Teilnichtige Gesetze

Frank Riechelmann[*]

Wenn ein Gesetz *nichtig* ist, ist herkömmlich gemeint, dass es *vollständig nichtig* ist. Ein Gesetz kann aber auch nur zum Teil nichtig sein. Der Begriff der Nichtigkeit und der Begriff der Verfassungswidrigkeit haben einen *graduellen* Charakter: Ein verfassungswidriges oder nichtiges Gesetz ist nicht notwendigerweise vollständig verfassungswidrig oder vollständig nichtig. Es ist zu zeigen, dass es zu einer Betrachtung, nach der die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (auch) zu teilnichtigen Gesetzen führt, keine Alternative gibt – im Gegenteil: Beachtet man nicht, dass es auch zu lediglich teilnichtigen Gesetzen kommen kann, sind unhaltbare Ergebnisse möglich. Deutlich wird dies anhand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit eines ausnahmslosen Verbots anwaltlicher Erfolgshonorarvereinbarungen vom 12. Dezember 2006.[1] Obwohl das ausnahmslose Verbot anwaltlicher Erfolgshonorarvereinbarungen einen unangemessenen Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin begründete, versagte ihr das Gericht einen Schutz durch die Verfassung; für eine Übergangsfrist sollte das ausnahmslose Verbot noch fortgelten (können). Die Möglichkeit, die bestehende Regelung zugunsten der Beschwerdeführerin zu reduzieren, sah das Bundesverfassungsgericht noch nicht einmal. Vielmehr unterstellte das Gericht, dass als Alternative zu einer noch zeitweisen (vollständigen) Weitergeltung der Regelung nur ihre vollständige Aufhebung in Betracht kommen würde. Das Ergebnis ist auch deshalb inakzeptabel, weil sich zeigen lässt, dass das ausnahmslose Verbot anwaltlicher Erfolgshonorarvereinbarungen schon durch die Entscheidung des Gerichts nicht mehr vollumfänglich gilt.[2]

* Dr. Frank Riechelmann ist Sozius in der Anwaltskanzlei Raetsch, Meier, Dr. Fürsen & Kollegen in Rendsburg.

1 BVerfGE 117, 163.

2 Dazu im Einzelnen unter III.

1. Nichtigkeitsdogma und Vernichtbarkeit

Nach den Vorschriften des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes erklärt das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz grundsätzlich für nichtig, wenn es dieses als unvereinbar mit der Verfassung ansieht (vgl. §§ 78 S. 1, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG). Diese Regelanordnung[3], mit der eine *vollumfängliche Nichtigkeit* gemeint ist, ist aber zur Ausnahme in der Rechtspraxis geworden, in der sich das Bundesverfassungsgericht zumeist auf eine bloße Unvereinbar(keits)-erklärung beschränkt, womit es keine umfassende Nichtigkeitsanordnung ausspricht.[4] Terminologisch wird vor allem zwischen der Nichtigerklärung und der Unvereinbarerklärung unterschieden.[5]

Nach wohl überwiegender Ansicht in der Literatur ist ein verfassungswidriges Gesetz von Anfang an (ex tunc) und ohne weiteren gestaltenden Akt „ipso iure" unwirksam. Danach hebt das Bundesverfassungsgericht ein verfassungswidriges Gesetz nicht auf, sondern stellt dessen von Anfang an bestehende Nichtigkeit deklaratorisch fest, sog. „Nichtigkeitsdogma"[6]. Ein Teil der Literatur ist hingegen der Auffassung, das Bundesverfassungsgericht entscheide rechtsgestaltend und nicht mit deklaratorischer Wirkung. Ein als verfas-

---

3 Vgl. BVerfGE 84, 9 (20); 84, 168 (186); *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 5. A., 2006, § 78 Rn. 3.

4 Vgl. dazu *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. A., 2007, Rn. 384. *Wernsmann*, Das gleichheitswidrige Steuergesetz, 2000, S. 17. Die Rede ist sowohl von einer „Unvereinbarerklärung" (BVerfGE 112, 268, 283; *Schlaich/Korioth*, ebd., Rn. 400; *Hein*, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfas sungsgericht, 1988; *Blüggel*, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, 1998) als auch von einer „Unvereinbarkeitserklärung" (BVerfGE 109, 190, 244; *Herter*, Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Steuergesetze, 1995; *Jachmann*, Die Nichtanwendbarkeit des Vermögensgesetzes ab dem 1.1.1997, JA 1998, S. 235, 236). Näher zu den unterschiedlichen Bezeichnungs möglichkeiten: *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. A., 1991, § 20 Rn. 8, Fn. 15.

5 Vgl. *Benda/Klein* Verfassungsprozessrecht, 2. A., 2001, Rn. 1244; *Schlaich/Korioth* (Fn. 4), Rn. 400. § 32 Abs. 2 S. 2 und 3 BVerfGG erwähnt die Erklärungsarten – neben einer Vereinbarerklärung.

6 Vgl. *Schlaich/Korioth* (Fn. 4), Rn. 379 ff.; *Stern*, in: BK, Bd. 9, 44. Lieferung, Art. 93 Rn. 270 ff.; *Benda/Klein* (Fn. 5), Rn. 1251 f; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. A., 2007, Art. 20 Rn. 33; *Lippold*, Gilt im deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze?, Der Staat 29 (1990), S. 185, 190 ff.; *Fleury*, Verfassungsprozessrecht, 5. A., 2003, Rn. 124; *Detterbek*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, 1995, S. 433; *Hartmann*, Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen?, DVBl 1997, S. 1264, 1269; *Jachmann* (Fn. 4) S. 236.

sungswidrig erkanntes Gesetz ist danach nicht notwendigerweise nichtig.[7] Für das Nichtigkeitsdogma werden vor allem Gründe der Normenhierarchie, die Regelungen der §§ 78 S. 1, 82 Abs.1 iVm. § 95 Abs. 3 BVerfGG und Art. 100 Abs. 1 GG angeführt. Im Wesentlichen lautet die Argumentation wie folgt: Jede Rechtsnorm gründe ihre Legitimation auf eine andere, höherrangige Rechtsnorm oder Normenstufe. Entspricht die Norm nicht den Legitimationsbedingungen der höherrangigen Normenstufe, folge hieraus das „rechtstheoretisch zwingende" Resultat, dass die Norm von Anfang an ungültig sei.[8] Der normenhierarchische Aufbau basiere auf unserer Rechtsordnung, liege als rechtstheoretisches Axiom der Verfassung zugrunde und folge aus dem Vorrang der Verfassung vor dem formellen Gesetz (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 79 Abs. 3 GG).[9] Die grundsätzliche Nichtigkeitsanordnung resultiere zudem aus den genannten Vorschriften des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, und Art. 100 Abs. 1 GG setze eine Ungültigkeit verfassungswidriger Gesetze voraus.[10] Dagegen sehen die Vertreter der Vernichtbarkeitslehre eine Nichtigkeit von Gesetzen nicht als eine (zwingende) Folge eines normenhierarchischen Stufenbaus der Rechtsordnung an.[11] Gegen das Nichtigkeitsdogma spricht zunächst, dass verfassungswidrige Normen vor der „Feststellung" ihrer Verfassungswidrigkeit durch die Rechtsanwender weiter zu befolgen sind,[12] es sei denn, diese nehmen die in Art. 100 GG vorgesehene Ausnahme in Anspruch. Hierzu ist erforderlich, dass es sich bei dem Rechtsanwender um ein Gericht handelt, das zudem von der Verfassungswidrigkeit der entscheidungsrelevanten Norm überzeugt sein muss.[13] Die Pflicht zur weiteren Befolgung der Norm durch die übrigen Rechtsanwender, die nicht von der Ausnahmeregelung des Art. 100 GG Gebrauch machen (können), ist mit dem Nichtigkeitsdogma nicht erklärbar. Um eine gewisse Kompatibilität herzustellen,

---

7 *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 5, Art. 93, Rn. 32 ff.; *Pestalozza* (Fn. 4), § 20 Rn. 16; *W. Meyer* in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 3, 5. A., 2003, Art. 93 Rn. 39. Die Terminologie ist unterschiedlich. *Maunz* und *Pestalozza* unterscheiden verfassungswidrige und ungültige Gesetze einerseits von nichtigen Gesetzen andererseits. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. A., 1960, S. 275, unterscheidet hingegen nicht zwischen ungültigen und nichtigen Gesetzen. Für ihn liegt der Grund der Geltung eines Gesetzes in der Verfassung, weshalb das Gesetz gültig sei, solange es nicht aufgehoben werde. Bis dahin könne es nicht verfassungswidrig (nichtig) sein (ebd.); zum synonymen Gebrauch der Begriffe der Verfassungswidrigkeit (Unwirksamkeit) und der Nichtigkeit s. *Seetzen*, Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, NJW 1975, S. 429, 434; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 6), Art. 20 Rn. 33.

8 *Hartmann* (Fn. 6), S. 1265; vgl. *Stern*, in: BK, Bd. 9, Art. 93 Rn. 271, Art. 100 Rn. 141.

9 Vgl. *Jachmann* (Fn. 4), S. 236.

10 *Schlaich/Korioth* (Fn. 4), Rn. 379 ff.

11 Vgl. nur *Kelsen* (Fn. 7), S. 271, 275.

12 *Pestalozza* (Fn. 4), § 20 Rn. 16.

13 *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 6, Art. 100 Rn. 27, 35; *Pieroth*, in: Jarass/ Pieroth (Fn. 6), Art. 100 Rn. 10.

müsste man vielmehr von jedem Rechtsanwender verlangen, eine Norm dann nicht anzuwenden, wenn er der Meinung ist, dass es sich bei der Regelung um eine verfassungswidrige Vorschrift handelt.[14] Eine solche Konsequenz ist – jedenfalls in dieser Allgemeinheit[15] – weder mit einer Ordnungsfunktion des Rechts noch mit Art. 100 GG und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu vereinbaren, nach der Gesetze grundsätzlich mit dem „Rechtsschein der Verfassungsmäßigkeit"[16] versehen sind. Die Konsequenz folgt aber aus dem Nichtigkeitsdogma.[17] Zudem geht Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG nur von einer „Gültigkeit" des rechtmäßigen Gesetzes aus, woraus nur der Schluss gezogen werden kann, dass ein verfassungswidriges Gesetz „ungültig" ist. „Ungültig" bedeutet aber zunächst einmal nur, dass es nicht angewendet werden kann, aber nicht, dass es gar nicht existiert (hat) und damit nichtig ist.[18] Ein verfassungswidriges (ungültiges bzw. unwirksames) Gesetz ist also nicht zwingend zugleich als (vollumfänglich) nichtig anzusehen.

Art. 100 GG spricht auch höchstens für eine verfassungsrechtliche Erlaubnis, die Nichtigkeit zu erklären. „Quasi-naturrechtliche (‚ipso iure')" und „quasi-naturwissenschaftliche (‚ex tunc', Nichtexistenz)" Annahmen, die einer Rechtswidrigkeit folgen oder sie voraussetzen, haben „ihre Berechtigung allenfalls in einem ‚self-executing' Rechtssystem ohne autoritative Entscheidungsinstanzen".[19] Im Übrigen kann aus den einfachgesetzlichen Vorschriften des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes nicht auf eine „Ipso-iure"-Nichtigkeit bzw. „Eo-ipso"-Nichtigkeit geschlossen werden. Soweit das Bundesverfassungsgericht von einer grundsätzlichen Nichtigkeitsanordnung ausgeht, stellt es zumeist auch ausdrücklich auf diese einfachgesetzlichen Vorschriften und nicht auf Verfassungsnormen ab.[20]

---

14 Vgl. *Lippold* (Fn. 6), S. 198.

15 Gemeint sind nicht solche Fälle, in denen wichtige Gründe vorliegen, die dem Einzelnen ausnahmsweise einmal gestatten könnten, ein Gesetz nicht zu befolgen (Gewissensgründe z.B.); zu einer solchen Ausnahmesituation vgl. *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 2. A., 1978, S. 211, 214.

16 BVerfGE 20, 230 (236); 53, 115 (128).

17 In diesem Sinne ist es konsequent, wenn ein Unternehmen, das von der Verfassungswidrigkeit einer belastenden Umsatzsteuernorm ausgeht, diese bei der Umsatzsteuervoranmeldung gegenüber dem Finanzamt erst gar nicht berücksichtigt; zur Darstellung eines solchen Verhaltens s. BVerfGE 30, 392 (397).

18 *Pestalozza* (Fn. 4), § 20 Rn. 16; ähnlich *Maunz* (Fn. 7), Art. 93 Rn. 32 ff.; *Maiwald*, Anwendbarkeit für verfassungswidrig erklärter Gesetze?, BayVBl 1971, S. 90, 91; vgl. dazu auch *Ossenbühl*, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, S. 2805, 2807 f.

19 *Pestalozza* (Fn. 4), § 20 Rn. 16 (Hervorhebungen i.O.).

20 Vgl. BVerfGE 84, 9 (20, II); 84, 168 (186, I).

Ein Nichtigkeitsdogma ist auch innerhalb einer Rechtsordnung, die ein richterliches Verwerfungsmonopol umfasst, nicht notwendig. Schon die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die Rechtsnormen kontrolliert, spricht für eine Gestaltungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts[21] und gegen die Eo-ipso-Nichtigkeit verfassungswidriger Normen. Außerdem lässt sich das Demokratieprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) dafür anführen, so weit wie möglich den Willen des demokratisch-legitimierten Gesetzgebers aufrechtzuerhalten. Endlich lässt sich bei einer Eo-ipso-Nichtigkeit nicht von einer Rechtsfolge der „Nichtigkeit" sprechen, weil eine Eo-ipso-Nichtigkeit mit einer Nichtexistenz übereinstimmt: In diesem Sinne ist „Nichtigkeit" Voraussetzung und nicht Rechtsfolge.[22] Wenn das Bundesverfassungsgericht die Nichtigkeit als eine Rechtsfolge anordnet,[23] spricht dies also gegen eine Nichtigkeit eo ipso bei verfassungswidrigen Gesetzen und für eine gestaltende Entscheidungsbefugnis des Gerichts.

Aber nicht nur die Frage, ob eine Norm sich als nichtig herausstellt, ist vor einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zweifelhaft, sondern auch das Maß der Nichtigkeit, sofern das Gericht die Norm lediglich für unvereinbar mit der Verfassung erklärt bzw. zu erklären beabsichtigt. Vor der Entscheidung lässt sich der Grad der Nichtigkeit oftmals nicht genau bestimmen, weshalb sich die Rechtsanwender auch insoweit nicht orientieren können. Zwischen einer vollständigen Vereinbarkeit eines Gesetzes mit der Verfassung und einer vollständigen Nichtigkeit reicht das Spektrum von *kaum nichtig* bis *nahezu vollständig nichtig*.

Dem Bundesverfassungsgericht zufolge handelt es sich beim Nichtigkeitsdogma um einen Grundsatz, der zwar verfassungsrechtlichen Gehalt habe, aber kein verfassungsrechtliches Gebot sei.[24] Dass eine Nichtigkeit innerhalb einer Rechtsordnung nur den höchsten Grad der Vernichtbarkeit bezeichnet, hat schon *Kelsen* festgestellt.[25] Dieses Verständnis, das also graduelle Unterschiede einer „Vernichtbarkeit" voraussetzt, lässt sich auf den Begriff der Nichtigkeit selbst übertragen. Ist ein Gesetz nur teilweise vernichtbar, kann es als lediglich teilnichtig angesehen werden. Daher hat der Nichtigkeitsbegriff ebenfalls einen graduellen Charakter. Der höchste Grad der Nichtigkeit ist die vollständige Nichtigkeit.

---

21 *Pestalozza* (Fn. 4), § 20 Rn. 17.

22 Vgl. *Lippold* (Fn. 6), S. 195.

23 Vgl. BVerfGE 108, 169 (185).

24 BVerfGE 103, 332 (390); *Ossenbühl* (Fn. 18), S. 2807.

25 *Kelsen* (Fn. 7), S. 282.

Blüggel zufolge soll es sich beim Nichtigkeitsdogma um ein Prinzip handeln (sog. „Nichtigkeitsprinzip").[26] Das Nichtigkeitsprinzip bezwecke, den Vorrang der Verfassung zu sichern.[27] Dieselbe Funktion hat aber schon die Vernichtbarkeitslehre, weil nach ihr Gesetze insoweit nichtig sind, als die Verfassung eine Nichtigkeit fordert. Damit bleibt kaum Raum für ein „Nichtigkeitsprinzip". Selbst wenn man die juristische Existenz eines „Nichtigkeitsprinzips" anerkennen würde, würde es sich um ein allenfalls schwaches „Prinzip" handeln, weil es schon gegenüber einem vernünftigen Grund, der für eine Normerhaltung spricht, zurücktreten dürfte. Ein vernünftiger Grund kann sich z.B. aus dem Demokratieprinzip, aber auch aus anderen Kriterien des Gemeinwohls oder aus individuellen Gesichtspunkten ergeben. Im Übrigen sind keine Gründe ersichtlich, die dafür sprechen, pauschal die vollständige Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes anzunehmen. Dass bestimmte Gründe durchaus eine vollständige Nichtigkeit im Einzelfall fordern können, liegt an diesen; die Nichtigkeit folgt aber nicht schon daraus, dass ein formales „Nichtigkeitsprinzip" sie verlangen würde. Denn eine Nichtigkeit ist nicht von vornherein erstrebenswert. Den Vorrang der Verfassung sichert die Vernichtbarkeitslehre insoweit, als sie beschreibt, dass verfassungswidrige Gesetze nicht notwendigerweise als vollumfänglich nichtig anzusehen sind: Soweit ein Gesetz gegen die Verfassung verstößt, ist es zwar als „nichtig" anzusehen, soweit es sich als verfassungskonform herausstellt, ist es aber weiterhin gültig. Damit geht es bei der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes darum, zu bestimmen, inwieweit es sich als nichtig erweist – es geht also um das Maß der Nichtigkeit: Die Unvereinbarkeitserklärung des Bundesverfassungsgerichts dokumentiert das Ergebnis der Abwägung zwischen dem grundrechtlichen Freiheitsinteresse des Einzelnen (also der grundrechtstatbestandlich betroffenen Position) und dem Interesse der Allgemeinheit.[28] Und das Verfahren für diese Abwägung gibt das Verhältnismäßigkeitsgebot (Übermaßverbot) vor.[29]

2. Geltungserhaltende Reduktion

Vereinzelt behaupten Vertreter der Ipso-iure-Lehre, die Unvereinbarkeitserklärung begründe dogmatisch die Aufrechterhaltung einer nichtigen Norm.[30] Für einen etwaigen Vertrauensschutz auf den Bestand einer Norm liegt die Bedeu-

---

26 *Blüggel* (Fn. 4), S. 147 ff.

27 *Blüggel* (Fn. 4) ebd., S. 151 ff.

28 Vgl. *Riechelmann*, Rechtssicherheit als Freiheitsschutz, 2009, S. 122.

29 Vgl. *Yi*, Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation, 1998, S. 19; *Riechelmann*, Sind Grundrechte keine Normen?, Rechtstheorie 2006, S. 381, 385.

30 *Jachmann* (Fn. 4), S. 236; vgl. auch *P. Kirchhof*, Rückwirkung von Steuergesetzen, StuW 2000, S. 221, 228.

tung dieser Sichtweise auf der Hand: Ist eine Norm nichtig,[31] kann sich ein Vertrauensschutz (Bestandsschutz), wenn überhaupt, allenfalls auf einen von ihr erzeugten Rechtsschein richten, aber nicht auf eine geltende Norm. Gegen eine solche Betrachtung spricht jedoch, dass die Norm in dem Umfang, in dem sie aufrechterhalten bleibt, wirksam und damit gültig ist, was auch in der Terminologie bzw. der Tenorierung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt („soweit", „nicht in vollem Umfang").[32] In dem Maße, in dem die Norm sich als nichtig herausstellt, ist sie dies nur für den nichtigen Teil. Für den anderen bedarf es schon kraft seiner Weitergeltung nicht eines (ausdrücklichen) Rückgriffs auf den Bestandsschutz. (Eine Fortexistenz des ursprünglichen Rechtszustands kann allerdings aus ganz unterschiedlichen Gründen notwendig sein. Auch Gründe des Gemeinwohls können sie verlangen.[33])

Die Unvereinbarkeitserklärung kann als eine Ausnahme für den Anwendungsbereich der Ursprungsnorm verstanden werden: Mit der Unvereinbarkeitserklärung fügt das Bundesverfassungsgericht in die Ursprungsnorm eine Ausnahme[34] ein, die die (Geltung der) Ursprungsnorm einschränkt. Die Ausnahme begründet damit eine Teilnichtigkeit, die zu einer *geltungserhaltenden Reduktion* führt. Diese Bezeichnung trägt dem Umstand Rechnung, dass ein weiterhin wirksamer Teil der ursprünglichen Regelung erhalten bleibt. Die Charakterisierung der Unvereinbarkeitserklärung als eine Ausnahme, die den Anwendungsbereich der Ursprungsnorm einschränkt und damit ihre geltungserhaltende Reduktion bewirkt, erweist sich als präzise und schafft terminologische Sicherheit. Bei einer Norm, die für unvereinbar mit der Verfassung erklärt wird, besteht kein Bedürfnis, von einer grundsätzlichen Gesamtnichtigkeit der Norm auszugehen, sondern nur von einer teilweisen Nichtigkeit (Teilnichtigkeit, geltungserhaltende Reduktion).[35] Indem das Bundesverfassungs-

---

31 Eine vollständige Nichtigkeit begründet eine Ungültigkeit ex tunc; vgl. *Lechner/Zuck* (Fn. 3), § 78 Rn. 3.

32 BVerfGE 33, 303 (304); 93, 121 (121); 108, 52 (52); 109, 279 (280).

33 Vgl. nur BVerfGE 115, 276 (304 ff.) – „Sportwetten"; *Hein* (Fn. 4), S. 194.

34 Ebenso lässt sich von einer Ausnahme*regelung* sprechen. Der Terminus ist auch mit Blick auf die Gewaltenteilung unbedenklich, weil auch eine vollständige Nichtigkeit eine Regelung begründet, die in der Nichtigkeitsanordnung des Bundesverfassungsgerichts ihren Ausdruck findet.

35 Zur Teilnichtigkeit von Gesetzen s. *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973. Im Übrigen findet sich der Terminus der *Teilnichtigkeit* zwar auch in der Literatur (s. nur *Graßhof* in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. A., 2005, § 78 Rn. 18 f.; *Schlaich/Korioth*, Fn. 4, Rn. 384). Obwohl er auf Geltungsgesichtspunkte hinweist, werden diese aber nicht betont. Insoweit ist in erster Linie nur von einer „Reduzierung des Wortlauts" (*Schlaich/Korioth*, ebd.) oder von einer „Teilnichtigerklärung ohne Wortlautreduzierung" für bestimmte Fallkonstellationen die Rede (*dies.*, ebd., Rn. 386; vgl. *Graßhof*, ebd.); zu einem „Prinzip der Normerhaltung" s. aber *Blüggel* (Fn. 4), S. 189 f. Am Nichtigkeitsdogma wird im Übrigen ausdrücklich festgehalten: s. *Schlaich/Korioth* (Fn. 4), Rn. 382 aE.

gericht die Unvereinbarkeit nur für den unwirksamen Teil der Regelung ausspricht, stellt es zugleich die Vereinbarkeit mit dem weiterhin wirksamen Teil der Regelung fest. Für diesen liegt insoweit eine Vereinbarkeitserklärung vor.

Die Kriterien, die das Bundesverfassungsgericht für eine zeitweise bzw. für eine „zeitweise vollständige" Weitergeltung einer verfassungswidrigen Norm aufstellt, erweisen sich allerdings als uneinheitlich.[36] Keineswegs genügt es, wenn das Gericht den Ausspruch einer bloßen Unvereinbarkeit ausreichen lässt, die mit einer befristeten Weitergeltung der beanstandeten Regelung verbunden wird, nur weil dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten offenstehen, einen Verfassungsverstoß zu beseitigen.[37] Und andererseits kommt nicht erst eine Unvereinbarerklärung mit befristeter Weitergeltung der verfassungswidrigen Norm in Betracht, wenn ihre sofortige Ungültigkeit dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde.[38] Denn es erscheint weitgehend unproblematisch, eine Regelung aufrechtzuerhalten, wenn es lediglich um einen geringfügigen Verfahrensverstoß geht und im Übrigen Gründe des Gemeinwohls eine befristete Weitergeltung rechtfertigen.[39]

3. Anwaltliche Erfolgshonorare

Mit der Unvereinbarkeitserklärung fügt das Bundesverfassungsgericht in die beanstandete Regelung eine Ausnahme ein, die die Regelung lediglich einschränkt, aber nicht vollständig vernichtet – auf diese Betrachtung ist noch näher einzugehen.[40] Dass sie sich nicht als irrelevant erweist, lässt sich anhand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einem Verbot anwaltlicher Erfolgshonorarvereinbarungen zeigen: Mit dem Beschluss vom 12. Dezember 2006 hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts das Verbot der Vereinbarung anwaltlicher Erfolgshonorare mit der Verfassung insoweit für unvereinbar angesehen, als die früheren gesetzlichen Regelungen (§ 49b Abs. 2 BRAO aF und § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO aF) keine Ausnahme vorsahen.[41] Eine von der Verfassung gebotene Ausnahme ist danach jedenfalls anzunehmen, wenn aufgrund der wirtschaftlichen Situation des Auftraggebers erst die Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung die Inanspruchnahme

---

36 S. dazu noch näher unter III.

37 So pauschal aber BVerfGE 114, 1 (70); vgl. BVerfGE 116, 229 (242); 116, 243 (270).

38 In diesem Sinne aber BVerfGE 109, 190 (234).

39 Vgl. BVerfGE 103, 332 (391).

40 *v. Arnauld*, Rechtssicherheit, 2006, S. 303 f., deutet an, dass *Teilnichtigkeit* und *verfassungskonforme Auslegung* in einem gegensätzlichen Verhältnis stehen würden (ebd., Fn. 217). Das ist aber nicht der Fall. Wenn eine verfassungskonforme Reduktion (Auslegung) ergibt, dass eine Regelung nicht mehr vollumfänglich anzuwenden ist, ist sie insoweit nicht mehr gültig – also teilnichtig. Daher folgt die Teilnichtigkeit aus einer verfassungskonformen Auslegung; vgl. *Skouris* (Fn. 35), S. 106 ff.

41 BVerfGE 117, 163, Beschluss vom 12. Dezember 2006 - 1 BvR 2576/04.



qualifizierter anwaltlicher Hilfe ermöglicht.[42] Insoweit begründe das ausnahmslose Verbot einen Eingriff, der das Übermaßverbot verletze [43] und gegen das Grundrecht auf freie Berufsausübung verstoße.[44] Obwohl das Bundesverfassungsgericht keine Zweifel erkennen lässt, dass gerade für den Fall der Beschwerdeführerin ein solcher Ausnahmetatbestand vorlag, der die Verfassungswidrigkeit begründete,[45] hob es dennoch die entgegenstehenden Entscheidungen, u.a. des Sächsischen Anwaltsgerichtshofes und des Bundesgerichtshofes, nicht auf. (Diese haben der Beschwerdeführerin einen disziplinarrechtlichen Verweis sowie eine Geldbuße auferlegt.) Das Bundesverfassungsgericht unterstellt eine Notwendigkeit, nach der das bisherige umfassende Verbot anwaltlicher Erfolgshonorarvereinbarungen aufrechtzuerhalten sei, weil Erfolgshonorare sonst ohne jede Einschränkung vereinbart werden könnten. Damit würde zudem ein Zustand entstehen, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt sei als der frühere.[46] Aus diesem Grunde hat es die Altregelungen für eine Frist bis zum 30.6.2008 fortbestehen lassen und den Gesetzgeber verpflichtet, bis zu dem Stichtag wenigstens den vorgenannten Ausnahmetatbestand in den früheren § 49b Abs. 2 BRAO aufzunehmen.

[47] Die vorgenannte Prämisse erweist sich aber als unrichtig. Ohne jede Einschränkung wären Honorarvereinbarungen nur dann möglich, wenn das Gericht das Verbot vollständig aufgehoben hätte. Eine vollständige Aufhebung der beanstandeten Vorschriften war aber nicht notwendig. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht kann so verstanden werden, als das Gericht bereits selbst in den § 49b Abs. 2 BRAO (aF) die vorgenannte Ausnahme (Ausnahme*regelung*), die es eigentlich vom Gesetzgeber verlangt, eingefügt hat, wodurch im Übrigen die Geltung der Vorschrift unberührt bleibt (Teilnichtigkeit; geltungserhaltende Reduktion). Dies bedeutet, dass § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO (aF) schon durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr ausnahmslos gilt. Das ausnahmslose Verbot gilt seit der Entscheidung nicht mehr, wenn der Ausnahmetatbestand vorliegt. Liegt er dagegen nicht vor, gilt das Verbot weiterhin. Diese Interpretation der Entscheidung mag nur auf den ersten Blick als etwas kurios erscheinen. Bei einer näheren Untersuchung zeigt sich, dass es zu ihr keine Alternative gibt, weil andere Interpretationen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

Gegen die vorgeschlagene Betrachtung ließe sich womöglich mit einem ersten Einwand anführen, dass das Bundesverfassungsgericht zu einer Art „Ersatzgesetzgeber" würde. Der Einwand lässt sich jedoch entkräften, weil auch die Feststellung einer vollständigen Verfassungswidrigkeit (Nichtigkeit) eines Gesetzes eine Regelung begründet, die in der Nichtigkeitsanordnung des Bun-

---

42 Vgl. BVerfGE 117, 163 (196, 200).
43 BVerfGE 117, 163 (197).
44 BVerfGE 117, 163 (181).
45 Vgl. BVerfGE 117, 163 (193 ff.).
46 So im Ganzen: BVerfGE 117, 163 (201).
47 BVerfGE 117, 163 (200 f.).

desverfassungsgerichts ihren Ausdruck findet. Insoweit ist das Gericht ohnehin gewissermaßen als „Ersatzgeber" anzusehen. Dies ist auch nichts Besonderes, sondern eine Folge, die aus der Existenz einer „normenkontrollierenden Verfassungsgerichtsbarkeit"[48] resultiert: Wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz vollständig aufheben kann, ist es erst recht dazu in der Lage, ein Gesetz nur teilweise aufzuheben.[49]

Als zweites Gegenargument ließe sich anführen, dass das Bundesverfassungsgericht gar nicht von seiner üblichen Entscheidungspraxis abgewichen sei. Ein solcher Einwand würde aber nicht zutreffen. Zwar existieren Entscheidungen, nach denen eine als verfassungswidrig erkannte Norm noch für eine Übergangszeit „vollumfänglich" anzuwenden ist. Bei diesen Entscheidungen geht es u.a. um gleichheitswidrige Steuergesetze (z.B. Erbschaftssteuergesetz[50]). Jedenfalls müssen besondere Gründe vorliegen, die es rechtfertigen, eine verfassungswidrige Norm noch zeitweise aufrechtzuerhalten.[51] Verfassungsrechtliche Bedenken lassen sich allerdings auch gegen die zeitweise Aufrechterhaltung gleichheitswidriger Steuergesetze anführen. Für eine zeitweise Weitergeltung mögen Gründe der Allgemeinheit sprechen können (verlässliche Finanz- und Haushaltsplanung u.a.),[52] möglicherweise auch ein Kriterium einer *primären Abstraktheit*: Insofern könnten gleichheitswidrige Steuergesetze vor allem in Bezug auf die geregelten Sachverhalte (und nicht so sehr in Bezug auf die jeweilige Personengruppe) als abstrakt gleichheitswidrig erscheinen.[53] Ob das Kriterium einer „primären Abstraktheit" überhaupt zu berücksichtigen ist, ist aber schon im Allgemeinen zweifelhaft. Im Fall der „Erfolgshonorarvereinbarungen" ist es jedenfalls nicht anwendbar: Hier geht es nicht um eine abstrakte Verfassungswidrigkeit. Vielmehr liegt der Verfassungswidrigkeit ein konkreter Sachverhalt zugrunde, bei dem es um die Verletzung eines speziellen Freiheitsrechts geht.

Der Umfang der Weitergeltung einer als verfassungswidrig erkannten Norm ergibt sich aus den Entscheidungsgründen, wenn der Tenor keine definitive Anordnung vorsieht. So hat das Gericht in der „Sportwetten" - Entscheidung die gesetzliche Regelung weitgehend aufrechterhalten zur Verhinderung von „Spielsucht" – aber eben auch nur weitgehend: „Bis zu einer Neuregelung darf

---

48 *Pestalozza* (Fn. 4), § 20 Rn. 17.

49 Eine bloße Teilnichtigkeit liegt allerdings schon darin begründet, dass die Altregelung ohnehin nur noch für einen Übergangszeitraum gelten soll; zeitliche und inhaltliche Aspekte lassen sich nicht trennen. Das „Ersatzgesetzgeber"-Argument ist aber letztlich eine überflüssige Konstruktion. Es greift schon deshalb nicht, weil die vorgeschlagene Betrachtung eine Frage bzw. Folge der Interpretation ist (verfassungskonforme Auslegung); s. dazu auch Fn. 40.

50 BVerfG, Beschluss v. 7.11.2006, Az. 1 BvL 10/02; vgl. allgemein zu gleichheitswidrigen Steuergesetzen: *Wernsmann* (Fn. 4).

51 Vgl. BVerfGE 109, 190 (235).

52 BVerfG, Beschluss v. 7.11.2006, Az. 1 BvL 10/02.

53 Zu dem Kriterium der *Abstraktheit* vgl. BVerfGE 112, 268 (283).

das Staatslotteriegesetz nach Maßgabe der Gründe weiter angewandt werden."[54] Der spezielle Einzelfall für die Beschwerdeführerin bei den „Erfolgshonoraren" ist mit den anderen Entscheidungen, in denen die verfassungswidrigen Altregelungen noch „zeitweise vollständig" weiter angewendet wurden, nicht vergleichbar.

Endlich erscheint es noch denkbar, den Entscheidungstenor gegen die vorgeschlagene Interpretation anzuführen. Nach ihm „können" die Regelungen noch bis zum Stichtag weiter angewendet werden.[55] Mit der Formulierung könnte gemeint sein, dass die Altregelungen weiter angewendet werden dürfen und dass gegen eine solche Anwendbarkeit nicht der Einwand der Verfassungswidrigkeit zu erheben sein soll. Ein solches Verständnis würde aber nicht weiterhelfen. Wenn es lediglich um die mögliche weitere Anwendbarkeit der Altregelungen ginge, hätten die Anwaltskammern jedenfalls insofern „Ermessen", als es um vergleichbare Fälle geht, in denen der Ausnahmetatbestand vorliegt: Für diese würden sie die Altregelung (die sich nach Maßgabe der Entscheidungsgründe als verfassungswidrig erwiesen hat) zunächst weiter anwenden „können" (Tenor), aber nicht anwenden müssen. Ein derartiges „Ermessen" würde zu gleichheitswidrigen Ergebnissen führen, wenn eine Anwaltskammer in einem Fall, in dem der Ausnahmetatbestand vorliegt, keine Bedenken gegen eine Erfolgshonorarvereinbarung erhebt, während eine andere Anwaltskammer strikt die Altregelung anwendet bei einem entsprechenden Sachverhalt. Um solche widersprüchlichen Ergebnisse zu vermeiden, sollte die Formulierung daher in der Weise verstanden werden, dass nur eine Anwendbarkeit der Regelungen an sich gemeint ist (weil diese überhaupt noch existieren). Die Regelungen haben aber einen anderen Inhalt bekommen, da sie nur noch mit der vom Bundesverfassungsgericht eingefügten Ausnahme gelten. Die Vereinbarung anwaltlicher Erfolgshonorare ist schon seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur noch grundsätzlich verboten; sie ist verboten, wenn der Ausnahmetatbestand nicht vorliegt. Dieser ist mit der Entscheidung als Bestandteil der Regelung des § 49b Abs. 2 BRAO (aF) anzusehen. (*Insoweit* war der Regelungsauftrag an den Gesetzgeber überflüssig.)

Die Prämisse des Bundesverfassungsgerichts erweist sich als haltlos, weil eine vollständige Aufhebung der Altregelung nicht erforderlich war. Zugleich wird damit deutlich, dass eine verfassungskonforme Rechtslage erst mit der Einfügung der vorgenannten Ausnahme in die ursprüngliche Regelung hergestellt wird. Erst die insoweit veränderte neue Regelung gibt die von der Verfassung gebotene Rechtssituation wieder. Die Entscheidung des Gerichts dokumentiert nicht das in ihren Gründen aufgeführte Ergebnis der Abwägung zwischen dem

---

54 BVerfGE 115, 276 (277); Hervorhebung von F.R.

55 Im Tenor zu Ziffer 1 – s. BVerfGE 117, 163 (164) – heißt es, die Regelungen des § 49b Absatz 2 BRAO aF und des § 49 b Absatz 2 Satz 1 BRAO seien nach Maßgabe der Gründe insoweit mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar, als sie keine Ausnahme vom Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare vorsehen. „Sie können bis zur Neuregelung weiter angewendet werden. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 30. Juni 2008 eine Neuregelung zu treffen."

grundrechtlichen Freiheitsinteresse der Beschwerdeführerin und dem öffentlichen Interesse an der Fortexistenz der ursprünglichen Regelung. Ein unverhältnismäßiger Eingriff in ein individuelles Freiheitsrecht verstößt gegen das Übermaßverbot und verletzt damit das Freiheitsrecht.[56] Das Bundesverfassungsgericht hätte daher die Entscheidungen der Instanzengerichte aufheben müssen.

---

[56] Hieraus resultiert ein Schutz für den Einzelnen (vgl. BVerfGE 53, 135) – und nicht bloß eine Handlungsanweisung an den Gesetzgeber. Im Übrigen gehört auch die Verfassung zur „Rechtsordnung", deren Verlässlichkeit eine „Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen" kennzeichnet (BVerfGE 72, 200, 257; 105, 17, 37). Daher muss der Einzelne sich darauf verlassen können, dass ihn die Verfassung schützt, wenn eine gesetzliche Anordnung in seine verfassungsrechtlich verbürgten Rechte unangemessen eingreift.

