

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 628

**Instrumente
der Einpassung neuen Rechts
in die Rechtsordnung**

(unter besonderer Berücksichtigung
der Unberührtheitsklauseln)

Von

Markus Böckel



Duncker & Humblot · Berlin

MARKUS BÖCKEL

**Instrumente der Einpassung
neuen Rechts in die Rechtsordnung**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 628

Instrumente der Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung

**(unter besonderer Berücksichtigung
der Unberührtheitsklauseln)**

Von

Markus Böckel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Böckel, Markus:

Instrumente der Einpassung neuen Rechts in die
Rechtsordnung : (unter besonderer Berücksichtigung
der Unberührtheitsklauseln) / von Markus Böckel. —
Berlin : Duncker und Humblot, 1993

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 628)

Zugl.: Trier, Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-07622-2

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme und Druck:

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-07622-2

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1992 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen.

Die Arbeit befaßt sich mit der Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung. Dieser Aufgabe begegnet der Gesetzgeber sowohl bei Rechtsänderungen als auch bei vollkommen neuem Recht. In Wirklichkeit ist aber auch jedes neue Recht in gewisser Weise Rechtsänderung, weil der Gesetzgeber nie auf gänzlich ungeregelte Rechtsgebiete trifft. In welcher Weise und mit welchen Techniken der Gesetzgeber diese Aufgabe vollzieht, ist bislang — soweit ersichtlich — noch nicht umfassend behandelt worden. Eine derart umfassende und erschöpfende Behandlung des Themas kann auch die vorliegende Untersuchung nicht leisten. Sie kann allerdings der Anstoß für weitergehende Untersuchungen sein.

Die Arbeit wurde von Herrn Prof. Dr. Michael Kloepfer betreut. Er hat auch die Bearbeitung dieses Themas angeregt. Hierfür sowie für die Möglichkeit, an seinem Lehrstuhl an der Universität Trier als Assistent mitarbeiten zu können, danke ich ihm herzlich. Herrn Prof. Dr. Gerhard Robbers bin ich zu Dank verpflichtet für die überaus zügige Zweitbegutachtung der Arbeit.

Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet, die meine gesamte Ausbildung wie auch die Höhen und Tiefen eines Doktoranden mit Verständnis und großer Unterstützung begleitet haben.

Kaiserslautern, im Juni 1992

Markus Böckel

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Problemdarstellung	11
B. Grundlagen der Einpassung neuen Rechts	15
I. Der Anlaß zur Gesetzesänderung	15
1. Vorbemerkungen	15
2. Gründe für Gesetzesänderungen	15
II. Einhaltung rechtsdogmatischer Regeln bei Gesetzesänderungen	17
1. Ableitung der Dogmatik	17
2. Versuch einer Bestimmung des Begriffs „Rechtsdogmatik“	19
3. Verbindlichkeit von Rechtsdogmatik	19
4. Rechtsdogmatik als Mittel zur Einpassung neuen Rechts	20
a) Beispiele für „Anlehnen“	21
b) Beispiele für Einhalten eines bestehenden „Systems“	21
c) Gleiche Rechtsfolgen und Wertungen bei vergleichbaren Regeln	22
d) „Binnenrechtsvergleichung“	22
e) Gleiche Begrifflichkeit	23
5. Vernetzung von Gesetzeswerken	23
III. Lösung von Gesetzes- / Normkollisionen	23
1. Vorbemerkungen	23
2. Allgemeine Kollisionsregelungen	24
a) Lex superior derogat legi inferiori	25
b) Lex posterior derogat legi priori	25
c) Lex specialis derogat legi generali	26
d) Konkurrenzen zwischen den Kollisionsregelungen	26
3. Normierte Kollisionsregeln	28
a) Verfassungsrecht	28
aa) Art. 31 GG	28
bb) Art. 25 GG	29
b) Einfaches Recht	29
4. Verhältnis selbständiger Rechtsquellen	30
IV. Harmonischer Einbau neuen Rechts	30
1. Vorbemerkungen	30
2. Zur Garantie von Rechtsgleichheit	31
a) Materielle Rechtsgleichheit	31
b) Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	31

3. Selbstbindungen des Gesetzgebers	32
a) Bindung an das System der Rechtsordnung	32
aa) Rechtsprechung	32
bb) Literatur	33
cc) Beispiele für Systemwidrigkeiten	35
b) Bindung als Folge der Verpflichtung zur Kontinuität	36
c) Bindung unter Rückwirkungsgesichtspunkten	37
4. Das Gesetz als Vertrauensgrundlage	39
V. Der Zeitpunkt der Einpassung	40
C. Gesetzgeberische Instrumente der Einpassung neuen Rechts	42
I. Schaffung von Übergangsrecht	42
1. Vorbemerkungen	42
2. Anspruch auf Übergangsregelungen?	43
a) Rechtsprechung	43
b) Schrifttum	44
3. Formelles Übergangsrecht	45
4. Materielles Übergangsrecht	45
5. Instrumente zur Lösung übergangsrechtlicher Probleme	46
a) Zeitbezogene Regelungen	47
aa) Stichtagsregelungen	47
bb) Zeitpunkt des Inkrafttretens von Gesetzen	48
cc) Befristungen in Gesetzen	50
b) Optionsrecht zwischen altem und neuem Recht bzw. „Meistbegünstigungsklausel“	51
aa) Optionsrecht	51
bb) Meistbegünstigungsklausel	51
c) (Unbefristete) Fortgeltung alten Rechts	51
d) Härteklauseln	53
e) Regelungen „auf Vorrat“	53
II. Informationen über neues Recht / Gesetzesankündigung	54
1. Allgemeines	54
2. Bedeutung	54
3. Verfassungsrechtliche Problematik	55
III. Anpassungsgesetzgebung	56
IV. Der Erlaß von Einführungsgesetzen	56
1. Ausdehnung der räumlichen Geltungskraft eines Gesetzes	56
2. Einführungsgesetze zur Einpassung neuen Rechts	58
V. Einpassung durch Vorschaltgesetzgebung	59
VI. Einpassung neuen Rechts durch unbestimmte Rechtsbegriffe	62
VII. Einpassung neuen Rechts durch Verweisungen	63
1. Entlastung von Vorschriften	63
2. Einpassung durch Verweisungen	63
VIII. Vorrangregelungen	64
IX. Einpassung durch experimentelle Gesetzgebung	65

D. Mangelhafte bzw. fehlende Einpassung neuen Rechts	67
I. Sog. „Angstklauseln“	67
II. Einzelfälle	68
1. Sog. „Paketgesetze“	68
2. § 41 Abs. 3 GenTG	68
3. Art. 144 Abs. 2 GG	68
E. Die Unberührtheitsklauseln	70
I. Begriffsabgrenzung	70
1. „unberührt“, „nicht berührt“	70
2. „unbeschadet“	71
3. „überlassen“	72
4. „behält sein Bewenden“ / „verbleibt es ...“	72
5. Arbeitsbegriff „Vorbehalt“	73
II. Rechtsprechung zu Unberührtheitsklauseln	73
1. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen	73
2. Zusammenfassung	76
III. Begriffsklärung der Unberührtheitsklauseln	77
1. Durchsetzung der unmittelbaren Verfassungsgeltung („Vorrang der Verfassung“)	77
2. Klärung des Bund-Länder-Verhältnisses	79
a) Vorbehalt einer Detailregelung	79
b) Vorbehalt im Sinne einer Ermächtigung nach Art. 71 GG	82
aa) Ermächtigung zur Rechtsetzung	82
bb) Beispiele	83
cc) Andere Abgrenzungsmöglichkeit	85
dd) Grundsatz der Bundestreue	86
c) Vorbehalt zur Kompetenzabgrenzung im Bund-Länder-Verhältnis	86
d) Weitergeltung von Landesrecht und Befugnis zu dessen Änderung	88
e) Klarstellung der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für ein Rechtsgebiet	89
f) Respektierung von Befugnissen der Gemeinden	90
3. Unberührtheitsklauseln zur Normierung allgemeiner Kollisionsgrundsätze	90
a) Anwendbarkeit allgemeiner Kollisionsgrundsätze	90
b) Umkehrung der lex-superior-Regel	91
4. Zur Klärung des Verhältnisses zu anderen Gesetzen (Gesetzeskonkurrenz)	92
a) Möglichkeiten der Bezugnahme	92
b) Bedeutung	93
aa) Klarstellung der Eigenständigkeit anderer Rechtsbereiche ...	93
bb) Vorrangregelung	94
cc) Kumulative Anwendung zweier Vorschriften	96
dd) Ausschluß der Einwirkung auf andere Rechtsbereiche	96

5. Verhältnis von Vorschriften des gleichen Gesetzes	97
a) Konstituierung einer Auffang- bzw. Ausnahmenvorschrift	97
b) Klarstellung einer nicht abschließenden Regelung	98
c) Ergänzungsfunktionen	99
6. Zur Umsetzung des Prinzips der „Einheit der Rechtsordnung“	100
7. Ausklammern von Rechtsmaterie aus einer umfassenden Kodifikation	102
8. Verhältnis zu Vertragswerken mit außerstaatlichen Stellen	102
9. Tatbestandsmodifikationen	104
a) Rechtserweiterung	104
b) Rechtsbeschränkung	104
10. Ausdrücklicher Ausschluß einer Rückwirkung / Schutz wohlerworbener Rechte	106
11. Geltungsbeschränkende Unberührtheitsklauseln	107
IV. Abgrenzung zur Technik der Verweisungen	107
V. Verfassungsrechtliche Aspekte	109
1. Rechtsstaatsprinzip	109
a) Normenklarheit	109
b) Bestimmtheitsgrundsatz	111
c) „Offene Normen“	112
2. Sorgfältige Einpassung neuen Rechts als Forderung des Rechtsstaatsprinzips?	112
F. Zusammenfassung	114
Literaturverzeichnis	121

A. Einleitung und Problemdarstellung

(1) Rechtsetzungsvorhaben finden in ihrem Regelungsbereich zumeist bereits Recht gleichen oder auch niedrigeren Ranges vor. Man wird daher richtigerweise eher von *Rechtsänderungsvorhaben* reden müssen¹. Die Anpassung an das bestehende Recht ist aber nicht nur bei Rechtsänderungen nötig. Sogar Gesetze, die eine Materie erstmals regeln, können nicht isoliert betrachtet werden, sondern erfordern diese Einpassung². Die Normierung bisher noch nicht geregelter Sachgebiete ist heute allerdings seltener, weil es solche Gebiete kaum mehr gibt³. In der Regel geht es darum, Rechtsänderungen in bereits bestehende Strukturen und Rechtsordnungen einzufügen. Und so ist das Änderungsgesetz heute auch das typische Gesetz⁴. Bei dieser Arbeit hat der Gesetzgeber danach zu trachten, Regelungen zu treffen, die auf dem alten Recht aufbauen, dieses ergänzen und sich problemlos einfügen⁵. Häufig sind dabei bestimmte Instrumente der Einpassung neuen Rechts unerlässlich, wie etwa übergangsrechtlicher Regelungen, die die kollidierenden Rechtsordnungen (also die alte und die neue) verbinden, Widersprüche entschärfen oder vermeiden, Regelungen angleichen etc.⁶. Allerdings läuft diese Aufgabe des Gesetzgeber in der Praxis nicht selten „schief“⁷.

¹ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Arbeitshilfe 2 (AH 2), Rechtsänderungstechnik*, S. 4.

² Noll, S. 76: „Aufs Ganze der Rechtsordnung bezogen, ist Gesetzgebung immer nur Rechtsänderung, nie totaler Neubeginn. Gesetzgebung geschieht nie im rechtsleeren Raum“. Vgl. auch Hotz, *St. Galler Festgabe*, S. 297 ff., 307 f. Im übrigen sind nicht alle Gesetze, die sich nicht als „Änderungsgesetze“ bezeichnen, auch tatsächlich neu; Schulze-Fielitz, S. 202 f.

³ Zur Zukunft des Kodifikationsgedankens vgl. an dieser Stelle K. Schmidt, an versch. Stellen; Schulze-Fielitz, *DÖV* 1988, S. 758 ff., 763.

⁴ Kloepfer, *JZ* 1984, S. 685 ff., 688 f. sowie ders., in: Hill (Hrsg.), *Zustand und Perspektiven*, S. 187 ff., 188; zum Verhältnis neugeschaffener Gesetze zu Änderungsgesetzen (allerdings nur bis 1968) Hasskarl, *DÖV* 1968, S. 558 ff., 560.

⁵ Schmidt-Jortzig, in: *Bonner Kommentar*, Art. 76 Rn. 234

⁶ Hotz, *St. Galler Festgabe*, S. 297 ff., 307.

⁷ Prümm, *ZG* 1991, S. 78 ff., 79; am Beispiel der schweizerischen Gesetzgebungspraxis zeigt dies Fleiner-Gerster, *FS Eichenberger*, 1982, S. 493 ff., 497 f. Fliedner, *ZG* 1991, S. 40 ff., 50, verweist auch auf die ökonomische Dimension dieses Problems. Zum Phänomen des Negativgesetzgebers Th. Ellwein, *DVBl.* 1984, S. 255, 258 f.: Der nominelle Gesetzgeber hat im normalen Gesetzgebungsverfahren überhaupt nicht mehr die Möglichkeit, alle im Zusammenhang mit der Änderung oder dem Neuerlaß eines Gesetzes bewirkten Folgeänderungen bei anderen Gesetzen zu überblicken. Die dazu erforderliche Detailkenntnis hat nur die Bürokratie, in deren Hand sich entscheidet, was in den geänderten Gesetzen gültig bleibt. Infolgedessen hat der Gesetzgeber auch oft gar nicht mehr die Möglichkeit einer sorgfältigen Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung.

(2) Soweit ersichtlich, ist der Gedanke der Einpassung neuer Regelungen in die bestehende Rechtsordnung bisher nicht vertiefend behandelt worden⁸. *Georg Müller* hat sich in einer kürzeren Abhandlung mit der Frage beschäftigt, wie neue Rechtsnormen in die bestehende Rechtsordnung einzufügen seien und hat dabei beklagt, daß dieser — für das Gesetz „lebenswichtigen“⁹ — Frage bisher zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet wurde¹⁰. Er geht zunächst von der bestehenden Rechtsordnung als „Reale“¹¹ aus, an der sich neues Recht bis zu einem gewissen Grade zu orientieren habe, ohne aber seine Rolle als „Schrittmacher“ für geänderte Wertvorstellungen zu verlieren. Ziel der richtigen Einpassung neuer Vorschriften schließlich sei die Herstellung von Widerspruchsfreiheit zwischen neuem und geltendem Recht und die Übereinstimmung in den Zielen der neuen und der alten Regelung¹². Darüber hinaus beschäftigt sich *Georg Müller* mit Mitteln und Methoden der geforderten Harmonisierung neuer und alter Regelungen, insbesondere mit dem Übergangsrecht¹³.

Anhand eines praktischen Beispiels behandelt *Eberhard Baden* die Einpassung neuer Vorschriften in die Rechtsordnung¹⁴. Er unterstellt — schon der Überschrift nach zu urteilen — diese Frage dem Problem der Systemgerechtigkeit. Denn er weist nach, daß es sich bei der Einfügung des Begriffs der Erwerbsverpflichtung in § 313 BGB um „einen Fall nicht systemgerechter Einpassung in das bestehende Gesetzeswerk“ handelt¹⁵. Die Frage der Einpassung neuer Rechtsnormen in die Rechtsordnung ist sicher auch, aber nicht alleine, eine Frage der Systemgerechtigkeit.

(3) Es ist als Vorfrage zunächst zu prüfen, welchen Bindungen der Gesetzgeber durch die bestehende Rechtsordnung im Rahmen seiner Befugnis zur Rechtsetzung unterliegt. Diese Bindung, sofern sie denn bestehen sollte, könnte damit erklärt werden, daß die Rechtsordnung ein Spiegelbild der sozialen Wirklichkeit ist. Stünde es aber im Belieben des Gesetzgebers, unabhängig und abweichend von bestehenden Rechtsstrukturen neues Recht zu setzen, so käme dies einer Mißachtung dieser sozialen Wirklichkeit gleich¹⁶. Im übrigen wird auch immer wieder die Bedeutung des Rechts bei der Gestaltung der Gesellschaft betont.

⁸ Vgl. aber den Hinweis von Krause, in: Götz / Klein / Starck, S. 356, auf die schwedische Gesetzgebungspraxis.

⁹ Hufen, VVDStRL 47 (1988), S. 142 ff., 148.

¹⁰ G. Müller, in: Eichenberger et al. (Hrsg.), S. 369 ff.

¹¹ G. Müller, in: Eichenberger et al. (Hrsg.), S. 370; vgl. im übrigen auch Fußn. 16.

¹² G. Müller, in: Eichenberger et al. (Hrsg.), S. 370 ff.

¹³ G. Müller, in: Eichenberger et al. (Hrsg.), S. 372 ff.

¹⁴ Baden, in: Schäffer / Triffterer (Hrsg.), S. 234 ff.

¹⁵ Baden, in: Schäffer / Triffterer (Hrsg.), S. 234 ff., 238.

¹⁶ Jermann, in: Eichenberger u.a. (Hrsg.), S. 189 ff., 201: „Die bestehende Rechtsordnung als Reale der Gesetzgebung“. Auf das geltende Recht als Determinante im Gesetzgebungsprozeß weisen in der gleichen Schrift auch Bally u.a., Politik als Determinante im Gesetzgebungsprozeß, S. 239 ff., hin.

Läßt sich aber eine Gesellschaft durch unsystematische Normen überhaupt gestalten¹⁷? Dabei sind möglicherweise gewisse rechtsdogmatische Hilfsmittel von Bedeutung, auf die zunächst einzugehen ist.

(4) Die Untersuchung will sich, wie die obigen Ausführungen schon zeigen, auf die gesetzgeberischen Möglichkeiten der Einpassung neuen Rechts beschränken. Damit soll aber nicht verschwiegen werden, daß sowohl der Exekutive als auch der Judikative eine erhebliche Bedeutung bei der Einpassung neuen Rechts zukommt. Die Verwaltungsbehörden haben an dieser Aufgabe insoweit Anteil, als sie mit den Mitteln der gesetzeskonformen Auslegung von Rechtsbegriffen automatisch neues Recht im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung anwenden und damit in diese einpassen. Insbesondere aber die Rechtsprechung wird Schwächen oder bewußte Unklarheiten des Gesetzgebers bei der Normgestaltung durch harmonisierende Einpassung der Regelungen in die Rechtsordnung ausgleichen müssen¹⁸ — ohne allerdings den gesetzgeberischen Kompetenzbereich angreifen zu dürfen.

(5) Sodann wird auf die einzelnen Instrumente der Einpassung neuen Rechts einzugehen sein, derer sich der Gesetzgeber bedient. Dazu gehören auch die sog. „Unberührtheitsklauseln“¹⁹, von denen deshalb in der Mehrzahl zu sprechen ist, weil es verschiedene Formulierungen (möglicherweise gleichen, aber auch verschiedenen Inhalts) dafür gibt.

Der Begriff „Unberührtheitsklauseln“ ist nicht neu. Als bekanntes normtechnisches Mittel ist er z. B. im Völkerrecht zu finden und hier insbesondere in völkerrechtlichen Verträgen z. B. betreffend die Regelung der Nachkriegsordnung in Deutschland²⁰. Hier haben die Unberührtheitsklauseln²¹ den Vertragsparteien die Möglichkeit gegeben, eigene Rechtsstandpunkte beizubehalten und endgültige rechtliche Regelungen aufzuschieben. Als Regelung der Kollision von Verträgen bietet hier die Unberührtheitsklausel die Möglichkeit für beide Vertragsparteien, ohne wesentliche Abweichung von ihren Standpunkten die zentralen Bestimmungen eines Vertrages einhalten zu können. Unberührtheitsklauseln stellen in diesem Zusammenhang also zunächst einmal ein Mittel zur Lösung eines Konfliktes dar, der durch den inhaltlichen Widerspruch zweier völkerrechtlicher Verträge entstanden ist. Die Konfliktlösung kann nun dergestalt aussehen, daß die Unberührtheitsklausel eine Vorrangregelung trifft, daß sie feststellt, daß die Befolgung

¹⁷ Helsper / Hochrein, ZG 1988, S. 22 ff., 32.

¹⁸ Vgl. z. B. K. Schmidt, S. 70; Säcker, ZHR 148 (1984), S. 153; Martens, ZHR 148 (1984), S. 183.

¹⁹ Vgl. z. B. Kloepfer, VVDStRL 50 (1990), S. 305 ff., 307.

²⁰ Vgl. aus jüngster Zeit aber auch Art. 6 des Vertrages über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland (sog. „Zwei-plus-Vier-Vertrag“), BGBl. II 1990 S. 1317 (vgl. auch BT-Drs. 11/8024).

²¹ Auch als „Nichtberührungsklauseln“ bezeichnet; K. Ipsen, in: Kieler Symposium, S. 83 ff., 85.