

OTTO BACHOF

Verfassungswidrige Verfassungsnormen?

*Recht und Staat
in Geschichte und Gegenwart*

Mohr Siebeck

RECHT UND STAAT
IN GESCHICHTE UND GEGENWART
EINE SAMMLUNG VON VORTRÄGEN UND SCHRIFTEN AUS
DEM GEBIET DER GESAMTEN STAATSWISSENSCHAFTEN

163/164

VERFASSUNGSWIDRIGE
VERFASSUNGSNORMEN?

VON

Dr. iur. OTTO BACHOF

Oberverwaltungsgerichtsrat am Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshof
Privatdozent an der Universität Heidelberg



1 9 5 1

VERLAG J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)
TÜBINGEN

Alle Rechte vorbehalten
Printed in Germany

Druck: Buchdruckerei Eugen Göbel, Tübingen

eISBN 978-3-16-170265-5 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

VORWORT

Nachstehende Untersuchung gibt im wesentlichen die am 20. Juli 1951 gehaltene Heidelberger Antrittsvorlesung des Verfassers wieder.

Die Fragen nach der Möglichkeit verfassungswidriger oder überhaupt ungültiger Verfassungsnormen sowie nach einem diesbezüglichen richterlichen Prüfungsrecht stellen ein besonders aktuelles Problem des gegenwärtigen Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland dar. Das erweisen die erhebliche Zahl von Entscheidungen, die sich bereits mit jenen Fragen befassen mußten, und die nicht wenigen, wenn auch meist nur gelegentlichen Stellungnahmen im Schrifttum. Um so mehr mag es verwundern, daß bisher eine zusammenfassende Darstellung fehlt. Zu dieser Zurückhaltung wird der Umstand beigetragen haben, daß akuter Anlaß der bisherigen Erörterungen größtenteils politisch besonders umstrittene Verfassungsvorschriften waren, was der Objektivität der Parteinahme oft abträglich war. Das darf die Wissenschaft aber nicht abhalten, sich mit diesem wichtigen verfassungsrechtlichen Problem zu befassen, das in seiner Bedeutung weit über die Anlässe der bisherigen Erörterungen hinausweist. Der Versuch zu einer grundsätzlichen Untersuchung mußte in Anbetracht der Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts besonders reizen. Diese Untersuchung konnte freilich in der gegenwärtigen Situation und zumal in dem einem Vortrag angemessenen Umfang, der u. a. auch zum Verzicht auf eine Auseinandersetzung mit dem älteren einschlägigen Schrifttum zwang, nicht erschöpfend sein. Sie will daher nicht mehr sein als ein Diskussionsbeitrag, ja sie möchte die grundsätzliche Erörterung unserer Fragen überhaupt erst eröffnen.

Es kam dem Verfasser nicht unerwartet, daß ihm nach der Vorlesung Bedenken gegenüber der einen oder anderen der darin vertretenen Thesen geäußert wurden. Gerade diese Bedenken ließen es ihm aber angezeigt erscheinen, den ursprünglichen Wortlaut des Manuskripts möglichst unverändert zu lassen, um den Ausgangspunkt der Diskussion festzuhalten. Hinzugefügt wurden, außer etlichen beim Vortrage aus Zeitmangel weggelassenen Stellen, nur die Ausführungen zu den dem Verfasser erst nachträglich bekanntgewordenen Schriften von *Grewe* (Rechtsgutachten über Art. 41 der hessischen Verfassung) und *Spanner* (Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen).

Stuttgart, im September 1951

O. B.

INHALT

I. Ungültige Verfassungsnormen und richterliche Prüfungszuständigkeit als verfassungsrechtliches Problem	7
II. Die bisherigen Äußerungen in Rechtsprechung und Schrifttum	11
1. Die Rechtsprechung	12
2. Das Schrifttum	16
3. Äußerungen im Bundestag	24
III. Der Verfassungsbegriff	25
1. Verfassung im formellen und im materiellen Sinn	25
2. Verfassung und übergesetzliches Recht	27
IV. Die verschiedenen Möglichkeiten verfassungswidriger (ungültiger) Verfassungsnormen	32
1. Verletzung der geschriebenen Verfassung	33
a) Verfassungswidrigkeit illegaler Verfassungsnormen	33
b) Verfassungswidrigkeit verfassungsändernder Gesetze	35
c) Verfassungswidrigkeit von Verfassungsnormen wegen Widerspruchs zu Verfassungsnormen höheren Ranges	36
d) Verfassungswidrigkeit durch „Artwandel“ von Verfassungsnormen. Außerkrafttreten ohne ausdrückliche Bestimmung	39
e) Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen verfassungsrechtlich positiviertes übergesetzliches Recht	42
2. Verletzung ungeschriebenen Verfassungsrechts	43
a) Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen die ungeschriebenen Konstitutionsprinzipien des Verfassungssinnes	43
b) Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen Verfassungsgewohnheitsrecht	44
c) Verfassungswidrigkeit (Ungültigkeit) wegen Verstoßes gegen nicht positiviertes übergesetzliches Recht	45
3. Andere Möglichkeiten verfassungswidriger (ungültiger) Verfassungsnormen	45
V. Die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber Verfassungsnormen	47
1. Abgrenzung nach dem grundgesetzlichen Wortlaut	47
2. Abgrenzung aus dem Wesen der richterlichen Prüfungszuständigkeit	49
3. Ergebnis: Zuständigkeit der Verfassungsgerichte zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit (Gültigkeit) von Verfassungsnormen	57
VI. Exkurs: Zwei Einzelfragen	59
1. Verfassungsgerichtliches Entscheidungsmonopol für die Feststellung des Außerkrafttretens von Verfassungsnormen	59
2. Kein verfassungsgerichtliches Entscheidungsmonopol für die Feststellung der Vereinbarkeit deutschen Rechts mit Besatzungsrecht	60

BERICHTIGUNGEN

Seite 34 Zeile 6 von oben: Gültigkeit *des* Art. 41.

Seite 38 Zeile 3 und 4 von oben: in ihrer Rechtsstaatlichkeit *nicht* angezweifelte Verfassungen.

Verfasser der am Anfang der Anmerkung 57 (Seite 29) zitierten Abhandlung ist *Karl Peters*.

I.

Ungültige Verfassungsnormen und richterliche Prüfungszuständigkeit als verfassungsrechtliches Problem

Der Bestand einer Verfassung hängt in erster Linie davon ab, wie weit sie ihrer Integrationsaufgabe gegenüber der von ihr verfaßten Gemeinschaft gerecht wird. Ein noch so vollständiger gerichtlicher Schutz wird eine Verfassung, die diese Aufgabe verfehlt, nicht retten können, wie auch umgekehrt das Fehlen eines gerichtlichen Schutzes einer Verfassung mit echter Integrationswirkung nicht abträglich zu sein braucht. Dennoch wird man die Bedeutung eines umfassenden gerichtlichen Schutzes der Verfassung, wie ihn das Bonner Grundgesetz und das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1951 (BGBl. I S. 243) in einem bisher in Deutschland nicht gekannten Ausmaße konstituiert haben, nicht gering veranschlagen dürfen, und es ist in einem gewaltenteilenden Staate – freilich *nur* in einem solchen – durchaus folgerichtig, daß dieser Schutz auch und sogar in besonderem Maße gegenüber der *Legislative* gewährt wird. Die Tatsache, daß es gerade ein Akt der Legislative – das sog. Ermächtigungsgesetz – war, der die Verfassung der Weimarer Republik endgültig und unter scheinbarer Wahrung der Legalität aus den Angeln gehoben hat, mag dazu beigetragen haben, dem Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung gerade gegenüber dem Gesetzgeber eine außerordentliche Machtfülle einzuräumen. Die Verfassungsrechtsprechung kann selbst in erheblichem Maße dazu beitragen, die integrierende Funktion der Verfassung lebendig werden zu lassen.

Eine Betrachtung der einschlägigen Normen des Grundgesetzes

(GG) – Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 100 – legt die Annahme nahe, der Grundgesetzgeber habe bei der Prüfung von Rechtsnormen auf ihre „Verfassungsmäßigkeit“ in erster Linie, wenn nicht sogar ausschließlich, an die Prüfung von Rechtsnormen *unterhalb* der als Maßstab dienenden Verfassung auf ihre Vereinbarkeit mit Verfassungsnormen gedacht; sei es von einfachen Landesgesetzen auf ihre Übereinstimmung mit der betreffenden Landesverfassung, sei es von Landesrecht (einschließlich des Landesverfassungsrechts) sowie von einfachen Bundesgesetzen auf die Übereinstimmung mit dem Grundgesetz. Dennoch ist auch eine „Verfassungswidrigkeit“ von Verfassungsnormen (ein und derselben Ebene) denkbar, und auch sie kann nicht schlechthin von der gerichtlichen Prüfung ausgenommen sein. Das ergibt sich schon daraus, daß das Grundgesetz in Art. 79 Abs. 3 einige seiner Vorschriften für unabänderlich erklärt. Würde etwa trotzdem eine derartige Änderung – bewußt oder auch unabsichtlich infolge einer Verkennung der Tragweite der ändernden oder der für unabänderlich erklärten Norm – in der Form eines verfassungsändernden Gesetzes beschlossen und verkündet, so nähme die ändernde Norm für sich in Anspruch, selbst wirksame Verfassungsnorm zu sein; und doch wäre sie gleichzeitig, an der bisherigen „unabänderlichen“ Verfassungsnorm gemessen, verfassungswidrig. Ich sehe keinen Grund, warum nicht auch in einem solchen Falle das Bundesverfassungsgericht sollte angerufen werden können; andernfalls entfele eine seiner wesentlichsten Funktionen als Hüter der Verfassung, und auch der Wortlaut der Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 100 Abs. 1 spricht nicht dagegen, denn „Bundesrecht“ bzw. „Gesetz“ ist auch ein grundgesetzänderndes Gesetz¹. Weiterhin zeigen die zahlreichen schon vorliegenden Erörterungen in Schrifttum und Rechtsprechung zu der Frage, ob eine Norm des Grundgesetzes grundgesetzwidrig oder eine Landesver-

¹ A. A. offenbar – ohne erkennbaren Grund – *Dreher* in NJW 1951, 377. Wie hier v. *Mangoldt*, Komm., 3 zu Art. 79 GG, wenn er von der „starken praktischen Bedeutung“ spricht, die Art. 79 Abs. 3 „auf Grund von Art. 93, 100 GG durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erhalten kann“. Ebenso, für Art. 131 der hess. Verfassung: *Grewe*, Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit des Art. 41 der hess. Verfassung (als Manuskript gedruckt, 1951) S. 7.

fassungsnorm landesverfassungswidrig sei – wobei des öfteren auch die Frage der Ungültigkeit solcher Normen wegen Verstoßes gegen *übergesetzliches* Recht (vorstaatliches, überstaatliches, überpositives Recht, Naturrecht ²) mit einbezogen wurde –, daß die Frage nach der Möglichkeit und Beurteilung verfassungswidriger oder überhaupt ungültiger Verfassungsnormen in der Tat ein wichtiges und aktuelles verfassungsrechtliches Problem darstellt. Zu unterscheiden sind dabei die *materiellrechtliche* Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Verfassungsnorm verfassungswidrig oder – sofern dies nicht mit unter den Begriff der Verfassungswidrigkeit fällt – wegen Verstoßes gegen übergesetzliches Recht ungültig sein kann, und die *prozessuale* Frage nach einer diesbezüglichen richterlichen Prüfungsbefugnis, insbesondere der Verfassungsgerichte.

Als unproblematisch können wir aus unserer weiteren Untersuchung ausscheiden – und zwar sowohl in materiellrechtlicher wie in prozessualer Hinsicht – die wegen eines Verstoßes gegen das Grundgesetz etwa verfassungswidrigen Verfassungsnormen der *Länder*. Ihre materielle Beurteilung richtet sich nach der Kollisionsnorm des Art. 31 GG, und die prozessuale Einbeziehung ihrer Prüfung in die Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts gemäß Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG kann wohl Zweifeln nicht begegnen ³.

Schwieriger ist die Beurteilung einer etwaigen Unvereinbarkeit von Verfassungsnormen der Länder oder des Bundes mit *Besatzungsrecht*. Besteht doch die verfassungsgebende Gewalt von Bund und Ländern vorläufig nur im Rahmen des Besatzungsstatuts und des auf Grund desselben erlassenen oder durch es aufrechterhaltenen Besatzungsrechts, so daß das Besatzungsstatut, in Verwirklichung

² Ich möchte den Ausdruck „Naturrecht“ hier wegen seiner vielfältig verschiedenen Verwendung tunlichst vermeiden. Soweit im Folgenden mangels eines gleich knappen Wortes gelegentlich von „naturrechtswidrigen“ Normen die Rede ist, wird das Naturrecht dabei als edites übergesetzliches *Recht* mit unmittelbarem Geltungsanspruch gegenüber den Normadressaten verstanden, und nicht lediglich als ein regulatives Prinzip für den Gesetzgeber oder als ein *Rechtsgrundsatz* von nur *moralischer* Verbindlichkeit.

³ Vgl. dazu Giese, GG (2. Aufl.), II 7 zu Art. 100.

des aus dem Interventionscharakter der Besatzung hergeleiteten Satzes „cuius occupatio eius constitutio“⁴ selbst wesentlicher Bestandteil der gegenwärtigen westdeutschen Verfassung, gewissermaßen eine Art Oberverfassung darstellt. Die Verfassungsgerichte werden für verpflichtet zu halten sein, jeder deutschen Rechtsnorm und somit auch einer deutschen Verfassungsnorm die Anwendung zu versagen, wenn sich bei der inzident vorzunehmenden Prüfung ihre Unvereinbarkeit mit Besatzungsrecht ergibt; das folgt aus der fehlenden richterlichen Prüfungsbefugnis gegenüber der Geltung des Besatzungsrechts (Art. 3 Abs. 1 AHKG 13). Eine andere Frage ist es aber, ob die Verfassungsgerichte nicht nur eine solche *Inzidentprüfung* vornehmen, sondern auch mit der Frage der Gültigkeit deutscher Rechtsnormen im Hinblick auf ihre Unvereinbarkeit mit dem Besatzungsrecht als *Hauptfrage* befaßt werden können; ob also insbesondere eine gegen Besatzungsrecht verstoßende Rechtsnorm „verfassungswidrig“ im Sinne des Art. 100 Abs. 1 GG ist. Der gesetzliche Wortlaut spricht *gegen* eine solche Annahme. Dagegen würde aus der Tatsache, daß ein deutsches Gericht über die Vereinbarkeit deutschen Rechts mit Besatzungsrecht natürlich nicht mit einer auch die *Besatzungsmächte* bindenden Wirkung entscheiden kann, *kein* Einwand gegen eine solche Entscheidungsbefugnis der Verfassungsgerichte hergeleitet werden können. Denn es bliebe durchaus die Möglichkeit, die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit wenigstens mit Wirkung gegenüber *deutschen* Behörden und Gerichten verbindlich festzustellen, wie ja das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 2 GG auch verbindlich über den Vorrang *völkerrechtlicher* Regeln vor deutschen Gesetzen entscheidet; auch diese Entscheidung kann selbstverständlich nur *innerstaatliche* und keine völkerrechtliche Verbindlichkeit, nur Rechtskraftwirkung „nach unten“, nicht aber „nach oben“ beanspruchen. – Ein näheres Eingehen auf die vorstehend nur angedeutete Problematik muß hier wegen der notwendigen thematischen Beschränkung jedoch unter-

⁴ *Ipsen*, Über das GG, S. 25 f.; vgl. auch dort S. 28 ff.

bleiben; am Schlusse unserer Untersuchung wird noch kurz darauf zurückzukommen sein.

Wir beschränken die Frage nach der Möglichkeit verfassungswidriger (ungültiger) Verfassungsnormen und nach der Zuständigkeit der Verfassungsgerichte zur Entscheidung darüber somit auf die Frage, ob die Verfassungsnormen eines bestimmten Gemeinwesens – in concreto: des Bundes oder eines Landes – im Widerspruch zur Verfassung eben *dieses* Gemeinwesens stehen können; ob also innerhalb *eines und desselben* Gemeinwesens und nur unter Abstellung auf *dessen* Rechtsordnung eine Verfassungsnorm verfassungswidrig sein kann, und ob die zuständigen Verfassungsgerichte zur Entscheidung über einen derartigen Widerspruch berufen sind. Dabei ist die Frage nach der Beurteilung sog. „naturrechtswidriger“, d. h. gegen übergesetzliches Recht verstoßender Verfassungsnormen nicht nur wegen ihrer großen praktischen Bedeutung, sondern auch wegen der Tatsache der durch die neuen deutschen Verfassungen selbst erfolgten „Positivierung übergesetzlichen Rechts“⁵ und der dadurch flüssig gewordenen Grenze zwischen Verfassungswidrigkeit und Naturrechtswidrigkeit in die Erörterung einzubeziehen.

II.

Die bisherigen Äußerungen in Rechtsprechung und Schrifttum

Betrachten wir zunächst – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die bisher vorliegenden Stellungnahmen zur „Verfassungswidrigkeit“ oder zu einer aus anderen Gründen hergeleiteten „Ungültigkeit“ von Vorschriften der neuen deutschen Verfassungen, so fällt auf, daß dabei fast ausschließlich auf die Frage der diesbezüglichen richterlichen Prüfungszuständigkeit⁶ abgestellt wird. Das ist ver-

⁵ Vgl. dazu *Württ.-Bad. VGH*, DRZ 1950, 566; *Mallmann*, JZ 1951, 245.

⁶ Herkömmlicher ist der Ausdruck „richterliches Prüfungsrecht.“ Er ist aber schief: vgl. *Morstein Marx*, Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes (Berlin 1927) S. 2; *Ipsen* in DV 1949