

*Mit der Unvereinbarkeitserklärung fügt das Bundesverfassungsgericht eine Ausnahme in eine verfassungsrechtlich zu beanstandende gesetzliche Regelung ein, wodurch diese weiterhin gilt (geltungserhaltende Reduktion) – Nichtigkeit hat einen graduellen Charakter*

*BVerfGE 117, 163 – Anwaltliche Erfolgshonorare*

# Teilnichtige Gesetze<sup>1</sup>

*Frank Riechelmann*

## Inhalt

1. Graduelle Nichtigkeit . . . . .	2
2. Geltungserhaltende Reduktion von Gesetzen . . . . .	2
3. Anwaltliche Erfolgshonorare (BVerfGE 117, 163) . . . . .	3
4. Genereller Schutz, bloß nicht für die Betroffene? . . . . .	3
5. Falschformel, Art. 3 Abs. 1 GG, Gemeinwohl . . . . .	4
6. Interpretation . . . . .	5
7. Fazit . . . . .	5

Wenn ein Gesetz nichtig ist, ist herkömmlich gemeint, dass es vollständig nichtig ist.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Dier Beitrag ergänzt meine Abhandlungen *Teilnichtige Gesetze*, Zeitschrift für Rechtsphilosophie, Münster 2009, S. 83-95, und *Verfassungswidrige Gesetze*, in: Rechtssicherheit als Freiheitsschutz, Norderstedt 2009, S. 114-135. Zum Thema siehe schon *Wassilios Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, Berlin 1973.

<sup>2</sup>Vgl. BVerfGE 1, 14 (unter D. 7 f.), Rn. 91 f.; BVerfG, Urteil vom 15. November 2023, 2 BvF 1/22; *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, München 2024, Art. 20, Rn. 46; *Martin Kment*, ebd., Art. 100, Rn. 15; vgl. §§ 76 Abs. 1 Nr. 2, 78 BVerfGG. Nichtigkeit wird als höchster Grad der Vernichtbarkeit angesehen, so: *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, Wien 1960 (Nachdruck 2000), S. 282.

## 1. Graduelle Nichtigkeit

Ein Gesetz kann aber auch nur zum Teil nichtig sein: Der Begriff der Nichtigkeit und der Begriff der Verfassungswidrigkeit haben einen graduellen Charakter.<sup>3</sup> Ein verfassungswidriges oder nichtiges Gesetz ist nicht notwendigerweise vollständig verfassungswidrig oder vollständig nichtig. Es ist zu zeigen, dass die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu teils nichtigen Gesetzen führt.

## 2. Geltungserhaltende Reduktion von Gesetzen

Diese Rechtsprechung lässt sich so verstehen, dass das Bundesverfassungsgericht eine Ausnahme in die als verfassungswidrig erkannte gesetzliche Regelung einfügt, wodurch diese im Übrigen erhalten bleibt (geltungserhaltende Reduktion).<sup>4</sup> Einem Einwand, wonach das Bundesverfassungsgericht damit quasi zu einer Art „Ersatzgesetzgeber“ würde,<sup>5</sup> wäre entgegenzuhalten, dass die Festlegung einer Ausnahme, die eine geltungserhaltende Reduktion bewirkt, hinter einer vollständigen Nichtigkeit zurückbleibt, die das Gericht anerkanntermaßen anzuordnen berechtigt wäre.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup>Der Umstand, dass es unterschiedliche Grade einer Vernichtbarkeit gibt (vgl. *Kelsen*, ebd.), lässt sich auf den Begriff der Nichtigkeit übertragen. Auch dieser kann unterschiedliche Grade aufweisen: Vollständige Nichtigkeit ist der höchste Grad der Nichtigkeit.

<sup>4</sup>Allgemein zur Erhaltung der Geltung von Regeln, indem in diese eine Ausnahme eingefügt wird, s. *Ronald Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, USA 1977, 1978, S. 27 f., 74; *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1986, 2020, S. 77 f.

<sup>5</sup>In diesem Sinne *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht*, München 2025, Rn. 952, wonach eine Kompetenz des Gerichts, pro futuro klar zu bestimmen, was gelte, einer verfassungsgesetzlichen Regelung bedürfe.

<sup>6</sup>Diese Betrachtung hat zudem den Vorteil, dass mit ihr der Umfang eines Vertrauensschutzes (Bestandsschutz) mit der (Weiter)Geltung der betroffenen Norm übereinstimmt: So weit wie der Vertrauensschutz reicht, gilt auch die ursprüngliche Norm selbst weiterhin – und nicht etwa bloß ein auf ihr beruhender „Rechtsschein“. Näher dazu: *Riechelmann*, *Rechtssicherheit* (Fn. 1); Vertrauensschutz ist Bestandsschutz, ebd. Anders dagegen *Ralf Poscher/Thorsten Kingreen*, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, JZ 2022, 961, 963, nach denen Vertrauensschutz nicht den Bestand von Rechtspositionen betreffe, sondern lediglich Vertrauen in ihren Fortbestand.

### **3. Anwaltliche Erfolgshonorare (BVerfGE 117, 163)**

Beachtet man nicht, dass es zu (nur) teilnichtigen Gesetzen führen kann, sind unhaltbare Ergebnisse möglich. Deutlich wird dies anhand des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts zu den „anwaltlichen Erfolgshonoraren“ vom 12. Dezember 2006, Az. 1 BvR 2576/04 (= BVerfGE 117, 163). Das Gericht konstatiert eine „Verletzung“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und einen (bloßen) „Verstoß“ gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Diese schon terminologisch unzutreffenden Formulierungen hatten durchaus nachteilige Konsequenzen für die Beschwerdeführerin (Betroffene). In der Folge habe nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts für eine Übergangszeit das gesetzliche Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare noch weiterhin anwendbar bleiben müssen, weshalb das Gericht die berufsgerichtliche Verurteilung der Betroffenen verfassungsrechtlich nicht beanstandete.<sup>7</sup> Dies war jedoch keineswegs zwingend: Es lag ein gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerichteter Verstoß vor, der das Grundrecht der Berufsfreiheit der Betroffenen aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzte. Das Bundesverfassungsgericht hätte daher eigentlich die berufsgerichtliche Verurteilung der Betroffenen aufheben müssen. Es hätte ohne Weiteres selbst die Ausnahmenvorschrift, deren Erlass es erst noch vom Gesetzgeber verlangte, in die geltende Regelung einfügen können. In diesem Sinne ließ sich die durch den Beschluss des Gerichts veränderte gesetzliche Regelung denn auch durchaus schon verstehen: Bereits mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare nicht mehr vollumfänglich gegolten.

### **4. Genereller Schutz, bloß nicht für die Betroffene?**

Eine Kritik würde vermutlich anführen, dass der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aber doch „anders“ lautete, und zwar schon vor allem deshalb, weil die Betroffene keinen Schutz erhielt. Gleichwohl sprechen maßgebliche verfassungsrechtliche Gründe dafür, die Entscheidung des Gerichts in dem hier vorgeschlagen Sinne zu verstehen.

So benachteiligt der Beschluss die Betroffene im Vergleich zu anderen Anwältinnen und Anwälten, für die er die Möglichkeit eines Schutzes durch die Verfassung sogar eröffnet; der Beschluss behandelt die Betroffene anders als die anderen Adressaten der gesetzlichen Regelung (Anwältinnen und Anwälte im Allgemeinen, Rechtsanwaltskammern). Denn für eine Übergangszeit bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber war es den Anwaltskammern letztlich freigestellt,

---

<sup>7</sup>BVerfGE 117, 163, Rz. 112.

Verstöße gegen das gesetzliche Erfolgshonorarverbot zu verfolgen.<sup>8</sup> Damit wurde den Anwaltskammern die Möglichkeit eingeräumt, ihren Mitgliedern den verfassungsrechtlichen Schutz zuteil kommen zu lassen, den das Bundesverfassungsgericht der Betroffenen versagte. Warum hätte denn auch eine Anwaltskammer ihren Mitgliedern einen grundrechtlichen Schutz im Sinne der Begründung der Entscheidung überhaupt noch verwehren sollen? Welche Anwaltskammer hätte in einem vergleichbaren Fall noch ein entsprechendes berufsrechtliches Verfahren eingeleitet, wenn dazu keine Pflicht mehr bestand? Soweit das gesetzliche Erfolgshonorarverbot nicht mehr ausnahmslos anzuwenden war, lautete die Entscheidung jedenfalls nicht „anders“. Im Grunde genommen ist die Entscheidung so zu verstehen, als das Bundesverfassungsgericht nichts anderes als das gemacht hat, wofür in der Literatur erst noch die Schaffung einer verfassungsgesetzlichen Regelung verlangt wird.<sup>9</sup>

## 5. Falschformel, Art. 3 Abs. 1 GG, Gemeinwohl

Die Betroffene wurde gleichheitswidrig (vgl. Art. 3 Abs. 1 GG) gegenüber anderen Anwältinnen und Anwälten behandelt, für die das ausnahmslose gesetzliche Verbot, Erfolgshonorare zu vereinbaren, nicht mehr notwendigerweise galt (ausweislich des Tenors der Entscheidung, Ziffer 1). Auch das Bundesverfassungsgericht kann sich nicht auf eine Betrachtung stützen, nach der angeblich eine „Verletzung“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zwingend auch eine Verletzung des betroffenen Grundrechts bedeuten würde. Eine solche Sichtweise stellt nichts anderes als eine Falschformel dar, die das Ergebnis einer Verweigerung eines grundrechtlichen Schutzes für die Betroffene nicht tragen kann, weil ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das betroffene Grundrecht (notwendigerweise) verletzt.<sup>10</sup> Darüber hinaus geht die Möglichkeit einer Nicht-Anwendung des gesetzlichen Erfolgshonorarverbot nach der Übergangsregelung noch weiter, nämlich so weit, das Erfolgshonorarverbot für die Übergangszeit bis zur Neuregelung überhaupt nicht mehr anzuwenden, was in Widerspruch zur Begründung der Entscheidung steht, wonach das Erfolgshonorarverbot erforder-

<sup>8</sup>Vgl. dazu die Übergangsregelung im Tenor zu Ziffer 1 am Ende, BVerfGE 117, 163.

<sup>9</sup>Vgl. *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 5).

<sup>10</sup>Vgl. BVerfGE 51, 324, 346, Rn. 69; ferner BVerfGE 21, 73; 42, 133; BVerfG, Beschluss v. 22.03.1999, Az. 2 BvR 2158/98; Beschluss v. 5.12.2023, Az. 2 BvR 1749/20; BVerwG, Urteil v. 13.09.2017, 10 C 7.16; Urteil v. 29.11.2022, Az. 8 CN 1.22. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich „im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst“; BVerfGE 19, 42, 348 f., Rn. 17; vgl. BVerfGE 29, 312, 316; 61, 126, 134; BVerfG, Beschluss vom 03.11.2017, Az. 2 BvR 2135/09, Rn. 8. Er „ist auch bei der Auslegung und Anwendung der Normen des einfachen Rechts stets zu beachten“, BVerfG, ebd. mit weiteren Nachweisen.

lich und grundsätzlich auch als angemessen angesehen wird sowie auch für die Übergangszeit weiterhin gelten sollte.<sup>11</sup>

Zusammengefasst liegen also mehrere Wertungswidersprüche vor, und zwar sowohl im wesentlichen grundrechtsrelevanten Bereich der Betroffenen als auch im Bereich des öffentlichen Interesses: Das Gericht unterstellt eine unrichtige Prämisse (Falschformel), die lautet, dass angeblich ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Grundrechtsverletzung nicht notwendigerweise begründet. Es behandelt die Betroffene gleichheitswidrig gegenüber „anderen“ (gleichen) Adressaten der beanstandeten Regelung. Außerdem eröffnete es entgegen der eigenen Begründung die Möglichkeit einer vollständigen Aussetzung des gesetzlichen Erfolgshonorarverbotes für die Übergangszeit.

## 6. Interpretation

Die Entscheidung des Gerichts wird nicht von ihren Gründen getragen. Daher stellt eine Bewertung, dass das Bundesverfassungsgericht schon selbst die Ausnahme, die es eigentlich erst noch vom Gesetzgeber zu erlassen verlangte, in die gesetzliche Regelung eingefügt hat, auch nicht etwa bloßes „Wunschdenken“ dar. Vielmehr handelt es sich dabei um eine gebotene Interpretation der Entscheidung, weil nicht ersichtlich ist, dass die Wertungswidersprüche in anderer als der hier vorgeschlagenen Weise aufzulösen wären. Soweit also eine Grundrechtsverletzung und damit ein Schutz für die Betroffene sowie eine eingeschränkte, aber nicht optionale Geltung des Erfolgshonorarverbots auch in der Übergangszeit bejaht werden, lässt sich dies auch auf die Begründung der Entscheidung stützen – wie auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Übrigen. Vor allem kann dieses „nicht einen unzulässigen Eingriff in Grundrechte vorübergehend oder so lange zulassen, bis der Gesetzgeber von anderen Möglichkeiten, die in seinem Ermessen liegen, Gebrauch macht.“<sup>12</sup> Insofern handelt es sich auch noch nicht einmal um eine *Auslegung contra curiam, aber intra ius*, wie man aber vielleicht meinen könnte.

## 7. Fazit

Wenn das Bundesverfassungsgericht verfassungswidrige Gesetze vollumfänglich verwerfen darf, darf es sie erst recht (geltungserhaltend) reduzieren, indem es

---

<sup>11</sup>BVerfGE 117, 163, Rn. 93 ff., 111 f. Ein grundsätzliches (aber nicht ausnahmsloses) Verbot, Erfolgshonorarvereinbarungen zu schließen, liegt im Gemeinwohlinteresse, vgl. BVerfG, ebd.

<sup>12</sup>BVerfGE 7, 377, Rn. 164 am Ende (= vorletzter Absatz am Ende).

eine Ausnahmeregelung in sie einfügt. Auf diese Weise bleiben sie als solche weiterhin erhalten – womit von ihnen (viel) „mehr“ übrig bleibt, als wenn es sie verwerfen würde. Eine durch eine (volumfängliche) Verwerfung eines Gesetzes bewirkte Rechtsgestaltung geht deutlich über eine solche hinaus, bei der ein Gesetz erhalten bleibt, in das eine Ausnahme eingefügt wird. Die Kompetenz, verfassungswidrige Gesetze geltungserhaltend zu reduzieren, ist daher bereits dem Gesetzverwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts immanent. Zudem erweist sich die vorstehende Betrachtung als geboten, um unhaltbare Wertungswidersprüche auf Verfassungsebene zu vermeiden.

Aus diesen Gründen bedarf es auch keiner zusätzlichen verfassungsgesetzlichen Ermächtigung für das Bundesverfassungsgericht mehr. Eine „quasi-legislative“ Kompetenzanmaßung liegt nicht vor, und das „Ersatzgesetzgeber“-Gegenargument verfängt nicht.

Mit der Unvereinbarkeitserklärung hat das Bundesverfassungsgericht eine Ausnahme in die gesetzliche Anordnung eingefügt,<sup>13</sup> wodurch diese schon im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts nicht mehr volumfänglich gegolten hat.

<https://jusplan.de>

Quelle: <https://doi.org/10.5281/zenodo.15832413>

---

<sup>13</sup>Und zwar die Ausnahme, die es eigentlich erst noch dem Gesetzgeber zu erlassen aufgab.