

Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden  
zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte

Band 114

MICHAEL KLOEPFER  
LAURA BADER

# Posterioritätsgrundsatz und Verfassungsrecht



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL KLOEPFER  
LAURA BADER

Posterioritätsgrundsatz  
und Verfassungsrecht

Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden  
zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte

Band 114

# Posterioritätsgrundsatz und Verfassungsrecht

Von

Michael Kloepfer  
und Laura Bader



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpf

Druck: CPI Books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0935-5200

ISBN 978-3-428-19519-0 (Print)

ISBN 978-3-428-59519-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Der Posterioritätsgrundsatz ist nicht nur ein die deutsche Rechtsordnung prägender Derogationsgrundsatz, sowohl in der Vergangenheit als auch in der Gegenwart. Er zählt zum intertemporalen Recht und bietet eine Lösung für Widersprüche zwischen Normen, die zu unterschiedlichen Zeiten entstanden sind. Seine historischen Wurzeln lassen sich bereits im römischen Recht verorten. Selbst im Mittelalter war nicht ausschließlich das „gute alte Recht“ bestimmend und auch bei der Entwicklung moderner Staatlichkeit stellte dieser Derogationsgrundsatz gewiss einen maßgeblichen Faktor dar. Die nahezu universelle Dimension des Posterioritätsgrundsatzes wird zudem in den verschiedenen Teilrechtsordnungen des deutschen Rechts sowie im europäischen und internationalen Recht deutlich. Letztlich ist der Grundsatz, wenn auch in unterschiedlichen Ausprägungen, auch in vielen ausländischen Rechtskreisen bekannt. Die Vielgestaltigkeit des Posterioritätsprinzips manifestiert sich insbesondere im Verhältnis zu den beiden anderen Derogationsgrundsätzen (*lex superior derogat legi inferiori* sowie *lex specialis derogat legi generali*).

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie der Posterioritätsgrundsatz im Gefüge des Grundgesetzes zu verorten ist. Die Änderungsoffenheit der Rechtsordnung erweist sich als die entscheidende demokratische Legitimation des Posterioritätsgrundsatzes. Die hier vorgeschlagene Erhebung des Posterioritätsgrundsatzes zum ungeschriebenen Verfassungsrecht wirft zudem Fragen nach ihren Folgen auf. Insgesamt eröffnet die Dialektik des Posterioritätsgrundsatzes im Spannungsfeld von Kontinuität und Flexibilität ein weites Feld, das im Folgenden nur im Ansatz näher ausgelotet werden kann.

Berlin, im Februar 2025

Michael Kloepfer und Laura Bader\*

---

\* Prof. Dr. Michael Kloepfer ist emeritierter Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin und Leiter der dortigen Forschungsplattform Recht; Laura Bader ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Humboldt-Universität zu Berlin.



# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Teil*

### **Zum Posterioritätsgrundsatz** 11

I. Einführung . . . . .	11
II. Posterioritätsgrundsatz in der Rechtsgeschichte . . . . .	15
1. Römische Wurzeln des Posterioritätsgrundsatzes . . . . .	15
2. Posterioritätsgrundsatz im Mittelalter . . . . .	17
3. Posterioritätsgrundsatz und die Entstehung souveräner Staatlichkeit . . . . .	18
III. Posterioritätsgrundsatz in der Rechtstheorie . . . . .	19
1. Posterioritätsgrundsatz als Teil des intertemporalen Rechts . . . . .	19
2. Ansätze der Wiener Schule . . . . .	21
IV. Posterioritätsgrundsatz und verschiedene (Teil-)Rechtsordnungen . . . . .	23
1. Internationales Recht . . . . .	23
2. Konventionsrecht . . . . .	25
3. Unionsrecht . . . . .	26
4. Innerstaatliche Rechtsordnung . . . . .	27
a) Öffentliches Recht . . . . .	27
b) Zivilrecht . . . . .	29
c) Strafrecht . . . . .	31
5. Posterioritätsgrundsatz bei Kollisionen zwischen Teilrechtsordnungen . . . . .	32
V. Posterioritätsgrundsatz in verschiedenen ausländischen Rechtskreisen . . . . .	33
1. Österreich . . . . .	34
2. Schweiz . . . . .	35
3. Frankreich . . . . .	35
4. Common Law . . . . .	36



VI. Posterioritätsgrundsatz und die Vielgestaltigkeit der Derogationsgrundsätze	38
1. Formen der Derogation	39
2. Allgemeine Derogationsgrundsätze	40
a) Lex posterior derogat legi priori	40
b) Lex superior derogat legi inferiori	42
c) Lex specialis derogat legi generali	44
3. Verhältnis der allgemeinen Derogationsgrundsätze zueinander	46
a) Verhältnis des lex superior-Grundsatzes zum lex posterior-Grundsatz	47
b) Verhältnis des lex specialis-Grundsatzes zum lex posterior-Grundsatz	48
c) Verhältnis des lex specialis-Grundsatzes zum lex superior-Grundsatz	49
VII. Posterioritätsgrundsatz und Staatsgewalten	49
1. In der Legislative	50
2. In der Exekutive	51
3. In der Judikative	52
VIII. Instrumente der formellen Derogation	54
1. In- und Außerkraftsetzung	54
2. Übergangs- und Stichtagsregelungen	56

### *Zweiter Teil*

## **Posterioritätsgrundsatz und Verfassungsrecht** 59

I. Demokratische Legitimation des Posterioritätsgrundsatzes	59
1. Änderungsfreiheit und -offenheit	59
2. Änderungsgrenzen	62
II. Posterioritätsgrundsatz und Grundgesetz	64
1. Demokratieprinzip und weitere grundgesetzliche Ansatzpunkte	64
2. Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Posterioritätsgrundsatz	67

III. Folgen der Einordnung des Posterioritätsgrundsatzes als materielles Verfassungsrecht .....	68
1. Auswirkungen auf die Derogationsgrundsätze .....	69
2. Folgen für die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung .....	70
3. Bedeutung des Posterioritätsgrundsatzes für die Realisierung des politischen Fortschritts .....	71
IV. Zur Dialektik des Posterioritätsgrundsatzes .....	72
1. Stabilität und Kontinuität .....	73
2. Flexibilität .....	75
3. Synthese .....	77
V. Ausblick .....	78
Literaturverzeichnis .....	79
Personen- und Sachregister .....	94



## **Zum Posterioritätsgrundsatz**

### **I. Einführung**

Interessenwidersprüche sind in pluralistischen Gesellschaften unvermeidbar. Daraus folgt, dass in einer rechtlich verfassten Gesellschaft mit Widersprüchen zwischen Normen zu rechnen ist. Die Rechtsordnung befindet sich insbesondere durch die zunehmende Zahl neuer und sich ständig ändernder Normen, die in komplexen und vielschichtigen Mehrebenensystemen aus einer Vielzahl von Rechtsquellen generiert werden, in einem steten Wandel.<sup>1</sup> Dieser Wandel beruht maßgeblich auf den schnellen Veränderungen politischer, gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, aber auch technischer Art der tatsächlichen Verhältnisse. Dass bei der fortwährenden Verrechtlichung des Lebens und der ständigen Entstehung neuer, teilweise fein ausdifferenzierter Teilrechtsordnungen Kollisionen<sup>2</sup> auftreten, die den Rückgriff auf allgemeine Derogationsgrundsätze<sup>3</sup> er-

---

<sup>1</sup> Aus der Fülle der Literatur zur „Gesetzesflut“: *Brandner*, Gesetzesänderung, S. 1–4 m.w.N.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 29. 1. 1974–2 BvN 1/69 BVerfGE 36, 342 (363): „Voraussetzung für die Anwendung einer Kollisionsnorm ist, daß zwei Normen miteinander *kollidieren*; das heißt aber, die Kollisionsnorm hinweggedacht, müssen beide Normen auf *einen* Sachverhalt anwendbar sein und bei ihrer Anwendung zu verschiedenen Ergebnissen führen können“ [Hervorhebung im Original]. Vgl. hierzu auch Fn. 175.

<sup>3</sup> Der Begriff der Derogation (lat. *derogare* = abschaffen, aufheben) wird nicht immer eindeutig verwendet. Der folgende Beitrag fasst unter Derogation neben dem Geltungsvorrang auch den Anwendungsvorrang. Andere verstehen den Begriff enger, nämlich als partielle Nichtgeltung einer Norm durch Aufhebung oder Ersetzung durch eine andere, wohingegen unter Abrogation die vollständige Aufhebung der Norm zu verstehen ist, *K. Weber* (Hrsg.), Rechtswörterbuch, „Derogation“. Zum Begriff der Derogation siehe auch: *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, S. 84–87; *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechts-

forderlich machen – wenn sich die Widersprüche und Konkurrenzen nicht bereits anderweitig durch die Rechtsordnung auflösen lassen – liegt auf der Hand. Nur so wird man sich dem theoretischen Postulat einer widerspruchsfreien Rechtsordnung, die eine in sich geschlossene Einheit<sup>4</sup> darstellt, tatsächlich annähern können.<sup>5</sup> Eine zunehmende Inhomogenität der Regelungen ist häufig die Folge zahlreicher Gesetzesänderungen.

Insbesondere die Prüfung der jeweiligen temporalen Anwendbarkeit von Normen ist unerlässlich und geradezu der Regelfall.<sup>6</sup> Dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* ist daher innerhalb der Derogationssätze eine grundlegende Bedeutung beizumessen. Maßgeblich ist hier das Kriterium der Zeit, das bestimmt, ob eine Norm – und zwar eine, die später in Kraft tritt – die Anwendungs- oder Geltungsdauer<sup>7</sup> einer anderen Norm bedingen kann. Stark verkürzt folgt aus dem Posterioritätsgrundsatz: Späteres Recht geht vor. Für die Anwendung dieses Derogationsgrundsatzes ist von zentraler Bedeutung, dass die *lex prior* und die *lex posterior* Normen gleichen Ranges<sup>8</sup> sind.

Das Schrifttum setzt sich zwar mit dem Problemkreis Recht und Zeit in vielfältiger Weise auseinander,<sup>9</sup> speziell zum *lex posterior*-Grundsatz gibt es

---

normen, S. 163–166; *Hoeren*, Tijdschr. Rechtsgeschiedenis Bd. 61 (1993), 493 (496) jeweils m.w.N.

<sup>4</sup> Grundlegend zur Einheit der Rechtsordnung: *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung; siehe auch: *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft, S. 164–173; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtsatheorie, S. 95–97.

<sup>5</sup> Vgl. auch *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 289 m.w.N.: „Diese Einheit der Rechtsordnung zu wahren, ist Aufgabe der Kollisionsregeln“.

<sup>6</sup> Zur „widerleglichen Vermutung für die zeitliche Inhomogenität der Regelungen“: *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 117 Rn. 226.

<sup>7</sup> Zur Frage, ob der Normenkonflikt auf Geltungs- oder Anwendungsebene gelöst werden sollte siehe unter VI. 2. a).

<sup>8</sup> Siehe unter VI. 2. a) m.w.N.

<sup>9</sup> Lediglich beispielhaft (in chronologischer Reihenfolge): *Affolter*, Das intertemporale Recht. Bd. I: Das intertemporale Privatrecht. Erster Teil: Geschichte des intertemporalen Privatrechts.; *Affolter*, Das Intertemporale Recht. Bd. I: Das Intertemporale Privatrecht. Zweiter Teil: System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts; *Husserl*, Recht und Zeit; *Kloepfer*, Der Staat 13 (1974), 457; *Häberle*, ZfP 1974, 111; *Dürig*, FS Tübinger Juristenfakultät, 21; *Kloepfer/Merten/Papier* u. a., Kontinuität und Diskontinuität in der deutschen Verfassungsgeschichte; *Winkler*, Zeit und Recht; *Kirste*, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins; *Heß*, Intertemporales Privatrecht;

– abgesehen von den wesentlichen rechtstheoretischen Darstellungen der Gründer der Wiener Schule<sup>10</sup>, aber auch von Ausführungen in Methodiklehrbüchern<sup>11</sup> – hingegen nur vereinzelte Darstellungen.<sup>12</sup> Vielfach wird der weitgehend nicht kodifizierte Posterioritätsgrundsatz als gegeben vorausgesetzt, ohne ihn näher zu begründen,<sup>13</sup> teilweise wird er für eine rechtslogische<sup>14</sup> beziehungsweise eine rechtsontologische<sup>15</sup> Notwendigkeit gehalten. Auch die Rechtsnatur der Derogationsgrundsätze ist bisher nicht abschließend geklärt. Teilweise werden sie als Auslegungsregeln<sup>16</sup>, allgemeine methodische Sätze<sup>17</sup>, eingeschlifene Gewohnheitsregeln<sup>18</sup> oder als

---

*H. Klein*, FS Rauschnig, 5; *Hager/F. Hey/I. Koller* u. a. (Hrsg.), FS Canaris; *A. Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip; *E. Klein*, Staat und Zeit; *Bertram*, Zeit als Ressource im Recht.

<sup>10</sup> Vgl. insbesondere: *Kelsen*, AöR Bd. 32 (1914), 202 (206 ff.); *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 210 f.; *Kelsen*, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule Bd. 2, 1429 (1441–1443); *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, S. 102 f.; *Merkel*, AöR Bd. 37 (1918), 56 (80 ff.); *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 232 ff. Zu den Ansätzen der Wiener Schule siehe auch unter III. 2.

<sup>11</sup> Beispielsweise: *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 572–574; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 266 f.; *J. Vogel*, Juristische Methodik, S. 62 f.; *Schwacke*, Juristische Methodik, S. 16 f.; *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 117–119 Rn. 228–232; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 33 f.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 163 Rn. 136 f.

<sup>12</sup> Vgl. z. B. *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 47 ff.; *Ermacora*, ZöR 1961, 314; *Renck*, JZ 1970, 770; *Paulson*, Liverpool L. Rev. 5 (1983), 5; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 448–450; *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 159–162.

<sup>13</sup> So beispielsweise: *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 573: „Die Derogationsregel von der lex posterior wird im allgemeinen für selbstverständlich und einer näheren Begründung nicht bedürftig gehalten“; *Maschke*, Die Rangordnung der Rechtsquellen, S. 8: „Innerhalb der Rangordnungslehre bedürfen diese Sätze keiner weiteren Behandlung“; *Quaritsch*, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, S. 18: „[...] und gerade deshalb aufzuhellen sind, weil sie nur selten angedeutet werden“; *Löwer*, Cessante Ratione Legis Cessat Ipsa Lex, S. 6 Fn. 5: „kaum je begründet [...]“; ohne vertiefende Herleitungen beispielsweise: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 266 f.; *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 585.

<sup>14</sup> *Barczak*, JuS 2015, 969 (971); *Winkler*, Zeit und Recht, S. 219 m.w.N.: „rechtslogisches Prinzip par excellence“.

<sup>15</sup> *Kubeš*, Theorie der Gesetzgebung, S. 273.

<sup>16</sup> *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 163 Rn. 134.

<sup>17</sup> *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 157.