

Um Recht und Freiheit

Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte
zur Vollendung des 70. Lebensjahres

dargebracht von Freunden, Schülern und Kollegen

herausgegeben von

Heinrich Kipp, Franz Mayer, Armin Steinkamm



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

INHALT DES ZWEITEN HALBBANDES

Zweiter Teil

Staat und Recht

775

Manfred Abelein

Die Rechtsstellung des Abgeordneten in der Rechtsprechung des
Bundesverfassungsgerichtes 777

Ernst Benda

Verteidigungsfall und Bundesverfassungsgericht 793

Prodromos Dagtoglou

Die Auflage als Instrument zur Auferlegung von Geldleistungen .. 809

Günther Grasmann

Kritik am Entwurf eines Gesetzes über die Annahme als Kind 821

Alfred Jüttner

Die Verträge der Bundesrepublik Deutschland mit der DDR 835

Manfred Just

Der Bestand einer beschränkten persönlichen Eigentümerdienstbar-
keit ohne bleibendes Bedürfnis und Interesse des Berechtigten 849

Helmut Kalkbrenner

Max von Seydel und die Aktualität seiner deutschen Bundes-Theorie 871

Otto Kimminich

Verfassungsrechtliche Probleme der Reform des Baubodenrechts .. 939



Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten
© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1977 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 03862 2

VI	Inhalt des Zweiten Halbbandes	
Franz-Ludwig Knemeyer	10 Jahre Verwaltungsreformen in Bayern	957
Ernst Kolb	Zur Systematik des Wirtschaftsverwaltungsrechts	980
Kurt Kuchinke	Zur interlokalen Zuständigkeit der Nachlaßgerichte in der Bundesrepublik Deutschland	1005
Günther Küchenhoff	Sozialzeit — (am Beispiel von Richter und Zeit, Arzt und Zeit)	1025
Peter Lerche	Der gezielt tödliche Schuß nach künftigem einheitlichen Polizeirecht — Zum Verhältnis hoheitlicher Eingriffsbefugnisse zu den allgemeinen Notrechten	1033
Theodor Maunz	Gemeinschaftsaufgaben im Bildungsbereich	1053
Franz Mayer	Die verfassungsrechtliche Gewährleistung richterlicher Kontrolle gegenüber jeglicher Rechtsetzung	1067
Heinz Paulick	Nominalwertprinzip und Steuerrecht	1081
Peter Pernthaler	Organisationsformen und Verfahren grenzüberschreitender Planung in europäischen Grenzgebieten	1107
Dieter Pfaff	Zum Problem der Veröffentlichung von Schiedssprüchen der internationalen Handels-Schiedsgerichtsbarkeit	1127

	Inhalt des Zweiten Halbbandes	VII
Günter H. Roth	Effektivitätsprobleme im Umweltschutzrecht	1143
Hans Heinrich Rupp	Plädoyer vor dem Bundesverfassungsgericht am 5.12.1972: Hochschulorganisation und die Freiheit der Wissenschaft und Lehre	1167
Reiner Schmidt	Zum Verfahren über den Fraktionsstatus der F.D.P. in Bayern	1179
Franz Schwankhart	Begriffliche Deutung der Anstaltsseelsorge nach Art. 141 Weimarer Verfassung	1193
Alfred Seidl	Die Beiträge Bayerns zur Sicherung des inneren Friedens	1199
Günter Spendel	Rechtsstaat für den Verbrecher — Polizeistaat für den Bürger?	1209
Winfried Trusen	Advocatus — Zu den Anfängen der gelehrten Anwaltschaft in Deutschland und ihren rechtlichen Grundlagen	1235
<i>Dritter Teil</i>		
Wehrwissenschaft		1249
Ludwig Bölkow	Technologie und Kriegführung	1251
Pierre M. Gallois	Conditions nouvelles de la paix et de la guerre	1279
Alfred Genz	Gedanken beim Aufbau der Fallschirmjägertruppe in der Bundeswehr	1291

einen Gefallen, wenn es sich unter Außerachtlassung der Prinzipien der Gewaltenteilung derart breit in Bereiche vorwagt, die nicht Sache eines Gerichtes, auch nicht eines Verfassungsgerichtes, sondern dem Gesetzgeber vorbehalten sind.

VERTEIDIGUNGSFALL UND BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

Von Ernst Benda

I.

Die Verfassungsnovelle vom 24. Juni 1968, mit der die Notstandsverfassung in das Grundgesetz eingefügt wurde, geht von der Zuversicht aus, daß selbst extreme Notstandssituationen unter weitgehender Aufrechterhaltung der demokratischen und rechtsstaatlichen Strukturen des Grundgesetzes bewältigt werden können¹. Damit ist die zu Beginn der langen parlamentarischen Auseinandersetzung vertretene These, der Notstand sei „die Stunde der Exekutive“², auch für den äußeren Notstand und vor allem den Verteidigungsfall verworfen worden³. An der Notwendigkeit, in das parlamentarische Gefüge und die bundesstaatliche Kompetenzverteilung erheblich einzugreifen, führte freilich kein Weg vorbei; dagegen ist die rechtsstaatliche Ausprägung des Grundgesetzes auch im Verteidigungsfall nahezu unangetastet geblieben. Grundrechtsbeschränkungen sind auch in dieser Ausnahmesituation nur innerhalb enger Grenzen möglich. Seinen vielleicht deutlichsten Ausdruck findet das Bemühen, die rechtsstaatliche Ordnung so weit wie irgend angängig aufrechtzuerhalten, darin, daß die Feststellung des Verteidigungsfalles weder hinsichtlich der Organisation noch der Kompetenzen der rechtsprechenden Gewalt zu Einbußen führt. Das Grundgesetz gewährleistet auch im Verteidigungsfall sowohl den Rechtsschutz des Einzelnen wie auch die Rechtskontrolle der Staatsorgane, die durch zweckentsprechendes Handeln mit der Ausnahmesituation fertig werden müssen.

* Herrn Dr. Eckart Klein, Heidelberg, danke ich für seine Mitarbeit.

¹ Vgl. den Entwurf der Bundesregierung vom 13. 6. 1967, Bundestags-Drucks. V/1879, S. 15 f.

² Vgl. die Rede des damaligen Bundesinnenministers Dr. Gerhard Schröder vom 28. 9. 1960 — Deutscher Bundestag, StenBer., 3. WP., 124. Sitzung, S. 7177.

³ Hierzu aufschlußreich die Bemerkungen des Abgeordneten *Hirsch* (SPD) im Deutschen Bundestag, 5. WP., 117. Sitzung, 29. 6. 1967, S. 5878 ff. (5879 f.), und die Ausführungen von Professor *W. Weber*, wonach die These von der „Stunde der Exekutive“ in die Ära der konstitutionellen Monarchie gehöre, Prot. der 2. öffentlichen Informationssitzung des Rechtsausschusses und des Innenausschusses am 16. 11. 1967, S. 56 ff. (58).

Art. 115 g GG ist Ausdruck dieser Konzeption. Die in dieser Bestimmung enthaltene Funktionsgarantie des Bundesverfassungsgerichts gehörte von Anfang an zu den wenigen Elementen der geplanten Notstandsverfassung, über die es keinen Streit gab; alle seit der III. Wahlperiode des Deutschen Bundestages beratenen Entwürfe sahen eine gleiche oder ähnliche Regelung vor, so sehr sie auch sonst von unterschiedlichen Konzeptionen ausgingen. Dennoch ist die Positivierung des Verbots, die Funktion des Bundesverfassungsgerichts zu beeinträchtigen, auf Kritik gestoßen. So wurde auf der einen Seite darauf hingewiesen, daß es sich hierbei um eine Selbstverständlichkeit handele, deren positive Normierung von einem unangebrachten Mißtrauen gegen die Legislative zeuge; im übrigen ergebe sich hieraus eine „bedenkliche Privilegierung“ des Bundesverfassungsgerichts im Vergleich zu den anderen Verfassungsorganen⁴. Andererseits wurde die Ausweitung des Verbots auf alle Gerichte und Richter befürwortet⁵. Beide Überlegungen sind aber letztlich nicht überzeugend. Das Bundesverfassungsgericht ist im Verteidigungsfall einer weitaus größeren Gefahr ausgesetzt, in seinen Funktionen leerzulaufen, als die anderen Verfassungsorgane, aber auch als die anderen Gerichte. Im Vergleich zu den letzteren sind die wesentlich weiterreichenden Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu bedenken. Bei den anderen Verfassungsorganen führt die personelle Verschränkung von parlamentarischer Mehrheit und Regierung, die im Parteienstaat besteht, zu gegenseitiger Abhängigkeit; sie schließt Alleingänge und politische Konfliktlagen, die zu gegenseitigen Funktionsbeschneidungen führen könnten, mindestens mit großer Wahrscheinlichkeit aus. Auch ist das Bundesverfassungsgericht das einzige Verfassungsorgan, das im Wege der einfachen Gesetzgebung (nämlich durch Abänderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht) erheblich getroffen werden könnte. Freilich sind die Befugnisse des Gesetzgebers insoweit (auch außerhalb des Verteidigungsfalles) nicht etwa unbegrenzt; die im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht enthaltenen Regelungen haben zwar formal subkonstitutionellen Charakter, sind aber weithin nur Folgerungen aus den entsprechenden verfassungsrechtlichen Vorschriften. Art. 115 g GG enthält daher, auf den Normalzustand bezogen, eine nur deklaratorische Aussage: auch außerhalb des Verteidigungsfalles gilt, daß weder der Gesetzgeber noch ein anderes Verfassungsorgan die verfassungsmäßige Stellung des Bundesverfassungsgerichts oder die Erfüllung seiner verfassungsmäßigen Aufgaben beeinträchti-

⁴ So *Hans H. Schäfer*, Die lückenhafte Notstandsverfassung, AöR Bd. 93 (1968), S. 37 ff. (57); vgl. aber auch die Begründung zu Art. 115 g in BTDrucks. V/1879, S. 28 f.

⁵ So *Karl August Bettermann*, Die Notstandsentwürfe der Bundesregierung, in: Der Staatsnotstand, hrsg. von Ernst Fraenkel, 1965, S. 190 ff. (224).

gen dürfen⁶. Für den Verteidigungsfall handelt es sich um eine durchaus notwendige Klarstellung. Sie beinhaltet auch eine über den Wortlaut hinausgehende grundlegende normative Maxime für die Auslegung aller Notstandsbestimmungen, nämlich die Forderung, den Verteidigungsfall mit rechtsstaatlichen Mitteln zu bewältigen.

II.

Der damalige Bundeskanzler Kiesinger hat zum Abschluß der Debatte im Bundestag die Kodifizierung der Notstandsverfassung vor allem auch deshalb begrüßt, weil sie allen, die in Zeiten höchster Gefahr ein besonders hohes Maß an Verantwortung trügen, die Gewißheit gebe, nicht auf eine kaum zu tragende Last freien persönlichen Ermessens angewiesen zu sein, sondern sich bei den erforderlichen Entscheidungen auf unzweifelhafte Rechtsgrundlagen stützen zu können⁷. Hiermit ist in der Tat eine verfassungspolitische Aufgabe ersten Ranges angesprochen: es muß verhindert werden, daß die verantwortlich Handelnden jedesmal dann, wenn sie sich einer außergewöhnlichen Situation ausgesetzt finden, sich im Interesse des Allgemeinwohles für genötigt halten, Lösungsmöglichkeiten jenseits der Verfassung zu suchen, weil diese keine geeigneten oder ausreichenden Instrumente bereitzuhalten scheint. Es geht hierbei nicht um die eher zweifelhafte Sicht des Verfassungsrechts als einer „Kunst der Vollständigkeit“⁸, sondern um die Anerkennung der integrativen Funktion der Verfassung und damit ihrer Stabilität und ihres Ansehens⁹.

Mit der rechtlichen Regelung des Verteidigungsfalles hat (ebenso wie andere Ausnahmesituationen) auch diese Form des Notstandes rechtliche Strukturen erhalten. Dies heißt vor allem, daß Grenzen der Machtausübung gezogen, Organisation und Verfahren festgelegt sind¹⁰. Formalrechtlich gesehen ist der so positiviertete Ausnahmefall Normalfall; in der Art ihrer rechtlichen Erfassung unterscheiden sich Normal- und Ausnahmesituation nicht. Aber auch materiell bedeutet die Kodifizie-

⁶ *Carl Otto Lenz*, Notstandsverfassung des Grundgesetzes, Kommentar, 1971, Rdnr. 2 zu Art. 115 g GG; *Ernst Benda*, Die Notstandsverfassung, 8. - 10. Aufl. 1968, S. 118 f.

⁷ Deutscher Bundestag, StenBer., 5. WP., 178. Sitzung, 30. 5. 1968, S. 9650.

⁸ So aber Dr. *Stammberger* (SPD), Deutscher Bundestag, StenBer., 5. WP., 175. Sitzung, 16. 5. 1968, S. 9451.

⁹ Vgl. dazu *Konrad Hesse*, Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes, JZ 1960, S. 105 ff. (106).

¹⁰ Dazu Prof. *Rudolf Bernhardt*: „Großes Gewicht wird man auf formelle Sicherungen legen müssen, und großes Gewicht sollte man, glaube ich, auch auf die Existenz und die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts legen“; Prot. der 1. öffentl. Informationssitzung des Rechtsausschusses und des Innenausschusses 9. 11. 1967, S. 23 ff. (25).

nung des Verteidigungsfalles nicht, wie eine polemische Kritik es behauptet hat, eine „Gegenverfassung zum Grundgesetz“¹¹. Sie ist vielmehr denselben verfassungsrechtlichen Prinzipien unterworfen, die für den Normalzustand gelten. Noch wichtiger ist, daß sie unverkennbar in Richtung auf die Wiederherstellung der Normallage tendiert, sobald die tatsächlichen Verhältnisse dies zulassen.

Die Regelung des Verteidigungsfalles — wie auch der übrigen Notstandsfälle — ist daher Teil der Gesamtverfassung. Ihr Vollzug ist Verfassungsvollzug. Hieraus ergeben sich Konsequenzen: die Auslegung der Notstandsbestimmungen folgt den für die Interpretation der anderen Verfassungsnormen anerkannten Regeln und Methoden. Es besteht auch kein Unterschied hinsichtlich der Einstufung in die Normenrangordnung. Sie können in dem gleichen Verfahren und innerhalb der gleichen Schranken geändert werden wie alle anderen Verfassungsbestimmungen (Art. 79 GG). Die rechtliche Regelung des Verteidigungsfalles ist, weil Verfassungsrecht, unmittelbarer Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts. Es ist als Hüter der Verfassung zugleich auch Hüter der Notstandsverfassung.

Wenn ein Verteidigungsfall eintritt, muß mit extremen, bei dem heutigen Stand der Waffentechnik kaum vorstellbaren tatsächlichen Verhältnissen gerechnet werden, die das von der Verfassung für den Normalzustand vorausgesetzte Funktionieren der staatlichen Apparatur ausschließt oder jedenfalls besonderen Belastungsproben aussetzt. Die Frage liegt nahe, ob dann nicht schon wegen des zu befürchtenden Zusammenbruchs der normalen Verkehrs- und Fernmeldeverbindungen die nach Art. 115 g GG weiter garantierten Funktionen des Bundesverfassungsgerichts leerlaufen werden. Zu den in Friedenszeiten zu treffenden Vorsorgemaßnahmen gehört selbstverständlich, daß im Zusammenwirken zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den zuständigen Ressorts der Bundesregierung Regelungen vorbereitet werden, welche die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts in gleicher Weise technisch sicherzustellen suchen, wie dies für die Erfüllung anderer für den Verteidigungsfall unverzichtbarer Staatsaufgaben gilt. Art. 115 g Sätze 2 und 3 GG meinen mit der „Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit“ und der „Erhaltung der Arbeitsfähigkeit“ des Bundesverfassungsgerichts rechtliche Regelungen, die etwa durch eine Vereinfachung des Verfahrens auch bei Ausfall oder Unerreichbarkeit eines Teils der Richter noch Entscheidungen ermöglichen, dagegen sicher nicht Vorkehrungen technischer Art wie z. B. die Bereitstellung geeigneter Arbeitsmöglichkeiten oder von Verkehrsmitteln

¹¹ So P. Römer, Die Änderungen des Grundgesetzes — Verfassung und Verfassungswirklichkeit heute, in: *Abendroth / Behrisch / Düx / Römer / Stuby*, Der antifaschistische Auftrag des Grundgesetzes, 1974, S. 22 ff. (33).

für eine etwa notwendige Verlagerung des Gerichts von seinem normalen Amtssitz. Die Frage, ob solche Vorsorge für den Verteidigungsfall den dann bestehenden tatsächlichen Gegebenheiten hinreichend Rechnung tragen kann, bleibt bestehen; aber dies ist schließlich die Frage an die Positivierbarkeit des Notstandes schlechthin. Nachdem einmal — und mit Recht — der Entschluß zugunsten einer Positivierung des Notstandes gefallen ist, legt es schon die gesamtheitliche Sicht der Verfassung nahe, alle ihre Teile der Hüterfunktion des Bundesverfassungsgerichts zu unterstellen, also auch die Notstandsmaßnahmen der Staatsorgane der Überprüfung am Maßstab der Notstandsverfassung zugänglich zu machen.

Hierbei stellt sich in besonderer Weise das Problem der Loyalität. Schon ganz allgemein liegt die immanente Schwäche jeder Verfassungsgerichtsbarkeit darin, daß die Entscheidungen des Verfassungsgerichts auf die gegen sich selbst gerichtete Vollstreckung durch die staatlichen Stellen angewiesen sind; diese Vollstreckung ist schließlich nur politisch durchsetzbar und kontrollierbar¹². Die bisherigen Erfahrungen rechtfertigen — für Normalzeiten — das Vertrauen in die Bereitschaft der staatlichen Stellen, so als Folge einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gegen sich selbst tätig zu werden; aber kann man auch in einer Ausnahmesituation in gleicher Weise erwarten, daß solche Loyalität Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entgegengebracht würde, durch die von den politisch Verantwortlichen für dringender erforderlich gehaltene Notstandsmaßnahmen für verfassungswidrig erklärt werden¹³?

Die Fragestellung verschärft für eine Ausnahmesituation, die in mancherlei Hinsicht den Staat und seine Bürger einer Zerreißprobe unterwirft, ein der rechtsstaatlich verfaßten Demokratie auch sonst eigenartliches Problem: die auf den ersten Blick paradoxe These, daß in dieser sowohl Vertrauen als auch Mißtrauen notwendig sind, läßt sich im Lichte der Loyalitätsfrage verdeutlichen. Jede verfassungsrechtliche Regelung des Notstandes geht zunächst von der Notwendigkeit aus, auf die Rechtmäßigkeit des Handelns demokratisch bestellter Staatsorgane vertrauen zu können. In einem der Hearings vor dem Rechtsausschuß und dem Innenausschuß des Deutschen Bundestages sagte hierzu der Historiker Professor Freund: „Nur in einer Demokratie ist Notstandsgesetzgebung möglich. Nur eine Demokratie kann es

¹² Vgl. dazu *Ernst Friesenhahn*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, hrsg. von Hermann Mosler, 1962, S. 89 ff. (192).

¹³ *Roman Herzog*, in: *Maunz / Dürig / Herzog*, Grundgesetz, Komm., Art. 115 g Rdnr. 6 f.; *ders.*, Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat*, Bd. 4 (1965), S. 37 ff.

wagen, weil nur in einer Demokratie die notwendige Voraussetzung gegeben ist: das Vertrauen zu dieser Regierung¹⁴.“ In dem Urteil zu Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG hat die Mehrheit des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts ähnliche Erwägungen angestellt¹⁵. Dem Hinweis auf die Notwendigkeit eines Vertrauensvorschlusses läßt sich natürlich entgegenhalten, daß die rechtsstaatliche Verfassung insgesamt, vor allem aber die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit geradezu als Ausdruck eines institutionalisierten Mißtrauens zu verstehen sind; es wird jedenfalls für möglich gehalten, daß die Regierung und andere staatliche Stellen, sogar auch die demokratisch besonders legitimierte Parlamentsmehrheit, sich (wenn auch nicht unbedingt vorsätzlich, sondern etwa auf Grund irriger Auslegung der Normen) über Verfassungsentscheidungen hinwegsetzen. Dennoch bleibt die Formel von der Kontrolle, die besser ist als Vertrauen, an der Oberfläche des Problems. Freilich geht ein Rechtssystem, das die Kontrolle der Machtausübung zum Prinzip erhebt, von der Möglichkeit des Machtmißbrauchs aus. Gerade weil so, wenn man von der Gefahr eines Staatsstreichs absieht, garantiert wird, daß sich die „rule of law“ durchsetzt, wird die Basis für das Entstehen von Vertrauen geschaffen. Dieses beruht dann nicht auf bloßen, vielleicht nicht realistischen Hoffnungen in die menschliche Natur; Kontrolle und Vertrauen werden nicht als Widerspruch gesehen, sondern einander sich gegenseitig ergänzend zugeordnet. Dies garantiert im Verteidigungsfall, der alle an den Entscheidungen Beteiligten besonderen physischen und psychischen Belastungen unterwirft, gewiß nicht von vornherein vernünftige Verhaltensweisen. Die Befolgung der rechtsstaatlich-demokratischen Normen auch unter diesen Umständen kann vielleicht aber deshalb erwartet werden, weil sie wesentliche Orientierungspunkte darstellen, an die man sich in verworrener Zeit halten kann.

III.

Art. 115 g GG garantiert auch für den Verteidigungsfall die Aufrechterhaltung der umfassenden Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts, die es in den vorgeschriebenen Verfahrensarten am Maßstab der Verfassung auszuüben hat. Der Kontrolle unterliegt zunächst der Übergang in den Verteidigungsfall, d. h. sowohl die kompetenzgemäße Feststellung des Verteidigungsfalles als auch das Vorliegen seiner

¹⁴ Vgl. Prot. der 1. öffentl. Informationssitzung des Rechtsausschusses und des Innenausschusses am 9. 11. 1967, S. 59, zum inneren Zusammenhang zwischen parlamentarischer Demokratie und Vertrauen vgl. auch BVerfGE 40, 296 ff. (327).

¹⁵ BVerfGE 30, 1 (27); skeptischer die Richter *Geller, v. Schlabrendorff* und *Rupp* in der abweichenden Meinung, BVerfGE 30, 33 (47).

materiellen Voraussetzungen, wie sie in Art. 115 a Abs. 1 GG normiert sind. Die wichtigste Funktion des Bundesverfassungsgerichts könnte in der Verhinderung einer rechtswidrigen Feststellung des Verteidigungsfalles liegen, die folgenschwere Wirkungen für die innere Ordnung wie für die äußere Sicherheit auslösen müßte. Aber auch wenn der Verteidigungsfall zu Recht festgestellt worden ist, unterliegen die einzelnen hierauf getroffenen Maßnahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle¹⁶.

Notstandsmaßnahmen sind stets hochpolitische Entscheidungen. Die Einwände gegen die Justiziabilität solcher Notstandsakte liegen, sozusagen aus der Natur der Sache, nahe. Gegen solche Bedenken kann auf die zutreffenden Ausführungen von Herzog verwiesen werden¹⁷. Zwar muß, wie er mit Recht darlegt, den politischen Führungsorganen ein breiter Beurteilungsspielraum eingeräumt werden (was in der Tat, da es in erster Linie und immer wieder um solche dem außenpolitischen oder dem militärischen Bereich zuzurechnende Beurteilungsfragen gehen wird, die groteske Vorstellung ausschließt, daß die Verfassungsrichter sozusagen am Generalstabstisch mitagieren); aber es ist schon nicht angängig, die verfassungsgerichtliche Kontrolle grundsätzlich — weil es nämlich um die Kontrolle von Notstandsmaßnahmen geht — auf die Überprüfung evidenten Mißbrauchs zu reduzieren¹⁸. In diesem Zusammenhang ist jedoch zweierlei zu bedenken:

Die Reichweite der jeweils möglichen Kontrolle hängt von dem Inhalt der einzelnen Verfassungsnormen ab. Wo diese, um ein Wort Erich Kaufmanns aufzugreifen, „nur die Grenzen der Ermächtigungen zu freien Entscheidungen“ bezeichnen¹⁹, beschränkt sich die verfassungsgerichtliche Prüfung darauf, daß diese Grenzen nicht überschritten werden. Es liegt nahe, daß — innerhalb der rechtlichen Grenzen insbesondere etwa des Grundrechtskatalogs — solche freies Ermessen gewährenden Verfassungsnormen für Normalzeiten vor allem im Bereich der Außenpolitik²⁰, erst recht für eine Zeit höchster Not, wie sie der Verteidigungsfall darstellt, gesetzt werden. Dies ist aber erst eine im Einzelfall, also im Hinblick auf die einzelne Verfassungsbestimmung

¹⁶ In einem der sieben Punkte zur Notstandsfrage des Kölner Parteitag der SPD heißt es: „6. Die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichtes muß gewährleistet sein. Jede Maßnahme muß vor das Bundesverfassungsgericht gebracht werden können“; zit. nach dem Abgeordneten *Hirsch* (SPD), Deutscher Bundestag, StenBer., 5. WP., 175. Sitzung, 16. 5. 1968, S. 9464.

¹⁷ *Roman Herzog*, a.a.O., Rdnr. 28 ff.

¹⁸ So wohl aber *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 1975, S. 293.

¹⁹ *Erich Kaufmann*, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL Bd. 9 (1952), S. 1 ff. (6).

²⁰ Vgl. BVerfGE 40, 141 (178 f.).

zu bestätigende oder zu verwerfende Vermutung, die sich nicht etwa aus Gründen höherer Einsicht in staats- und verfassungstheoretische Erkenntnisse als unwiderlegbar erweist.

Im übrigen ergibt sich die allgemeinere Frage, wie weit überhaupt politische Rücksichten ihren legitimen Platz in der Verfassungsauslegung und insbesondere bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle haben. Sowohl die Verfassung selbst als auch das Bundesverfassungsgericht haben eine integrative Funktion; daher kann man sagen, daß „die Staatsraison ... ein integrales Element allen Verfassungsrechts“ ist²¹. Auch das Bundesverfassungsgericht kann somit Gebote der Staatsraison nicht unberücksichtigt lassen. Hieraus kann sich die Versuchung ergeben, in der besonderen Gefahrensituation des Verteidigungsfalles nach dem Motto „Not kennt kein Gebot“ alle ergriffenen Maßnahmen zu billigen, sofern wenigstens an der guten Absicht der politisch Verantwortlichen, einer von außen kommenden Gefahr zu begegnen, kein Zweifel bestehen kann. Angesichts des Vorliegens einer positivierten Notstandsverfassung bedeutet aber Staatsraison nicht einfach eine raison d'être schlechthin, sondern die Raison des in einer bestimmten Weise verfaßten Staates. Das Bundesverfassungsgericht darf — auch außerhalb des Notstandes — zwar der Wirklichkeit nicht jeden Einfluß auf die Verfassungsauslegung versagen²²; aber verfassungswidrige Wirklichkeit kann auch kein Kriterium der Verfassungsauslegung sein²³. Diese Sicht läßt genug Spielraum, um etwa bei der Überprüfung von Notstandsmaßnahmen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu differenzierten und verantwortungsvollen Ergebnissen zu kommen²⁴.

IV.

Art. 115 g GG soll die volle Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts auch im Verteidigungsfall verfassungsrechtlich absichern. Die dem in Satz 1 enthaltenen allgemeinen Beeinträchtungsverbot folgenden Sätze geben Hinweise, wie dies geschehen kann²⁵. Soweit die

²¹ Hans H. Klein, Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, 1968, S. 33.

²² Vgl. BVerfGE 1, 208 (259): „Nun sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf politische Realitäten bezogen, und das Gericht darf nicht den politischen Raum außer acht lassen, in dem sich seine Entscheidungen auswirken.“

²³ Hans H. Klein, a.a.O., S. 29.

²⁴ Ob die Berücksichtigung politischer Folgen der Entscheidung ein Topos bereits der Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts und nicht erst bei der Vollstreckung der Entscheidung zu beachten ist, kann hier nicht ausdiskutiert werden; vgl. einerseits Hans H. Klein, a.a.O., S. 33 ff., andererseits Peter Wittig, Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?, Der Staat, Bd. 8 (1969), S. 137 ff. (148 ff.).

²⁵ Vgl. jetzt auch § 67 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts, BGBl. 1975 I, S. 2515, wo es heißt: „Im Verteidigungsfall (Artikel

dort genannten Voraussetzungen vorliegen, erhält das Bundesverfassungsgericht gewisse legislative Kompetenzen. Auch bisher schon entsprach es der Staatspraxis, vor einer geplanten Änderung der das Bundesverfassungsgericht betreffenden Vorschriften diesem Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ohne daß damit eine echte legislatorische Mitwirkung verbunden war. Insoweit stellt Art. 115 g GG mit den Sätzen 2 und 3 eine Erweiterung des Kompetenzbereichs des Bundesverfassungsgerichts dar.

Die Kompetenzerweiterung ist aber strikt auf die zur Erhaltung der Arbeitsfähigkeit des Gerichts erforderlichen Maßnahmen begrenzt; soweit es sich um die eigentliche rechtsprechende Funktion des Bundesverfassungsgerichts, um seine Aufgabe als Hüter der Verfassung handelt, sind keine nach Art. 115 g Sätze 2 und 3 GG vorzunehmenden Gesetzesänderungen zulässig, die zu einer Erweiterung der Befugnisse des Gerichts führen würden.

Hieraus ergeben sich praktisch u. U. bedeutsame Konsequenzen: nach geltender Rechtslage kann das Bundesverfassungsgericht nur im Rahmen der heute bestehenden Verfahrensarten (also Normenkontrolle, Organstreit, Bund-Länder-Streit, Verfassungsbeschwerde usw.) tätig werden. Dies gilt auch für die Überprüfung von Notstandsakten. Auch im Verteidigungsfall kann das Gericht nicht von Amts wegen, sondern nur auf einen in zulässiger Weise von einem hierzu Berechtigten gestellten Antrag hin tätig werden, und hieraus ergeben sich weitere Folgen auch hinsichtlich eines Eingreifens des Bundesverfassungsgerichts ex officio im Wege einer einstweiligen Anordnung (§ 32 BVerfGG)²⁶. Auch hier kann nichts anderes als im Normalzustand gelten.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen den Erlaß einer einstweiligen Anordnung von Amts wegen für zulässig gehalten; stets ging es dabei aber um Maßnahmen innerhalb eines bereits anhängigen Hauptverfahrens²⁷. Dagegen halte ich vor der Ein-

115 a Abs. 1, 115 g GG) kann die Geschäftsordnung mit der Mehrheit der anwesenden Richter geändert werden, wenn dies zur Erhaltung der Arbeitsfähigkeit des Gerichts erforderlich ist.“ — Zu den Einzelheiten zu Art. 115 g Sätze 2 bis 4 GG sei erneut auf die Kommentierung von Roman Herzog, a.a.O., Rdnr. 20 ff., verwiesen.

²⁶ Zum Problem vgl. Hans Spanner, Notstandsrecht und Bundesverfassungsgericht, DÖV 1963, S. 648 ff. (650 f.). — Vgl. in diesem Zusammenhang den Vorschlag von Professor Konrad Zweigert im Ausschuß-Hearing, in die Verfassung die Bestimmung aufzunehmen, wonach das Plenum des Bundesverfassungsgerichts innerhalb von 24 Stunden nach der Verkündung der Feststellung des Zustandes äußerer Gefahr der Bundesregierung und dem Bundestag notifizieren könne, daß es gegen diese Feststellung Bedenken hege; diese Notifizierung würde ein automatisches Verfahren vor dem Gericht auslösen; Prot. der 2. öffentl. Informationssitzung des Rechtsausschusses und des Innenausschusses am 16. 11. 1967, S. 93 ff. (96 f.).

²⁷ BVerfGE 1, 74 (75); 1, 281 (283).

leitung eines Hauptverfahrens den Erlaß einer einstweiligen Anordnung von Amts wegen nicht für zulässig²⁸. Hierfür sprechen m. E. die überwiegenden Gründe: die Möglichkeit, von selbst in einer verfassungsrechtlichen Frage initiativ zu werden und durch Erlaß einer einstweiligen Anordnung Fakten von u. U. weittragender Bedeutung zu schaffen, würde das Bundesverfassungsgericht seiner gerichtlichen Funktion entfremden; sie würde seiner Stellung im System der Gewaltenteilung nicht entsprechen, wie sie in den Anträge voraussetzenden Zuständigkeiten etwa nach Art. 93 GG zum Ausdruck kommt. Dagegen ist es sinnvoll und entspricht der Hüterfunktion des Bundesverfassungsgerichts, daß das Verfahren eine gewisse Selbständigkeit erlangt, nachdem einmal ein hierzu Befugter die Initiative zur Verteidigung der Verfassung ergriffen hat. Von hier aus ist es folgerichtig, daß die Zurücknahme von Anträgen nicht notwendig zur Beendigung des Verfahrens führt²⁹.

Auch hinsichtlich der Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eröffnet Art. 115 g GG keine zusätzlichen Möglichkeiten. § 35 BVerfGG gibt es ohnehin dem Gericht in die Hand, Art und Weise der Vollstreckung zu regeln. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Bestimmung dahin interpretiert, daß sie ihm „volle Freiheit“ lasse, „das Gebotene in der jeweils sachgerechtesten, raschesten, zweckmäßigsten, einfachsten und wirksamsten Weise zu erreichen“³⁰; es könne daher alle zur Durchsetzung seiner Entscheidungen notwendigen Maßnahmen treffen³⁰ und dabei auch die verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten korrigieren³¹. Diese weite Auslegung ist auf Kritik gestoßen³². Aber es wäre eine absurde Konsequenz einer solchen Auslegung, wenn man die Möglichkeit in Betracht ziehen wollte, daß das Bundesverfassungsgericht zur Durchsetzung seiner Entscheidungen etwa zum Generalstreik oder sogar zum Staatsstreich aufruft. Unterhalb solcher schwer vorstellbaren Folgen ist schon für den Normalzustand eine Handhabung des § 35 BVerfGG durchaus angebracht, die dem Bundesverfassungsgericht weite Freiheit läßt, um die Durchsetzung seiner Entscheidungen zu sichern. Dies gilt erst recht für die beson-

²⁸ Hierzu jetzt mit Nachweisen *Hans-Uwe Erichsen*, Die einstweilige Anordnung, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1 (1976), S. 170 ff.; vgl. aber *Willi Geiger*, BVerfGG, Kommentar, 1952, S. 120, u. hierzu *Hans Spanner* (Fn. 26), S. 650 f.; vgl. jetzt auch BVerfGE 42, 103 (119 f.).

²⁹ So jedenfalls entschieden für das Normenkontrollverfahren, BVerfGE 1, 396 (414); 8, 183 (184).

³⁰ BVerfGE 6, 300 (303 f.).

³¹ BVerfGE 2, 139 (142 f.). — Zum Problem auch *Hans-Ulrich Evers*, Die perfekte Notstandsverfassung, AöR Bd. 91 (1966), S. 1 ff., 193 ff. (213 f.).

³² *Roman Herzog*, Der Staat, Bd. 4 (1965), S. 37 ff., bes. S. 45 ff.

deren Verhältnisse des Verteidigungsfalles. Im letzteren Falle ist aber auch auf den tatsächlichen Zustand des Staates Bedacht zu nehmen. Je weniger man bereit ist, politische Gegebenheiten schon bei der Normauslegung zu berücksichtigen, desto größere Zurückhaltung wird man auch bei der Entscheidungsvollstreckung walten lassen müssen³³.

Insgesamt ergibt sich, daß Art. 115 g GG das Bundesverfassungsgericht nur insofern zum Notstandsorgan macht, als es auch im Verteidigungsfall in vollem Umfang seiner Aufgabe nachkommen kann und soll; es ist aber kein Staatsorgan, dem im Notstandsfall zusätzliche Kontrollkompetenzen zufallen. Eine spezifisch auf den Notstandsfall bezogene Machterweiterung findet nicht statt. Hieraus ergibt sich auch, daß Art. 115 g GG einer Verfassungsänderung im normalen Verfahren nach Art. 79 GG, die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts berührt, nicht entgegensteht. Soweit das Bundesverfassungsgericht und seine Kompetenzen zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers stehen³⁴, führt der Eintritt des Verteidigungsfalles zu keiner abweichenden Beurteilung. Verfassungsänderungen sind nur nicht im abgekürzten Gesetzgebungsverfahren nach Art. 115 d GG und auch nicht durch den Gemeinsamen Ausschuß (Art. 115 e Abs. 2 GG) zulässig³⁵.

V.

Auf eine wichtige Auswirkung der Aufrechterhaltung aller Funktionen des Bundesverfassungsgerichts ist aufmerksam zu machen: solange das Bundesverfassungsgericht rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, seine Zuständigkeiten wahrzunehmen, und solange seine Entscheidungen respektiert werden, solange also die Befolgung der Verfassung in der vom Bundesverfassungsgericht ermittelten Auslegung gesichert ist — solange kann es keine Berufung auf das in Art. 20 Abs. 4 GG positiviert Widerstandsrecht geben. Das Widerstandsrecht, das als Verfassungs- oder Staatsnotwehrrecht zu verstehen ist, setzt das Fehlen anderer Abhilfe voraus. Die Loyalität der anderen Staatsorgane gegenüber dem Bundesverfassungsgericht kann so, soweit sie sich nicht schon von selbst verstehen sollte, in besonderer Weise gefördert werden. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hält den Staat in Normalzeiten und erst recht im Verteidigungsfall zusammen; solange diese Integrationsfunktion gesichert bleibt, ist sie einem seiner Natur nach desintegrierenden Widerstandsrecht bei weitem vorzuziehen. Ein Widerstandsrecht etwa auch gegenüber dem Bundesverfassungsgericht als

³³ Vgl. dazu oben Fn. 24.

³⁴ Vgl. hierzu *Karl Doehring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1976, S. 219 f.

³⁵ Dazu mehr bei *Roman Herzog*, a.a.O., Rdnr. 15.

dem authentischen Interpreten der Verfassung könnte die positive Verfassung gar nicht bereitstellen. Dies überstiege die Grenzen der Normierbarkeit, weil die Verfassung ihren Geltungsanspruch damit selbst in Frage stellen würde³⁶.

VI.

In den langen Auseinandersetzungen um die Notstandsverfassung ist immer wieder die Frage erörtert worden, ob die von einer Verfassung zur Verfügung gestellten Rechtsgrundlagen überhaupt geeignet sind, den unvorstellbaren Gegebenheiten eines Notstandes hinreichend Rechnung zu tragen. Auch nach Verabschiedung der Notstandsverfassung kann gefragt werden, was geschehen soll, wenn sie sich im Ernstfall als nicht ausreichend erweisen sollte oder wenn im Verteidigungsfall ausdrücklich vorausgesetzte Organe wie z. B. der Gemeinsame Ausschuß funktionsunfähig werden³⁷. Gilt nicht für derartige Situationen der Satz: „... il n'est pas de gouvernement qui, dans une question de vie ou de mort pour la nation ferait passer des scrupules juridiques avant les nécessités de l'existence nationale“³⁸? Vom positiv-verfassungsrechtlichen Standpunkt aus ist die Antwort eindeutig; jede bewußte Abweichung von der Verfassung wäre Verfassungsbruch und Staatsstreich³⁹. Demgegenüber ist versucht worden, für einen solchen Extremfall, in dem es im buchstäblichen Sinne um Leben oder Tod des Staates und seiner Bürger geht, Rechtfertigungsgründe aus einer anderen höheren Rechtsquelle als der Verfassung zu finden; in vielfältiger Weise sind Erwägungen eines überpositiven Staatsnotrechts oder des Naturrechts herangezogen worden⁴⁰.

Eine besonders markante Stellungnahme des hier zu ehrenden Jubilars Friedrich August Freiherr von der Heydte gibt Anlaß, abschließend

³⁶ Vgl. zum Problem die überzeugenden Ausführungen von *Karl Doehring*, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes und das überpositive Recht, Der Staat, Bd. 8 (1969), S. 429 ff.

³⁷ *Hans Spanner* (Anm. 26), S. 652, befaßt sich mit der Frage, ob bei Ausfall des Bundesverfassungsgerichts eine Ersatzkompetenz anderer Gerichte möglich wäre.

³⁸ *P. Anselme*, Du respect de la légalité en cas de péril national, Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, Bd. 39 (1910), S. 529 ff. (536).

³⁹ Vgl. *Roman Herzog*, a.a.O., Art. 115 a Rdnr. 7, Fn. 1 gegen *Bayer*, Notstandsverfassung und Rechtsvergleichung, ZaöRV Bd. 28 (1968), S. 608 ff. (614 ff.). — Gerade die Positivierung des Notstandes im Zusammenhang mit der Funktionsgarantie des Bundesverfassungsgerichts soll dem Staatsstreich vorbeugen und dem Verletzer der Verfassung die Waffe der Scheinlegalität nehmen; vgl. *Roman Herzog*, a.a.O., Art. 115 g Rdnr. 8, und *R. Katz*, Notstand und Bundesverfassungsgericht, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 2. 3. 1960, S. 2.

⁴⁰ Übersichten finden sich bei *Hans-Ernst Folz*, Staatsnotstand und Notstandsrecht, 1962, S. 151 ff., und *Jürgen Klaus Böhm*, Staatsnotstand und Bundesverfassungsgericht, Diss. 1963, S. 35 ff.

das Problem wenigstens anzudeuten. In einem Beitrag des Jubilars zur Festschrift für *Laforet* (1952) heißt es an einer Stelle:

„Die rechtspolitische Aufgabe einer positiv-gesetzlichen Regelung der Zuständigkeiten für den Fall des Staatsnotstandes ist die Verhinderung des Staatsstreichs von oben. Der Eintritt des Staatsnotstandes selbst ist ein geschichtliches Faktum, das Normen der Verfassung nicht verhindern können. Die rechtlichen Folgen des geschichtlichen Ereignisses jedoch lassen sich durch Normen festlegen und ordnen. Im Falle des Staatsnotstandes muß der, der in einem Staat die Richtlinien der Politik bestimmt und für die politische Entwicklung die Verantwortung trägt, jedenfalls so handeln, wie es der Notstand verlangt; gibt ihm die Verfassung dazu keine Möglichkeit, bleibt nur der Weg des Staatsstreiches: Not kennt kein Gebot“⁴¹.

Diese vor Verabschiedung der Notstandsverfassung abgegebene Stellungnahme deutet Skepsis gegenüber der Chance an, den Notstand überhaupt rechtlich erfassen zu können. Wenn im Staatsnotstand die dann drohenden Gefahren mit allen Mitteln — „Not kennt kein Gebot“ — abgewehrt werden können, so entzieht sich der Notstand aller Verfaßbarkeit⁴². Der sich dann ergebende Zustand mag die Einsicht in die Notwendigkeit von Gegenmaßnahmen noch so überzeugend vermitteln, aber es ist kaum denkbar, dies auch als Recht anzuerkennen. Von hier aus ergeben sich gewichtige Bedenken gegen die Existenz eines überpositiven, naturrechtlichen Staatsnotrechts⁴³.

Es ist nicht möglich, in gleicher Weise wie bei der Erörterung anderer juristischer Streitfragen die Argumente, die für und gegen ein überpositives Staatsnotrecht sprechen, gegeneinander abzuwägen und zu einem objektivierbaren Ergebnis zu gelangen. Im Gegensatz zum positiven Recht entzieht sich überpositives Recht der Verifikation durch eine autoritative Instanz. Die Berufung auf überpositives Recht bleibt daher notwendig subjektiv, sein Inhalt kann nur dem „individuellen Gewissen“ oder der „individuellen Vernunft“ entnommen werden⁴⁴. In

⁴¹ *Friedrich August von der Heydte*, Staatsnotstand und Gesetzgebungsnotstand, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für *Wilhelm Laforet*, 1952, S. 59 ff. (70).

⁴² Dazu *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 30 f., 836 f.

⁴³ Nachweise zu den Gegenmeinungen bei *Hans-Ernst Folz*, a.a.O., S. 166 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu die Ausführungen von *Karl Doehring*, a.a.O. (Fn. 36), S. 434 f., zum überpositiven Widerstandsrecht: „Das Naturrecht kennt wie jedes überpositive Recht keine verbindliche, sekundäres Recht autonom erzeugende oder über den Bestand absoluten Rechts entscheidende Instanz. Es darf sie — sozusagen per definitionem — nicht kennen, denn diese Instanz könnte irren ... Entscheidend für den Inhalt von Naturrecht und überpositivem Recht müssen also allein das individuelle Gewissen oder die individuelle Vernunft sein.“ — Das Bundesverfassungsgericht hat zwar „die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechts“ anerkannt und seine Zuständigkeit bejaht, „das gesetzte Recht daran zu messen“ (BVerfGE 1, 14 [18 — Leitsatz 27]); näheres Hinsehen — vgl. BVerfGE 1, 14 (32 f.) — zeigt

objektiver, allgemein-verbindlicher Weise läßt sich über Existenz oder Inhalt eines überpositiven Staatsnotrechts nichts aussagen.

VII.

Wenn sich ein Staatsorgan in einer extremen Ausnahmesituation, die nach seiner Überzeugung mit den Mitteln des positiven Verfassungsrechts nicht mehr zu bewältigen ist, auf ein überpositives Staatsnotrecht berufen wollte, kann ihm das hiermit verbundene Risiko nicht im voraus abgenommen werden. Dieser Gesichtspunkt hat bei den Ausschlußhörungen über die Frage, ob überhaupt eine positiv-rechtliche Notstandsverfassung möglich und wünschenswert ist, eine Rolle gespielt: Konrad Zweigert vertrat dabei die These, daß in Zeiten höchster Not die Verfassungsorgane unter Überschreitung von Verfassungsnormen das Notwendige tun könnten, aber dabei dem Übermaßverbot unterlägen. Das Ungeheuerliche der Verfassungsdurchbrechung müsse unter einem hohen Legitimitätsrisiko stehen, d. h. mit der Möglichkeit rechnen, von einem anderen Verfassungsorgan desavouiert zu werden. Eine Positivierung des Notstandes beseitige dieses als Bremse notwendige Risiko oder schwäche es doch stark ab⁴⁵.

Demgegenüber hat sich damals mit Recht die Überzeugung durchgesetzt, daß die Vorteile einer verfassungsrechtlichen Regelung des Notstandes überwiegen. Die Verabschiedung der Notstandsverfassung mit dem 1968 beschlossenen Inhalt war zu einem wesentlichen Teil durch die damals bestehenden innenpolitischen Gegebenheiten und die Notwendigkeit, innerhalb der Großen Koalition einen für alle Beteiligten tragfähigen Kompromiß zu finden, bedingt; aber es kann niemandem der Hintergedanke unterstellt werden, daß alle Probleme, die im Ernstfall durch die so zustandgekommene positive Verfassungsregelung nicht oder nicht ausreichend gelöst werden könnten, durch Rückgriff auf ein überpositives Notstandsrecht zu beantworten wären. Im Gegenteil: der Gesetzgeber von 1968 hätte verantwortungslos gehandelt, wenn er eine Notstandsverfassung verabschiedet hätte, die nicht jedenfalls nach seiner subjektiven Überzeugung als Instrument der Krisenbewältigung geeignet erschien, also für die der Regelung des Verteidigungsfalles zugrundegelegten Kriegsbilder eine ausreichende Antwort liefern könnte⁴⁶. Ebenso sicher scheint auch, daß jedenfalls

jedoch, daß damit „elementare Verfassungsgrundsätze“ gemeint sind, die den Verfassungsgesetzgeber selbst binden und die — vgl. Art. 79 Abs. 3 GG — in der Lage sind, entsprechenden Verfassungsbestimmungen einen höheren Rang als anderen Verfassungsbestimmungen zu geben (Problem der verfassungswidrigen Verfassungsnorm).

⁴⁵ Konrad Zweigert, a.a.O. (Fn. 26), S. 94 f. — Vgl. dazu auch Horst Ehmke, und Ernst Benda, ebd., S. 97 ff.

nach der Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten durch die Verabschiedung der Verfassungsnovelle der Rückgriff auf überpositives Recht nach dem Motto „Not kennt kein Gebot“, der sonst bei einer existentiellen Bedrohung des Staates unvermeidbar wäre, gerade vermieden werden sollte⁴⁷.

Freilich sind dies alles subjektive Vorstellungen und Hoffnungen, die sich als unrealistisch erweisen könnten, wenn sie an der Wirklichkeit eines Verteidigungsfalles gemessen werden müßten; Verfassungsnormen können nicht Ausmaß und Art eines von außen herangetragenen Konflikts kontrollieren. So bleibt für diesen Fall die Frage nach dem Rückgriff auf überpositives Recht bestehen. Die einzige Antwort, die hierauf möglich ist, besteht darin, daß dann jedes Handeln eines Staatsorganes über die Verfassung hinaus dem vollen Legitimitätsrisiko unterliegt. Die Positivierung des Notstandes verringert oder beseitigt nicht, wie Zweigert meint⁴⁸, die Bremswirkung dieses Risikos, sondern erhöht sie. Wenn die Verfassung nicht nur für die normalerweise zu erwartenden Konfliktslagen, sondern auch für Ausnahmesituationen Regelungen trifft, spricht mindestens die Vermutung für die Vollständigkeit der rechtlichen Vorkehrungen oder doch für den Anspruch hierauf.

VIII.

Noch gewagter erscheint die Frage, welches die Rolle des Bundesverfassungsgerichts in solcher einmal als denkbar unterstellten Lage — der „Ausnahme innerhalb der Ausnahme“ — sein würde. Niemand kann vorhersagen, ob das Bundesverfassungsgericht jemals die Berufung auf ein überpositives Staatsnotrecht als grundsätzlich mögliche Argumentation akzeptieren würde⁴⁹. Auch dies soll hier einmal unterstellt werden, so unsicher jede Prognose ist. Auch für diesen Fall müßte es nicht bei der Feststellung bleiben, daß nunmehr „kein Gebot“ mehr gelten kann, sondern es verbleiben noch letzte Kontrollmöglichkeiten für das Bundesverfassungsgericht:

⁴⁶ Vgl. die Ausführungen, die ich als damals für die Notstandsverfassung zuständiger Bundesinnenminister in der 3. Lesung im Bundestag gemacht habe: Deutscher Bundestag, Sten.Ber., 5.WP., 175. Sitzung, 16. 5. 1968, S. 9475 f.

⁴⁷ Zum Problem vgl. Ernst Benda, a.a.O. (Fn. 6), S. 14; vgl. auch die oben unter Ziff. 2 zitierte Äußerung des damaligen Bundeskanzlers Kiesinger (Fn. 7); vgl. auch die Stellungnahmen der Fraktionsvorsitzenden der Regierungsparteien, Dr. Barzel (CDU), Deutscher Bundestag, Sten.Ber., 5. WP., 175. Sitzung, 16. 5. 1968, S. 9459, und H. Schmidt (SPD), a.a.O., 178. Sitzung, 30. 5. 1968, S. 9648.

⁴⁸ Vgl. oben Anm. 45.

⁴⁹ Sehr zuversichtlich insoweit Konrad Zweigert, a.a.O., S. 95, unter Berufung auf die im Saar-Urteil entwickelte „Näher-Theorie“, BVerfGE 4, 157 (168 ff.).

Die Anrufung überpositiven Rechts kann (wenn überhaupt) nur in Betracht kommen, wenn die Abweichung von den Sätzen des positiven Rechts in dem Sinne notwendig war, daß diese keine Rechtsgrundlage mehr für eine ausreichende Krisenbewältigung abgeben konnten. Zunächst wird sich die Überprüfung der getroffenen Maßnahmen hierauf erstrecken. Ob die positive Verfassung Rechtsgrundlage der Krisenbewältigung sein konnte, ist unter Anwendung der anerkannten, u. U. lückenfüllenden Interpretationsmethoden zu ermitteln⁵⁰; Auslegungsebene ist die positive Verfassung.

Von hier aus ist sogar eine inhaltliche Kontrolle von auf überpositives Recht gestützten Maßnahmen nicht ausgeschlossen, auch wenn man berücksichtigt, daß einerseits das überpositive Recht kein Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts sein kann, andererseits Maßnahmen, welche die Verfassung aus höherem Recht (wiederum dessen Existenz unterstellt) überschreiten, nicht an der Verfassung gemessen werden können. Der Widerspruch ist nur ein scheinbarer: der Rückgriff auf überpositives Recht ist jedenfalls immer unzulässig, soweit die positiven Verfassungssätze noch eine Antwort auf das zu regelnde Sachproblem liefern. Allenfalls ist daher ein punktuell, also nur ein im Einzelfall mögliches Hinausgreifen über die Verfassungssätze hinaus möglich. Es ist daher jeweils die Regelung zu suchen, die der Verfassung am nächsten ist. So sind etwa alle grundrechtlichen Verbürgungen prinzipiell wirksam; sie dürfen nur in dem jeweils erforderlichen, zur Überwindung der äußersten Notlage notwendigen Maß eingeschränkt werden. Von diesem Ansatzpunkt her könnte die von Zweigert zur Begründung seiner Zuversicht auf die Anerkennung eines überpositiven Rechts durch das Bundesverfassungsgericht herangezogene „Näher-Theorie“ des Saar-Urteils⁵¹ die Richtung andeuten, in welcher sich die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht bewegen könnte.

⁵⁰ Hierzu kann auch unter Umständen die Ermittlung ungeschriebenen, aber positiv-geltenden Rechts gehören; vgl. BVerfGE 34, 269 (286 f.).

⁵¹ Vgl. Fn. 49.

DIE AUFLAGE ALS INSTRUMENT ZUR AUFERLEGUNG VON GELDLEISTUNGEN

Von Prodromos Dagtoglou

Verwaltungsgesetze sehen oft vor, daß Genehmigungen unter Auflagen erteilt werden können. Darf dann die Verwaltung in der Form der Auflage die Entrichtung einer Geldleistung verlangen? Mit anderen Worten: Kann die Auferlegung einer Geldleistung allein auf die Befugnis der Verwaltung gestützt werden, die Genehmigung mit Auflagen zu erteilen?

Die in diesen Fällen geforderten Beträge sind keineswegs trivial. In einem dem Verfasser bekannten Fall erteilte eine bayerische Stadt eine Genehmigung zur Zweckentfremdung von Wohnraum¹ unter der Auflage, daß „ein Wohnungsbauförderungsbetrag in Höhe von 31 400,— DM an die Stadt“ gezahlt wird. Eine Rechtsgrundlage für diesen immerhin beachtlichen Betrag wurde (anders als bezüglich der im selben Bescheid geforderten Gebühr von DM 60,—) nicht genannt. Die Auferlegung der Geldleistung wurde einfach als eine Auflage unter anderen angeführt; der Sachbearbeiter kannte als einzige Grundlage „stadtverwaltungsinterne Richtlinien“, die unveröffentlicht und den Bürgern nicht zugänglich seien.

Im folgenden wird den Fragen nachgegangen, ob und inwieweit Geldleistungen der gesetzlichen Grundlage bedürfen und ob die gesetzlich vorgesehene Verwaltungsbefugnis, Genehmigungen unter Auflagen zu erteilen, die Auferlegung von Geldleistungen deckt.

I.

1. In der steuerrechtlichen Literatur finden sich oft die Maximen „nullum vectigal sine lege“² oder sogar „nullum tributum sine lege scripta“³. Vor fünfzehn Jahren wies Dietrich Jesch⁴ darauf hin, daß die ständische Steuerbewilligung („nil de nobis sine nobis“) den Gedanken

¹ Gemäß dem Mietrechtsverbesserungsgesetz vom 4. Nov. 1971 (BGBl. I Nr. 110).

² H. W. Kruse, Steuerrecht, Allg. Teil, 3. Aufl. 1973, S. 37.

³ Kl. Tipke, Steuerrecht, 3. Aufl. 1975, S. 75.

⁴ Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968, S. 105.