

<b>Zeitschrift</b>	DVBl. - Das Deutsche Verwaltungsblatt
<b>Autor</b>	Dr. Marten Breuer
<b>Rubrik</b>	Abhandlungen
<b>Referenz</b>	DVBl 2008, 555 - 565 (Ausgabe 9 v. 01.05.2008)
<b>Verlag</b>	Carl Heymanns Verlag

## Breuer, DVBl 2008, 555

### Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt

#### - Überlegungen zur Ratio der Fehlerfolgendifferenzierung bei Norm und Einzelakt -

Von Dr. Marten Breuer, Potsdam

Der Beitrag hinterfragt die traditionelle Lehre von der Ipso-iure-Nichtigkeit rechtswidriger Normen. In Abgrenzung zu bisherigen dogmatischen Legitimationsansätzen und Widerlegungsversuchen wird mit dem staatlichen Gewaltmonopol ein neuer Topos in die Diskussion eingeführt. Dieser Topos spricht dagegen, für eine ganzen Kategorie staatlicher Hoheitsakte als regelmäßige Fehlerfolge die automatische Nichtigkeit anzunehmen. Praktische Konsequenzen ergeben sich insbesondere hinsichtlich der zeitlichen Dimension der Normverwerfung, wie ein Vergleich mit der Rechtslage in Österreich zeigt.

## I. Einleitung

Manche Rechtssätze erscheinen einem nach langjähriger Befassung mit der juristischen Materie als derart selbstverständlich, dass man sich daran gewöhnt hat, sie nicht zu hinterfragen, sich ihrer nicht stets neu zu vergewissern. Der Satz, wonach im deutschen Recht eine gegen höherrangiges Recht verstoßende Rechtsnorm in der Regel nichtig, ein fehlerhafter, also rechtswidriger<sup>1</sup> Verwaltungsakt hingegen regelmäßig nur vernichtbar<sup>2</sup> ist, gehört hierzu. Die darin zum Ausdruck kommende Fehlerfolgendifferenzierung ist durchaus kein Spezifikum des Verwaltungsrechts, sondern begegnet uns auch in anderen Rechtsgebieten. So sind einerseits im bürgerlichen Recht private Rechtsgeschäfte gem. § 134 BGB im Fall ihrer Gesetzwidrigkeit grundsätzlich nichtig.<sup>3</sup> Andererseits treffen wir aber im Zivilprozessrecht auf das Phänomen, dass Maßnahmen der Zwangsvollstreckung - ähnlich wie Verwaltungsakte - ebenfalls nur dann nichtig sind, wenn es sich um einen besonders schwerwiegenden und darüber hinaus bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundigen Fehler handelt.<sup>4</sup> Die nachfolgende Betrachtung wird sich auf das Staats- und Verwaltungsrecht beschränken, wenngleich dabei Überlegungen allgemeiner Art zur Sprache kommen sollen, die auch für andere Rechtsgebiete relevant sein können. Gegenstand der Überlegungen werden Rechtsnormen und Verwaltungsakten sein, andere Hoheitsakte, insbesondere richterliche Urteile, bleiben wegen der damit verbundenen Besonderheiten<sup>5</sup> außer Betracht. Schließlich geht das Ziel der Überlegungen nicht primär dahin, anhand des positiven Normbestandes die genannten unterschiedlichen Fehlerfolgen dogmatisch zu legitimieren.

Gefragt werden soll vielmehr, was der dahinter liegende Sinn, die *ratio* jener Differenzierung sei, um hieraus Rückschlüsse für das geltende Recht ziehen zu können.

## II. Positivrechtlicher Befund

Gleichwohl erscheint es angebracht, zumindest den Ausgangspunkt beim positivrechtlichen Befund zu nehmen.

### 1. Verwaltungsakte

Diesbezüglich kann jedenfalls der Lehrsatz von der grundsätzlichen Wirksamkeit rechtswidriger Verwaltungsakte heute aus dem positiven Recht abgeleitet werden. Indem gem. § 44 VwVfG und den gleichlautenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder die Nich-

Breuer: Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - DVBl 2008 Ausgabe 9 - 556>>

tigkeit eines Verwaltungsakts die Ausnahme<sup>6</sup> bildet, folgt hieraus *e contrario*, dass die bloße Vernichtbarkeit die Regel sein muss. Indes: Auch § 44 VwVfG ist auf dem Humus der deutschen Rechtstradition gewachsen, die Lehre von der bloßen Vernichtbarkeit von Verwaltungsakten ist weit älteren Datums und reicht zurück in eine Zeit, da es an einer entsprechenden positivrechtlichen Normierung fehlte.

### 2. Rechtsnormen

Ganz anders verhält es sich mit dem zweiten Stehsatz, der Lehre von der Ipso-iure-Nichtigkeit rechtswidriger<sup>7</sup> Rechtsnormen. Gewiss, schon im ersten Semester hört man den Satz "*lex superior derogat legi inferiori*".<sup>8</sup> Dass "derogieren" allerdings keineswegs notwendigerweise mit "vernichten", "zur Nichtigkeit führen" übersetzt werden muss, zeigt ein Vergleich mit dem Satz "*lex specialis derogat legi generali*": Hier wird "derogieren" allgemein so verstanden, dass das spezielle Gesetz dem generellen vorgeht, nicht aber, dass es dessen Nichtigkeit bewirke.<sup>9</sup> Davon abgesehen handelt es sich beim Lex-superior-Satz um eine ungeschriebene Rechtsregel, deren Geltung im positiven Recht erst noch zu beweisen wäre. Hierfür gilt es in mehrfacher Hinsicht zu differenzieren.

#### a) Bundesrechtswidriges Landesrecht

Dass Normen des Landesrechts, die gegen bundesrechtliche Normen verstoßen, im Regelfall nichtig sind, ergibt sich aus Art. 31 GG ("Bundesrecht bricht Landesrecht."). In der Formulierung des "Brechens" kommt mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck, dass dem Bundesrecht entgegenstehendes Landesrecht nicht bloß unangewendet, ansonsten aber gültig bleibt, sondern dass die Kollision die Nichtigkeit der inferioren Rechtsnorm

zur Folge hat.<sup>10</sup> Immerhin gilt dieser Satz, der seit mehr als 50 Jahren unangetastet geblieben war, seit dem Inkrafttreten der Föderalismusreform<sup>11</sup> nicht mehr uneingeschränkt, wurde hierin doch den Ländern bei gewissen Materien der konkurrierenden Gesetzgebung<sup>12</sup> die Befugnis zur Abweichung von bundesgesetzlichen Vorschriften gegeben (Art. 72 Abs. 3 GG n. F.). Zwar bleibt es, auch soweit diese Materien betroffen sind, beim Grundsatz des Art. 31 GG, sofern sich der Landesgesetzgeber passiv verhält: Landesrechtliche Normen werden auch in diesen Bereichen durch neu geschaffenes, konträres Bundesrecht nach wie vor invalidiert. Der Landesgesetzgeber erhält aber die Möglichkeit - und darin liegt die Abweichung von Art. 31 GG -, nachträglich seinerseits ein Gesetz zu erlassen, welches dann gem. Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG n. F. dem Bundesgesetz vorgeht.<sup>13</sup>

Diese Neuerungen einmal dahingestellt, lassen sich aus der Grundregel des Art. 31 GG zwei unterschiedliche, einander diametral widersprechende Schlüsse ziehen. *Entweder* man erblickt hierin die Bestätigung eines - vorausgesetzten - allgemeinen Grundsatzes,<sup>14</sup> *oder* aber man sieht in Art. 31 GG eine Sonderregelung, aus der *e contrario* zu schließen ist, dass der Regelfall die bloße Vernichtbarkeit rechtswidriger Normen sei.

## b) Vorkonstitutionelles Recht

Für das vorkonstitutionelle Recht bestimmt Art. 123 Abs. 1 GG, dass dieses fortgilt, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht.<sup>15</sup> Die Verwendung des Terminus "Fortgelten" kann ebenfalls als ein Hinweis darauf verstanden werden, dass im Kollisionsfall das vorkonstitutionelle Recht seiner *Geltung* beraubt wird, also nichtig ist.<sup>16</sup>

## c) Nachkonstitutionelle Parlamentsgesetze

Weniger eindeutig ist der Befund für den Fall der Verfassungswidrigkeit nachkonstitutioneller Parlamentsgesetze.<sup>17</sup> Eine ausdrückliche Regelung sucht man jedenfalls im Grundgesetz vergebens. Zwar ist der Gesetzgeber gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht und gem. Art. 20 Abs. 3 GG an die verfassungsmäßige Ordnung insgesamt gebunden. Hieraus ergibt sich allerdings nur der Vorrang der Verfassung, ohne dass damit eine Aussage zu den Rechtsfolgen im Fall eines Verfassungsverstoßes verbunden wäre.<sup>18</sup> Die Nichtigkeitsfolge lässt sich auch nicht unter Hinzunahme des Gedankens der Einheit der Rechtsordnung begründen. Denn hieraus folgt lediglich, dass im Fall eines verfassungswid-

Breuer: Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - DVBl 2008 Ausgabe 9 - 557<<>>

rigen Gesetzes der Verfassungsverstoß beseitigt werden muss, nicht aber, auf welche Weise dies zu geschehen hat.<sup>19</sup> Als Beleg hierfür kann auch das europäische Gemeinschaftsrecht angeführt werden, welches zwar Vorrang vor widersprechendem nationalen Recht beansprucht, die *Gültigkeit* dieses Rechts jedoch unangetastet lässt, indem es sich auf einen reinen *Anwendungsvorrang* beschränkt.<sup>20</sup> Sonstige aus der Verfassung selbst hergeleitete Argumente erweisen sich ebenfalls als nicht zwingend. Dies gilt insbesondere für die Bestimmung des Art. 100 Abs. 1 GG, die mit guten Gründen von Befürwortern wie Gegnern des Nichtigkeitsdogmas für die

jeweils eigene These in Anspruch genommen werden kann.<sup>21</sup>

Im BVerfGG<sup>22</sup> bestimmt § 78 Satz 1 für das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle: "Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, dass Bundesrecht mit dem Grundgesetz [...] unvereinbar ist, so erklärt es das Gesetz für nichtig." Die Formulierung könnte für die Vernichtbarkeitsthese sprechen, wenn man "für nichtig *erklären*" in Gegensatz setzt zur bloßen *Feststellung* der Nichtigkeit.<sup>23</sup> Tatsächlich lautete der Wortlaut in § 78 BVerfGG ursprünglich, das Bundesverfassungsgericht stelle "in seiner Entscheidung die Nichtigkeit fest".<sup>24</sup> Diese Formulierung wurde im Jahr 1970 an die für die Verfassungsbeschwerde geltende Vorschrift (§ 95 Abs. 3 BVerfGG) angepasst,<sup>25</sup> wo von Beginn an die Formulierung des "Für-nichtig-Erklärens" verwendet worden war. Hierin, so die Gesetzesbegründung, solle zum Ausdruck kommen, dass dem verfassungsgerichtlichen Nichtigkeitserkenntnis infolge seiner letztverbindlichen Klärung der Verfassungsrechtslage "ein gestaltendes Element wesenseigen" sei. Andererseits erklärte der Gesetzgeber aber ausdrücklich, an dem Prinzip der von Anfang an wirkenden Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes festzuhalten.<sup>26</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat sich bekanntlich in seinem Südweststaats-Urteil zunächst der Lehre von der Ex-tunc- und Ipso-iure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze angeschlossen,<sup>27</sup> später aber diesen rigorosen Standpunkt in erheblichem Maße unter anderem dadurch relativiert, dass es *praeter legem* als Alternative zur Nichtigklärung die sog. Unvereinbarerklärung entwickelt hat.<sup>28</sup>

#### d) Landesverfassungsrechtswidrige Landesgesetze

Was die Verfassungsgerichtsbarkeit auf Landesebene angeht, so sind die diesbezüglichen Vorschriften heute weitgehend dem BVerfGG angeglichen oder sogar nachgebildet, wobei teilweise die Unvereinbarerklärung als Variante zur Nichtigklärung ausdrücklich erwähnt wird.<sup>29</sup> Interessanterweise bestand nach früherer Rechtslage hiervon eine Abweichung in Hessen und in Rheinland-Pfalz, indem den Urteile des hessischen Staatsgerichtshofs bzw. des rheinland-pfälzischen Verfassungsgerichtshofs grundsätzlich nur Wirkung *pro futuro* zukam.<sup>30</sup> Hiermit wurde vom Nichtigkeitsdogma jedenfalls in seiner zeitlichen Komponente, der Ex-tunc-Nichtigkeit, abgewichen.<sup>31</sup> Mittlerweile freilich sind auch diese Vorschriften dem bundesrechtlichen Vorbild angeglichen worden.

#### e) Untergesetzliche Rechtsnormen

Abgeschlossen werden soll diese Bestandsaufnahme des geltenden Rechts mit § 47 VwGO, der die prinzipale Normenkontrolle von Rechtsnormen im Range unterhalb des formellen Gesetzes regelt. Dessen heutiger Absatz 5 Satz 2 lautete früher: "Kommt das Oberverwaltungsgericht zu der Überzeugung, dass die Rechtsvorschrift ungültig ist, so erklärt es sie für nichtig (...)."<sup>32</sup> Im Jahr 2004 wurde diese Regelung dahin geändert, dass künftig nur noch eine Erklärung "für unwirksam" erfolgt.<sup>33</sup> Mit dieser Änderung sollte, so die Gesetzesbegründung, klargestellt werden, "dass eine städtebauliche Satzung bis zur Behebung eines Fehlers in einem ergänzenden Verfahren auch schwebend unwirksam sein kann."<sup>34</sup> Die Vorschriften über die Planerhaltung, wie sie im früheren BBauG enthalten waren, haben schon im Jahr 1986 *Fritz Ossenbühl* dazu bewogen, über eine besondere "Fehlerlehre für untergesetzliche Normen" nachzudenken.<sup>35</sup> Die Vorstellung schwebender Unwirksamkeit ist nämlich mit der Lehre

der Ipso-iure-Nichtigkeit an sich unvereinbar, da nach traditionellem Begriffsverständnis Nichtigkeit einer nachträglichen Heilung nicht zugänglich ist.<sup>36</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Damit kommt man zu folgendem Zwischenergebnis: Der Befund des positiven Rechts erweist sich als ausgesprochen ambivalent. Während sich der Grundsatz der bloßen Vernichtbarkeit von fehlerhaften Verwaltungsakten heute klar aus dem positiven Recht ergibt, lässt sich der Grundsatz der Ipso-iure-Nichtigkeit rechtswidriger Normen nicht mit derselben Eindeutigkeit nachweisen. Dies gilt insbesondere für verfassungswidrige nachkonstitutionelle Gesetze sowie für untergesetzliche Rechtsnormen. Die Notwendigkeit, sich die hinter der Fehlerfolgendifferenzierung stehende *ratio* zu vergegenwärtigen, tritt hierdurch nur mit umso größerer Dringlichkeit zutage.

## III. Ratio der Fehlerfolgendifferenzierung

Dass gesetzwidrige Verordnungen nur gültig oder ungültig, nicht aber anfechtbar sein können, während es sich mit Verfügungen gänzlich anders verhält, hängt einer Monographie aus dem Jahr 1910 zufolge "mit dem Rechtsmittelwesen" zusammen.<sup>37</sup> Dies ist insofern zutreffend, als die Möglichkeit direkten Rechtsschutzes gegen Verfügungen - gemeinsam mit anderen Argumenten<sup>38</sup> - dazu führte, dass rechtswidrige Verwaltungsakte als grundsätzlich wirksam angesehen wurden. Historisch betrachtet war der gerichtliche Rechtsschutz gegen die Verwaltung ja wesentlich von der Qualifikation einer Maßnahme als "Verwaltungsakt" abhängig.<sup>39</sup> Wo nun ein Rechtsbehelf zur Verfügung stand - sei es in Form der Gegenvorstellung, der Beschwerde oder der Klage -, so musste hiervon zunächst Gebrauch gemacht werden; bürgerlicher Ungehorsam schied insoweit aus.<sup>40</sup> Umgekehrt freilich diente insoweit die fehlende direkte "Anfechtbarkeit" nicht zur Begründung der Lehre von der Ipso-iure-Nichtigkeit rechtswidriger Normen. Den Hintergrund bildeten vielmehr die Auseinandersetzungen zwischen Monarchie und Landständen um die Beteiligung an der Gesetzgebung. In diesem Kampf bildete das sog. richterliche Prüfungsrecht das Mittel, um die Beteiligungsrechte der Landstände gegenüber den widerstrebenden Monarchen durchzusetzen.<sup>41</sup> Freilich hat die richterliche Prüfung nicht notwendigerweise die Nichtigkeit rechtswidriger Normen zur Bedingung.<sup>42</sup> Es genügt, wenn der Richter die Befugnis hat, für rechtswidrig erkannte Normen unangewendet zu lassen, wie dies nach h. M. etwa heute im europäischen Gemeinschaftsrecht gilt.<sup>43</sup> Dass Normen im Fall ihrer Rechts- bzw. Verfassungswidrigkeit zunächst nahezu unwidersprochen als nichtig angesehen wurden, und zwar noch bis in die Mitte des 20. Jh. hinein,<sup>44</sup> lässt sich demnach nur mit Tradition begründen. Mit dem Argument, das Bundesverfassungsgericht habe das Nichtigkeitsdogma als tradiertes Theorem gleichsam "vorgefunden", wird teilweise sogar bis heute der Verfassungsrang des Nichtigkeitsdogmas behauptet.<sup>45</sup> Damit aber zeitigt die historische Betrachtung das Ergebnis, dass es sich bei der Ipso-iure-Nichtigkeit rechtswidriger Normen einerseits und der Vernichtbarkeit rechtswidriger Verwaltungsakte andererseits um zwei Konzepte handelte, die sich weitgehend unabhängig voneinander entwickelt haben.<sup>46</sup>

Gegen Ende des 19. Jh. hatten sich beide Konzepte bereits derart verselbständigt, dass beispielsweise *Otto Mayer* in seinem Lehrbuch zum deutschen Verwaltungsrecht den Grundsatz der Wirksamkeit rechtswidriger Verwaltungsakte mit den Worten begründet: "Die Obrigkeit aber, wenn sie innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeit bestimmt, *bezeugt* damit zugleich, daß die besonderen Voraussetzungen für die Gültigkeit ihres Aktes gegeben sind. Diese *Selbstbezeugung* und damit die Wirksamkeit des Aktes kann nur überwunden werden durch eine stärkere Zuständigkeit."<sup>47</sup> Dass sich mit demselben Argument auch die grundsätzliche Gültigkeit rechtswidriger Normen hätte begründen lassen,<sup>48</sup> kommt dabei nicht zur Sprache. Ungeachtet dieser Fragwürdigkeit und ungeachtet prominenter Kritik, etwa von Seiten *Kelsens*,<sup>49</sup> erweist sich die Lehre von der "Selbstbezeugung" des Verwaltungsakts als erstaunlich langlebig.<sup>50</sup> So lesen wir etwa im Lehrbuch *Ernst Forsthoffs*, der Verwaltungsakt sei - unbeschadet seiner Ordnungsmäßigkeit oder Fehlerhaftigkeit - in jedem Falle eine Bekundung der Staatsautorität und habe als solche Anspruch auf Beachtung.<sup>51</sup> Und noch im Jahr 2000 formuliert das Bundesverwaltungsgericht, die Rechtsfolge der

Breuer: Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - DVBl 2008 Ausgabe 9 - 559<<>>

Nichtigkeit eines Verwaltungsakts stelle sich "als eine besondere Ausnahme von dem Grundsatz dar, daß ein Akt staatlicher Gewalt die Vermutung seiner Gültigkeit in sich trägt."<sup>52</sup> Aussagen wie diese machen überdeutlich, dass die *ratio* der Fehlerfolgendifferenzierung bei Norm und Einzelakt längst aus dem Blick geraten ist und beide Teilbereiche eine Eigendynamik entwickelt haben, die keinen konsistenten Begründungsansatz mehr erkennen lässt.

## IV. Alternative Begründungsansätze

Nach diesem kurzen Exkurs in die Rechtshistorie sollen im Folgenden zwei Modelle vorgestellt werden, die, wie sich zeigen wird, zu genau entgegengesetzten Ergebnissen gelangen; im Anschluss hieran wird ein eigener Ansatz entwickelt.

### 1. Der Ansatz Jörn Ipsens

Zu einer Verteidigung der traditionellen Fehlerfolgendifferenzierung hat sich *Jörn Ipsen* in seiner Habilitationsschrift aus dem Jahr 1980 verstanden. Dabei muss hier sogleich vorausgeschickt werden, dass *Ipsen* nicht behauptet, die *differentia specifica* zwischen Norm und Einzelakt bedingten - gewissermaßen kausalgesetzlich - auch unterschiedliche Rechtsfolgen. Er beschränkt sich vielmehr darauf zu begründen, dass die Fehlerfolgendifferenzierung nicht willkürlich sei.<sup>53</sup> Diese Einschränkung vorausgeschickt, identifiziert *Ipsen* als Kern des Nichtigkeitsdogmas den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung. Diese wäre in Frage gestellt, würde ein menschliches Verhalten von Rechts wegen gleichzeitig angeordnet und verboten. Eine solche Konstellation sei aber nur bei rechtlichen Regelungen denkbar, die auf derselben Ebene lägen. Einzelakt und Norm hingegen enthielten - da der Einzelakt konkret-individuell wirke, die Norm hingegen abstrakt-generell - nie dasselbe Gebot und beträfen insofern niemals dasselbe menschliche Verhalten. Seine Überlegungen gipfeln in der Aussage: "Die *Einheit der Rechtsordnung* wird [...] nicht berührt, wenn ein Einzelakt in Widerspruch zur Verfassung steht; denn der auf Abwicklung gerichtete - und insofern nur *partikulär* geltende - Einzelakt vermag -

anders als die verfassungswidrige *Norm* - die *allgemeine* Geltung der Verfassung nicht zu beeinträchtigen."<sup>54</sup>

Meiner Auffassung nach basiert *Ipsen*'s These auf einem Fehlschluss. Dies wird deutlich, wenn man seine Überlegungen zum Verhältnis von Norm und Einzelakt näher untersucht. Aus der Umsetzungsbedürftigkeit der abstrakt-generellen Norm folgert er nämlich, dass die Norm für den individualisierten Adressaten nur mit dem durch den Einzelakt konkretisierten Inhalt gelte, möge dieser auch im Widerspruch zum Gesetz stehen. Bei dieser Konstellation sei die Konkurrenz zweier, einander widersprechender Gebote ausgeschlossen, weil Norm und Einzelakt nicht nebeneinander Befolgung erheischen, sondern hintereinander geschaltet seien.<sup>55</sup> Ein solches Rechtsverständnis müsste aber notwendigerweise dazu führen, dass der Einzelakt *nie* mit dem Argument angefochten werden könnte, er stimme mit dem ihm zugrunde liegenden Gesetz nicht überein. Wenn § 42 Abs. 2 VwGO für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage die Möglichkeit der Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten verlangt, so setzt dies doch nachgerade denknotwendig voraus, dass auch gegenüber dem Verwaltungsakt eine unmittelbare Berufung auf das Gesetz zugelassen ist. Gälte die Norm, wie *Ipsen* meint, allein *nach Maßgabe* des zu ihrer Umsetzung ergangenen Einzelakts, müsste die Annahme einer Rechtsverletzung von vornherein ausscheiden.

Daneben bestimmt *Ipsen* in meinen Augen auch das Verhältnis von einfachem Gesetz und Verfassung in unzutreffender Art und Weise. Wie erwähnt, geht er davon aus, dass ein Widerspruch zwischen einfachgesetzlicher Norm und Verfassung aufgrund der Gleichheit der Geltungsmodalität - beide gelten abstrakt-generell - die Einheit der Rechtsordnung in Frage zu stellen geeignet sei.<sup>56</sup> Auch hierbei handelt es sich indes um einen Fehlschluss. Zur Verdeutlichung mag man sich das von ihm gewählte Fallbeispiel<sup>57</sup> vor Augen führen: Wenn eine Norm des Einkommensteuergesetzes zwingend die Zusammenveranlagung von Ehegatten vorsieht ohne die gleichzeitige Geltung eines besonderen Splittingtarifs, Eheleute also nach dem zu versteuernden Einkommen beider Teile gemeinsam veranlagt werden, so bewirkt die Progression des Steuertarifs eine mit dem Schutz von Ehe und Familie unvereinbare Mehrbelastung verheirateter Paare gegenüber Unverheirateten. Eine solche Norm stelle jedoch die Geltung des Art. 6 Abs. 1 GG nicht schlechterdings in Frage, sondern nur für den Bereich des Einkommensteuerrechts. Wie nun der Verwaltungsakt gegenüber der Verfassung nur "partikuläre" Wirkung entfaltet, indem er lediglich den konkret-individuellen Fall regelt, so wirkt auch das einfache Gesetz im Verhältnis zur Verfassung nur "partikulär", insofern nämlich, als es einen sektoriellen Ausschnitt des grundrechtlich geschützten Bereichs betrifft. Ein prinzipieller Unterschied zwischen Einzelakt und einfachgesetzlicher Norm im Verhältnis zur Verfassung lässt sich in diesem Zusammenhang nicht ausmachen, zumal wenn man sich vor Augen führt, dass auch Verwaltungsakte in ihrer Wirkungsweise Rechtsnormen durchaus angenähert sein können, etwa im Fall der Allgemeinverfügung, die zwar eine konkrete Regelung trifft, jedoch nicht in individueller, sondern in genereller Weise.<sup>58</sup> Letztlich vermag das von *Ipsen* entworfene Modell also die Fehler-

Breuer: Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - DVBl 2008 Ausgabe 9 - 560<<>>

folgendifferenzierung hinsichtlich Norm und Einzelakt nicht überzeugend zu erklären.

## 2. Der Ansatz Dirk Heckmanns

Das zweite hier vorzustellende Modell ist von *Dirk Heckmann* in seiner 1997 veröffentlichten Habilitationsschrift entworfen worden. Er kommt dabei - entgegen der h. M. - zu dem Ergebnis, Rechtsnormen seien im Fall eines

Verstoßes gegen höherrangiges Recht nicht *ipso iure* nichtig, sondern lediglich vernichtbar. Als ein wesentliches Argument stützt er sich dabei auf die Ergebnisse der modernen Rechtstheorie, wonach der Vorgang der Rechtsanwendung sich regelmäßig nicht auf einen reinen logischen Syllogismus beschränkt, der Richter also kein bloßer "Subsumtionsautomat" ist, sondern notwendigerweise eigenschöpferische Elemente in die Rechtsanwendung mit einfließen.<sup>59</sup> Dies führt ihn zu der Schlussfolgerung: "Ist die Feststellung der Rechts- bzw. Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm somit von einer kreativen Entscheidung abhängig, lässt sich ein "automatischer" Geltungsverlust der Rechtsnorm im Zeitpunkt der Normenkollision [...] kaum vertreten. Dies wiederum hat zur Folge, dass *jede rechtliche Entscheidung*, die die Rechtswidrigkeit zum Streitgegenstand hat, zugleich konstitutiver Natur ist."<sup>60</sup> Heckmann gelangt so zu einer "Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung".<sup>61</sup> Rechtsnormen stehen für ihn unter der auflösenden Bedingung einer geltungsbeendenden Entscheidung.<sup>62</sup>

Nun ist der Gedanke als solcher keineswegs neu. *Ipsen* reagiert auf ihn mit einer Differenzierung zwischen Rechtstheorie und Rechtsdogmatik: Während die *rechtstheoretische* Forschung die "konstitutiven" Elemente eines richterlichen Erkenntnisses aufzuspüren suche, könne für die *rechtsdogmatische* Betrachtung gleichwohl unumstößlich feststehen, dass der Richterspruch eine bestehende Rechtslage lediglich "deklaratorisch" feststelle.<sup>63</sup> Diese Aufspaltung von Rechtstheorie und -dogmatik erscheint jedoch als künstlich. Die angeblich deklaratorische Natur eines richterlichen "Erkenntnisses" erweist sich vor diesem Hintergrund als eine - historisch bedingte<sup>64</sup> - Fiktion, die allein schon in der allgemein üblichen Formel "Das Gericht hat für Recht *erkannt*" zum Ausdruck kommt, die aber nur dann hinzunehmen wäre, wenn sich hierfür ein rechtsdogmatisches Bedürfnis ergäbe. Ein solches ist jedoch nicht ersichtlich.

Mit einem möglichen Einwand freilich setzt sich *Heckmann* nicht auseinander,<sup>65</sup> und dieser betrifft unmittelbar die rechtstheoretischen Prämissen seines Ansatzes: Sosehr nämlich heute anerkannt ist, dass jedenfalls *im Regelfall* Rechtsanwendung ohne eigenschöpferische Wertungsentscheidung nicht auskommt, so wenig wird doch bezweifelt, dass es sehr wohl Fälle geben kann und gibt, in denen sich ausnahmsweise Rechtsanwendung auf den rein logischen Subsumtionsvorgang reduziert. Als aktuelles Beispiel für einen solchen Fall mag sich im vorliegenden Zusammenhang das zunächst gescheiterte Verbraucherinformationsgesetz<sup>66</sup> aufdrängen, welches vom Bundespräsidenten wegen eines "klaren Verstoß[es] gegen die seit dem 1. 9. 2006 geltende negative Kompetenzvorschrift des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG" nicht ausgefertigt wurde.<sup>67</sup> Überzeugender als die unbedingte Annahme einer "autoritativen Normgeltungsbeendigung" erscheint daher die differenzierte Betrachtungsweise, die wir schon im Jahr 1914 bei *Hans Kelsen* antreffen: In seinem Beitrag "Über Staatsunrecht" unterscheidet *Kelsen* zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit in dem Sinne, dass es "zur Feststellung der Nichtigkeit [...] keines besonderen staatlichen Verfahrens [bedarf]: Die Frage, ob Nichtigkeit vorliegt oder nicht, ist eine Frage der Rechtslogik, sie wird vom Verstande jedes urteilenden *Individuums*, nicht aber *autoritär vom Staate* entschieden." Im Gegensatz dazu zeichne sich die Anfechtbarkeit dadurch aus, "dass es zu ihrer Feststellung eines staatlichen Aktes bedarf. Solange der Staat den vermeintlichen oder behaupteten Mangel nicht autoritativ festgestellt hat, muss der von irgend jemandem für fehlerhaft gehaltene Akt als *Staatsakt* angesehen und respektiert werden."<sup>68</sup> Auf der Grundlage dieses Modells wäre die Nichtigkeit von Rechtsnormen somit nicht schlechterdings ausgeschlossen, sondern auf - freilich seltene - Ausnahmefälle beschränkt.

## V. Eigener Ansatz

Ich möchte mich der Problematik von einem gänzlich anderen Punkte her nähern. Solange man von den



Entstehungsvoraussetzungen staatlicher Rechtsakte her denkt, gelangt man nahezu zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass nur rechtmäßige Akte auch wirksam sein können, da nur sie die Entstehungsvoraussetzungen erfüllen.<sup>69</sup> Dann kann

Breuer: Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - DVBl 2008 Ausgabe 9 - 561<<>>

allein noch die Frage sein, ob schon jede "Rechtswidrigkeit" im herkömmlichen juristischen Sprachgebrauch die Nichtigkeit nach sich zieht oder nur eine gesteigerte Form wie etwa bei *Hans Kelsen* die mit rein kognitiven Mitteln feststellbare. Nimmt man hingegen den argumentativen Ansatzpunkt beim staatlichen Gewaltmonopol, so gelangt man - dies wird zu zeigen sein - zu dem Ergebnis, dass die Wirksamkeit eines staatlichen Rechtsakts zunächst prinzipiell unabhängig von der Frage seiner Rechtmäßigkeit zu beurteilen ist.

## 1. Das Gewaltmonopol des Staates

Das Gewaltmonopol<sup>70</sup> bildet die Grundlage des neuzeitlichen Staates.<sup>71</sup> Es hat zum Inhalt, dass die Rechtsunterworfenen auf den Einsatz von Gewalt zur Durchsetzung eigener Interessen - abgesehen von Situationen wie Notwehr oder Notstand - verzichten. Es bedeutet die Absage an Selbstjustiz, die Überwindung des mittelalterlichen Fehdewesens<sup>72</sup> durch Konzentration legitimer Gewaltanwendung beim Staat. Führte der Gewaltverzicht bei *Thomas Hobbes* noch zur Überwindung des "Krieges aller gegen alle" in der Person des Leviathans, des absoluten Staates,<sup>73</sup> wird unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips der Gewaltverzicht kompensiert: Als Ausgleich übernimmt der Staat dem Einzelnen gegenüber Gewähr dafür, dass er dessen rechtlich begründete Interessen nötigenfalls mit Gewalt durchsetzt. Hierfür bedarf es der Zurverfügungstellung eines geeigneten Verfahrens, wobei es sich insoweit nicht notwendigerweise um ein Gerichtsverfahren handeln muss.<sup>74</sup> Unter der Geltung des Grundgesetzes steht aber die Rechtsschutzgewährung durch die Justiz, der Justizgewährungsanspruch, im Vordergrund. Deshalb formuliert das Bundesverfassungsgericht: "[E]s [ist] ein zentraler Aspekt der Rechtsstaatlichkeit, die eigenmächtig-gewaltsame Durchsetzung von Rechtsansprüchen zwischen Privaten grundsätzlich zu verwehren. Die Parteien werden auf den Weg vor die Gerichte verwiesen. Dort sollen sie ihren Streit in einem geordneten Rechtsgang gewaltlos austragen und eine verbindliche Entscheidung erwirken. In der Gerichtsbarkeit prägen sich innerstaatliches Gewaltverbot und staatliches Gewaltmonopol aus."<sup>75</sup>

Das Konzept der Ipso-iure-Nichtigkeit staatlicher Hoheitsakte steht hiermit in einem nicht zu vereinbarenden Spannungsverhältnis. Wenn jeder Rechtsunterworfenen die Gültigkeit jedes beliebigen Staatsakts mit dem Argument in Zweifel ziehen dürfte, dieser sei rechtswidrig und für ihn daher unverbindlich, so führte dies in letzter Konsequenz zum Fortfall der Steuerungsfähigkeit des Rechts und damit einer der Grundbedingungen, um derentwillen die Rechtsunterworfenen ihren Gewaltverzicht erklärt haben.<sup>76</sup> Damit ist selbstverständlich nicht gemeint, dass der Einzelne nicht *behaupten* könnte, ein bestimmter staatlicher Rechtsakt sei ungültig und von ihm daher nicht zu beachten.<sup>77</sup> Eine solche Behauptung ließe sich schlechterdings nicht verbieten, und es wäre auch nicht sinnvoll, dies zu tun, denn auf der Wahrnehmung eigener Interessen durch den mündigen Bürger beruht zu einem nicht unerheblichen Teil das Funktionieren unseres Rechtsstaats. Das Konzept der Ipso-iure-Nichtigkeit besagt jedoch mehr: nicht nur, dass der Einzelne eine staatliche Regelung - auf eigenes Risiko hin - in Abrede stellen und ignorieren *kann*, sondern dass er sie ignorieren *darf*. Nichtigkeit führt zu rechtlich gestatteter Nichtbefolgung, ohne dass es hierfür einer Zwischenschaltung des Staates bedürfte. Insofern kann man auch davon sprechen, dass die Ipso-iure-Nichtigkeit zu einem partiellen Rückfall in vorstaatliche Zustände

führt, denn sie eliminiert den Staat als Entscheider über die Rechtsstellung Privater.

Demgegenüber setzt bei genauerer Betrachtung das Funktionieren des Gewaltmonopols voraus, dass der Einzelne darauf vertrauen kann, dass staatliche Akte<sup>78</sup> von den Rechtsunterworfenen grundsätzlich als gültig anerkannt werden. Der Staat wäre überfordert, müsste er jeden einzelnen Staatsakt stets gewaltsam durchsetzen helfen.<sup>79</sup> Das

Breuer: Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - DVBI 2008 Ausgabe 9 - 562<<>>

lässt sich insbesondere an Bürgerkriegsgesellschaften beobachten, in denen die Zentralgewalt mangels eines gesellschaftlichen Grundkonsenses nicht in der Lage ist, die staatliche Rechtsordnung effektiv durchzusetzen. Aus der Sicht des Gewaltmonopols besteht aber schlechterdings kein Grund, in der Gültigkeitsfrage zwischen Rechtsnormen und Verwaltungsakten zu differenzieren. Beide müssen die Vermutung der Gültigkeit in sich tragen, nicht um einer falsch verstandenen Autoritätshörigkeit, sondern um der staatlichen Friedensordnung willen. In dieser hat zwar jeder das Recht, die Unbeachtlichkeit staatlicher Akte zu *behaupten*, in einem rechtlich sanktionierten Sinne kann dies aber grundsätzlich nur dann *gelten*, wenn es in einem geregelten Verfahren festgestellt worden ist. Von daher ist es völlig zutreffend, wenn das Bundesverwaltungsgericht davon ausgeht, dass jeder Akt staatlicher Gewalt grundsätzlich die Vermutung seiner Gültigkeit in sich trage.<sup>80</sup> Nur zielt dieses Argument, richtig verstanden, eben nicht nur auf Verwaltungsakte, sondern in gleichem Maße auch auf Gesetze und sonstige Rechtsnormen.

Um einem möglichen Missverständnis sogleich vorzubeugen: Die Annahme, dass auch bei Rechtsnormen vom Grundsatz der bloßen Vernichtbarkeit auszugehen ist, bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber nicht für bestimmte Fallgruppen die Ipso-iure-Nichtigkeit positivrechtlich anordnen könnte.<sup>81</sup> Auch soll hier keinesfalls einer "Einheitslösung" das Wort geredet werden. Das positive Recht hält ein z. T. in langjähriger Entwicklung gewachsenes, fein ausdifferenziertes System unterschiedlicher Fehlerfolgen bereit,<sup>82</sup> ja es *muss* sie bereit halten, um den schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in den verschiedenen Situationen angemessen Rechnung tragen zu können. All dies lässt aber die dahinter liegende Frage unberührt, ob Staatsakte im Fall ihrer Fehlerhaftigkeit grundsätzlich, d. h. vorbehaltlich einer anderweitigen gesetzlichen Regelung, als nichtig oder aber als nur vernichtbar anzusehen sind. Der Gedanke des staatlichen Gewaltmonopols führt hier zu der Einsicht, dass die Annahme einer grundsätzlichen Ipso-iure-Nichtigkeit für eine ganze Kategorie von Rechtsakten nicht zu rechtfertigen ist.

## 2. Einwände

Zwei mögliche Einwände gegen diese Überlegungen sollen im Folgenden diskutiert werden. Der erste Einwand geht dahin, dass Nichtigkeit nicht notwendigerweise auch die Befugnis mit einschließen, diese geltend zu machen.<sup>83</sup> Normen, so ließe sich argumentieren, könnten zwar in einem materiellen Sinne nichtig sein; sofern nur dem Einzelnen das Recht abgeschnitten sei, sich hierauf zu berufen, werde dem Gewaltmonopol des Staates Genüge getan. Insoweit könnte exemplarisch auf die Rechtslage verwiesen werden, wie sie unter dem Grundgesetz für formelle, nachkonstitutionelle Gesetze gilt: Diese sind zwar nach h. M. im Fall ihrer Verfassungswidrigkeit grundsätzlich nichtig, da aber das Normverwerfungsmonopol beim Bundesverfassungsgericht liegt,<sup>84</sup> wird dem Einzelnen die Berufung auf die materielle Rechtslage bis zur verfassungsgerichtlichen Klärung rechtlich abgeschnitten. Nun ist Unterscheidung zwischen materiellem Recht

und der Kompetenz, die Rechtslage verbindlich festzustellen, an sich nichts Ungewöhnliches. Doch führt die Zusammenschau von materiell-rechtlicher und prozessualer Komponente zu einer Schwebelage zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit, die als solche nicht zielführend ist. Die Eigenständigkeit von materiellem Recht und Prozessrecht ist, ungeachtet aller wechselseitigen Bezüglichkeit, in Deutschland seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts dem Grunde nach anerkannt.<sup>85</sup> Dem Prozessrecht wird dabei eine dienende Funktion attestiert, die darin besteht, materielle Rechtspositionen auch prozessual durchsetzbar zu machen, mithin also der Verwirklichung der materiell-rechtlichen Geltungsanordnungen zu dienen.<sup>86</sup> Nicht aber besteht umgekehrt die Aufgabe des Prozessrechts darin, Unzulänglichkeiten, die sich aus den Härten eines materiellen Nichtigkeitsbegriffs ergeben, abzufedern.<sup>87</sup> In materieller Hinsicht ist dem Begriff der Nichtigkeit aber nun einmal wesenseigen, dass es zu deren Geltendmachung nicht der Einhaltung eines bestimmten Verfahrens bedarf.<sup>88</sup> Nichtigkeit bedeutet, dass ein Rechtsakt "*nul et non avenue*" ist, dass er rechtlich gesehen ein Nichts ist.<sup>89</sup> Wer ein solches Nichtigkeitsverständnis unter Verweis auf die Uneinheitlichkeit der deutschen Gesetzessprache als Ausdruck "unfruchtbarer Begriffsjurisprudenz" abtut,<sup>90</sup> der begibt sich damit letztlich der Möglichkeit verallgemeinerungsfähiger Aussagen und ist gezwungen, seine Zuflucht in einer ihrerseits unfruchtbaren Kasuistik zu suchen. Von dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständ-

Breuer: Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - DVBI 2008 Ausgabe 9 - 563<<>>

nis der "Nichtigkeit" aus betrachtet wird deutlich, dass sich die verfassungsgerichtliche Entscheidungspraxis im Falle nachkonstitutioneller Parlamentsgesetze angemessener mit dem Konzept der Vernichtbarkeit umschreiben lässt.<sup>91</sup>

Der zweite mögliche Einwand lautet, dass ja die deutsche Rechtsordnung trotz Geltung des Nichtigkeitsdogmas vor dem beschriebenen Rückfall in vorstaatliche Zustände verschont geblieben ist. Doch wird im deutschen Recht der Grundsatz der *Ipso-iure*-Nichtigkeit rechtswidriger Gesetze weitgehend dadurch kompensiert, dass Gesetze regelmäßig der Umsetzung durch Einzelakte bedürfen und für diese die Nichtigkeitslehre schon von vornherein nicht gilt.<sup>92</sup> So bleiben, von Strafurteilen abgesehen, nicht mehr anfechtbare Entscheidungen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, gem. § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG von der Nichtigkeitsklärung unberührt; allein die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig (Satz 2). Soweit darüber hinaus Gesetze keines Umsetzungsakts bedürfen, wird das Nichtigkeitsdogma, wie beschrieben, durch das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts prozessual abgedeckt. Allerdings reichen auch diese Mechanismen nicht aus, um sämtliche unerwünschten Auswirkungen der Nichtigkeit zu vermeiden. Denn selbst dort, wo der Ausspruch der Nichtigkeitsfolge, dem Gewaltmonopol des Staates Rechnung tragend, dem Richter vorbehalten ist, birgt die Nichtigkeit aufgrund der ihr innewohnenden Rigidität das Potential zur Herbeiführung unkontrollierter Zustände in sich (sog. Chaos-Argument).<sup>93</sup> Diskutiert wird dies vor allem im Bereich des Steuerrechts, wo die Nichtigkeitsklärung einer Norm nur allzu leicht ruinöse, zumindest gravierende negative Auswirkungen auf die Staatsfinanzen haben kann. Um derartiges zu vermeiden, nimmt das Bundesverfassungsgericht für sich die Kompetenz in Anspruch, die vorläufige Weitergeltung eines verfassungswidrigen Gesetzes anzuordnen.<sup>94</sup> Demgegenüber erweist sich die Vernichtbarkeitslehre als "schonender". Die rechtswidrige Norm bleibt in ihrem Bestand zunächst unberührt; von diesem Ausgangspunkt aus kann dann eine den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragende Fehlerfolgenregelung geschaffen werden.

Deshalb wäre zu überlegen, ob nicht einiges dafür spricht, § 78 BVerfGG im Sinne der Vernichtbarkeitsthese auszulegen. Für diese Interpretation ließe sich, wie bereits erwähnt, die dort verwendete Formulierung des Fürnichtig-*Erklärens* (im Gegensatz zur bloßen Nichtigkeits*feststellung*) anführen. Freilich ergibt die genetische Auslegung, dass sowohl bei der Schaffung des Grundgesetzes als auch bei den Beratungen zum BVerfGG das

Dogma der *Ipsa-iure*-Nichtigkeit als selbstverständlich vorausgesetzt wurde,<sup>95</sup> da die Vernichtbarkeitsthese erst ab den 1960er Jahren einen gewissen Zuspruch gefunden hat. Zudem spricht die Verwendung des Wortes "nichtig" in § 78 BVerfGG eher für einen Eintritt der Rechtsfolgen *ipso iure*, zumindest wenn man sich dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis anschließt. Dabei muss aber andererseits auch berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber den Begriff der Nichtigkeit nicht immer konsequent verwendet. So unterschied beispielsweise das frühere EheG zwischen nichtigen und anfechtbaren Ehen, ohne dass sich diese Unterscheidung nennenswert ausgewirkt hätte, da sich z. B. die vermögensrechtlichen Folgen in beiden Fällen nach Scheidungsrecht bestimmten und auch die aus einer für nichtig erklärten Ehe hervorgegangenen Kinder ehelich blieben.<sup>96</sup> Von daher erscheint die Verwendung des Terminus "nichtig" in § 78 BVerfGG zumindest nicht als unüberwindbare Hürde für ein Normverständnis im Sinne der Vernichtbarkeitsthese. Dieses insgesamt wenig eindeutige Ergebnis gibt Anlass zu der Forderung nach einer gesetzgeberischen Klarstellung. Es erscheint unbefriedigend, wenn eine so grundlegende Frage wie die der Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit rechtswidriger Normen letztlich der Beantwortung durch die Rechtsprechung überlassen bleibt.

### 3. Zeitliche Dimension der Normverwerfung

Die Forderung nach einer eindeutigeren gesetzlichen Regelung stellt sich umso mehr, wenn man noch einen weiteren Umstand berücksichtigt. Der deutsche Gesetzgeber hat nämlich, indem er das Nichtigkeitsdogma als selbstverständlich voraussetzte, keine bewusste Entscheidung über die grundsätzlichen zeitlichen Wirkungen einer Normverwerfung durch das Bundesverfassungsgericht getroffen. Dem Konzept der *Ipsa-iure*-Nichtigkeit ist insoweit die Konsequenz der Wirkung *ex tunc* immanent: Wenn die Nichtigkeit allein infolge der Normenkollision eintritt, dann notwendigerweise auch mit diesem Zeitpunkt.<sup>97</sup> Nach dem Vernichtbarkeitskonzept hingegen besteht die Möglichkeit, die Wirkungen einer Entscheidung *ex tunc*, *ex nunc* oder sogar zu einem späteren Zeitpunkt eintreten zu lassen.<sup>98</sup> Als ein Beispiel hierfür kann der in der Diskussion oft zitierte Art. 140 des österreichischen B-VG angeführt werden.<sup>99</sup> Danach treten die Wirkungen eines normverwerfenden Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs - abgesehen vom Anlassfall - grundsätzlich nur *ex nunc*

Breuer: Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - DVBl 2008 Ausgabe 9 - 564<<>>

ein (Abs. 7 Satz 2 *e contrario*), spätestens nach einer Frist von maximal 18 Monaten (Abs. 5 letzter Satz). Der Verfassungsgerichtshof hat aber seinerseits die Möglichkeit, die für den Anlassfall geltende *Ex-tunc*-Wirkung auch auf andere Sachverhalte auszudehnen und so den Grundsatz der *Ex-nunc*-Wirkung zu durchbrechen. Hiervon macht er in ca. 15 % der Fälle Gebrauch.<sup>100</sup> Tut er dies nicht, findet das Gesetz gem. Art. 140 Abs. 7 Satz 2 B-VG bis auf den Anlassfall<sup>101</sup> auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände weiterhin Anwendung.

Diese Wertungsentscheidung des österreichischen Verfassungsgesetzgebers, auch einem für verfassungswidrig befundenen Gesetz grundsätzlich für Altfälle weiterhin Geltung beizumessen, steht in einem bemerkenswerten Gegensatz zu den Auswirkungen, die die verfassungsrechtliche Unvereinbarkeit eines Gesetzes in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts nach sich zieht: Danach bewirkt nämlich die Unvereinbarerklärung einer Norm grundsätzlich, dass diese ab sofort, "d. h. vom Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an, in dem sich aus dem Tenor ergebenden Ausmaß nicht mehr angewandt werden darf", und zwar auch und gerade in noch nicht abgeschlossenen Parallelfällen<sup>102</sup> (sog. Anwendungssperre).<sup>103</sup> Das Verfassungsgericht begründete dies damit, die Unvereinbarerklärung habe "verfassungsrechtlich die gleiche

Wirkung wie die Nichtigkeitsklärung".<sup>104</sup> Das Nichtigkeitsdogma<sup>105</sup> führt in diesem Zusammenhang also dazu, eine Entscheidung von großer rechtspolitischer Tragweite - nämlich die Frage, ob eine mit der Verfassung unvereinbare Rechtsnorm auf noch nicht abgeschlossene parallele Sachverhalte weiterhin anwendbar sein soll oder nicht - zu präjudizieren. Nun kann man in dieser Frage sicherlich geteilter Auffassung sein.<sup>106</sup> Das Mindeste, was man aber voraussetzen darf, ist doch wohl, dass der Gesetzgeber hierüber bewusst, also im Bewusstsein des Vorhandenseins möglicher Alternativen, entschieden hat. Dies war in Deutschland, wie gesehen, zunächst nicht der Fall.<sup>107</sup>

Eine mittelbare Bestätigung könnte allenfalls in der gescheiterten Novellierung des § 79 BVerfGG erblickt werden.<sup>108</sup> Der Entwurf, durch den dem Bundesverfassungsgericht die Befugnis eingeräumt werden sollte zu bestimmen, "daß ein für nichtig erklärtes Gesetz erst zu einem vom Gericht festzusetzenden Zeitpunkt als außer Kraft getreten gilt",<sup>109</sup> scheiterte im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages. Grund hierfür war neben praktischen Einwänden, dass "zahlreiche Mitglieder des Ausschusses schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die von der Bundesregierung vorgeschlagene Regelung" hatten, indem sie das Nichtigkeitsdogma als verfassungsrechtlich geboten ansahen.<sup>110</sup> Mag dieses Bedenken auch nicht das ausschlaggebende gewesen sein,<sup>111</sup> so tröstete man sich doch mit dem Gedanken, das Bundesverfassungsgericht habe "bisher stets praktikable Lösungen [...] gefunden".<sup>112</sup> Damit aber hat der Gesetzgeber eine Positionierung in der Sache gescheut<sup>113</sup> und die Entscheidung letztlich wiederum der Rechtsprechung überlassen. Eine bewusste Entscheidung im vorstehend skizzierten Sinne kann darin nicht erblickt werden.

An die hier geforderte gesetzgeberische Regelung wären freilich keine überzogenen Erwartungen zu stellen. Insbesondere erscheint es unrealistisch, dass eine Regelung so ausgestaltet werden könnte, dass sich die zeitliche Wirkung der Normverwerfung in jedem Fall durch einfache Subsumtion sicher vorherbestimmen ließe. Wie die österreichische Regelung zeigt, müsste dem Verfassungsgericht ein gewisses Maß an Flexibilität erhalten werden. Die derzeit am Bundesverfassungsgericht geübte Kritik, dessen Entscheidungen seien in ihren Wirkungen kaum mehr vorhersehbar,<sup>114</sup> ließe sich damit also nicht gänzlich entkräften. Immerhin würde damit aber eine Richtung vorgegeben, ob *im Regelfall* eher von der Ex-tunc- oder aber von der Ex-nunc-Wirkung auszugehen ist. Als ein Beispiel hierfür ließe sich auch der gescheiterte Entwurf zur Änderung des § 79 BVerfGG anführen, wo dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, "aus schwerwiegenden Gründen des öffentlichen Wohls" die Wirkungen einer Normverwerfung erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten zu lassen.<sup>115</sup> Eine solche Regelung wahrt einerseits das notwendige Maß an Flexibilität, andererseits trifft der Gesetzgeber eine schon aus Gründen der Wesentlichkeitstheorie<sup>116</sup> unabdingbare Grundentscheidung.

Breuer: Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt - DVBl 2008 Ausgabe 9 - 565<<

## VI. Schluss

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, dass die für die deutsche Rechtsordnung bestimmende Fehlerfolgendifferenzierung hinsichtlich Norm und Einzelakt nicht das Ergebnis einer bewusst abgewogenen gesetzgeberischen Entscheidung, sondern gewachsener Traditionen ist. Aus Sicht des staatlichen Gewaltmonopols hat es sich als ein nicht zu rechtfertigender Umstand erwiesen, bei einer bestimmten Kategorie von Staatsakten im Falle der Rechtswidrigkeit automatisch die Nichtigkeitsfolge - verstanden als rechtliche

Unwirksamkeit, die keiner weiteren Bestätigung durch den Staat bedarf - eintreten zu lassen. Vielmehr führt dieser Ansatz zu der Einsicht, dass um der staatlichen Friedensordnung willen jeder Staatsakt die Vermutung der Gültigkeit in sich trägt und daher im Grundsatz auch für Rechtsnormen von der bloßen Vernichtbarkeit auszugehen ist. Mag die Entscheidung für die Vernichtbarkeitsthese und gegen das Nichtigkeitsdogma auch zunächst den Anschein erwecken, als handle es sich hierbei um eine rein akademische Streitfrage, so haben die Überlegungen zur zeitlichen Wirkung normverwerfender Entscheidungen doch deutlich gemacht, dass dieser Fragestellung durchaus auch eine große praktische Relevanz zukommt. Hier hat das traditionelle Dogma der Ipso-iure-Nichtigkeit eine bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers zwischen Ex-tunc- und Ex-nunc-Lösung verhindert. Angesichts der großen Tragweite, die dieser Entscheidung zukommt, erscheint die Forderung nach einer klaren gesetzgeberischen Positionierung unabweisbar.

- 
- \* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats-, Völker- und Europarecht der Universität Potsdam (Prof. Dr. Eckart Klein). Bei dem Beitrag handelt es sich um die leicht gekürzte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 25. 4. 2007 vor der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam gehalten hat.
- <sup>1</sup> Zur Synonymität von Fehlerhaftigkeit und Rechtswidrigkeit beim Verwaltungsakt vgl. nur *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 44 Rdnr. 11.
- <sup>2</sup> Der Begriff "Vernichtbarkeit" erscheint gegenüber Begriffen wie "Anfechtbarkeit" oder "Aufhebbarkeit" vorzugswürdig, da auch nichtige Verwaltungsakte angefochten und aufgehoben werden können; so auch *Wolff*, MDR 1951, S. 523 mit Fußn. 3.
- <sup>3</sup> Dies ist schon früh mit der grundsätzlichen Wirksamkeit fehlerhafter Verwaltungsakte kontrastiert worden, vgl. *Kormann*, Das System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, S. 216 f. *Kormann* leitet hier aus Verschiedenheit von öffentlichem Recht und Privatrecht die grundsätzliche Wirksamkeit fehlerhafter Verwaltungsakte her; dagegen zutreffend *H. Kelsen*, GrünhutsZ 40 (1914), S. 1 (75 ff.).
- <sup>4</sup> BGHZ 121, 98 (102) [BGH 17.12.1992 - IX ZR 226/91].
- <sup>5</sup> Hierzu näher *Hein*, Das wirkungslose Urteil, 1996, passim; *Kühne*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschn. K, Rdnr. 105 ff. sowie jüngst *Höblein*, Judikatives Unrecht, 2007, S. 54 ff.
- <sup>6</sup> Nach der Generalklausel in § 44 Abs. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt nur dann nichtig, wenn und soweit er an einem "besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist." (Hervorhebungen vom Verfasser).
- <sup>7</sup> Der Begriff der "rechtswidrigen Norm" wird hier als Oberbegriff für verfassungswidrige Gesetze und rechts-/verfassungswidrige sonstige Rechtsnormen verwendet.
- <sup>8</sup> Zum Ursprung dieser Formel vgl. *J. Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 34 m. w. N.
- <sup>9</sup> Vgl. *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 121.

- <sup>10</sup> *Frowein*, DÖV 1970, S. 591 (593); *E. Klein*, in: Benda/E. Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 1245; *März*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 31 Rdnr. 43; siehe auch BVerfGE 29, 11 (17) [BVerfG 09.06.1970 - 2 BvL 16/68]; dagegen *Heckmann* (Fußn. 9), S. 293 ff.
- <sup>11</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 8. 2006, BGBl. I S. 2034.
- <sup>12</sup> Kraft Verweisung gilt Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG n. F. im Bereich des Art. 84 GG entsprechend, vgl. Art. 84 Abs. 1 Satz 4 GG n. F.
- <sup>13</sup> Krit. hierzu etwa *Möstl*, ZG 2003, S. 297 (302 ff.); *Nierhaus/Rademacher*, LKV 2006, S. 385 (389 f.).
- <sup>14</sup> In diesem Sinne etwa *März* (Fußn. 10), Art. 31 Rdnr. 45.
- <sup>15</sup> Für die Fortgeltung von DDR-Recht findet sich eine weitgehend parallele Bestimmung in Art. 9 EV.
- <sup>16</sup> So etwa *Ipsen* (Fußn. 8), S. 161.
- <sup>17</sup> Die nachfolgende Darstellung muss sich auf die wichtigsten Argumente beschränken; umfassende Darstellungen bei *Chr. Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, S. 44 ff.; *M. Graßhof*, Die Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2003, S. 74 ff.; *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche. 2002, S. 79 ff.; *Ipsen* (Fußn. 8), S. 159 ff.; *Moench*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, S. 97 ff.; *Söhn*, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974, S. 6 ff.
- <sup>18</sup> *Grzeszick* (Fußn. 17), S. 80; *Papier*, Der verfahrenfehlerhafte Staatsakt, 1973, S. 27; *Ossenbühl*, NJW 1986, S. 2805 (2807).
- <sup>19</sup> Vgl. *Graßhof* (Fußn. 17), S. 74; *Klein* (Fußn. 10), Rdnr. 1247; *Moench* (Fußn. 17), S. 143.
- <sup>20</sup> Vgl. EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (1269 f.) - *Costa/ENEL*, st. Rspr.
- <sup>21</sup> Vgl. etwa *Ipsen* (Fußn. 8), S. 164 ff. einerseits, *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 61 ff., *Söhn* (Fußn. 17), S. 13 ff. andererseits.
- <sup>22</sup> Zum Folgenden *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 44 ff.; *Graßhof* (Fußn. 17), S. 84 ff.; *Moench* (Fußn. 17), S. 102 ff.
- <sup>23</sup> *Bethge* rechnet dieses Argument hingegen den "semantischen Manierismen" zu, vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 31 Rdnr. 146 (Stand: Juni 2001).
- <sup>24</sup> BGBl. I S. 243.
- <sup>25</sup> BGBl. I S. 1765.
- <sup>26</sup> BT-Drucks. VI/388, S. 9.
- <sup>27</sup> BVerfGE 1, 14 (37) [BVerfG 23.10.1951 - 2 BvG 1/51].
- <sup>28</sup> Hierzu etwa *Blüggel*, Die Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, 1998, passim; *Graßhof* (Fußn. 17), S. 91 ff. - Eine weitere Relativierung bedeutete die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach Mängel im Gesetzgebungsverfahren nur im Fall ihrer Evidenz zur Nichtigkeit des Gesetzes führen, vgl. BVerfGE 31,

47 (53); 34, 9 (25 f. [BVerfG 19.07.1972 - 2 BvR 872/71]); 91, 148 (175 f.); hierzu *Söhn* (Fußn. 17), S. 11 ff.; *Papier* (Fußn. 18), S. 21 ff.; krit. *E. Klein*, in: FS Isensee, 2007, S. 169 (178 f.).

<sup>29</sup> Vgl. §§ 45 Satz 1, 54 Abs. 4 Satz 1 berl VerfGHG; §§ 41 Satz 1, 50 Abs. 4 Satz 1 VerfGG Bbg; § 40 Abs. 1 Satz 1 hess StGHG; § 49 Satz 1 VGHG NW; § 41 Satz 1 LVerfGG SA; §§ 37 Abs. 4 Satz 1, 44 Satz 1 ThürVerfGHG; nur die Nichtigkeitsklärung hingegen ist vorgesehen in § 50 Satz 1 StGHG BW; § 42 hamb VerfGG; §§ 42 Satz 1, 57, 64 Abs. 3 LVerfGG MV; § 34 Abs. 1 Satz 1 nieders StGHG; §§ 45 Abs. 1 Satz 1, 61 Abs. 3 Satz 1 saarl VerfGHG; §§ 23 Satz 1, 31 Abs. 3 Satz 1 SächsVerfGHG; gem. § 49 Abs. 4 Satz 1 VerfGHG RP spricht der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof bei einer stattgebenden Entscheidung gegen eine Rechtsvorschrift deren "Verfassungswidrigkeit" aus.

<sup>30</sup> Vgl. *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 37 f.; *Moench* (Fußn. 17), S. 106 f.

<sup>31</sup> Der Sache nach ist damit das Nichtigkeitsdogma insgesamt in Frage gestellt, hierzu näher unten. V.3.

<sup>32</sup> Vgl. § 47 Abs. 6 Satz 2 VwGO i. d. F. des Gesetzes vom 24. 8. 1976, BGBl. I S. 2437.

<sup>33</sup> § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO i. d. F. des Gesetzes vom 24. 6. 2004, BGBl. I S. 1359.

<sup>34</sup> BT-Drucks. 15/2250, S. 65.

<sup>35</sup> So der Titel seines Beitrags in NJW 1986, S. 2805 ff.

<sup>36</sup> Vgl. *v. Hippel*, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, 1960, S. 10 ff. Zu dem im Rahmen dieser Abhandlung zugrunde gelegten Nichtigkeitsbegriff näher unten V.2.

<sup>37</sup> *Kormann* (Fußn. 3), S. 217.

<sup>38</sup> Hierzu eingehend *Erichsen*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozess, 1971, S. 186 ff.; *Ipsen* (Fußn. 8), S. 38 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Rüfner*, in: Jeserich u. a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. III, 1984, S. 909 ff.

<sup>40</sup> Vgl. *Erichsen* (Fußn. 38), S. 200 m. w. N.

<sup>41</sup> Vgl. *Ipsen* (Fußn. 8), S. 23 ff.; siehe auch *Frotscher*, Der Staat 1971, S. 383 ff.; das Thema war Gegenstand des 3. und 4. Deutschen Juristentages in Wien (1862) und Mainz (1863), vgl. *Frotscher*, a.a.O., S. 395.

<sup>42</sup> So aber *Frowein* (Fußn. 10), S. 592.

<sup>43</sup> Vgl. EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629 Rdnr. 13 ff. - *Simmenthal II*, st. Rspr.

<sup>44</sup> Vgl. *Ipsen* (Fußn. 8), S. 75 ff.

<sup>45</sup> So etwa *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rdnr. 379; dagegen zutreffend *Klein* (Fußn. 10), Rdnr. 1245.

<sup>46</sup> So auch *Ossenbühl* (Fußn. 18), S. 2805.



- <sup>47</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1914, S. 98 (Hervorhebungen im Original).
- <sup>48</sup> Vgl. *Ipsen* (Fußn. 8), S. 174.
- <sup>49</sup> Vgl. *Kelsen* (Fußn. 3), S. 81 f.; weitere Kritik bei *Bettermann*, in: GS W. Jellinek, 1955, S. 361 (379); v. *Hippel* (Fußn. 36), S. 53 ff.; verteidigend jedoch *Imboden* (Fußn. 40), S. 73 ff.
- <sup>50</sup> Zur Wirkung der *Mayer'schen* These vgl. auch *Ipsen* (Fußn. 8), S. 63 f.
- <sup>51</sup> *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, S. 224; gegen die Herleitung aus der Staatsautorität *Bettermann* (Fußn. 49), S. 378; *Höblein* (Fußn. 5), S. 62 f.
- <sup>52</sup> BVerwG NVwZ 2000, 1039 (1040) [BVerwG 11.05.2000 - 11 B 26/00], st. Rspr. seit BVerwGE 1, 67 (69) [BVerwG 21.01.1954 - I B 49/53]; gegen die Lehre von der Rechtmäßigkeitsvermutung *Höblein* (Fußn. 5), S. 64 ff.
- <sup>53</sup> *Ipsen* (Fußn. 8), S. 189.
- <sup>54</sup> *Ipsen* (Fußn. 8), S. 192.
- <sup>55</sup> *Ipsen* (Fußn. 8), S. 190.
- <sup>56</sup> *Ipsen* (Fußn. 8), S. 192.
- <sup>57</sup> *Ipsen* (Fußn. 8), S. 190 (nach BVerfGE 6, 55 ff. [BVerfG 17.01.1957 - 1 BvL 4/54]).
- <sup>58</sup> Insoweit sei lediglich daran erinnert, dass vor Schaffung des § 35 Satz 2 VwVfG die Einordnung bestimmter abstrakt-genereller Maßnahmen als Verwaltungsakt (Allgemeinverfügung) oder Rechtsnorm zwischen Rechtsprechung und Literatur äußerst umstritten war, vgl. *Volkmar*, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, 1962, S. 166 ff. m. w. N. - *Ipsen* (Fußn. 8), S. 187 f., sieht die Allgemeinverfügung "auch rechtstheoretisch eher dem Einzelakt" zugeordnet, geht aber ansonsten auf sie nicht näher ein.
- <sup>59</sup> Grundlegend *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970; *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, 1958; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967.
- <sup>60</sup> *Heckmann* (Fußn. 9), S. 116; Hervorhebung vom Verfasser.
- <sup>61</sup> Ausdruck: *Heckmann* (Fußn. 9), S. 118.
- <sup>62</sup> *Heckmann* (Fußn. 9), S. 117.
- <sup>63</sup> *Ipsen* (Fußn. 8), S. 152.
- <sup>64</sup> Grundlegend *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 2. Aufl. 2004, *passim*.
- <sup>65</sup> Ausweichend *Heckmann* (Fußn. 9), S. 76 (in Fällen "evidenten" Verstoßes gegen höherrangiges Recht wären "die Rechtswirkungen solcher Normen [...] leicht zu suspendieren").

- <sup>66</sup> Zum Gesetzentwurf vgl. BT-Drucks. 16/1408. Mittlerweile ist das Verbraucherinformationsgesetz im zweiten Anlauf in Kraft getreten, vgl. BGBl. 2007 I S. 2558.
- <sup>67</sup> Pressemitteilung des Bundespräsidialamts vom 8. 12. 2006 (abrufbar unter [www.bundespraesident.de](http://www.bundespraesident.de)), siehe auch BT-Drucks. 16/3866; hierzu *Schiedermaier*, DÖV 2007, S. 726 ff.; *Schoch*, DVBl. 2007, S. 261 ff.
- <sup>68</sup> *Kelsen* (Fußn. 3), S. 55 (Hervorhebungen jeweils im Original); freilich will *Kelsen* selbst die Grundsätze des fehlerhaften Staatsakts nicht auf Akte der Gesetzgebung angewendet wissen, a.a.O., S. 95 f. *Kelsens* Gedankengut hatte wesentlichen Einfluss auf die in Österreich herrschende Vernichtbarkeitslehre, vgl. *Ipsen* (Fußn. 8), S. 49 ff. sowie unten V.3. zu Art. 140 B-VG.
- <sup>69</sup> In diesem Sinne deutlich *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 195 f.; zwischen positiven und negativen Geltungsbedingungen differenzierend *Heckmann* (Fußn. 9), S. 46 ff.; gegen ein Verständnis der Vorschriften des Grundgesetzes als Rechtsgeltungsbedingungen *Graßhof* (Fußn. 17), S. 76; *Moench* (Fußn. 17), S. 120 f.
- <sup>70</sup> In seiner rechtswissenschaftlich rezipierten Form geht der Begriff zurück auf *Weber*, Politik als Beruf (1919), Max-Weber-Gesamtausgabe, Bd. I/17, hrsg. von W. J. Mommsen u. a., 1992, S. 158 f.: "Staat ist diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes [...] das Monopol legitimer physischer Gewaltbarkeit (mit Erfolg) beansprucht" (Hervorhebung im Original).
- <sup>71</sup> Vgl. etwa *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff., 17; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 32; *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, 1986, S. 313 (314 f.).
- <sup>72</sup> Vgl. *Brunner*, Land und Herrschaft, 5. Aufl. (reprograph. Nachdruck), 1990; *Willoweit* (Fußn. 71), S. 317 ff.
- <sup>73</sup> Vgl. *Hobbes*, Leviathan, Kap. XVII.
- <sup>74</sup> BVerfGE 8, 174 (181) [BVerfG 10.06.1958 - 2 BvF 1/56]; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 153 Rdnr. 8; mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes a. A. *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970, S. 97 ff.; *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 20 IV 5 (S. 838 ff.).
- <sup>75</sup> BVerfGE 54, 277 (292) [BVerfG 11.06.1980 - 1 PBvU 1/79].
- <sup>76</sup> Insofern sind in der bisherigen Diskussion ähnliche Argumente unter Berufung auf die Rechtssicherheit vorgebracht worden, vgl. *Bettermann* (Fußn. 49), S. 378; *Söhn* (Fußn. 17), S. 41; ferner *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 24, 128 f.; jetzt auch *Höblein* (Fußn. 5), S. 67 f. Der Unterschied zum hier vertretenen Ansatz besteht darin, dass das Rechtssicherheitsargument für private Rechtsgeschäfte und Staatsakte gleichermaßen gilt (zutreffend *Höblein*, a.a.O.), während das Argument des Gewaltmonopols eine Differenzierung nahelegt.
- <sup>77</sup> Zur "Geltungsbehauptung" (und deren Verneinung) siehe auch *Heckmann* (Fußn. 9), S. 59 f.
- <sup>78</sup> Ausgeklammert bleiben muss hier die Fragestellung, ob die angestellten Überlegungen auch auf Nicht-Staatsakte zutreffen, also z. B. den von einem Privaten gesetzten Verwaltungsakt (Fall "Hauptmann von Köpenick"). Das geltende Recht grenzt den nichtigen Verwaltungsakt i. S. d. § 44 VwVfG vom Nicht-Verwaltungsakt ab, vgl. etwa *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 43 Rdnr. 49; anders hingegen *Kelsen* (Fußn. 3), S. 47 ff., der den nichtigen Staatsakt mit dem Nicht-Staatsakt gleichsetzt.
- <sup>79</sup> Vgl. *Grimm*, in: Heitmeyer/Hagan (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, 2002, S. 1297 (1304); siehe auch

*Würtenberger*, *Zeitgeist und Recht*, 1987, S. 120, der allerdings in seiner Argumentation primär auf die demokratische Legitimation von Gesetzen abstellt.

<sup>80</sup> S.o. Fußn. 52.

<sup>81</sup> A.A. insoweit *Kelsen* (Fußn. 3), S. 85 ff., mit dem - von seinem Nichtigkeitsverständnis aus durchaus konsequenten - Argument, die Nichtigkeit als Nichtrecht sei "etwas ganz außerhalb der Rechtserkenntnisfläche Liegendes" (Zitat S. 86).

<sup>82</sup> Vgl. etwa für Verwaltungsakte die §§ 45 f., 48 f. VwVfG.

<sup>83</sup> So die bei *Söhn* (Fußn. 17), S. 20 Nachgewiesenen.

<sup>84</sup> Vgl. BVerfGE 2, 124 (131) [BVerfG 24.02.1953 - 1 BvL 21/51], st. Rspr.

<sup>85</sup> Dies betraf vor allem die zivilrechtliche Frage nach der Selbständigkeit von materiell-rechtlichem Anspruch und prozessualer Klagbarkeit; grundlegend *Windscheid*, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856, S. 3; näher *Zöller*, AcP 190 (1990), S. 471 ff.

<sup>86</sup> Vgl. *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2003, Bd. 1, vor § 1 Rdnr. 5; für den Verwaltungsprozess mit seiner Betonung der subjektiven Rechtsverletzung (vgl. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) gilt insoweit nichts anderes.

<sup>87</sup> *Söhn* (Fußn. 17), S. 20, bezeichnet diese Argumentationsfigur als "formaljuristische Spielerei ohne materiellen Gehalt".

<sup>88</sup> Vgl. *Kelsen* (Fußn. 3), S. 55; siehe auch *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 25; *Heckmann* (Fußn. 9), S. 51; *Söhn* (Fußn. 17), S. 15.

<sup>89</sup> Wie hier *Imboden* (Fußn. 40), S. 4 f.; *Kormann* (Fußn. 3), S. 204 f.; *Winkler* (Fußn. 69), S. 9. Von daher ist der Begriff der "Ipso-iure-Nichtigkeit" im Grunde tautologisch, ebenso *Ipsen* (Fußn. 8), S. 150; einschränkend *Heckmann* (Fußn. 9), S. 51 mit Fußn. 22. Zur Begriffsgeschichte v. *Hippel* (Fußn. 36), S. 4 ff. - Verfehltes Begriffsverständnis bei *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 23 ff., mit dem unzutreffenden Argument, ein nichtiger Verwaltungsakt sei vorläufig vollstreckbar; dagegen schon *Söhn* (Fußn. 17), S. 7 mit Fußn. 9.

<sup>90</sup> So *Bachof*, AöR 87 (1962), S. 1 (32).

<sup>91</sup> In diesem Sinne auch *Söhn* (Fußn. 17), S. 13 ff.

<sup>92</sup> Vgl. *Söhn* (Fußn. 17), S. 42.

<sup>93</sup> Vgl. *Bethge* (Fußn. 23), Rdnr. 216 ff.; *Moench* (Fußn. 17), S. 76 ff.; *Ossenbühl* (Fußn. 18), S. 2808.

<sup>94</sup> Zuletzt BVerfG NJW 2007, S. 573 (586). Die dogmatischen Grundlagen für diesen Ausspruch sind durchaus problematisch, vgl. *Graßhof* (Fußn. 17), S. 247 ff. m. w. N.

<sup>95</sup> Vgl. *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 46 ff., 50 ff.

<sup>96</sup> Vgl. *Müller-Gindullis*, in: Rebmann u. a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 7, 3. Aufl. 1993, § 26 EheG Rdnr. 1, 19 ff.; weitere Beispiele bei *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 45; mittlerweile ist diese "Zweispurigkeit" aufgegeben worden, vgl. §§ 1313 ff. BGB sowie dazu BT-Drucks. 13/4898, S. 13 f.

- <sup>97</sup> Vgl. *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, S. 562; einschränkend *Ipsen* (Fußn. 8), S. 150.
- <sup>98</sup> A.A. insoweit *Schilling* (Fußn. 98), S. 562: Die Wirkungen solcher Entscheidungen träten "grundsätzlich ex nunc ein".
- <sup>99</sup> Vgl. *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 38 f.; *Ipsen* (Fußn. 8), S. 53 f.; *Moench* (Fußn. 17), S. 107 f.; *Söhn* (Fußn. 17), S. 26 ff. - An die früheren Regelungen in Hessen und Rheinland-Pfalz (oben II.2.d) ist in diesem Zusammenhang ebenfalls noch einmal zu erinnern.
- <sup>100</sup> Vgl. *Rohregger*, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Bd. II/2, Art. 140 B-VG Rdnr. 326 (Stand: 6. Lfg [2003]).
- <sup>101</sup> Neben dem Anlassfall i. e. S. zählen hierzu allerdings auch die zum Zeitpunkt des Beginns der mündlichen Prüfung/der nichtöffentlichen Beratung beim VfGH anhängigen Fälle (Anlassfälle i. w. S., vgl. *Rohregger* [Fußn. 100], Rdnr. 318).
- <sup>102</sup> BVerfGE 37, 217 (261), st. Rspr.
- <sup>103</sup> Hierzu *Blüggel* (Fußn. 28), S. 93 ff. m. w. N., dort auch zur ausnahmsweisen Anordnung der vorübergehenden Fortgeltung einer beanstandeten Norm durch das Bundesverfassungsgericht.
- <sup>104</sup> BVerfGE 37, 217 (261).
- <sup>105</sup> Genauer: Das Nichtigkeitsdogma in Verbindung mit der Allgemeinverbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Urteile, vgl. *Pestalozza*, AöR 96 (1971), S. 27 (34).
- <sup>106</sup> Dafür spräche das oben (V.2.) behandelte Chaos-Argument, dagegen die möglichst weitgehende Durchsetzung der Verfassung. Für eine Übernahme der österreichischen Regelung plädiert *H. H. Klein*, in: FS Stern, 1997, S. 1135 (1150).
- <sup>107</sup> Vgl. *Böckenförde* (Fußn. 17), S. 52.
- <sup>108</sup> Hierzu *Ipsen* (Fußn. 8), S. 82 ff.; *Moench* (Fußn. 17), S. 102 ff.
- <sup>109</sup> BT-Drucks. VI/388, S. 3.
- <sup>110</sup> BT-Drucks. VI-1471, S. 6.
- <sup>111</sup> Vgl. *Arndt*, DRiZ 1971, S. 37 (38).
- <sup>112</sup> *Arndt* (Fußn. 111), S. 39; siehe auch BT-Drucks. VI-1471, S. 6.
- <sup>113</sup> Interessanterweise ist umgekehrt auch der österreichische Gesetzgeber vor einer Änderung des Status quo zurückgeschreckt, vgl. *Rohregger* (Fußn. 100), Rdnr. 17.
- <sup>114</sup> Vgl. etwa *Bethge* (Fußn. 23), Rdnr. 205; *Klein* (Fußn. 106), S. 1150.
- <sup>115</sup> Die seinerzeit auf Bundesebene gescheiterte Regelung findet sich heute übrigens nahezu wortidentisch in § 26 Abs. 3

VerfGHG RP.

<sup>116</sup> Zum Verhältnis der Pflicht des Gesetzgebers, "in grundlegenden normativen Bereichen [...] alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen", und den Aufgaben der Rechtsprechung vgl. BVerfGE 84, 212 (226 f.) [BVerfG 26.06.1991 - 1 BvR 779/85]; 88, 103 (116).