

§ 33 Ausnahmerecht

Ulrich Hufeld

1. Regel und Ausnahme

Allgemeinheit und Dispens, Gleichheit und Privileg, Normalität und Notstand – die Regel und ihr Dementi. Wer sich in den 1990er Jahren dem Heidelberger Institut für Finanz- und Steuerrecht näherte, begegnete bald der Idee, dass die Ausnahme zu bändigen sei im Ausnahmerecht. 1991 gab *Paul Kirchhof* von Karlsruhe aus dem altetablierten Privilegienverbot des Steuerrechts¹ neue dogmatische Kraft. Die „einmal getroffene Belastungsentscheidung“ habe der Steuergesetzgeber „folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen“². Damit geriet die privilegien- oder diskriminierungsverdächtige Ausnahme unter Rechtfertigungsdruck. Der Berichterstatter im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts konnte sich auf heimatlichen Rückhalt verlassen, auf langes Nachdenken in der gediegenen Institutskultur. *Reinhard Mußgnug*, Co-Direktor seit 1978, hatte in Heidelberg bereits vor der Gründung des Instituts einschlägig geforscht: „Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften“ war 1964 erschienen.

Das Buch handelt von der durchsetzungskräftigen Regel, von der Normativität für die Normalität, von jener allgemeinen Norm, die mehr sein will als eine Ausgangsvermutung³. Je nach Zuschnitt der Regel, sieht *Mußgnug* behördliches Dispensieren einer „Seltenheitsklausel“ unterworfen: Wer Ausnahmen lediglich „ausnahmsweise“ zulassen solle, „ist nur zu einem

¹ BVerfGE 84, 239 (269 f. mit Nachw.) – Zinsbesteuerung.

² BVerfGE 84, 239 (271) – Zinsbesteuerung.

³ *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 332, will auch die faktisch von Ausnahmen überwältigte Regel als normative Regel ansprechen, führt exemplarisch Art. 70 Abs. 1 GG an. Diese „Regel“ ist allerdings nicht nur faktisch, sondern qua Verfassungsänderung zu einer Auffangposition geworden, der „soweit“-Vorbehalt, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, zur normalen „Ausnahme“. Zu Ausnahme und „empirischer Häufigkeit“ auch *J. Finke*, Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht, in: AöR 2015, 514 (520 f.).

von Fall zu Fall wohldosierten und reiflich überlegten Abweichen vom Gesetz ermächtigt. Er darf dabei weder die Ziele des Gesetzgebers durchkreuzen, noch den grundsätzlich für alle gleichen Gesetzesvollzug in Frage stellen⁴. Folgerichtigkeitsdogmatik in der Nußschale: Wenn zur Normativität der Regel gehört, dass sie sich „regelmäßig“ behauptet – um der Gleichheit willen –, muss sich die Gegen-Behauptung außerordentlich ausweisen, auch die des Gesetzgebers auf „besondere Gründe für Ausnahmen“⁵ stützen können.

2. Rechtlichkeit der Ausnahme – perfekte Allgemeinheit

Das Nachdenken im Institut war und ist denkbar weit entfernt von einem „Kult der Letztentscheidungs- und Suspensivgewalt“⁶. Eine der Verfassungsidee verpflichtete Jurisprudenz begreift die Ausnahme nicht nur als Negation. Aus dem Horror der Nicht-Geltung erwächst „Ausnahmerecht“. Ausnahmerechtsdenken widersetzt sich der schneidigen Gewissheit, dass sich nur das Normale normieren lasse und im Notstand die Überlegenheit des Politischen triumphiere. Ausnahmerechtsdenken postuliert für den Notstand Notstandsrecht. Konfrontiert mit einem Finanznotstand in der Eurozone und heikler Nothilfepolitik, bekämpft das Heidelberger Institut – verpflichtet auf Finanz- und Steuerrecht – den „Verlust des Rechtsgedankens“ und investiert alle Aufmerksamkeit in die „Rückkehr des Rechtsgedankens“, näherhin in den mit „Art. 136 Abs. 3 AEUV eröffneten Spielraum zur Nachjustierung der Ausnahmen von den Bail-out-Verboten der Art. 123 und Art. 125 AEUV“⁷.

Ausnahmerechtsdenken kann nicht aufhören, die Regel zu bedenken, das Regel-Ausnahme-Verhältnis zu durchdenken, systematisch, kritisch, historisch. Zur Tradition des Instituts gehört die Auseinandersetzung mit

⁴ R. Mußgnug, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964, 65 mit Fn. 14 (Rezeption der „Seltenheitsklausel“).

⁵ BVerfGE 122, 210 (231) – Pendlerpauschale.

⁶ A. von Arnould, Rechtssicherheit, 2006, 29 f. (Fn. 143), in Auseinandersetzung mit Carl Schmitt, auch zum „letzten“ Ausnahmefall als Moment der Un-Ordnung.

⁷ H. Kube/E. Reimer, Die Sicherung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion: Rückkehr in die Bahnen des Rechts, ZG 2011, S. 332, Zitate: S. 335, 338, 343; U. Palm, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Kommentierung des Art. 136 AEUV (Stand September 2014) Rn. 42 ff.

Art. 113 GG⁸ – einer Ausnahme, die zu brechen scheint mit der in langer Verfassungsgeschichte errungenen Regel, dass allein das Parlament über Gesetze zu entscheiden habe, welche „Ausgaben des Haushaltsplanes erhöhen oder neue Ausgaben in sich schließen“, und über Steuergesetze, die „Einnahmeverminderungen in sich schließen oder für die Zukunft mit sich bringen“. Art. 113 GG bringt die Bundesregierung als Vetomacht in Stellung „wie weiland die Krone“⁹. Womöglich aber handelt es sich nur um eine Ausnahme für die Ausnahmekonstellation der Minderheitsregierung. Deren Ruf „Jetzt schlägt’s 113!“¹⁰ mag das Parlament an die Grundregel des parlamentarischen Regierungssystems erinnern, an seine Verantwortung, mehrheitlich eine Regierung ins Amt zu heben und über eine Wahlperiode zu tragen. Erwächst daraus gemeinsame Verantwortung im Haushaltskreislauf¹¹, erübrigt sich das Kriseninstrument des Art. 113 GG.

Die Diskussion über das Recht der Ausnahme wird oft bestimmt von „Lagen“ im Spektrum zwischen Normalität und Abnormität in der Realität. Juristisch nicht minder anspruchsvoll und aufregend ist aber jene perfekte Allgemeinheit des Gesetzes, die Ausnahmen zurückweisen, jedenfalls aber unter hohen Rechtfertigungsdruck setzen muss. Perfekte Allgemeinheit setzt die richtige Regel voraus – regelgerechte Regelbildung, angeleitet von Art. 3 Abs. 1 GG. *Paul Kirchhof* hat dafür den fundamentalen Leitsatz formuliert: „Der Gleichheitssatz ist erfüllt, wenn das Gesetz verallgemeinert; er ist verletzt, wenn das Gesetz den richtigen Grad der Verallgemeinerung

⁸ *R. Mußgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, 202 ff.; *ders.*, Der Beitrag des Grundgesetzes zur politischen Stabilisierung der Bundesrepublik, in: Rechtsentwicklung unter dem Bonner Grundgesetz, Ringvorlesung der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1990, 53 (73 f.); *H. Kube*, Kommentierung des Art. 113 GG (Stand Oktober 2008), in: Maunz/Dürig, GG; *E. Reimer*, Kommentierung des Art. 113 GG (Stand März 2015), in: Epping/Hillgruber, BeckOK zum GG.

⁹ *R. Mußgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, 203.

¹⁰ *R. Mußgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, 203 Fn. 20; *ders.*, Der Beitrag des Grundgesetzes zur politischen Stabilisierung der Bundesrepublik, in: Rechtsentwicklung unter dem Bonner Grundgesetz, Ringvorlesung der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1990, 53 (74).

¹¹ *H. Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentierung des Art. 110 GG (Stand Dezember 2013) Rn. 157 ff.; *E. Reimer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK zum GG, Kommentierung des Art. 110 GG (Stand März 2015) Rn. 65 ff.; *U. Hufeld*, Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 56 Rn. 24 ff.

verfehlt¹². Wenn das Gesetz den richtigen Grad der Verallgemeinerung trifft und den allgemeinen Tatbestand in einer „Grundentscheidung“ ausformt, kann die ausnahmerechtliche Abkehr nicht folgerichtig sein. Art. 3 Abs. 1 GG setzt sie unter einen Erklärungsdruck, den der regelgerechte Gesetzgeber selbst erzeugt hat¹³.

3. Verfassungsdurchbrechung und Systembruch im Einzelfall

Der Verfasser dieser Skizze hat zwei Versuche unternommen, aus der Fülle der Anregungen zu schöpfen, für das Heidelberger Institut Ehre einzulegen im Mitdenken über Regel und Ausnahme.

Die Verfassungsdurchbrechung¹⁴ widersetzt sich der Allgemeinheit des Verfassungsgesetzes. Ihr Kennzeichen ist politischer Eigensinn. Sie wird nicht abstrakt und „von der Verfassung her“ konzipiert, setzt der allgemeinen Verfassungsnorm nicht idealtypisch modifizierend eine andere Allgemeinheit entgegen, sondern Politik. Sie entzieht sich dem abstrakt Vorentschiedenen in concreto und passgenau – ausnahmerechtlich. Daher rührt die „politische Sprengkraft der Konstruktion“¹⁵. Der Sinn von Verfassung – die buchstäbliche Entpolitisierung kraft sprachlicher, sachlicher, zeitlicher, territorialer Allgemeinheit¹⁶ – wird konterkariert.

Zugeschnitten auf die besondere Situation, ist der Verfassungsdurchbrechung der Charakter der Maßnahme eingeschrieben. Sie ist das Maßnahmegesetz auf Verfassungsebene. Der Parlamentarische Rat hat die materielle Verfassungsdurchbrechung nicht verboten, jedoch unter dem Eindruck der Weimarer Vorgeschichte dem Gebot der Urkundlichkeit unter-

¹² P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentierung des Art. 3 Abs. 1 GG (Stand September 2015) Rn. 121.

¹³ K. Tipke, Mehr oder weniger Entscheidungsspielraum für den Steuergesetzgeber?, in: JZ 2009, 533 (536): „Wer seine Gerechtigkeitsvorstellungen ändert, muss das rechtfertigen“.

¹⁴ U. Hufeld, Die Verfassungsdurchbrechung. Rechtsproblem der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung. Ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung, 1997.

¹⁵ G. Roellecke, Identität und Variabilität der Verfassung, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 13 Rn. 43.

¹⁶ G. Kirchhof, Allgemeinheit des Verfassungsgesetzes – verfaßte Internationalität und Integrationskraft der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 267 Rn. 30 ff.; U. Hufeld, Die Verfassungsdurchbrechung, 1997, 208 ff. (231 ff.).

worfen. Sie muss sich im Zusammenhang der Verfassungsurkunde „ausdrücklich“ (Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG) als Ausnahme von der Regel zu erkennen geben¹⁷ und rechtfertigen.

Die Verfassungsdurchbrechung bestätigt die volkstümliche Annahme: „Keine Regel ohne Ausnahme“. Eine Ausnahme, die diese Meta-Regel nicht bestätigt, findet sich in Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG. Das Verbot des Einzelfallgesetzes¹⁸ verbietet den systembrüchigen Grundrechtseingriff im Einzelfall absolut. Das absolute Verbot setzt allerdings perfekte Allgemeinheit voraus, allgemeingesetzliche Vorentscheidungen, Systementscheidungen. Das Verbot ergreift nicht das systemunabhängige Singulargesetz, das von Sachgesetzlichkeit regiert wird¹⁹, nicht von Vorgesetzlichkeit. Die Verbotsnorm des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG adressiert den Eingriffsgesetzgeber, der nach dem Systembruch im Einzelfall trachtet.

Systembezogene Einzelfallgesetze mögen die Vorordnung konkretisieren – das Konkretisierungsgesetz bleibt allgemeines Gesetz und handle es sich um Konkretisierung im Einzelfall. Der böse Geist regt sich im Systemdurchbrechungsgesetz. Hier verschärft das Grundgesetz den Grundrechtsschutz des Art. 3 Abs. 1 GG. Das inkonsequente Einzelfallgesetz – gerichtet gegen „Regel“, „Vorordnung“, „System“ – ist verboten. Im so bestimmten Anwendungsbereich²⁰, im Kampf gegen den Systembruch im Einzelfall, begründet Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG ein absolutes Diskriminierungsverbot und ein absolutes Privilegierungsverbot, sperrt sich strikt gegen Rechtfertigungsgründe und Abwägung. Art. 3 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG knüpfen unterschiedliche Rechtsfolgen an den qualifizierten Gleichheitsverstoß²¹. Mit dem Verbot, systemwidrig „einen Fall herauszugreifen“²², gewährleistet das Grundgesetz absoluten Grundrechtsschutz.

¹⁷ Zum Beurkundungszwang *J. Isensee*, Der Selbststand der Verfassung in ihren Verweisungen und Öffnungen, in: AöR 2013, 325 (328 ff.); *U. Hufeld*, Urkundlichkeit und Publizität der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 259 Rn. 6 ff. zu Verständigungsnormativität qua Schriftlichkeit.

¹⁸ *U. Hufeld*, Kommentierung des Art. 19 Abs. 1 GG, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Drittbearbeitung 2012.

¹⁹ Ebenda Rn. 95 ff., 154 ff; BVerfGE 134, 33 (88 f.) – Therapieunterbringungsgesetz.

²⁰ *U. Hufeld*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, Kommentierung des Art. 19 Abs. 1 GG (Drittbearbeitung 2012) Rn. 9 ff. und 99 ff.

²¹ Ebenda Rn. 176 ff.

²² BVerfGE 25, 371 (399) – lex Rheinstahl.

Die Verfassungsdurchbrechung kann sich ausnahmsweise behaupten, abgestützt auf gute Gründe. Der Schutz der Verfassung drängt auf Bändigung, nicht auf Abschaffung der Politik. Der Schutz der Grundrechte erheischt eine Sicherheitsvorkehrung gegen das notorisch gefährliche, zu gefährliche Eingriffsgesetz im Einzelfall, gegen den diskriminierenden oder privilegierenden Systembruch. In dieser spezifischen Grundrechtsgefährdungslage schlägt sich das Grundgesetz auf die Seite der Regel, entscheidet sich ausnahmslos gegen die Ausnahme: perfektes Ausnahmerecht.