

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 183

**Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile
bei gesetzgeberischem Unterlassen**

**Zum Rechtsschutz bei gesetzgeberischem Unterlassen
und willkürlichem gesetzlichen Begünstigungsausschluß**

Von

Friedrich Jülicher



Duncker & Humblot · Berlin

FRIEDRICH JÜLICHER

**Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile
bei gesetzgeberischem Unterlassen**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 183

Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen

Zum Rechtsschutz bei gesetzgeberischem Unterlassen und
willkürlichem gesetzlichen Begünstigungsausschluß

Von

Dr. Friedrich Jülicher



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1972 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 02653 5

D 6

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung hat im Wintersemester 1971/72 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde im Juli 1971 abgeschlossen.

Danken möchte ich an dieser Stelle Herrn Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Hans Brox für die Anregung und vielfältige Förderung der Arbeit sowie Herrn Prof. Dr. Christian-Friedrich Menger für kritische Anregungen. Mein Dank gilt ferner Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum Öffentlichen Recht“.

Münster/Westf., im Januar 1972

Friedrich Jülicher

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
§ 1 Einführung	11
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Themas und allgemeine Fragestellung	11
II. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	15
§ 2 Problemstellung, Gang und Abgrenzung der Untersuchung	18
I. Problemstellung	18
II. Gang und Abgrenzung der Untersuchung	20
 <i>Erster Teil</i>	
Auslegung und Rechtsfortbildung bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlichem Begünstigungsausschluß	22
§ 3 Auslegung und verfassungskonforme Auslegung	22
I. Auslegung	22
II. Verfassungskonforme Auslegung	22
§ 4 Richterliche Rechtsfortbildung	24
I. Fragestellung	24
II. Rechtsfortbildung bei teilweisem Unterlassen des Gesetzgebers und willkürlicher Nichtbegünstigung	25
1. Stellungnahmen im Schrifttum	25
2. Kritik	26
3. Zulässigkeit und Grenzen einer Analogie bei teilweisem gesetzgeberischen Unterlassen und willkürlicher Nichtbegünstigung	29
III. Rechtsfortbildung bei absolutem Unterlassen des Gesetzgebers	33
A. Absolutes gesetzgeberisches Unterlassen und Grundrechtsschutz	33
1. Beispiele absoluten gesetzgeberischen Unterlassens	33

2. Begrenzung der Untersuchung im Hinblick auf den Grundrechtsschutz	34
B. Richterliche Verfassungskonkretisierung bei absolutem Unterlassen des Gesetzgebers	36
1. Verfassungskonkretisierung durch richterliche Rechtsfortbildung	36
2. Grenzen der Rechtsfortbildung bei absolutem Unterlassen des Gesetzgebers	40
3. Beispiele verfassungskonformer Rechtsfortbildung	42
§ 5 Zusammenfassung	47

Zweiter Teil

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlichem Begünstigungsausschluß	48
§ 6 Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Stellungnahmen im Schrifttum	49
I. Bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	49
1. Entscheidung bei gesetzgeberischem Unterlassen und verfassungswidrigem Begünstigungsausschluß	49
2. Entscheidung bei willkürlichem Begünstigungsausschluß ..	51
II. Stellungnahme der herrschenden Meinung im Schrifttum	55
III. Kritik	56
§ 7 Zur teilweisen Verfassungswidrigkeit eines gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßenden Gesetzes	59
I. Meinungsstand	59
1. Folgen eines teilweisen gesetzgeberischen Unterlassens ...	59
2. Folgen eines willkürlichen Begünstigungsausschlusses	60
II. Stellungnahme	61
1. Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Entscheidung bei ausdrücklichem und konkludentem Ausschluß	61
2. Zur teilweisen Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes bei unvollständiger Ausführung eines Verfassungsauftrages ..	65
3. Zur teilweisen Verfassungswidrigkeit von Gesetzen bei willkürlichem Begünstigungsausschluß	66

§ 8 Entscheidung bei verfassungswidrigem und ausdrücklichem willkürlichen Begünstigungsausschluß	70
I. Entscheidungsmöglichkeiten	70
II. Probleme der Nichtigerklärung eines Ausschlusses	71
1. Wirkungen der Kassation einer Ausschlußregelung	71
2. Gefahren der Kassation einer Ausschlußregelung	75
III. Entscheidungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts bei der Rechtssatzkontrolle	78
1. Regelung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes	78
2. Regelung des Grundgesetzes	79
IV. Zulässigkeit und Grenzen der Nichtigerklärung eines ausdrücklichen Ausschlusses	83
1. Kassation eines ausdrücklichen Ausschlusses bei Gesetzen der gewährenden Staatstätigkeit	83
2. Nichtigerklärung eines ausdrücklichen Begünstigungsausschlusses in belastenden Gesetzen	92
§ 9 Entscheidung bei gesetzgeberischem Unterlassen und konkludentem willkürlichen Begünstigungsausschluß	97
I. Entscheidung bei absolutem Unterlassen des Gesetzgebers ...	97
II. Entscheidung bei teilweisem gesetzgeberischen Unterlassen und konkludentem willkürlichen Begünstigungsausschluß ...	98
1. Möglichkeit der Nichtigerklärung	98
2. Zulässigkeit und Grenzen der Nichtigerklärung bei konkludentem Ausschluß	99
§ 10 Zusammenfassung	102

Dritter Teil

Zulässigkeit und Begründetheit der Urteilsverfassungsbeschwerde bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlicher Nichtbegünstigung	104
§ 11 Zulässigkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde	104
I. Einwände im Schrifttum gegen die Zulässigkeit	104
II. Schlüssige Rüge einer Grundrechtsverletzung	105
1. Möglichkeiten der Grundrechtsverletzung bei gerichtlichen Entscheidungen	105
2. Rüge der Grundrechtsverletzung	106

III. Beschwer	107
IV. Rechtsschutzbedürfnis	109
A. Fragestellung	109
B. Rechtsschutzbedürfnis für eine Urteilsverfassungsbeschwerde bei verfassungswidriger Rechtsanwendung	110
C. Rechtsschutzbedürfnis für eine Urteilsverfassungsbeschwerde bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlichem Begünstigungsausschluß	111
1. Meinungsstand und Problemstellung	111
2. Grenzen der unmittelbaren Anfechtung eines gesetzgeberischen Unterlassens und eines willkürlichen Begünstigungsausschlusses	113
3. Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der angefochtenen Urteile	114
§ 12 Fragen der Begründetheit und des Entscheidungsausspruchs bei der Urteilsverfassungsbeschwerde	118
I. Grundrechtsverletzung durch fehlerhafte Rechtsanwendung der Gerichte	118
1. Verfassungsgerichtliche Prüfung der angefochtenen Urteile	118
2. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	119
II. Entscheidung über die Urteilsverfassungsbeschwerde bei ausdrücklichem und konkludentem Ausschluß	120
§ 13 Zusammenfassung	121
Literaturverzeichnis	123

Die Abkürzungen richten sich nach dem Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache von Kirchner, 2. Aufl., Berlin 1968.

Einleitung

§ 1 Einführung

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Themas und allgemeine Fragestellung

1. Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann der Einzelne mit der Verfassungsbeschwerde auch einen Anspruch auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers geltend machen¹. Das Verfassungsgericht hat zwar zunächst² einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch des Bürgers auf gesetzgeberisches Handeln verneint und eine entsprechende Verfassungsbeschwerde verworfen. Später hat es seine Ansicht jedoch geändert und in ständiger Rechtsprechung dem Einzelnen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gewährt, sofern sich aus den Grundrechten ein Anspruch auf Tätigwerden der gesetzgebenden Organe ergab.

Diese Rechtsprechung, die in der Literatur im wesentlichen Zustimmung gefunden hat³, ist ein Beweis für den grundlegenden Wandel, den das Verhältnis des Gesetzgebers zur Verfassung und die Stellung des Einzelnen gegenüber dem Gesetzgeber durch das GG erfahren haben. Unter der Weimarer Reichsverfassung kam ein Anspruch des Bürgers auf ein Handeln des Gesetzgebers schon deshalb nicht ernsthaft in Betracht, weil die h. M.⁴ eine Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung und damit an die Grundrechte der Art. 109 ff. WRV ablehnte. Erst mit dem GG und der Einführung der Verfassungsbeschwerde durch das BVerfGG vom 12. März 1951⁵ sind die Voraussetzungen für einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch des Bürgers gegen den Gesetz-

¹ Siehe z. B. BVerfGE 6, 257; 8, 1; 15, 46; 18, 288; 25, 101; 28, 324.

² BVerfGE 1, 97 (100).

³ *Friesenhahn*, S. 149 ff.; *Kalkbrenner*, DÖV 1963, 41 ff.; *Lechner*, NJW 1955, 1817 ff.; *ders.*, § 90 BVerfGG, Anm. 2 a; *Lenz*, Hamann-Lenz, Einführung, S. 93 f.; *Rauschning*, S. 229 ff.; *Schmidt-Bleibtreu*, Maunz-Sigloch, § 90, Rdnr. 107 ff.; *R. Schneider*, AöR 89, 24 ff.; vgl. auch *Seiwerth*, *Seufert* und *Stahler* jeweils durchgehend und mit weiteren Nachweisen.

⁴ Vgl. *Anschütz*, Art. 76 WRV, Anm. 1 (S. 401), und vor Art. 109 WRV, Anm. 7, FN 4 (S. 517); *Thoma*, HDStR II, S. 153 ff., 607 ff.; vgl. auch *Seiwerth*, S. 18 ff. (23).

⁵ Zuletzt geändert durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 24. Dezember 1970 (BGBl I S. 1765); vgl. Bekanntmachung der Neufassung vom 3. Februar 1971 (BGBl I S. 105).

geber geschaffen worden. Das GG hat erstmals in der deutschen Verfassungsgeschichte⁶ die gesetzgebende Gewalt an die Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) und die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG)⁷ gebunden und somit dem Einzelnen auch gegenüber dem Gesetzgeber eine unantastbare Rechtsposition eingeräumt. Die Wirksamkeit dieses verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes wird u. a. durch die nunmehr im GG⁸ verankerte Verfassungsbeschwerde garantiert, da mit ihr auch gesetzgeberische Maßnahmen angefochten werden können.

Soweit sich für den Bürger aus den Grundrechten oder den übrigen in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG aufgeführten Bestimmungen des GG ein Anspruch auf gesetzgeberisches Handeln ergibt, muß der Gesetzgeber aufgrund seiner Bindung an die Verfassung diesen Anspruch erfüllen⁹.

Den Organen der Gesetzgebung obliegt zwar nach dem GG gegenüber dem Einzelnen keine allgemeine verfassungsrechtliche Pflicht zur Rechtsetzung¹⁰; denn der Erlass und die Ausgestaltung von Gesetzen stehen in der Regel im pflichtgemäßen Ermessen des Gesetzgebers. Ein Anspruch des Bürgers besteht nach der Rechtsprechung des BVerfG¹¹ und der wohl h. M. im Schrifttum¹² aber dann, wenn das GG in einem Verfassungsauftrag, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im wesentlichen umgrenzt, dem Gesetzgeber die Pflicht zum Erlass eines Gesetzes auferlegt¹³ und dieser durch eine nicht fristgerechte¹⁴ oder unvollständige¹⁵ Ausführung des Auftrags Grundrechte verletzen würde.

Seine Rechtsetzungspflicht kann der Gesetzgeber dadurch verletzen, daß er die gebotene Regelung überhaupt nicht erläßt oder in dem einen Verfassungsauftrag ausführenden Gesetz eine der zu begünstigenden Gruppen übergeht¹⁶, ohne sie ausdrücklich auszuschließen. Diese Fälle

⁶ Hesse, S. 81.

⁷ Diese Bindung ist nach Art. 79 Abs. 3 GG auch nicht abänderbar.

⁸ Eingefügt in Art. 93 Abs. 1 als Nr. 4 a durch das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29. Januar 1969 (BGBl I S. 97).

⁹ Vgl. *Dürig*, Maunz-Dürig, Art. 1, Rdnr. 95, FN 5, und *Maunz*, a.a.O., Art. 70, Rdnr. 2; v. *Mangoldt-Klein*, Vorbem. II 7 a vor Art. 70 (S. 1343).

¹⁰ So *Friesenhahn*, S. 150; *Kalkbrenner*, DÖV 1963, 41 (45); *Schmidt-Bleibtreu*, Maunz-Sigloch, § 90, Rdnr. 107.

¹¹ Vgl. z. B. BVerfGE 6, 257 (263 f.); 8, 1; 15, 46 (60); 23, 242 (249 f.).

¹² Vgl. die Nachweise in FN 2 sowie *Seiwerth*, S. 100 ff.; *Seufert*, S. 275 ff.; *Schmidt-Bleibtreu*, Maunz-Sigloch, § 90, Rdnr. 107 ff. m. w. N.

¹³ z. B. Art. 6 Abs. 5 GG, Art. 131 GG.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 25, 167 (172); *Seufert*, S. 113, 192.

¹⁵ z. B. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG durch die unvollständige Gesetzgebung zu Art. 131 GG; vgl. BVerfGE 6, 257; 15, 46; *Seufert*, S. 161 f., 222 ff. m. w. N.

¹⁶ Vgl. den Fall in BVerfGE 15, 46; hier waren die berechtigten Gruppen im Gesetz einzeln aufgezählt, die Gruppe des Beschwerdeführers wurde im Gesetz überhaupt nicht genannt.

werden im folgenden mit dem BVerfG als „gesetzgeberisches Unterlassen“ bezeichnet. Der Verstoß gegen das GG kann weiterhin darin bestehen, daß der Gesetzgeber in dem einen Verfassungsauftrag ausführenden Gesetz eine an sich zu begünstigende Gruppe ausdrücklich ganz¹⁷ oder teilweise¹⁸ von der Vergünstigung ausgeschlossen hat. In einem solchen Fall könnte man zwar auch von einem Unterlassen des Gesetzgebers sprechen¹⁹, weil dieser den Verfassungsauftrag nicht vollständig erfüllt hat. Da hier jedoch eine ausdrückliche Ausschußregelung besteht, wird im folgenden zur Unterscheidung von den o. a. Fällen des Unterlassens die Bezeichnung „verfassungswidriger Begünstigungsausschuß“ gebraucht²⁰.

Der Freiheit des Gesetzgebers bezüglich der Gestaltung begünstigender Gesetze sind aber auch dann Grenzen gesetzt, wenn der Erlass der Regelung nicht durch einen Verfassungsauftrag vorgeschrieben ist, sondern im gesetzgeberischen Ermessen steht. Hier wird die gesetzgeberische Freiheit nämlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) oder eine seiner Konkretisierungen²¹ eingeschränkt. So ist Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, wenn der Gesetzgeber eine begünstigende Regelung erläßt und dabei ohne sachlichen Grund eine bestimmte Personengruppe nicht in den Kreis der Begünstigten aufnimmt²² (sog. „willkürliche Nichtbegünstigung“). Auch hier sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden: entweder wird die Gruppe im Gesetz stillschweigend übergangen²³ oder sie wird ausdrücklich ausgeschlossen.

2. Die Gewährung verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlicher Nichtbegünstigung wirft eine Reihe verfassungs- und verfahrensrechtlicher Probleme auf. Dies liegt daran, daß, soweit es um den Schutz des Bürgers gegenüber dem Gesetzgeber geht, die Grundrechte im wesentlichen als Abwehrrechte von Bedeutung waren und sind. Hinzu kommt, daß die Verfassungsbeschwerde im BVerfGG als ein Rechtsbehelf ausgestaltet ist, der auf die Beseitigung verfassungswidriger Eingriffe in die Freiheitssphäre des Einzelnen gerichtet ist und nicht auf die Durchsetzung von An-

¹⁷ Vgl. BVerfGE 16, 94.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 6, 246 (256 f.).

¹⁹ So z. B. *Seiwerth*, S. 71 f.

²⁰ Auch das BVerfG spricht in diesen Fällen nicht von gesetzgeberischem Unterlassen.

²¹ z. B. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG; vgl. zu den weiteren Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes *Leibholz-Rinck*, Art. 3, Anm. 7.

²² Vgl. BVerfGE 17, 122; 18, 288; 28, 324; 29, 1.

²³ In der Literatur wird dieser Fall vielfach im Anschluß an *Wessel* (DVBl 1952, 161 ff.) als „relatives Unterlassen“ des Gesetzgebers bezeichnet. Um Verwechslungen mit dem „echten Unterlassen“ auszuschließen, wird dieser Ausdruck im folgenden nicht verwendet.