

50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg

herausgegeben von
Arnd Koch, Michael Kubiciel,
Ferdinand Wollenschläger und
Wolfgang Wurmnest

Mohr Siebeck

Arnd Koch, geboren 1967, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Risiko- und Präventionsstrafrecht sowie Juristische Zeitgeschichte an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, 2019–2021 Dekan der Juristischen Fakultät

Michael Kubiciel, geboren 1973, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, seit 2019 Direktor des Instituts für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Ferdinand Wollenschläger, geboren 1976, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, seit 2017 Direktor des Instituts für Öffentliches Recht

Wolfgang Wurmnest, geboren 1969, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht sowie Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, seit 2015 Direktor des Instituts für Zivilrecht

ISBN 978-3-16-160998-5 / eISBN 978-3-16-160999-2

DOI 10.1628/978-3-16-160999-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

Fakultätsgeschichte und Juristenausbildung

<i>Herbert Buchner</i> Erinnerungen an die Gründungsphase der Fakultät	3
<i>Volker Behr / Wolfgang Wurmnest</i> 50 Jahre Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg	17
<i>Jörg Neuner</i> Die Fakultäten streiten nicht mehr: Über die Vermarktung von Hörsälen	55
<i>Reiner Schmidt</i> Die Wissenschaftlichkeit der juristischen Ausbildung. Dogmatik, Praxisintegration und die Zukunft	67

Grundlagen des Rechts

<i>Christoph Becker</i> Propter dignitatem hominum – wegen der Würde der Menschen	91
<i>Phillip Hellwege</i> Eine europäische Versicherungsrechtsgeschichte. Ausgangspunkt, Ergebnisse und Perspektiven eines Augsburger Forschungsprojektes	129
<i>Arnd Koch</i> Strafrechtsgeschichte. Institutionalisierung, Entwicklungslinien und Legitimation eines Grundlagenfachs	157
<i>Michael Kubiciel</i> Strafrechtliche Metatheorien	183

<i>Josef Franz Lindner</i> Recht, Gerechtigkeit und Politik. Ein Beitrag zum Rechtspositivismus	203
Entwicklungslinien, aktuelle Fragen und zukünftige Herausforderungen	
<i>Martina Benecke</i> Employees in the Fourth Industrial Revolution	227
<i>Ulrich M. Gassner</i> Künstliche Intelligenz in der Medizin – no human in the loop?	243
<i>Peter Kasiske</i> Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht	273
<i>Johannes Kaspar</i> Friedensschutz durch Strafrecht?	289
<i>Gregor Kirchhof</i> Systemwechsel im Steuerrecht. Zur notwendigen Renaissance der Sollbesteuerung in einem digitalisierten nationalen und internationalen Steuerrecht	319
<i>Martin Kment</i> Umweltschutz auf der Zeitschiene: Vom grauen Himmel über dem Ruhrgebiet bis Big Data	343
<i>Raphael Koch</i> 50 Jahre (Fakultäts-)Geschichte im Spiegel der Zivilprozessordnung	379
<i>Michael Kort</i> Anwendung bürgerlichrechtlicher Normen auf den Unternehmenskauf und deren vertragliche Modifizierung	395
<i>Martin Maties</i> Arbeitsleistung und -lohn während der Pandemie	425
<i>Lena Maute</i> Die Europäisierung des Patentrechts	461

<i>Thomas M. J. Möllers</i>	
Der Bilanzskandal von Wirecard und das Versagen der Finanzbranche	479
<i>Thilo Rensmann</i>	
Die Immunität ausländischer Amtsträger, der Bundesgerichtshof und das Vermächtnis von Nürnberg	513
<i>Matthias Rossi</i>	
Korrektur von Gesetzen durch Korrekturgesetze	541
<i>Christoph Vedder</i>	
Anti-Doping-Recht – global	567
<i>Daniel Wolff</i>	
Festtagstorten, der US-amerikanische Kulturkampf und das Recht ..	623
<i>Ferdinand Wollenschläger</i>	
Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes	651
Genealogie der Lehrstühle	705
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	709

Korrektur von Gesetzen durch Korrekturgesetze

Matthias Rossi

I. Einleitung

In einem zunehmend komplexen Rechtssystem wird eine kohärente und fehlerfreie Gesetzgebung immer schwieriger. Die Einbindung vielfältiger Akteure in die Gesetzgebung ist zwar unter verschiedenen Gesichtspunkten durchaus zu begrüßen – aus rechtsstaatlicher Perspektive verhindert sie eine Machtkonzentration und ihren Missbrauch, aus demokratischer Perspektive steigert sie die Akzeptanz der beschlossenen Regeln, aus legistischer Perspektive stellt sie die Berücksichtigung der notwendigen Sachinformationen sicher. Doch die Fehleranfälligkeit wird mit zunehmender Komplexität des Rechtsetzungsverfahrens eher größer als kleiner.¹ Das gilt allemal für inhaltliche politische Fehler, die auch durch beste Gesetzesfolgenabschätzungen² nicht zu vermeiden und im Übrigen meist eine Frage subjektiver Bewertung sind, das gilt aber auch für formale rechtliche Fehler. Zwar gibt es eine Reihe institutioneller Sicherungen zur Vermeidung von Fehlern, allen voran die Rechtsförmlichkeitsprüfung durch das BMJ, die für Gesetzentwürfe der Bundesregierung durch § 46 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesregierung (GGO) zwingend vorgeschrieben ist.³ Das insoweit maßgebliche Handbuch der Rechtsförmlichkeit⁴ gibt umfassende Empfehlungen zur Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen, die freilich schon wegen ihrer Anzahl und Detailliertheit kaum lesbar sind, immerhin aber auf mögliche Fehlerquellen hinweisen und erkennen lassen, dass Gesetzgebung nicht nur eine Kunst ist, sondern auch einer Technik bedarf.⁵

Dass diese Technik kompliziert ist und nicht immer beherrscht wird, zeigt ein pathologischer Blick auf die zahlreichen Entscheidungen der Verfassungs-

¹ Ähnlich die Einschätzung von *Funk*, in: Festschrift für Rill, 1995, 77 (94); *Hamann* AöR 139 (2014), 447 (449).

² Zur Gesetzesfolgenabschätzung bei Regierungsentwürfen siehe § 44 GGO, näher *Böhret/Konzendorf*, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung, 2001.

³ Zu formalen Vorgaben an Regierungsentwürfe vgl. auch § 42 Abs. 2 GGO mit Anlage 4.

⁴ BMJ (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008.

⁵ Vgl. z. B. *G. Müller/Uhlmann*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. 2013, § 9, 124 ff.

gerichte in Bund und Ländern wie auch des Europäischen Gerichtshofs. Zwar ist zuzugeben, dass die Unvereinbarkeit mit Verfassungs- bzw. mit Unionsrecht mitunter aus einer gerichtlichen Konkretisierung dieser Maßstäbe folgt, die für die Gesetzgeber ex ante nicht immer erkennbar ist. Insofern lässt sich – zumal aus der Perspektive des politischen Gesetzgebers – durchaus von „überraschenden Entscheidungen“⁶ der Verfassungsgerichte sprechen, die aber in einer konstitutionellen Demokratie nur typischer Ausdruck des Ausbalancierens der eher auf Entwicklung gerichteten Macht des Gesetzgebers und der primär auf Bewahrung zielenden Macht der Verfassungsgerichte sind. Doch noch komplizierter scheinen die Anforderungen an den Gesetzgeber zu sein, wenn er von ihm auf den Weg gebrachte Gesetze selbst korrigieren will bzw. muss, wie zwei Beispiele aus jüngerer Zeit demonstrieren.

1. Praxisbeispiele

a) Verfehlte Verweisung: Strafbarkeitslücke im Kapitalmarktstrafrecht

Erinnert sei zunächst an die fehlerhafte Umsetzung kapitalmarktrechtlicher EU-Vorschriften durch das 1. FiMaNoG:⁷ Der Gesetzgeber hatte bei der Umsetzung der Marktmissbrauchsverordnung einen „technischen“ Fehler begangen, weil er alte Bezugsnormen strafrechtlicher Blankettvorschriften zum 2. Juli 2016 hat außer Kraft treten lassen, während die neuen Bezugsnormen erst zum 3. Juli 2016 in Kraft traten. Dies bewirkte eine eintägige Ahndungslücke, die wegen des auch europarechtlich fundierten lex-mitior-Grundsatzes zu einer umfassenden Amnestie hätte führen müssen.⁸

Dieser Fall war und ist nicht nur von immens praktischer Bedeutung, sondern verdeutlicht zugleich, welche Unsicherheiten hinsichtlich der Frage bestehen, wie Fehler bei der Gesetzgebung behoben werden können und wer für die Korrektur zuständig und verantwortlich ist. Denn im Falle des 1. FiMaNoG haben sich die Versuche, den Fehler zu bereinigen, überschritten: Der Bundesgerichtshof wollte dem Gesetzgeber wohl beistehen und hat versucht,

⁶ Freilich nicht im Sinne des allgemeinen, aus dem Recht auf ein faires Verfahren folgenden Prozessgrundsatzes, nach dem Urteile, „die sich ohne vorherigen richterlichen Hinweis auf einen Gesichtspunkt stützen, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nicht zu rechnen braucht“, verboten sind – vgl. BVerfGE 84, 188 (190); 86, 133 (144); 98, 218 (263); jüngst etwa BVerfG, Beschl. v. 13.2.2019 – 2 BvR 633/16, juris, Rn. 23.

⁷ Erstes Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte, BGBl. 2016 I, 1514.

⁸ Vgl. u. a. *Rothenfußler/Jäger*, NJW 2016, 2689; *Lorenz/Zierden*, HRRS 2016, 443; *Klöhn/Büttner*, ZIP 2016, 1801; *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347; *Rossi*, ZIP 2016, 2437; *T. Möllers/Herz*, JZ 2017, 445; *Jahn/Brodowski*, in: Festschrift für Neumann, 2017, 883; *Sajnovits/Wagner*, WM 2017, 1189; *Brand/Hotz*, ZIP 2017, 1453; *Saliger*, WM 2017, 2329 u. 2365; zum Meinungsstand in der Literatur vgl. *Rönnau/Wegner*, in: *Meyer/Rönnau/Veil* (Hrsg.), Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2018, § 28 Rn. 20 m. Fn. 62.

den Fehler durch Leugnen zu bekämpfen: Es habe schlicht keine Regelungslücke gegeben, die nun zu einer Art ungewollter Amnestie führen könne.⁹

Der Gesetzgeber selbst hat dies freilich anders gesehen und wollte seinen Fehler durch ein Korrekturgesetz selbst bereinigen. Er hat sich deshalb im 2. FiMaNoG, dessen Entwurf schon vor dem Beschluss des Bundesgerichtshofs zur Beratung im Bundesrat war, eines Tricks¹⁰ bedient, der in der Vergangenheit – bezogen auf Ordnungswidrigkeiten allerdings nur – erfolgreich war und sogar vor dem Bundesverfassungsgericht Bestand hatte:¹¹ Er hat nicht die Strafbarkeitslücke geschlossen, sondern stattdessen die Berufung auf den *lex-mitior*-Grundsatz rückwirkend ausgeschlossen: Die neu geschaffene Übergangsvorschrift des § 137 WpHG¹² ordnet an, dass Straftaten nach der bis zum Ablauf des 1. Juli 2016 geltenden Fassung abweichend von § 2 Abs. 3 StGB nicht nach dem Entscheidungszeitrecht, sondern nach dem Tatzeitrecht geahndet werden müssen und entsprechende Ordnungswidrigkeiten abweichend von § 4 Abs. 3 OWiG nach dem Tatzeitrecht geahndet werden können.

Die Strafbarkeitslücke bleibt nach der Vorstellung des Gesetzgebers somit auf einen einzigen Tag beschränkt und ist damit praktisch irrelevant; Altfälle hingegen bleiben weiterhin verfolgbar. In der Literatur werden solche Übergangsvorschriften zuweilen als „Interklusionsnorm“ bezeichnet.¹³ Dies ist aus der Perspektive des Gesetzgebers verständlich, weil die Vorschrift spätestens mit Ablauf der Verjährungsfristen der unter Strafe gestellten Tatbestände ihre Bedeutung verliert, gleichwohl unglücklich, weil in dem Begriff etwas Vorübergehendes und Verharmlosendes mitschwingt und in euphemistischer Weise kaschiert wird, dass die Betroffenen dauerhaft vom Recht – in diesem Fall auf Anwendung des *lex-mitior*-Grundsatzes – ausgeschlossen werden,¹⁴ dass also die „Interklusionsnorm“ für sie als „Exklusionsnorm“ wirkt. Un-

⁹ BGH, NJW 2017, 966. Kritisch hierzu Rossi, NJW 2017, 969; *Rothenfuß*, AG 2017, 149; *Panaris*, NStZ 2017, 236; *Szesny*, BB 2017, 515; *T. Möllers/Herz*, JZ 2017, 445; *dies.*, WuB 2017, 311; *Bülte/N. Müller*, NZG 2017, 205; skeptisch auch *Wessing/Janssen*, EWiR 2017, 165; zustimmend *Kudlich*, ZBB 2017, 72; *Brand/Hotz*, NZG 2017, 238 (239).

¹⁰ *Schützendübel*, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012, 89, spricht von einem „geschickten Schachzug“.

¹¹ BVerfGE 81, 132, 135; BVerfG, NJW 2008, 3769 (3770).

¹² Die durch Art. 1 Nr. 12 des 2. FiMaNoG vom 23. Juni 2017, BGBl. 2017 I, 1693, eingefügte Übergangsvorschrift des § 52 WpHG findet sich wegen der in Art. 3 des 2. FiMaNoG zugleich angeordneten neuen Nummerierung des WpHG nun in § 137 WpHG.

¹³ *Schützendübel* (Fn. 10), 93 ff.; *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorität bei Straftatbeständen, 2016, 435; *Saliger*, WM 2017, 2365 (2366).

¹⁴ Zuvor wurde der Begriff – soweit ersichtlich – nur in Bezug auf § 44a VwGO mit der Bedeutung verwendet, dass der Rechtsschutz gegen behördliche Verfahrensbehelfe zurückgestellt sei – vgl. *W. Schmidt*, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, 120; *Eichberger*, Die Einschränkung des Rechtsschutzes gegen behördliche Verfahrenshandlungen, 1986, 75. Diesbezüglich leuchtet der Begriff ein, weil nicht dauerhaft der materielle Anspruch genommen, sondern nur vorübergehend seine Durchsetzbarkeit gehemmt wird.

abhängig von der Bezeichnung ordnet der Gesetzgeber der Sache nach jedenfalls eine rückwirkende Ausnahme von einer im Übrigen allgemein geltenden Regel an, die deshalb sowohl in zeitlicher wie auch in sachlicher Hinsicht¹⁵ nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch europarechtlich gerechtfertigt werden muss, ist der *lex-mitior*-Grundsatz doch in Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh als Grundrecht verankert.

Dass der Versuch des Gesetzgebers, den beim Erlass des 1. FiMaNoG unterlaufenen Fehler durch den rückwirkenden Ausschluss des *lex-mitior*-Grundsatzes im 2. FiMaNoG zu korrigieren, mit Verfassungs- und Europarecht vereinbar ist, muss indes bezweifelt werden. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht eine implizit gegen die Regelung gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen und einen Verfassungsverstoß somit nicht festgestellt.¹⁶ Im Jahr 2021 hätte das Bundesverfassungsgericht den Fall womöglich auch direkt an Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh geprüft. Aber im Jahr 2018 haben sowohl der 1. Senat¹⁷ als auch der 2. Senat¹⁸ noch strikt an der Parallelität von Zuständigkeitsbereich und Prüfungsmaßstab festgehalten und dementsprechend nationale Sachverhalte nicht am Maßstab der Grundrechtecharta überprüft. Doch auch unabhängig von der Frage, ob die Korrektur des 1. FiMaNoG durch das 2. FiMaNoG verfassungs- und unionsrechtskonform ist oder nicht, zeigt das Beispiel jedenfalls, dass dem Gesetzgeber bei der Korrektur von Gesetzen durch Korrekturgesetze Grenzen gezogen sind.

b) Veränderter Verfassungsmaßstab: Bekämpfung von Hasskriminalität

Ein anderes Beispiel betrifft eine andere Fehlerquelle. Während im Falle des 1. FiMaNoG der Gesetzgeber einen formalen (Flüchtigkeits-) Fehler begangen hat, liegt die Ursache für die materielle Fehlerhaftigkeit dieses zweiten Beispiels in einem veränderten Verfassungsmaßstab: Noch während ein vom Bundestag bereits beschlossener Gesetzentwurf seinen weiteren Gang durch das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Verfahren nimmt, veröffentlicht das Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung zu anderen Gesetzen, aus der sich die Verfassungswidrigkeit einiger Bestimmungen des auf den Weg gebrachten Gesetzes ergibt.

¹⁵ Zu diesem doppelten Erfordernis siehe *Rossi*, ZIP 2016, 2437 (2445).

¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat eine implizit gegen das 2. FiMaNoG gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, in der Begründung gleichwohl deutlich gemacht, dass es keinen Verstoß gegen Verfassungsrecht erkennen kann: BVerfG, ZWH 2018, 248 m. Anm. *Schäuble*. Zugleich hat es explizit offengelassen, ob der Ausschluss des *lex-mitior*-Grundsatzes mit Verfassungs- und Unionsrecht vereinbar ist, weil die konkreten angegriffenen Entscheidungen nicht auf diesem Gesetz beruhten (Rn. 31). Kritisch hierzu *Rothenfußer*, AG 2018, 667; *Hammen*, WM 2019, 341 (347); *Gehrmann*, wistra 2018, 366; *Hippeli*, WuB 2018, 388.

¹⁷ Rechtsprechungsänderung durch BVerfG, NJW 2020, 314 (Recht auf Vergessen II).

¹⁸ Rechtsprechungsänderung durch BVerfG, NVwZ 2021, 239 (Ls. 3).

Konkret geht es um das am 19. Dezember 2019 vom Bundestag beschlossene „Gesetz zur Neustrukturierung des Zollfahndungsdienstgesetzes“¹⁹ sowie um das am 18. Juni 2020 beschlossene „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“.²⁰ Beide Gesetze zielen auf Änderungen bzw. Neuerungen in datenschutzrechtlicher Hinsicht, insbesondere der Datenverarbeitung. Das erstgenannte Gesetz soll eine Richtlinie der EU²¹ sowie ein Urteil des BVerfG²² zu Ermittlungsbefugnissen der Behörden umsetzen.²³ Das letztgenannte Gesetz will eine effektivere Strafverfolgung insbesondere von Hasskriminalität mit rechtsextremistischem Hintergrund ermöglichen.²⁴ Es ist ein Artikelgesetz, das insgesamt sieben Gesetze betrifft. Unter anderem soll es die Strafprozessordnung, das Bundeskriminalamtsgesetz, das Telemediengesetz und das Netzwerkdurchsetzungsgesetz ändern. Doch bevor der Bundespräsident das Gesetzgebungsverfahren mit der Ausfertigung und Verkündung abschließen konnte, veröffentlichte das Bundesverfassungsgericht am 17. Juli 2020 einen Beschluss, der die Regelungen über die Übermittlung und den Abruf von sog. Bestandsdaten in § 113 TKG und anderen Gesetzen für verfassungswidrig erklärte.²⁵ Dieser Beschluss betrifft auch Regelungen in dem intendierten Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität. Denn § 100j der neu zu fassenden StPO, § 10 des neu zu fassenden BKAG sowie § 15a des neu zu fassenden TMG entsprechen inhaltlich exakt denjenigen Regelungen, die vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wurden.

Unabhängig von der genauen Reichweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts stand damit außer Frage, dass die intendierten neuen Regelungen der StPO, des BKAG sowie des TMG über die Übermittlung und den Abruf von Bestandsdaten in materieller Hinsicht nicht mit dem Grundgesetz vereinbar sein würden. Sie wären zwar nicht ipso iure verfassungswidrig,²⁶ gleichwohl wäre die Feststellung ihrer Unvereinbarkeit durch das Bundesverfassungsgericht nur eine Frage der Zeit.

¹⁹ BT-Drs. 19/16116.

²⁰ BT-Drs. 19/20163.

²¹ Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. EU L 119/89.

²² BVerfGE 141, 220.

²³ Vgl. BR-Drs. 228/19, 1.

²⁴ BT-Drs. 19/17741, 1.

²⁵ BVerfG, NJW 2020, 2699.

²⁶ Die Reichweite der Urteils kraft bei Verfassungsbeschwerden ist auf das streitgegenständliche Gesetz oder einzelner darin enthaltener Normen beschränkt, vgl. *Hörmig*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, Kommentar, Bd. 2, § 95 Rn. 42, 55 (Stand: 50. EL Januar 2017).

Vor allem aber kam der Bundespräsident in die Bredouille: Sollte er sehen- den Auges ein Gesetz ausfertigen, das in materieller Hinsicht offenkundig verfassungswidrige Regelungen enthielt? Und war es zu rechtfertigen, mit der unterlassenen Ausfertigung des gesamten Artikelgesetzes auch diejeni- gen Normen am Inkrafttreten zu hindern, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden waren und die – wie etwa auch die Änderungen des Netzwerk- durchsetzungsgesetzes – rechtspolitisch so ersehnt wurden? Der Bundesprä- sident entschied sich dafür, das Ausfertigungsverfahren auszusetzen²⁷ und die Bundesregierung in einem internen Schreiben aufzufordern, ein entspre- chendes Änderungsgesetz auf den Weg zu bringen.²⁸ Die Bundesregierung entwarf daraufhin ein „Anpassungsgesetz“,²⁹ das am 28. Januar 2021 vom Bundestag beschlossen wurde.³⁰ Dieses erneut als Artikelgesetz konzipierte Gesetz ersetzt aber nicht etwa die beiden zur Ausfertigung anstehenden Arti- kelgesetze, sondern setzt sie umgekehrt voraus: Art. 15 des Anpassungs- gesetzes hebt zahlreiche Bestimmungen des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität auf. Geplant war, dass der Bundespräsident beide Artikelgesetze zusammen ausfertigt und sie im sel- ben Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden. Zwar verweigerte der Bundes- rat zunächst die notwendige Zustimmung zu dem Gesetz, woraufhin der Vermittlungsausschuss angerufen wurde.³¹ Dessen Beschlussempfehlung³² wurde aber sowohl von Bundestag³³ als auch Bundesrat³⁴ angenommen, so- dass die Gesetze wie geplant gemeinsam verkündet wurden.³⁵ Der Bundes- prääsident hat so zwar bewusst ein in Teilen materiell verfassungswidriges Gesetz ausgefertigt, gleichzeitig aber auch dessen Korrektur in Kraft gesetzt. Auch dieses Beispiel zeigt, dass die Korrektur von Gesetzen durch den Ge- setzgeber schon verfahrenstechnisch ausgesprochen voraussetzungsvoll und damit zugleich fehleranfällig ist.

²⁷ In der Staatspraxis der Bundesrepublik Deutschland setzte Bundespräsident Heuss 1951 die Ausfertigung des sog. „Blitz-Gesetzes“, das die Neugliederung im heutigen Baden- Württemberg betraf, aus, bis ein entsprechendes ergänzendes Gesetz beschlossen wurde.

²⁸ *Janisch*, Steinmeier legt Bundesregierung offenbar Nachbesserung nahe, SZ 8.10.2020, <https://www.sueddeutsche.de/politik/gesetz-hasskriminalitaet-steinmeier-bundesregie- rung-1.5058806> (abgerufen am 29.1.2021).

²⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Regelungen über die Bestandsdatenaus- kunft an die Vorgaben aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 2. Mai 2020, BT-Drs. 19/25294.

³⁰ BT-PIPr. 19/206.

³¹ BR-PIPr. 1000, BR-Drs. 184/21.

³² BT-Drs. 19/27900.

³³ BT-PIPr. 19/219.

³⁴ BR-PIPr. 1002.

³⁵ Gesetz zur Neustrukturierung des Zollfahndungsdienstgesetzes, BGBl. 2021 I 402; Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, BGBl. 2021 I 441; Gesetz zur Anpassung der Regelungen über die Bestandsdatenauskunft an die Vorgaben aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Mai 2020, BGBl. 2021 I 448, 1380.

2. Fehlende Fehlerlehre, keine Korrekturverfahren

Während das erste Beispiel vor allem materielle Grenzen der Korrektur von Gesetzen betrifft, wirft das zweite Beispiel verfahrensrechtliche Fragen der Korrekturgesetzgebung auf. Beide Themen sind in einem Graubereich angesiedelt, der weder rechtlich noch dogmatisch hinreichend durchdrungen ist.

Dies gilt schon für den Auslöser des Korrekturbedarfs, den „Fehler“. Einigkeit herrscht insoweit allenfalls darüber, dass nicht jeder Fehler bei der Gesetzgebung rechtlich relevant ist, schon gar nicht verfassungsrechtlich. Doch von diesem pauschalen Befund abgesehen, gibt es nach wie vor keine allgemeinen und verlässlichen Regeln für den Umgang mit Fehlern bei der Gesetzgebung.³⁶ Unklar ist deshalb etwa, wie Verstöße gegen die Geschäftsordnung eines Bundesorgans sanktioniert sind. Wenn es insofern auch h. M. entspricht, dass sie grundsätzlich unbeachtlich sind, wenn nicht die maßgebliche Norm zugleich von verfassungsrelevantem Inhalt ist, also Verfassungsrecht wiederholt oder konkretisiert,³⁷ bleibt doch die Frage offen, wann eine Norm als eine solche zu qualifizieren ist. Nicht eindeutig zu beantworten ist zudem die Frage, welche Folgen Verstöße gegen (verfassungsrechtliche) Verfahrensregeln nach sich ziehen. Das Bundesverfassungsgericht entzieht einem Gesetz die Gültigkeit nur bei einem Verstoß gegen „zwingendes Verfassungsrecht“ und verlangt zusätzlich, dass der Gesetzesbeschluss auf diesem Verstoß beruhen muss.³⁸ Verfahrensfehler müssten zudem „evident“ sein, um mit Rücksicht auf die im Übrigen gebotene Rechtssicherheit die Nichtigkeit einer Norm zu begründen.³⁹

So gibt es unzählige Beispiele für Gesetzgebungsfehler, darunter auch durchaus gravierende,⁴⁰ die ohne Folgen geblieben sind – meist, weil das Bundesverfassungsgericht nicht angerufen wurde⁴¹ und das Gesetz von der grundsätzlichen Vermutung seiner (auch formellen) Verfassungskonformität

³⁶ Für Rechtsverordnungen s. instruktiv *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, 2007, passim.

³⁷ Vgl. statt vieler *Kersten*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 77 Rn. 119 (Stand: 65. EL April 2012); *Pieper*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2015, § 40 Rn. 203; aus der Rechtsprechung vgl. etwa BVerfGE 44, 308 (315); BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994 – 1 BvR 337/92; E 91, 148 (175).

³⁸ BVerfGE 44, 308 (313).

³⁹ BVerfGE 91, 148 (175).

⁴⁰ Das Vergaberechtsänderungsgesetz etwa sollte in Umsetzung eines EuGH-Urteils eine kartellrechtliche Lösung in das GWB einfügen und dadurch die gerügte haushaltsrechtliche Methode ablösen. Allerdings trat es zeitgleich mit dem Sechsten Gesetz zur Änderung des GWB am 1.1.1999 in Kraft, das seinerseits das (alte) GWB und mit ihm die neuen Regelungen aufhob. Vgl. hierzu einerseits *Paus*, NJW 1998, 3474; und andererseits *Byok*, NJW 1998, 3475.

⁴¹ Insb. zu Zeiten „Großer Koalitionen“ erreichen einzelne Oppositionsfraktionen häufig nicht das von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG verlangte Quorum von einem Viertel der Mitglieder des Bundestages, so dass eine abstrakte Normenkontrolle nur initiiert werden kann, wenn Abgeordnete mehrerer Oppositionsfraktionen sich zusammenschließen.

profitiert,⁴² zuweilen, weil das Gericht politisch-pragmatisch statt rechtlich-dogmatisch entscheidet und „unbegreifliche Milde“⁴³ walten lässt. Dadurch wachsen die Unsicherheiten hinsichtlich der Bedeutung der formalen Vorgaben des Verfassungsrechts, sie drohen an Verbindlichkeit zu verlieren. Dies wirkt umso gravierender, je stärker dem Verfahren eine besondere Legitimierungswirkung oder auch eine besondere Bedeutung für den Grundrechtsschutz⁴⁴ zugesprochen wird. Immer wieder wird deshalb der Ruf nach einem Gesetzgebungsverfahrenrecht oder jedenfalls nach einer gesetzlichen Normierung der Folgen von Gesetzgebungsfehlern laut,⁴⁵ auch wenn umgekehrt bezweifelt wird, dass die gesetzliche Normierung die Ursachen der Probleme verhindern oder diese besser lösen würde.⁴⁶ Doch es hat sich noch nicht einmal eine konsenterte Legislativfehlerlehre herausentwickelt,⁴⁷ von deren Kodifizierung ganz zu schweigen. Selbst das umfassend angelegte wissenschaftliche Werk „Gesetzgebung“⁴⁸ enthält – von wenigen Absätzen zum Berichtigungsverfahren nach § 61 GGO abgesehen⁴⁹ – keine Aussagen zur Korrektur von Gesetzen. Punktuell gibt es freilich sehr frühe Befassungen mit legislativen Fehlern, gerade bezogen auf das Strafrecht, in dem Fehler von weitreichender Bedeutung für die Betroffenen sind.⁵⁰

Diese Außenwirkung gegenüber den Normunterworfenen ist aus rechtlicher Perspektive der entscheidende Maßstab. Sind die fehlerhaft erlassenen Gesetze verfassungskonform und also anwendbar oder sind sie es nicht – das ist regelmäßig die essentielle Frage. Hingegen ist die Fehlerquelle aus (verfassungs-)rechtlicher Perspektive weder in institutioneller Hinsicht („wer ist verantwortlich“) noch in ursächlicher Hinsicht („warum wurde der Fehler begangen“) von Bedeutung. Denn „der Gesetzgeber“ wird regelmäßig anthropomorphisierend als das System verstanden, in dem innerhalb des verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahrens von den unterschiedlichen Beteiligten ein verbindliches Gesetz erlassen wird.⁵¹

⁴² Vgl. hierzu früh BVerfGE 2, 266 (282).

⁴³ So *Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rn. 494 zu BVerfGE 48, 1 (18); in diese Kategorie fällt auch der Nicht-Annahmebeschluss des BVerfG zur Beurteilung des 2. FiMa-NoG, ZWH 2018, 248.

⁴⁴ Vgl. jüngst *Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2016, passim.

⁴⁵ Auch das BVerfG hält eine gesetzliche Regelung insoweit für hilfreich, vgl. BVerfGE 48, 1 (18).

⁴⁶ Skeptisch insofern auch *Schneider* (Fn. 43), Rn. 497.

⁴⁷ Vgl. zu diesem alten Befund jüngst *Hamann*, AöR 139 (2014), 447, 465 ff. Eine neue „Fehlertypenlehre“ unternimmt etwa *Wieckhorst* (Fn. 44), 475.

⁴⁸ Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014.

⁴⁹ *Maassen* in: Kluth/Krings (Fn. 48), § 8 Rn. 113 und *Höfling/Engels*, ebd., § 34 Rn. 8.

⁵⁰ Vgl. *Sontag*, Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers insbesondere auf strafrechtlichem Gebiet, 1874; später *Lindemann*, AöR 14 (1899), 145; *Laband*, Berichtigung von Reichsgesetzen, DJZ 8 (1903), 301; *Lukas*, Das Recht 11 (1907), 669.

⁵¹ *Hamann*, AöR 139 (2014), 447 (449); Zum „Willen des Gesetzgebers“ *Wischmeyer*, JZ 2015, 957.

Gleichwohl sind mögliche Fehlerquellen nicht nur umfassend zu analysieren, um sie künftig vermeiden zu können,⁵² sondern auch, weil sie Aufschluss über die Korrekturverantwortung geben. So können bestimmte Fehler durch die Bundesregierung berichtigt (II.) und andere bei der Anwendung der Gesetze durch Auslegung behoben werden (III.). Wo diese Möglichkeiten nicht bestehen, muss der Gesetzgeber mit Korrekturgesetzen selbst tätig werden, um Fehler rückgängig zu machen (IV.).

II. Berichtigung von Fehlern durch die Bundesregierung

Nach § 61 Abs. 1 GGO darf das federführende Bundesministerium „Druckfehler und andere offenbare Unrichtigkeiten“ weitgehend formlos berichtigen – die Norm sieht allein vor, dass das Bundeskanzleramt über die Berichtigungen zu unterrichten ist und dieses seinerseits „gegebenenfalls die beteiligten Verfassungsorgane“ informiert. Dieses Berichtigungsrecht erstreckt § 61 Abs. 2 GGO auch auf die Zeit nach Verabschiedung eines Gesetzes, bindet es dann immerhin aber an die Einwilligung der Präsidenten von Bundestag und Bundesrat.⁵³ Ein ähnliches Recht räumt § 122 Abs. 3 GOBT dem Präsidenten des Bundestages im Einvernehmen mit dem federführenden Ausschuss ein.

1. Verfahrensökonomie vor verfassungsrechtlichem Verfahren

Das Bundesverfassungsgericht hat das regierungsinterne Berichtigungsverfahren, das überwiegend als kodifiziertes Verfassungsgewohnheitsrecht verstanden wird,⁵⁴ bereits in einem Beschluss aus dem Jahre 1978⁵⁵ und erneut in seinem Urteil zum Lebenspartnerschaftsgesetz aus dem Jahre 2002 für verfassungskonform gehalten⁵⁶ und sich dabei erkennbar von dem Gedanken der Verfahrensökonomie leiten lassen: Es sei mit Blick „auf die Erfordernisse einer funktionsfähigen Gesetzgebung, insbesondere die Arbeitsbelastung der gesetzgebenden Körperschaften, unangemessen und unverhältnismäßig“, „zur Berichtigung eines jeden Fehlers, gleich welcher Art, der sich während des Gesetzgebungsverfahrens eingeschlichen hat, abermals das Ver-

⁵² Zu Fehlerquellen bei der Neubekanntmachung siehe *Klein*, Die Neubekanntmachung von Gesetzen vor dem Hintergrund der staatlichen Konsolidierungspflicht, 2010, 103 ff.

⁵³ Zur Frage, ob dabei die Stamm- oder die Änderungsgesetze zu berichtigen sind, siehe *Klein* (Fn. 52), 147 ff.

⁵⁴ Vgl. z. B. *Schneider* (Fn. 43), Rn. 497 („seit jeher üblich“); *Staats*, ZRP 1974, 183 (185); *Kiefer*, LKRZ 2012, 355 (357); a. A. *Schorn*, Die Berichtigung offenbarer Unrichtigkeiten in Hoheitsakten der Gesetzgebung, 1984, 91.

⁵⁵ BVerfGE 48, 1 (18).

⁵⁶ BVerfGE 105, 313 (335).

fahren nach den Art. 76 ff. GG zu durchlaufen.⁵⁷ Zugleich hat das Gericht aber nicht nur angemahnt, dass „eine gesetzliche Regelung dem Problem besser gerecht würde“,⁵⁸ sondern vor allem den Ausnahmecharakter eines solchen Berichtigungsverfahrens betont: Nur bei einer „offensichtlichen Unrichtigkeit“, die sich nicht allein aus dem Normtext, sondern insbesondere auch unter Berücksichtigung des Sinnzusammenhangs und der Materialien des Gesetzes ergebe, dürfe ein Gesetz durch die Bundesregierung berichtigt werden.⁵⁹

2. Fehlanreize für Fehlervermeidung

Diese Voraussetzung ist zwar nachvollziehbar, führt aber (ungeachtet ihrer Unbestimmtheit) zu der Merkwürdigkeit, dass Fehlerintensität – gemessen an ihrer Erkennbarkeit – und Fehlerfolge – gemessen an den Rechtswirkungen des Gesetzes – in einem merkwürdigen Verhältnis zueinander stehen: Während unter Umständen erst in einem Verfassungsgerichtsverfahren aufgedeckte Verfahrensfehler regelmäßig zur Verfassungswidrigkeit, ja zur Nichtigkeit des Gesetzes führen,⁶⁰ sollen offenkundige Fehler nur die Befugnis zur Berichtigung auslösen. Das wirft nicht nur die Frage auf, wann ein Fehler offenkundig ist, sondern vorgelagert schon die Frage, wann überhaupt ein Fehler vorliegt.

Zum Teil wird eine Typisierung der möglichen gesetzgeberischen Fehler anhand der Lehre von der Willensbildung vorgenommen und dementsprechend zwischen Fehlern bei der Willensbildung (Motivirrtümer, Abstimmungsversehen etc.) und solchen bei der Willensäußerung (Inhalts- oder Erklärungsirrtümer) unterschieden, wobei bei letzteren in zeitlicher Hinsicht zwischen Redaktionsversehen, Ausfertigungsversehen und Publikationsversehen differenziert wird und bei den praktisch relevantesten Redaktionsversehen noch einmal einfache von qualifizierten Versehen unterschieden werden.⁶¹ Diese Unterscheidung ist ebenso folgenreich wie unmöglich: Folgenreich ist sie, weil sie die Grenze zwischen der Berichtigung in einem vereinfachten Verfahren und der Korrektur durch ein förmliches Änderungsgesetz markieren soll, und unmöglich ist sie, weil allgemeingültige Aussagen zur Differenzierung von einfachen und qualifizierten Redaktionsfehlern

⁵⁷ BVerfGE 48, 1 (18).

⁵⁸ BVerfGE 48, 1 (18). In der Schweiz etwa sind die Redaktionskommission und deren Befugnisse gesetzlich normiert (Art. 56 ff. ParlG).

⁵⁹ BVerfGE 105, 313 (335).

⁶⁰ Erinnert sei etwa an die Missachtung des Zitiergebots des Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG, die stets – auch im Falle der nur unvollständigen Angabe mehrerer Ermächtigungsgrundlagen – zur Nichtigkeit der entsprechenden Rechtsverordnung führt – BVerfGE 101, 1, Ls. 1 a) u. b).

⁶¹ Übersichtlich *Hamann*, AöR 139 (2014), 447 (450 f.).

nicht gemacht werden können, jedenfalls in der Wissenschaft insofern keine Einigkeit herrscht⁶² geschweige denn normativ oder auch nur auf der Ebene einer Geschäftsordnung eine klärende Regelung existiert. Eine Abgrenzung zwischen einfachen und qualifizierten Redaktionsversehen ist praktisch nicht durchführbar,⁶³ sondern allenfalls ex-post vom Bundesverfassungsgericht feststellbar, bewirkt jedenfalls aber ex-ante keine Rechtssicherheit. Insgesamt führt die zivilrechtliche Irrtumstypologie bezüglich der Behandlung von Fehlern im Gesetzgebungsverfahren nicht weiter.⁶⁴

Das Beispiel des 1. FiMaNoG mag dies verdeutlichen: Hätte die Bundesregierung den Zeitpunkt des Inkrafttretens berichtigen können, indem sie in Art. 17 Abs. 1 FiMaNoG den 2. durch den 3. Juli ersetzte? Hätte sie so das förmlich beschlossene Gesetze verändern können? War die Regelung über das frühzeitige Inkrafttreten ein Redaktionsversehen, ein einfaches, ein qualifiziertes? Oder entsprach die Regelung nicht vielmehr der Intention „des Gesetzgebers“, wie die BaFin rasch nach Bekanntwerden des Problems reklamierte?⁶⁵ Die Frage ist hypothetisch, denn die Bundesregierung hat den Fehler nicht berichtigt, sie hat ihn zunächst nicht einmal bemerkt und war sodann wegen der öffentlichen Leugnung eines Fehlers durch die BaFin auch gar nicht mehr in der Lage, berichtigend einzugreifen.

3. Gubernative Berichtigungsverantwortung ohne konstitutionelle Begründung

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund darf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht als Freibrief für eine Korrektur von Gesetzen nach Maßgabe der GGO verstanden werden: Nach wie vor begründet die GGO keine Befugnis zur Berichtigung von Gesetzen, sondern setzt eine solche voraus.⁶⁶ Wie eine solche Befugnis verfassungsrechtlich mit der Folge begründet werden kann, dass das gubernativ berichtigte Gesetz am legislativ begründeten Geltungsanspruch partizipiert, ist indes umstritten.⁶⁷ In der Literatur wird neben einer Eigenständigkeitsthese und einer Inkorporationsthese⁶⁸ neuerdings vor allem eine sog. „Interpretationsthese“ vertreten, die dem Einwand der fehlenden Verbindlichkeit einer auf die GGO gestützten

⁶² *Schorn* (Fn. 54), 44.

⁶³ So deutlich *Hamann*, AöR 139 (2014), 447 (462).

⁶⁴ Explizit *Hamann*, AöR 139 (2014), 447 (466 u. 474).

⁶⁵ Pressemitteilung der BaFin v. 8. Juli 2016; näher zur Genese des 1. FiMaNoG *Rossi*, ZIP 2016, 2437 (2438f.).

⁶⁶ *Funke*, ZRP 2005, 358 (359); *Kiefer*, LKRZ 2012, 355; *Hamann*, AöR 139 (2014), 447 (471).

⁶⁷ Zuweilen wird das Problem überhaupt nicht thematisiert, vgl. etwa *Maaßen* (Fn. 49), § 8 Rn. 113 und *Höfling/Engels* (Fn. 49), § 34 Rn. 8.

⁶⁸ Zu beiden instruktiv *Funke*, ZRP 2005, 358 (363 ff.).

Berichtigung das Argument entgegenhält, die Berichtigung sei nur als Hinweis auf den Fehler und zugleich als (verbindlicher) Auslegungsvorschlag für die richtige Anwendung des Gesetzes zu begreifen.⁶⁹ Dies kann freilich schon deshalb nicht überzeugen, weil die Berichtigung ja zu einer Änderung des Gesetzestextes führt und dem Anwender deshalb nicht klar ist und auch nicht bewusst sein kann, dass er statt eines verbindlichen Anwendungsgebots nur einen Auslegungsvorschlag liest.

Ihrer Berichtigungsverantwortung kann die Bundesregierung deshalb nicht gerecht werden, wenn sie die Berichtigung im „administrativen Dunkel“⁷⁰ vornimmt. Vielmehr muss sie den Fehler explizit benennen und damit vor allem zugleich den eigentlich intendierten Regelungsgehalt offenlegen.⁷¹

III. Behebung von Fehlern durch Auslegung

Die Benennung des Fehlers ist auch Voraussetzung für die zweite Möglichkeit seiner Behebung, für die sog. „berichtigende Auslegung.“⁷² Denn charakteristisch für eine solche Auslegung ist, dass der Wortlaut des Gesetzes unter Berufung auf den „wirklichen Willen des Gesetzgebers“ ignoriert wird.⁷³ Grundlage und Grenze für eine Behebung von Fehlern durch Auslegung ist also der „wirkliche“ Wille des Gesetzgebers⁷⁴ bzw. der Zweck des Gesetzes.⁷⁵ Freilich kaschiert die Bezeichnung „berichtigende Auslegung“, dass streng genommen nicht das Gesetz, sondern dessen Auslegung korrigiert wird, dass es sich der Sache nach also um eine Berichtigung der Auslegung handelt.⁷⁶ Unabhängig von der Terminologie wird methodisch je nach Konstellation auf eine teleologische Extension, eine teleologische Reduktion oder eine Rechtsfolgenmodifikation zurückgegriffen,⁷⁷ wenn sich die Gerichte denn überhaupt die Mühe machen, ihre Auslegungsmethoden näher zu begründen. Hier sind die großen Fragen nach der Zulässigkeit und den

⁶⁹ *Funke*, ZRP 2005, 358 (366); unter Verweis auf *Lindemann*, AöR 14 (1899), 145 (163); *Keller*, Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts, 1960, 299 ff.

⁷⁰ *Hamann*, AöR 139 (2014), 447 (473); unter Verweis auf *Schneider* (Fn. 43), Rn. 494; *Staats*, ZRP 1974, 183 (186).

⁷¹ *Hallier*, AöR 85 (1960), 391 (413), fordert darüber hinaus, dass sie umgehend eine erneute Beschlussfassung der gesetzgebenden Körperschaften herbeiführt.

⁷² Vgl. zu dieser Figur u. a. BVerfGE 11, 139 (149); unter Verweis auf BGHZ 3, 82 (84 ff.); BVerfGE 2, 266 (282); E 8, 210 (221); E 9, 194 (200).

⁷³ Deutlich *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, 154: „contra verbis legis“.

⁷⁴ *Krüper*, Grundlagen des Rechts, 2011, § 9 Rn. 37.

⁷⁵ So zur teleologisch begründeten Gesetzeskorrektur durch Gerichte *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 400.

⁷⁶ *Krüper* (Fn. 74), § 9 Rn. 36.

⁷⁷ Vgl. *Vogener*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, Bd. I, 86; *Krüper* (Fn. 74), § 9 Rn. 36.

Grenzen von Auslegung, Analogien und richterlicher Rechtsfortbildung berührt, die in diesem Kontext aber nicht vertieft werden sollen. Nur drei Aspekte seien hervorgehoben:

1. Befugnis zur korrigierenden Auslegung

Festzuhalten ist zunächst, dass die gesetzesanwendenden Gewalten grundsätzlich zur Auslegung der Gesetze befugt sind und insofern Druckfehler und andere offensichtliche Unstimmigkeiten beheben können. Sie dürfen über solche Fehler aber nicht stillschweigend hinwegsehen, sondern müssen sie vielmehr offenlegen und zugleich begründen, weshalb dem Gesetz entgegen seinem Wortlaut ein anderer Inhalt zu Grunde gelegt wird. Denn auch die berichtigende Auslegung ist eine Auslegung und als solche an die Grenzen des „Wortsinns“ gebunden.⁷⁸ Die Auslegungsbefugnis endet deshalb dort, wo das Gesetz einen neuen, in sich schlüssigen Sinn erhält.⁷⁹

Im konkreten Einzelfall ist mit dieser abstrakt akzeptierten Grenze freilich nicht viel gewonnen. Die Unschärfe und mit ihr zugleich die Grenzen einer Korrektur von Gesetzen durch Auslegung offenbaren sich auch am skizzierten Beispiel des Fehlers des 1. FiMaNoG. Bezüglich der durch diesen Fehler begründeten Strafbarkeitslücke berufen sich die Apologeten des BGH-Beschlusses vom 10.1.2017 auf die Möglichkeit, ja auf die Gebotenheit einer solchen berichtigenden Auslegung.⁸⁰ In geradezu naiver Weise wird dabei auf den mutmaßlichen inneren Willen des Gesetzgebers rekurriert und dessen äußere Bekundung ignoriert. Dabei lässt sich der „Wille des Gesetzgebers“ oder auch nur der „Wille des Gesetzes“ aus dem komplexen Gesetzgebungsverfahren nicht ableiten, er kann deshalb auch keine maßgebliche Bezugsgröße zur Feststellung eines Irrtums sein. Wenn die „berichtigende Auslegung“ überhaupt zulässig ist, dann nur unter der Voraussetzung, dass der „wahre Wille des Gesetzgebers“ klar erwiesen ist.⁸¹ Dies wird in den meisten Fällen wohl schlicht auf eine Leugnung des Fehlers hinauslaufen.

Im Übrigen ist in Erinnerung zu rufen, dass eine „berichtigende Auslegung“ vielleicht einen konkreten Rechtsfall zu lösen vermag, regelmäßig aber keine dauerhafte Rechtssicherheit bewirken kann, wie der Streit um die „kleine“ oder „große berichtigende Auslegung“ zum alten § 246 StGB verdeutlichen mag, der erst durch eine Gesetzesänderung beigelegt werden konnte.⁸²

⁷⁸ Vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, 134.

⁷⁹ Zu einer solchen Grenzüberschreitung vgl. BVerfGE 128, 193 (211 ff.), allgemein schon *Hallier*, AöR 85 (1960), 391 (413).

⁸⁰ *Brand/Hotz*, ZIP 2017, 1450 (1453); *Kunkel/Kunkel*, jurisPR-Compl 3/2017 Anm. 4.

⁸¹ Vgl. *Kramer* (Fn. 68), 154.

⁸² Vgl. statt vieler *Hobmann*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 246 Rn. 4 ff.

2. Fehlerberichtigung zwischen Lückenschließung und Rechtsfortbildung?

Einigkeit besteht sodann auch darüber, dass – bei aller terminologischer Unsicherheit⁸³ – zwischen Gesetzeslücken und rechtspolitischen Fehlern unterschieden werden kann: Gesetzeslücken, die bei „planwidriger Unvollständigkeit“ des Gesetzes vorliegen, können und sollen durch die Rechtsprechung geschlossen werden, soweit dies innerhalb ihrer Grenzen möglich ist; rechtspolitische Fehler hingegen dürfen nicht durch eine Lückenfüllung, sondern können allenfalls durch eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung behoben werden, die eigenen Voraussetzungen und Grenzen unterliegt.⁸⁴ Die Differenzierung fußt letztlich auf unterschiedlicher Motivation der Rechtsprechung und mündet konsequenterweise in verschiedene Maßstäbe für die Korrektur: Während die Gerichte bei einer Rechtsfortbildung eine „Korrektur“ von Gesetzen „um der transzendenten Rechtsidee willen“⁸⁵ vornehmen, wollen sie sich bei einer Berichtigung von Fehlern in der Gesetzgebung nicht über ihre Gesetzesbindung hinwegsetzen, sondern diese umgekehrt über den geschriebenen Text hinaus auf seinen mutmaßlichen Willen erstrecken. So einleuchtend diese Differenzierung in der Theorie auch ist, so ist sie doch zirkelschlussgefährdet und für die Praxis deshalb unscharf.

3. Ausschluss des Gesetzgebers von der Auslegung der Gesetze?

Umstritten ist hingegen, ob der Gesetzgeber selbst sich an der Auslegung von Gesetzen beteiligen darf oder nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in einer Entscheidung mit großer Mehrheit gegen eine Befugnis des Gesetzgebers zur Auslegung (früherer) Gesetze ausgesprochen. Danach sei zur verbindlichen Normauslegung in aller Regel die rechtsprechende Gewalt berufen; und zwar auch bezüglich der Frage, ob eine Norm konstitutiven oder deklaratorischen Charakter hat. Der Gesetzgeber habe demgegenüber keine Befugnis zur authentischen Interpretation gesetzlicher Vorschriften. Er sei zwar befugt, den Inhalt einer von ihm gesetzten Norm zu ändern oder klarstellend zu präzisieren und dabei gegebenenfalls eine Rechtsprechung zu korrigieren, mit der er nicht einverstanden ist. Dabei habe er sich jedoch im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zu halten. Der Gesetzgeber könne diese Bindung und die Prüfungskompetenz der Gerichte nicht durch die Behauptung unterlaufen, seine Norm habe klarstellenden Charakter. Es bestehe vielmehr keine Befugnis des Gesetzgebers zur authentischen Interpretation gesetzlicher Vorschriften.⁸⁶

⁸³ Zu einem Systematisierungsversuch vgl. *Krämer*, Juristische Methodenlehren, 5. Aufl. 2016, 201 ff.

⁸⁴ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 195, 245.

⁸⁵ *Engisch* (Fn. 78), 235.

⁸⁶ BVerfGE 135, 1 (15).

Das Bundesverfassungsgericht folgt in diesem Urteil offenkundig dem groben Zeitschema, das zuweilen der Gewaltenteilung entnommen wird: Danach sei die Gesetzgebung zukunftsgerichtet, die Verwaltung mit der Gegenwart befasst, während die Rechtsprechung die Vergangenheit aufbereite.⁸⁷ So betont das Gericht, dass auch aus dem Demokratieprinzip kein „legislatives Zugriffsrecht auf die Vergangenheit“ folge, sondern zu diesem in einem Spannungsverhältnis stehe.⁸⁸ Zugleich betont es, dass die „demokratische Verantwortung des Parlaments [...] auf die Gegenwart und auf die Zukunft bezogen [ist]“ und „früher getroffene Entscheidungen [...] über eine eigenständige demokratische Legitimation“ verfügten.⁸⁹

Diese Rechtsprechung sieht sich zwar gewichtiger grundsätzlicher Kritik ausgesetzt.⁹⁰ Insbesondere wird ihr entgegengehalten, sie wandle die Funktion und Stoßrichtung des Rückwirkungsverbots von einem Schutz subjektiver Freiheit zu einem Instrument der Durchsetzung objektiver Gewaltenteilungsvorstellungen und zur Sicherung eines Reservats der Rechtsprechung gegenüber dem Gesetzgeber.⁹¹ Doch ungeachtet der Feinheiten der Rückwirkungsdogmatik ist der Senatsmehrheit darin zuzustimmen, dass der Gesetzgeber auch dann, wenn er den Inhalt bereits in Kraft befindlicher Normen durch ein neues Gesetz nur „klarstellen“ will, stets den verfassungsrechtlichen Bindungen unterworfen ist und also insbesondere das rechtsstaatlich begründete Rückwirkungsverbot beachten muss. Im Übrigen betraf das Urteil einen seltenen Sonderfall und sollte in seiner Bedeutung nicht überhöht werden, schon weil sein formal-zeitliches Verständnis der Gewaltenteilung unzutreffend ist: Mag es auf den ersten Blick auch ein stimmiges, weil anschauliches Bild zeigen, entbehrt es auf den zweiten Blick nicht nur jeder normativen Grundlage, sondern entspricht vor allem auch nicht der Praxis. Denn natürlich entfalten Gerichte mit ihren vergangenheitsbezogenen Entscheidungen auch Rechtswirkungen für die Zukunft, und selbstverständlich kann der Gesetzgeber auch vergangene Sachverhalte erfassen und – gegebenenfalls neu – regeln, nur eben in den Grenzen des Rückwirkungsverbots. Der Entscheidung sollte deshalb nicht die pauschale Aussage entnommen werden, der Gesetzgeber sei von der Auslegung von Gesetzen ausgenommen.

⁸⁷ Husserl, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, 1955, 10f.; vgl. auch P. Kirchhof, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR II*, 3. Aufl. 2013, § 21 Rn. 76.

⁸⁸ BVerfGE 135, 1 (17).

⁸⁹ BVerfGE 135, 1 (17).

⁹⁰ Vgl. die abweichende Meinung des Richters *Masing*, BVerfGE 135, 1 (29ff.); im Ergebnis auch *Wißmann*, *ZJS* 2013, 333.

⁹¹ Abweichende Meinung des Richters *Masing*, BVerfGE 135, 1 (31).

IV. Korrektur von Fehlern durch den Gesetzgeber

Gerade zur Klarstellung, also zur (Wieder-)Herstellung von Rechtssicherheit, muss es dem Gesetzgeber möglich sein, Fehler in der Gesetzgebung zu korrigieren, Korrekturgesetze zu erlassen. Er muss es in der Hand haben, seinen „wirklichen“ Willen explizit klarzustellen, wenn sich dieser zuvor unklar oder gar falsch manifestiert hat. Das folgt letztlich aus dem Demokratieprinzip, das dem Gesetzgeber die (Gestaltungs-)Freiheit einräumt, geltendes Recht zu ändern und also auch fehlerhaftes Recht zu berichtigen. Darüber hinaus spricht für die Möglichkeit der Korrektur von Gesetzen durch Gesetze auch die Figur des *actus contrarius*, nach der eine Rechtshandlung in derselben Form aufgehoben oder geändert werden muss, in der sie vorgenommen wurde. Letztlich dient diese formale Vorgabe aber vor allem inhaltlichen Aspekten: Sie sichert die staatliche Kompetenzverteilung und mit ihr die Legitimations- und Verantwortungszuweisung. Insofern ist es nur konsequent, wenn die Verantwortung für die Korrektur von Fehlern beim Gesetzeserlass auch dem Gesetzgeber zugewiesen wird.

Kein Beispiel verdeutlicht dies besser als die Diskussion um das 1. FiMaNoG: Die BaFin und Teile der Literatur konnten schon keinen Fehler und also auch keinen Berichtigungsbedarf erkennen. Der Bundesgerichtshof ließ offen, ob ein Fehler des Gesetzgebers vorliegt, meinte aber, eine etwaige Regelungslücke durch Auslegung schließen zu können. In der Literatur war man mehrheitlich der Auffassung, ein Fehler in der Gesetzgebung habe zu einer Regelungslücke geführt, die nicht durch Auslegung geschlossen werden dürfe. Vor diesem Hintergrund war es nicht nur hilfreich, sondern geradezu geboten, dass der Gesetzgeber seinen Fehler im 2. FiMaNoG korrigieren wollte. Gelungen ist ihm dies freilich nicht: Er artikulierte den Fehler nicht explizit, sondern schloss die Regelungslücke durch ein Korrekturgesetz – und schoss dabei über die notwendigen Änderungen derart hinaus, dass das Korrekturgesetz seinerseits verfassungswidrig ist und dabei auch das zu korrigierende Gesetz mit in die Nichtigkeit zieht.

Dies gibt Anlass, die Voraussetzungen und Grenzen von Korrekturgesetzen näher zu betrachten.

1. Terminologie

Zunächst muss jedoch ein Wort zur Terminologie verloren werden, denn es gibt insofern keinen einheitlichen Sprachgebrauch für Gesetze, die Fehler früherer Gesetze ausräumen wollen.⁹²

⁹² Vgl. den Befund bei *Hamann*, AöR 139 (2014), 447 (450) m. w. N.

Brandner ordnet Korrekturgesetze insgesamt der reagierenden Gesetzgebung zu, grenzt sie insofern von der gestaltenden Gesetzgebung ab und definiert sie als solche, mit denen „erkannte Fehler und Mängel in bereits bestehenden Gesetzen“ beseitigt werden sollen.⁹³ Durch die weitere Abgrenzung von einer „Rechtsprechungskorrektur“ wird deutlich, dass der Gesetzgeber mit Korrekturgesetzen „nachbessert, was er (selbst) zuvor mangelhaft geregelt hat.“⁹⁴ Schulze-Fielitz versteht den Begriff dagegen in einem weiteren Sinne als Oberbegriff und versteht unter Korrekturgesetzgebung solche Gesetze, mit denen unbefristete Gesetze aufgehoben werden (Aufhebungsgesetze), Fehler anderer Gesetze behoben (Schnellkorrekturgesetze) oder auch nur Inhalte anderer Gesetze klargestellt werden (Klarstellungsgesetze).⁹⁵ Mit Blick auf die eingangs skizzierten Beispiele handelt es sich nach dieser Terminologie sowohl beim 2. FiMaNoG als auch beim „Gesetz zur Anpassung der Regelungen über die Bestandsdatenauskunft an die Vorgaben aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts“ um Schnellkorrekturgesetze, weil der Gesetzgeber „möglichst schnell einen als akut erkannten singulären Gesetzgebungsfehler zu korrigieren“ versucht.⁹⁶ Wieder andere verwenden den Begriff der Korrekturgesetzgebung im Zusammenhang mit der retrospektiven Folgenabschätzung, beziehen ihn also auf den Lernprozess nach Abschluss einer Gesetzesevaluation.⁹⁷ Gemeinsam ist allen Beschreibungen, dass begrifflich eine Unterscheidung zwischen der Berichtigung durch die Ministerialverwaltung⁹⁸ bzw. der Auslegung durch die Gerichte und der Korrektur durch den Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht werden soll.

Von diesen wissenschaftlichen Systematisierungsversuchen abgesehen, bleibt die Begrifflichkeit vage, zumal in der Praxis gerne euphemistische Gesetzesbezeichnungen gewählt werden, um weniger den Fehler als vielmehr seine Behebung zu betonen. So wird der Begriff des Korrekturgesetzes zuweilen auch verwendet, um gegenüber der Öffentlichkeit ein bewusstes Lernen, einen bewussten Paradigmenwechsel möglicherweise gar zum Ausdruck zu bringen. Besonders bekannt ist das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte,⁹⁹ mit dem der Gesetzgeber auf zu hohe Lohnnebenkosten, auf eine zu hohe (Jugend-) Arbeitslosigkeit und auf das Phänomen der Scheinselbständigkeit zu reagie-

⁹³ Brandner, Gesetzesänderung, 2004, 230. Er erkennt freilich weitreichende Überschneidungen zur „Gesetzgebung aufgrund äußerer Ereignisse“, 201.

⁹⁴ Brandner (Fn. 93), 305.

⁹⁵ Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 128.

⁹⁶ Schulze-Fielitz (Fn. 95), 129.

⁹⁷ So etwa (für die Schweiz) G. Müller/Uhlmann (Fn. 5), Rn. 176 ff., 559 ff.

⁹⁸ Schneider (Fn. 43), Rn. 494 ff.; Maaßen (Fn. 49), § 8 Rn. 113; Höfling/Engels (Fn. 49), § 34 Rn. 8 ff.

⁹⁹ Gesetz v. 19.12.1998, BGBl. 1998 I, 3843.

ren versuchte. Ihm lag die Erkenntnis zu Grunde, dass die vom alten Regelungsregime intendierten Ziele nicht erreicht wurden.¹⁰⁰ Wenn hingegen zuweilen vom Reparaturgesetz gesprochen wird, schwingt in dieser Bezeichnung immerhin das Reparaturbedürfnis, der Fehler, deutlich mit,¹⁰¹ wobei offen bleibt, ob der Fehler endogen oder exogen verursacht wurde. Auch der Begriff des „Anpassungsgesetzes“ lässt nicht immer erkennen, ob der Änderungsbedarf durch einen Fehler des Gesetzgebers oder durch veränderte äußere Umstände hervorgerufen wird.

Angesichts dieser Begriffsvielfalt erscheint es müßig, andere oder weitere Bezeichnungen einzuführen. Gleichwohl sei angemerkt, dass die Differenzierung zwischen endogenen und exogenen Ursachen der zu korrigierenden Fehler nicht zielführend erscheint. Naheliegender wäre es, begrifflich zwischen solchen Korrekturen zu unterscheiden, mit denen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes her- bzw. sichergestellt werden soll, und solchen, die „nur“ einem (veränderten) politischen Willen zur Wirkung verhelfen sollen. Doch auch eine solche Unterscheidung bliebe unscharf und hätte jenseits eines systematisierenden Selbstzwecks sicher keine (verfassungs-)rechtlichen Konsequenzen.

2. Korrekturgesetze = Änderungsgesetze = Gesetze

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive können die wissenschaftliche Systematisierung und die politische Praxis der Bezeichnung dahinstehen. Entscheidend ist, dass Korrekturgesetze regelmäßig Änderungsgesetze, zuweilen¹⁰² möglicherweise Ablösungsgesetze,¹⁰³ in jedem Fall aber Gesetze sind. Sie sind verfassungsrechtlich nicht anders zu behandeln als andere Gesetze, denn das Grundgesetz differenziert hinsichtlich der Anforderungen an die Gesetzgebung nicht nach Motiven des Gesetzgebers.

3. Konditionen von Korrekturgesetzen

Aus der geradezu banalen Charakterisierung von Korrekturgesetzen als Gesetze folgt schlicht, dass sie sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten haben.

¹⁰⁰ Vgl. die Begründung im Gesetzentwurf, BT-Drs. 14/45.

¹⁰¹ Vgl. mit Blick auf das Gesetz gegen Hasskriminalität „BMI legt Reparaturgesetz vor.“, in: Legal Tribune Online, 26.11.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gesetz-hasskriminalitaet-verfassungswidrig-reparatur-bestandsdatenauskunft-ausfertigung-bundespraesident/> (abgerufen am 14.3.2021).

¹⁰² Vgl. die Beispiele bei *Brandner* (Fn. 93), 241.

¹⁰³ Zur Terminologie vgl. *BMJ* (Fn. 4), 492 ff.

a) Formelle Voraussetzungen

Im Rechtsstaat müssen Fehler in der Gesetzgebung rechtsförmlich berichtigt werden. Die rechtsstaatlichen Errungenschaften der Anforderungen an die Rechtsform dürfen nicht in den Bereich der bloßen Förmlichkeit verwiesen werden, kommt ihnen doch eine fundamentale Bedeutung für die Sicherung von Freiheit und Gleichheit zu. Freilich mag sich manche Formvorgabe als Stolperstein, gar als mögliche weitere Fehlerquelle erweisen, wie beide eingangs skizzierten Beispiele zeigen. Die Korrektur eines zwar beschlossenen, aber noch nicht ausgefertigten Gesetzes stellt sich schon technisch-legistisch als besondere Herausforderung dar – es muss genau beachtet werden, welche Bestimmungen welchen Artikelgesetzes wann in Kraft treten und durch welche Normen des Korrekturgesetzes so verändert werden, dass das Stammgesetz am Ende die intendierte Fassung erhält.

b) Legistische Verantwortung der Regierung

Dies wirft sofort die Frage auf, welches Organ eigentlich die legistische Verantwortung für den Entwurf eines Korrekturgesetzes trägt. Von der Verfassung wird diese Frage nicht eindeutig beantwortet. Sie normiert Initiativrechte, nicht aber Initiativpflichten, auch nicht in Fällen von Gesetzgebungspflichten.¹⁰⁴ Unter Berücksichtigung der organinternen Strukturen und Kapazitäten liegt es nahe, primär die Bundesregierung in den Blick zu nehmen. Und so überrascht es auch nicht, dass Bundespräsident Steinmeier im zweiten Beispiel laut Medienberichten das Gespräch mit der Bundesregierung suchte und ein möglichst zeitnahes Änderungsgesetz anregte.¹⁰⁵

Dieses Vorgehen entspricht einerseits den üblichen Gepflogenheiten des Ausfertigungsverfahrens und ist im Übrigen Ausdruck der Verfassungsorgantreue:¹⁰⁶ Bei Zweifeln an der Verfassungskonformität des auszufertigenden Gesetzes findet zunächst ein internes „Hausgespräch“¹⁰⁷ statt, anschließend aber nimmt der Bundespräsident Kontakt mit der Bundesregierung auf, die ihrerseits das federführende Ministerium und die Verfassungsressorts mit der Frage befasst und ggf. auch Gutachten einholt.¹⁰⁸ Verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist dieser primäre Kontakt mit der Bundesregierung vor allem durch die Gegenzeichnungspflicht der Regierung – sie muss für die präsidentielle Ausfertigung die parlamentarische Verantwortung übernehmen. Aller-

¹⁰⁴ Vgl. Rossi, ad legendum 2/2012, 80.

¹⁰⁵ Rudl, Steinmeier lässt Große Koalition nacharbeiten, NETZPOLITIK v. 8.10.2020, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2020/gesetz-gegen-rechte-hetze-steinmeier-laesst-grosse-koalition-nacharbeiten>.

¹⁰⁶ Pieper, in: Kluth/Krings (Fn. 48), § 20 Rn. 53.

¹⁰⁷ Zur Terminologie siehe Pieper (Fn. 106), § 20 Rn. 50.

¹⁰⁸ Hederich, ZG 1999, 123 (141).

dings betrifft die Ausfertigung von Gesetzen zugleich und vielleicht sogar vorrangig den Bundestag und den Bundesrat, so dass der Grundsatz der Organtreue auch ihre Unterrichtung verlangt. Faktisch werden sie sicherlich über die Bundesregierung informiert, informell zudem über die politischen Parteien. Doch diese Kommunikationskanäle garantieren keine Öffentlichkeit, für die der Bundestag wie kein zweites Verfassungsorgan steht. Insofern sollte, insofern muss der Bundespräsident auch Bundestag und Bundesrat informieren, wenn er die Ausfertigung eines Gesetzes verweigern und eine Änderung anregen will.¹⁰⁹

Faktisch werden im Anschluss der Bundesregierung und die sie tragende parteipolitische Mehrheit im Bundestag entscheiden, ob ein Fehler in einem Gesetz behoben wird. Wie dieser Fehler allerdings bereinigt wird, wird sicherlich vorrangig in der Bundesregierung entschieden, um auf deren legistische Verantwortung zurückzukommen. Diese Verantwortung wird faktisch freilich auf den Bundestag übertragen, wenn der von der Regierung ausgearbeitete Entwurf eines Korrekturgesetzes schlussendlich von den regierungstragenden Fraktionen im Bundestag eingebracht wird. Auch die Korrektur des Gesetzes zur Neustrukturierung des Zollfahndungsdienstgesetzes und des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität durch das entsprechende „Anpassungsgesetz“, um das 2. Beispiel noch einmal aufzunehmen, ist durch die Fraktionen von CDU/CSU und SPD eingebracht worden. Solche unechten Bundestagsinitiativen werden zwar verfassungsrechtlich für zulässig gehalten,¹¹⁰ sind jedoch ein Etikettenschwindel, eine kollusive Farce.¹¹¹ Das Vertrauen der Abgeordneten in die legistischen Fähigkeiten der Regierung – genauer: einiger Regierungsmitarbeiter – scheint ungebrochen groß, obwohl doch der Fehler im 1. Beispiel wohl im ministeriellen Bereich seine Ursache hatte. Gerade dieses 1. Beispiel zeigt, dass die legistischen Anforderungen an Korrekturgesetze nicht zu unterschätzen sind. Der Gesetzgeber muss den Fehler punktgenau korrigieren, weil er sonst in die Gefahr gerät, dass durch Folgefehler auch die Korrektur des ursprünglichen Fehlers misslingt.¹¹²

¹⁰⁹ Pieper (Fn. 106), § 20 Rn. 75.

¹¹⁰ Vgl. statt vieler Kersten, in: Maunz/Dürig (Fn. 37), Art. 76 Rn. 113 (Stand: 86. EL Januar 2019).

¹¹¹ Vgl. Rossi, NJW aktuell 2020, 15.

¹¹² Im Fall der als Korrektur gedachten Übergangsvorschrift des § 137 WpHG hat der Gesetzgeber einen solchen Folgefehler begangen: Er hat schlicht angeordnet, dass alle Straftaten nach § 38 WpHG a. F. bzw. dass alle Ordnungswidrigkeiten nach § 39 WpHG ungeachtet des *lex-mitior*-Grundsatzes geahndet werden. Damit erfasst er auch solche Tatbestände, die nur nach altem Recht, nicht hingegen nach neuem Recht mit Strafe bedroht sind, wie dies insb. für unterlassene Ad-hoc-Veröffentlichungen der Fall ist (vgl. Satzger, WM 2017, 2329).

c) Materielle Konditionen im Überblick

Ebenso anspruchsvoll sind die materiellen Konditionen für Korrekturgesetze. Sie ergeben sich aus der von Art. 1 Abs. 3 GG besonders hervorgehobenen Grundrechtsbindung und der in Art. 20 Abs. 3 GG normierten allgemeinen Verfassungsbindung des Gesetzgebers. Besondere Bedeutung kommt insoweit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu, die die Rechtfertigungsfähigkeit von Eingriffen in Grundrechte begrenzen, den Schranken-Schranken. Zu nennen sind das – namentlich für das Strafrecht besonders strenge – Bestimmtheitsgebot, die aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes abzuleitenden Rückwirkungsvorgaben sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Ihre Missachtung kann zur Verfassungswidrigkeit oder gar zur Nichtigkeit der entsprechenden Norm führen. Anders als bei Verstößen gegen formelles Verfassungsrecht bleibt der Verstoß dabei aber meist auf die konkrete Bestimmung beschränkt und reißt nicht das gesamte Gesetz mit sich.¹¹³

Weitere Grenzen ergeben sich aus dem Recht der Europäischen Union. Hier können nicht nur die Grundfreiheiten, sondern auch die Grundrechtecharta den Gestaltungsspielraum des nationalen Korrekturgesetzgebers weiter beschränken. Als Beispiel sei erneut auf den *lex-mitior*-Grundsatz verwiesen, dessen Rang im nationalen Recht umstritten ist, der europarechtlich aber von Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh als Grundrecht ausgestaltet ist. Auch aus der Verletzung solcher europarechtlicher Vorgaben folgt jedenfalls die Unanwendbarkeit des Korrekturgesetzes im jeweiligen Einzelfall, unter Umständen aber auch die allgemeine Nichtigkeit des Gesetzes.

d) Relevanz der Rückwirkungsverbote

Diese skizzierten verfassungs- und europarechtlichen Begrenzungen des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers sind keine auf Korrekturgesetze zugeschnittenen Besonderheiten. Solche Besonderheiten gibt es nicht und kann es – jedenfalls aus normativer Perspektive – auch nicht geben, weil Korrekturgesetze eben auch „nur“ Gesetze sind und insofern den allgemeinen Rahmen zu beachten haben. Allerdings gewinnt eine Begrenzung für Korrekturgesetze eine besondere Bedeutung: Da Korrekturgesetze typischerweise rückwärtsgewandt sind, geraten sie zwangsläufig in Konflikt mit den rechtsstaatlich und grundrechtlich begründeten Rückwirkungsverböten.

Insofern ist zunächst zu beachten, dass nach Art. 103 Abs. 2 GG für die materielle Strafbegründung ein absolutes Rückwirkungsverbot gilt, das keiner Abwägung zugänglich ist.¹¹⁴ Neben diesem besonderen Rückwirkungs-

¹¹³ Im Einzelnen ist freilich auch bei Verstößen von Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften genauer zu differenzieren.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 109, 133 (171 f.).

verbot wird der Maßstab des allgemeinen Rückwirkungsverbot durch die Differenzierung zwischen echter und unechter Rückwirkung konkretisiert – eine Unterscheidung, die das Bundesverfassungsgericht jüngst selbst noch einmal lehrbuchartig verdeutlicht hat:¹¹⁵

„Eine Rechtsnorm entfaltet ‚echte‘ Rückwirkung, wenn sie nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll (‚Rückbewirkung von Rechtsfolgen‘) (BVerfGE 148, 217 <255 Rn. 135>). Normen mit echter Rückwirkung sind verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig (vgl. BVerfGE 148, 217 <255 Rn. 135>; stRSpr). Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet, etwa wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden (‚tatbestandliche Rückanknüpfung‘) (BVerfGE 148, 217 <255 Rn. 136>). Im Einzelnen verlangt dies also einen ins Werk gesetzten, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt, auf den die Norm für die Zukunft so einwirkt, dass eine nach altem Recht erreichte Position entwertet wird und gerade die Rechtsänderung Ursache dieser Entwertung ist.“

Und zu den Konsequenzen dieser Differenzierung hat das Bundesverfassungsgericht – erneut lehrbuchartig – schon 2013 klargestellt: „Die im Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes stehen Gesetzen mit echter Rückwirkung grundsätzlich entgegen. [...] Von diesem [...] Verbot [...] bestehen jedoch Ausnahmen: Das Rückwirkungsverbot [...] gilt nicht, soweit sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte oder ein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und daher nicht schutzwürdig war. Bei den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannten, nicht abschließend definierten Fallgruppen handelt es sich um Typisierungen ausnahmsweise fehlenden Vertrauens in eine bestehende Gesetzeslage.“¹¹⁶

Für die Korrektur von Gesetzen durch Korrekturgesetze bedeutet diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechung jenseits der Umstände des konkreten Einzelfalls vor allem, dass sie schnell zu erfolgen hat: Der Gesetzgeber sollte jede Bildung schutzwürdigen Vertrauens in das Recht, das er zu korrigieren gedenkt, vermeiden. Denn das Vertrauen auf die vom Gesetzgeber möglicherweise nicht gewünschte, formal aber doch geltende Rechtslage wird

¹¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, juris, Rn. 129 f.

¹¹⁶ BVerfGE 135, 1 (20 ff.).

um so größer, je mehr Zeit der Gesetzgeber verstreichen lässt, um das Gesetz zu korrigieren. In Anlehnung an die insofern recht strikte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an den Willen des Bundesgesetzgebers, durch eine bundesrechtliche Regelung oder auch Nichtregelung dauerhaft die Legislative der Länder von einer Normsetzung auszuschließen,¹¹⁷ genügt dabei nicht schon die Erklärung eines politischen Willens. Erforderlich ist vielmehr eine konkrete Gesetzesinitiative, die schon den Bereich des inneren und dementsprechend noch unverbindlichen Gesetzesverfahrens verlassen hat.¹¹⁸

Soweit es freilich um die Korrektur von Strafgesetzen geht, sind dem Gesetzgeber die Hände gebunden. An dem absoluten Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG führt kein Weg vorbei. Dies hat im 1. Beispiel auch der Gesetzgeber gesehen und einen Winkelzug gewählt, um das für materielle Straftatbestände geltende absolute Rückwirkungsverbot zu umgehen: Er hat mit der durch das 2. FiMaNoG eingeführten Norm des § 137 WpHG den *lex-mitior*-Grundsatz ausgehebelt. Das Problem an dem vom Gesetzgeber gewählten Trick, den Fehler in der Gesetzgebung durch eine Aussetzung des *lex-mitior*-Grundsatzes zu heilen, besteht freilich darin, dass das alte und das neue Regelungsregime des (strafrechtlich bewehrten) Marktmissbrauchsrechts nicht eins zu eins identisch sind. Der Gesetzgeber ist mit § 137 WpHG undifferenziert vorgegangen und dabei über das Ziel hinausgeschossen.¹¹⁹

Unabhängig von den genauen Umständen des Einzelfalls ist verfassungs- und vor allem auch europarechtlich weniger die Frage problematisch, ob (schon) ein Vertrauen darauf begründet wurde, nicht nach altem Strafrecht verurteilt werden zu können, maßgeblich ist vielmehr das abstrakte Vertrauen in die Verbindlichkeit der gesetzlichen Vorschriften sowie konkret das Vertrauen in die einzelfallunabhängige Geltung und Anwendung des *lex-mitior*-Grundsatzes.¹²⁰ Verfassungsrechtlich relevant für die Beurteilung des Korrekturgesetzes ist deshalb nicht allein, dass als Folge der Durchbrechung des *lex-mitior*-Grundsatzes rückwirkend wenn auch nicht die Strafbarkeit, so doch die „Bestrafbarkeit“ angeordnet wird. Von größerer Bedeutung ist, dass der *lex-mitior*-Grundsatz durch solche punktuellen Durchbrechungen seine Allgemeinverbindlichkeit verliert. Die bisherige Regelungstechnik hat den *lex-mitior*-Grundsatz nämlich nicht als solchen verändert oder zusätzlich zur Ausnahme für Zeitgesetze weitere abstrakte Ausnahmen festgelegt, sondern ihn nur punktuell für bestimmte Straftatbestände aus den Angeln gehoben, um Pannen in der Gesetzgebung zu reparieren.¹²¹

¹¹⁷ BVerfGE 98, 265 (307).

¹¹⁸ Weniger restriktiv *Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen, 1974, 213 ff.

¹¹⁹ *Saliger*, WM 2017, 2365 (2366); *Rothenfuß*, AG 2018, 667 (669).

¹²⁰ Ebenso *C. Schröder*, in: Festschrift für Mehle, 2009, 597 (605).

¹²¹ Vgl. schon *Rossi*, ZIP 2016, 2437 (2445).

V. Fazit

Die Korrektur von Gesetzen durch Korrekturgesetze ist eine so gewöhnliche wie zugleich doch außergewöhnliche Aufgabe. Gewöhnlich ist sie, weil Korrekturgesetze bei formal-juristischer Betrachtung nichts anderes sind als Änderungsgesetze, die ihrerseits rechtlich schlicht als Gesetze behandelt werden: Sie unterliegen denselben verfassungsrechtlichen Vorgaben und werden auch von den Geschäftsordnungen der an der Gesetzgebung beteiligten Organe keinen besonderen Vorschriften unterworfen. Dieser nüchterne normative Befund enthebt die Praxis wie die Theorie gleichermaßen von der Notwendigkeit, Korrekturgesetze begrifflich zu konturieren. Und doch gibt es ein Bedürfnis, Korrekturgesetze wenn schon nicht normativ, so doch jedenfalls deskriptiv als ein gesondertes Phänomen zu betrachten, das sich besonderen praktischen wie rechtlichen Herausforderungen gegenüberstellt.

Das gilt zunächst für das Verhältnis der staatlichen Gewalten: Insofern ist zum einen die Korrektur von Gesetzen durch den Gesetzgeber von Korrekturen der anderen Gewalten abzugrenzen, zum anderen ist auch bei der Korrektur durch Gesetze die Binnenverantwortung im „System“ Gesetzgeber – die Rollenverteilung also insbesondere zwischen Regierung und Parlamentsmehrheit und -minderheit, darüber hinaus aber auch das Verhältnis zum Bundesrat sowie zum Bundespräsidenten – näher zu betrachten. Gerade das Beispiel des Gesetzes gegen Rechtsextremismus und Hasskriminalität hat insofern gezeigt, dass den einzelnen Organen eine gemeinsame Korrekturverantwortung zukommt.

Das gilt darüber hinaus vor allem für die materiellen Grenzen der Korrekturtätigkeit. Hier erlangen die Rückwirkungsverbote eine besondere Bedeutung, die trotz zunehmender Konsistenz und Kohärenz der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bei der Anwendung im Einzelfall immer noch für Probleme sorgen, zumal die europarechtlichen Implikationen noch nicht hinreichend klar sind. Insofern hat das Beispiel des 2. FiMaNoG gezeigt, dass die Bedeutung und Reichweite des europarechtlich als Grundrecht ausgestalteten *lex-mitior*-Grundsatzes noch nicht hinreichend geklärt sind.

Bei allem Verständnis für die Notwendigkeit, Gesetze nur in einem rechtsförmlichen Verfahren durch Gesetze korrigieren zu können, erweist sich manche Regelungstechnik dabei doch als Fallstrick, jedenfalls aber als Hürde. Im zweiten Beispiel des Korrekturbedarfs des Gesetzes gegen Rechtsextremismus und Hasskriminalität sind sich wohl alle beteiligten Verfassungsorgane darüber einig, dass einerseits das intendierte Gesetz so rasch wie möglich in Kraft treten sollte, andererseits aber die Normen über die Bestandsdatenauskunft an die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angepasst werden müssen. Und doch war es den Verfassungsorganen nicht möglich, die Korrektur auf die Fehlerbehebung zu konzentrieren.

„Mitgefangen, mitgehangen“, gilt insofern für die Form des Artikelgesetzes, auch wenn nicht nur viele Normen innerhalb der einzelnen Gesetze, sondern vor allem einige Gesetze, einige Artikel des Artikelgesetzes also, von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gar nicht berührt wurden und deshalb verfassungsrechtlich unbedenklich waren und sofort hätten in Kraft treten können.

Insofern stellt sich durchaus die Frage, ob bei der Korrektur von Gesetzen nicht eine Konzentration auf den Fehler möglich sein sollte. Dies setzte nach allgemeinen Grundsätzen der Fehlerbewältigung und Fehlerfolgen eine Trennbarkeit der entsprechenden Normen voraus. Freilich sind gesetzliche Bestimmungen nicht nur durch eine gemeinsame Form, sondern mitunter auch durch einen inhaltlichen Bezug miteinander verbunden. Wer sollte darüber entscheiden, ob der Rest eines Gesetzes auch ohne die separat zu korrigierende Norm in Kraft treten kann? Ganz ungewöhnlich ist diese Frage nicht, wie etwa die Praxis zeigt, zustimmungspflichtige Normen eines Regelungszusammenhangs mitunter in einem gesonderten Gesetz zu verabschieden, um den Einfluss des Bundesrates auf die nichtzustimmungspflichtigen Normen zu minimieren. Auch insofern kommt den Gesetzgebungsorganen ein Gestaltungsspielraum zu. Und was die gemeinsame Form betrifft, erweist sich die Praxis der umfangreichen Artikelgesetze insoweit eben doch als ein Nachteil – dem freilich viele Vorteile gegenüberstehen, so dass der Gesetzgeber abwägen muss, ob er der leichteren Korrektur etwaiger Fehler wegen lieber mehrere Einzelgesetze beschließt oder ob er des schnelleren Verfahrens (und im besten Falle gemeinsamer Zwecke) wegen ein umfassendes Artikelgesetz verabschiedet.

Ganz sicher vermeidet der Gesetzgeber die Notwendigkeit von Korrekturgesetzen, wenn er bei der Gesetzgebung keine Fehler macht. Auch dann, das zeigt das zweite Beispiel, kann er zur Korrektur bereits auf den Weg gebrachter oder gar schon in Kraft befindlicher Gesetze verpflichtet sein. Insofern wird es das Phänomen der Korrekturgesetze sicher noch lange geben.