls keine eigengartete Anforderung schafft<sup>87</sup>. Das Anliegen des Gedankens der Systemgerechtigkeit ist es, „in einem bereits geregelten Lebensbereich die vom Gesetzgeber selbst gewählten Vernünftigkeitskriterien und Wertungen folgerichtig zu konkretisieren“<sup>88</sup>. Aufweisbare oder vermeintliche Inkonsistenzen oder Widersprüche innerhalb eines Gesetzes oder im größeren Zusammenhang der Rechtsordnung sind zuerst im Wege

84 BVerfGE 25, 1 (12f.); 50, 290 (331f., 335, 352, 376f.); 57, 139 (162f.); 65, 1 (55f.); 77, 84 (109).

85 → Bd. V, *Iseñee*, § 111 Rn. 153ff.

86 BVerfGE 42, 374 (395f.); 56, 54 (81); BVerfGE 59, 195 (197f.).

87 BVerfGE 59, 36 (49); 61, 138 (148f.); 66, 214 (223f.); 67, 70 (84f.). – *Christoph Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 1984, S. 837f.

88 BVerfGE 60, 16 (43). → Bd. V, *P. Kirchhof*, § 124 Rn. 231ff.

Dynamischer  
Grundrechtsschutz

31

„Sachgemäßheit“  
eines Gesetzes

„Sachgerechtig-  
keit“

„System-  
gerechtigkeit“

der Auslegung und mit Hilfe der dafür geltenden Kollisionsregeln, z. B. *lex posterior derogat legi priori*, zu lösen.

**32**

Selbstand des  
Verfassungsrechts

Die Betrachtung der Bindungswirkung, die das Verhältnis von Verfassung und Gesetz bestimmt, hat den normativen Vorrang der Verfassung im Stufenbau der Rechtsordnung zum Ausgangspunkt. Dieser Vorrang würde eine Einbuße erleiden, wenn die geltenden Gesetze mit ihren Grundgedanken oder Rechtsbegriffen eine maßgebliche Bedeutung für die Auslegung und damit für den Inhalt des Verfassungsrechts erlangen und damit die Selbständigkeit der Verfassung gegenüber dem – zu bindenden – Gesetzgeber einschränken könnten<sup>89</sup>. Die selbständige normative Kraft der Verfassung ist außerdem eine Voraussetzung der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die sich zwar den verfassungsrechtlichen Anforderungen, nicht aber „Versteinerungen“ des überkommenen Rechtszustandes zu beugen hat.

**33**

„Verfassung  
als Konzentrat“

Die konstruktive Einseitigkeit der Wirkung des Verfassungsrechts auf den Gesetzgeber bedeutet nicht, daß die bestehende und durch Gesetz und Richterspruch fortgebildete Rechtsordnung für den Inhalt des – dabei seine Selbständigkeit wahrenenden – Verfassungsrechts beiseite gelassen werden dürfte. Im Gewährleistungsbereich der Einrichtungsgarantien und der institutionellen Garantien, die in der materiellen Verfassungsordnung festgelegt sind, aber auch außerhalb dieser besonderen Verfassungsrechtsnormen, z. B. in der Kompetenzordnung des Bundesstaats und in der Ordnung des Finanzwesens auf der Grundlage definierter Formen der öffentlichen Abgaben, greift die Verfassung in breitem Umfang auf Begriffe, Grundsätze und Rechts einrichtungen zurück, die aus dem Privatrecht, dem Verwaltungsrecht, dem Strafrecht, dem Prozeßrecht, dem Steuerrecht und anderen Rechtsgebieten stammen und dort auch weiterentwickelt werden. Mit dem Gedanken der „Verfassung als Konzentrat“ wird darauf hingewiesen, daß die Verfassung durch ihren Vorrang von dem inneren Zusammenhang der Rechtsordnung nicht isoliert wird und daß ihr objektiver Gehalt nicht punktuell durch den historischen Willen des Verfassungsgesetzgebers fixiert wird<sup>90</sup>. Daß damit eine eigeneartete Verfassungsauslegung nicht etwa zurückgedrängt, sondern gefordert wird, zeigt exemplarisch der verfassungsrechtliche Begriff des „Eigentums“ im Sinne des Art. 14 GG, vor allem in seiner jüngeren Erstreckung auf vermögenswerte Rechte des öffentlichen Rechts.

**34**

Rechtliche  
Kontinuität im  
Wandel des  
Verfassungsrechts

Die Verfassung ist als konkreter Gründungs- und Gestaltungsakt eine Neubegründung auch der Legalität. Sie schneidet damit aber nicht die Verbindung mit der Geschichte, der Kultur und der Rechtstradition ab. Große Teile der im Zeitpunkt der Verfassunggebung geltenden Rechtsordnung bleiben in ihrer Fortgeltung und in ihrem Inhalt unberührt. Nicht anders ist es im Falle einer Verfassungsänderung. Neues Verfassungsrecht bleibt aber auch dadurch im

<sup>89</sup> Walter Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, 1964. → Bd. V, Isensee, § 115 Rn. 139ff.

<sup>90</sup> Peter Lerche, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: FG für Theodor Maunz, 1971, S. 285ff., bes. S. 286f.

Zusammenhang der Rechtsentwicklung, daß es sich zwangsläufig in seinen Rechtssätzen der gegebenen Rechtssprache bedient, vorgefundene Rechtsbegriffe und Rechtsgrundsätze benutzt oder voraussetzt und insgesamt das von der konkreten Positivität des Rechts nicht vollständig absorbierbare Juristenrecht als Sinn- und Verständnismedium fortführt. Dieser Rezeptionsvorgang betrifft zuerst das Verfassungsrecht selbst und damit die Staatsrechtslehre. Er erstreckt sich aber ebenso – und sachlich umfassender – auf die gesamte Rechtsordnung, deren Hervorbringung und Weiterbildung Aufgabe des Gesetzgebers ist. Der normative Stufenbau der Rechtsordnung kann als politisches und konstruktives Formprinzip des Verfassungsstaates die Sinneinheit des Rechts und die geschichtliche und kulturelle Kontinuität der staatlichen Ordnung nicht außer Geltung setzen.

### III. Das labile Gleichgewicht von Gesetzgebung und Rechtsprechung

Das Rechtsstaatsideal des Liberalismus und der bürgerlichen Verfassungsbewegung zielte auf die Bindung von Regierung, Verwaltung und Justiz durch die Verfassung und durch das unter Mitwirkung der gewählten Repräsentativkörperschaft zustande kommende Gesetz. Das gewaltenteilende Organisationsstatut und die Freiheitsgewährleistungen der Verfassung sollten durch das Gesetz staatsrechtliche Wirksamkeit gewinnen. Exekutive und Gerichte sollten durch das Gesetz der aufgeklärten Vernunft unterworfen sein, wie es durch den Willen der Repräsentativkörperschaft ausgesprochen wurde<sup>91</sup>.

Diese grundsätzliche und dem Gewaltenteilungsprinzip entsprechende Abscheidung von Vollmacht und Verantwortung wurde mit der Anerkennung der Doktrin von der verfassungsrechtlichen Bindung der Gesetzgebung durch die Grundrechte und durch die – damit verbundene – Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts in eine neue Lage des labilen Gleichgewichts von Gesetzgebung und Rechtsprechung versetzt. Die veränderte Stellung der gesetzgebenden Volksvertretung in der demokratischen Republik vollendet die verfassungsstaatliche Entwicklung folgerichtig dadurch, daß die Verfassung auch materiell den Gesetzgeber bindet, und daß die Gerichte den Verstoß gegen die Verfassung überprüfen dürfen und die Beachtung der Verfassung erzwingen können. Das Grundgesetz hat diese unter der Weimarer Reichsverfassung einsetzende Entwicklung auch ausdrücklich normiert und ihr mit der Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts und dessen zentraler Normenkontrollbefugnis (Art. 100 Abs. 1 GG) eine spezifische Ausprägung gegeben. Die konstitutionelle Selbstherrlichkeit des durch das monarchische Prinzip beschränkten Gesetzgebers ist für den durch die demokratische Staatsform in das Zentrum der politischen Willensbildung und Entscheidung versetzten Gesetzgeber durch die verfassungsrechtliche Gebundenheit abgelöst worden. Da die gesetzgebende Volksvertretung über die Reichweite ihrer

35

Freiheitsschutz  
durch das Gesetz  
und Freiheitsschutz  
gegen das Gesetz

Richterliches  
Prüfungsrecht  
gegenüber dem  
Gesetz

Verfassungs-  
gerichtsbarkeit

<sup>91</sup> Hierzu und zum Folgenden Peter Badura, Der Zustand des Rechtsstaates, Cappenberger Gespräche Bd. 21, 1986; ders., Die parteistaatliche Demokratie und die Gesetzgebung, 1986.

verfassungsrechtlichen Gebundenheit nicht selbst endgültig befinden kann, sondern in diesem Punkte der Kontrolle des Richters, zuletzt des Verfassungsrichters, unterworfen ist, muß sich der Gesetzgeber in einer nicht in vollem Umfang überschaubaren Peripherie von verfassungsrechtlichen Vorgegebenheiten einrichten. Er hat es nicht selbst in der Hand, Rechtssicherheit zu schaffen. Auch in durchaus zentralen Fragen der politischen Entscheidung bleibt die Rechtsgewißheit von den Zufällen der Anrufung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts, und von der Handhabung der oft weit und unbestimmt gefaßten Verfassungsrechtssätze durch die Rechtsprechung abhängig.

### 36

#### Der Gesetzesvorbehalt

Die Verschiebung im Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung führte durch die folgerichtige Wandlung des Gesetzesvorbehalts zur Neubestimmung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und zu einem labilen Gleichgewicht von vollziehender Gewalt und Rechtsprechung. Die Bruchzone tritt hauptsächlich im Bereich sozialpolitischer Bedürfnisse und bei neuen oder vermeintlichen Regelungsaufgaben auf dem Gebiet wissenschaftlich-technischer Entwicklungen zutage. Die Wesentlichkeitstheorie und die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates erweisen sich als Instrumente, mit deren Hilfe die Gerichte durch Überspannung verfassungsunmittelbarer Rechtsfolgen dem Gesetzgeber Initiative und Entscheidungsrecht aus der Hand nehmen können. So ist aus dem Fehlen einer „parlamentarischen Grundsatzentscheidung“ für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit eines Einsatzes der Gentechnologie und der aus Art. 2 Abs. 2 GG ableitbaren Schutzpflicht geschlossen worden, daß Anlagen, in denen mit gentechnischen Methoden gearbeitet wird, nur aufgrund einer ausdrücklichen Zulassung durch den Gesetzgeber errichtet und betrieben werden dürfen<sup>92</sup>. Das Gericht nimmt die Befugnis in Anspruch, die Risiken einer Technologie einzuschätzen, in eine Güterabwägung einzutreten und ein verfassungsunmittelbares Verbot, vorbehaltlich einer gesetzlichen Regelung, als zwingend zu statuieren.

Die Auseinandersetzung über die Rechtsprechungsaufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat ebenso wie die Auseinandersetzung über die Rechtsprechungsaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ihre strategische Stelle in der verfassungsrechtlich vorgesehenen und zu erfüllenden Aufgabe des Gesetzgebers und des Gesetzes<sup>93</sup>. Im Hinblick auf den erweiterten Gesetzesvorbehalt sind diese Verschiebungen so beschrieben worden: „Die verfassungspolitische Funktion des Gesetzesvorbehalts hat sich . . . praktisch umgekehrt. Richtete

92 HessVGH in: JZ 1990, S. 88 mit Anm. von Hans Heinrich Rupp a.a.O., S. 92; Horst Sendler, Gesetzes- und Richtervorbehalt im Gentechnikrecht, in: NVwZ 1990, S. 231 ff. → Bd. V, Isensee, § 111 Rn. 119.

93 Gerd Roellecke / Christian Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1976), S. 7ff.; 43ff.; Rupert Scholz / Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 34 (1976), S. 145ff.; 221ff.; Hans-Jürgen Papier, Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1979; Karl Korinek / Jörg P. Müller / Klaus Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981), S. 7ff.; 53ff.; 99ff.; Peter Badura, Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht, in: Uwe Blaurock (Hg.), Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, 1985, S. 49ff.

#### Wandlung des Gesetzesvorbehalts

sich der Gesetzesvorbehalt in seiner rechtsstaatlichen Ausprägung ursprünglich gegen die Exekutive, so wendet sich der demokratische Gesetzesvorbehalt fordernd an das Parlament, seine Gesetzgebungsaufgabe nicht zu vernachlässigen“<sup>94</sup>.

Die Aporie der Verfassungsbindung des gesetzgebenden Parlaments besteht darin, die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes mit dem Fundamentalsatz der parlamentarischen Demokratie, der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in Einklang zu halten. Der zur politischen Entscheidung berufenen Volksvertretung muß ein dem Grundsatz nach gegebener Spielraum darin zugestanden werden, ob, wann und mit welchem Maß an Regelungsdichte die gesetzgebende Gewalt ausgeübt wird. Auch soweit der Exekutive Ermächtigungen zugesprochen werden und demnach dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot besonderes Gewicht zukommt, bleibt der für sachgerechte Abwägung offene Spielraum des Gesetzgebers bestehen, für die Regelung einer Materie in sachangemessener Ausgestaltung Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe oder Ermessensermächtigungen zu verwenden. Der die Exekutive bindende Gesetzgeber soll grundsätzlich auch über das Maß der Bindung der Exekutive befinden dürfen.

## 37

Bindung und  
Entscheidungs-  
freiheit des  
Gesetzgebers

---

<sup>94</sup> Fritz Ossenbühl, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Volkmar Götz/Hans Hugo Klein/Christian Starck (Hg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 9 (22). → Bd. III, Ossenbühl, § 62 Rn. 32ff.

## D. Bibliographie

- Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: FS für Rudolf Gmür, 1983, S. 7ff.
- Christoph Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976.
- John Wiedhof Gough*, Fundamental Law in English Constitutional History, Oxford 1955.
- Dieter Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991.
- Paul Henseler*, Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen, in: AÖR 108 (1983), S. 489ff.
- Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.
- Walter Leisner*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, 1964.
- Peter Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: FG für Theodor Maunz, 1971, S. 285ff.
- Christoph Link*, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, 1979.
- Wilhelm Mößle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986.
- Fritz Ossenbühl*, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Volkmar Götz/Hans Hugo Klein/Christian Starck (Hg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 9ff.
- Ulrich Scheuner*, Die Funktion der Verfassung für den Bestand der politischen Ordnung, in: Wilhelm Hennis/Peter Graf Kielmansegg/Ulrich Matz (Hg.), Regierbarkeit, Bd. II, 1979, S. 102ff.
- Klaus Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 1991.
- Hans Schneider*, Gesetzgebung, 1991.
- Gunnar Folke Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980.
- Thomas Württenberger*, An der Schwelle zum Verfassungsstaat, in: Aufklärung 3 (1988), S. 53ff.
- Dieter Wyduckel*, Ius publicum, 1984.