

## § 4 Apologie der Ausnahme Rechtstheoretische Perspektiven\*

*Franz Reimer*

I.	Der Rahmen.....	72
1.	Ordnung als Voraussetzung von Regel und Ausnahme.....	72
2.	Regeln und Ausnahmen des Realbereichs.....	74
3.	Ausnahmen als negative Sonderregelung.....	74
II.	Vielfalt der Ausnahmen.....	77
1.	Differenzierung nach Normschichten.....	77
2.	Differenzierung nach Anknüpfungspunkten.....	77
	a. Quantitativ bestimmte und qualitativ bestimmte Ausnahmen.....	77
	b. Anknüpfungsmöglichkeiten für qualitativ bestimmte Ausnahmen.....	78
	c. Insbesondere: Materielle und formelle Ausnahmen.....	79
3.	Differenzierung nach Funktion der Bezugsnorm (der Regel).....	80
4.	Zwischenergebnis.....	81
III.	Funktionen der Ausnahmen.....	81
1.	Ausnahmen als Instrument der Darstellung.....	81
2.	Ausnahmen als Instrument der Differenzierung.....	81
3.	Ausnahmemotivationen.....	83
4.	Zwischenergebnis.....	83
IV.	Umgang mit Ausnahmen.....	84
1.	Zuständigkeit zur Bestimmung von Ausnahmen.....	84
2.	Enge Auslegung von Ausnahmen?.....	85
3.	Heuristische Bedeutung von Ausnahmen.....	87
4.	Legistische Bedeutung von Ausnahmen.....	88
V.	Fazit.....	88

Die Ausnahme ist eine so uneindeutige wie unentbehrliche Regelungsfigur. Dies möchte ich in vier Schritten zeigen: durch Bestimmung des gegenwärtigen Rahmens für Rechtsetzung und Rechtsanwendung (I.), durch eine

---

\* Der Beitrag gibt den Vortrag vom 26.10.2018 in geringfügig ergänzter Form wieder; der Vortragsduktus wurde beibehalten.

Skizze zur Vielfalt von Ausnahmeregelungen (II.), durch eine Rekapitulation der Funktionen von Ausnahmen (III.) und schließlich durch Folgerungen für die Anwendung (IV.). In der folgenden rechtstheoretischen Analyse lege ich ein Verständnis der Rechtstheorie als systematisierender und reflektierender allgemeiner Rechtslehre zugrunde, die von der Strukturierung der Phänomene des positiven Rechts ausgeht und auf diese Weise Kategorien bildet, die als Fragen für die Rechtsanwendung fruchtbar sein können.

## I. Der Rahmen

### 1. Ordnung als Voraussetzung von Regel und Ausnahme

Als ein junger aus Gießen kommender Professor in seiner Heidelberger Antrittsvorlesung 1935 von der „Einheit der Rechtsordnung“ sprach, war eines der adressierten Probleme das der *Zweiheit* der Rechtsordnung: das Nebeneinander von altem und neuem Recht.<sup>1</sup> So war die *Einheit* ein Problem, nicht aber die Rechtsordnung. Im Jahre 2019 ist die *Rechtsordnung* problematisch. Wir leben in einer Rechtsunordnung.<sup>2</sup> Denn von „Ordnung“ im gewohnten Sinne kann man nur sprechen, wenn das Regelsystem transparent und stabil ist.<sup>3</sup> Sowenig man angesichts der unbezwingbaren und unzählbaren Vielfalt des Realbereichs von einer *Realordnung* sprechen kann, so wenig sollten wir angesichts der überbordenden unkoordinierten Regelungen und Re-Regelungen auf den verschiedenen interferierenden Ebenen von einer „Rechtsordnung“ sprechen. Jedenfalls ist das Recht keine erzeugte Ordnung (τάξις) – ist es eine spontane Ordnung

---

<sup>1</sup> Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, Ndr. 1987, bspw. S. 84 ff.

<sup>2</sup> Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 2-5.

<sup>3</sup> Auf Vorhersagbarkeit abstellend Friedrich August von Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit S. 38: „Als ‚Ordnung‘ werden wir durchweg einen Zustand bezeichnen, in dem verschiedenartige Elemente in großer Anzahl so aufeinander bezogen sind, daß die Kenntnis eines räumlichen oder zeitlichen Teiles des Ganzen uns erlaubt, richtige Erwartungen hinsichtlich des Übrigen zu bilden oder zumindest Erwartungen, die sich mit erheblicher Wahrscheinlichkeit als richtig herausstellen.“

(κόσμος)?<sup>4</sup> Vielleicht erkennen wir zu einem bestimmten Zeitpunkt im Chaos der Normgeflechte ein Bild mit sinnvoll deutbaren Strukturen, einen Kosmos. Bis dahin sind Regel und Ausnahme mangels eines transparenten und stabilen Regelsystems nicht zuverlässig erkennbar und bestimmbar, wenn überhaupt noch vorhanden. „Ausnahme“ ist damit ein epochengebundener Begriff. So wie er erst im 18. Jahrhundert Verbreitung fand<sup>5</sup> (die *exceptiones* des römischen Rechts waren Einreden<sup>6</sup>; im Übrigen begegnen *singularia*<sup>7</sup> bzw. *iura singularia* oder *dispositiones speciales*), so prekär wird die Rede von „Ausnahmen“ im fluiden Mehrebenenrecht der Gegenwart. Es ist daher wohl kein Zufall, dass die Ausnahme „als vergessene Kategorie der Rechtswissenschaft“ bezeichnet worden ist.<sup>8</sup>

Zwar herrschen innerhalb bestimmter Zonen des Rechts so viel Transparenz und Stabilität, dass sich dort noch sinnvoll von Regel und Ausnahme reden lässt; dennoch ist auf deren Voraussetzung, die Systematizität, hinzuweisen: Wo sie entfällt, entfällt auch der Sinn der Rede von Regel und Ausnahme. Ob eine Granularisierung des Rechts – deren Durchdringung der Rechtstheorie<sup>9</sup> und Staatsrechtslehre<sup>10</sup> aufgegeben ist – in ähnlicher Weise die Gegenüberstellung von Regel und Ausnahme bedroht und die Rechtsordnung gewissermaßen in Ausnahmen auflöst (dies dann aber vielleicht doch wieder auf der Basis von Regeln, die wiederum durch Ausnahmen konturiert werden könnten), vermag ich nicht zu überblicken; viel

---

<sup>4</sup> Unterscheidung bei Hayek (Fn. 3), S. 37 ff.

<sup>5</sup> Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl. 2012, S. 163.

<sup>6</sup> Näher Anna-Bettina Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Freiburger Habilitationsschrift, 2017, MS, S. 41.

<sup>7</sup> Zur Maxime *singularia non sunt extendenda* Manfred Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7. Aufl. 2007, S. 220 sub S 40 (m.w.N.); Knütel, *Ius Commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, JuS 1996, S. 768 (772).

<sup>8</sup> Kaiser (Fn. 6), S. 36; ähnlich Franz Josef Lindner, *Das Regel-Ausnahme-Verhältnis im Verwaltungsrecht*, *VerwArch* 98 (2007), S. 213; Frederick Schauer, *Exceptions*, *The University of Chicago Law Review* 58 (1991), S. 871 (872): „lack of attention“.

<sup>9</sup> Nachdrücklich Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, 2018, S. 61.

<sup>10</sup> Hellsichtig Hanno Kube, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *VVDStRL* 78 (2019), MS, S. 8 f., 12.

spricht dafür, dass auch Algorithmen Regeln und Ausnahmen als gedankliche Voraussetzung haben.<sup>11</sup>

## 2. Regeln und Ausnahmen des Realbereichs

Ebenfalls nicht Gegenstand der folgenden Überlegungen sind die „Regeln“ des Realbereichs, d.h. die Regelmäßigkeiten. Als Rechtswissenschaftler beschäftigen wir uns ungerne mit der kruden Faktizität. Wir überlassen sie Praktikern, Gutachtern, Sachverständigen oder Fachwissenschaftlern. Aber auch hier schlagen die Voreinstellungen des Rechtsetzers oder Rechtsanwenders durch: Explizite oder implizite Regel-Ausnahme-Annahmen über den Realbereich prägen Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Keine Rechtsetzung und keine Rechtsanwendung findet ohne solche Normalitätsannahmen statt! Die Annahmen des Gesetzgebers – *legislative facts* – sind zunehmend Gegenstand rechtswissenschaftlicher Bemühung; an dieser Stelle genügt es, an die große Bedeutung der Wahrnehmung des Realbereichs zu erinnern. Wahrnehmungsbarrieren (etwa Stereotype) können Breitenphänomene zu Ausnahmen stempeln und so eine bunte Wirklichkeit auf graue Uniformität reduzieren, oder Wahrnehmungsverzerrungen dramatisieren umgekehrt Ausnahmen zu Regelphänomenen („Alle Makler lügen“). Beides führt zu unrichtiger Rechtsanwendung, bleibt im Folgenden aber ausgeblendet.

## 3. Ausnahmen als negative Sonderregelung

Im Weiteren aber sollen unter Regeln und Ausnahmen nur noch Regelungen, und zwar Rechtsregelungen, verstanden werden. „Ausnahme“ sei die Sonderregelung, die die Rechtsfolge der Ausgangsregelung („Regel“) für bestimmte Anwendungsfälle unanwendbar macht, d.h. eine negative *lex*

---

<sup>11</sup> Kube (Fn. 10), S. 12: „Der Gedanke einer durch die Technik ermöglichten „Granularisierung“ des Rechts ist deshalb ein Missverständnis, soweit mit dem Recht die Rechtsnorm gemeint ist. Freiheits- und gleichheitsgerecht ist niemals die Individualisierung der Maßstäbe, sondern allenfalls und in Grenzen die technikgestützt verbesserte Subsumtion unter den allgemeinen Maßstab.“

*specialis*. Außer Betracht bleiben damit die *nichtregelförmige* Ausnahme einerseits und die *positive* Spezialregelung andererseits.

Es versteht sich, dass die Normübertretung keine Ausnahme im hier behandelten Sinne sein soll. Denn es geht mir an dieser Stelle um Ausnahmen *im* Recht (nicht um Ausnahmen *vom* Recht<sup>12</sup>), insbesondere um Ausnahmenvorschriften. Wenn diese als „Rechtssätze, die einen geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtsgrundsatz für besonders geartete Fälle durchbrechen“, definiert werden,<sup>13</sup> so schafft der unklare Begriff der „Durchbrechung“ unnötige Schwierigkeiten. Mit dem stattdessen benutzten Begriff der „Sonderregelung“ bleibt die nichtregelförmige Ausnahme außer Betracht, also die Übertretung, Abweichung, Durchbrechung im Sinne einer Eigenmächtigkeit. Denn das Thema der Ausnahme ist nicht die *Eigenmächtigkeit*, die Infragestellung einer Autorität, sondern die *Eigengeartetheit*, die Infragestellung der Generalität.

Insofern die „Regel“ als allgemeine Vorschrift zugunsten der Ausnahme als Sonderregelung zurücktritt und unanwendbar wird,<sup>14</sup> kann man die Ausnahme als *lex specialis* bezeichnen, die die *lex generalis* partiell außer Anwendung setzt. Aber nicht jede *lex specialis* wird als Ausnahme bezeichnet, sondern nur eine solche, die – negativ – die Rechtsfolge der *lex generalis* für die bezeichneten Fälle außer Anwendung setzt; eine Spezialnorm, die gegenüber der Generalnorm gesteigerte Rechtsfolgen hat, stellt keine „Ausnahme“ dar; sie nimmt nichts aus, *eximiert* nicht, sondern *extendiert*

---

<sup>12</sup> Instruktive Unterscheidung von „Ausnahmen im Gesetz“, „Ausnahmen vom Gesetz“ und „Ausnahmen vom Recht“ bei *Kaiser* (Fn. 6), S. 39 ff. – Zum weiten Feld der Ausnahmen vom Recht *Carl Schmitt*, *Politische Theologie* (1922), 7. Aufl. 1996, S. 13 ff.; von einem ähnlichen Ausnahmegriff ausgehend *Günther Ortman*, *Regel und Ausnahme. Paradoxien sozialer Ordnung*, 2003. Da es hier nur um Ausnahmeregelungen geht, bedarf es keiner Stellungnahme zur Theologie der Ausnahme („Die Ausnahme ist das nicht Subsumierbare“: *Schmitt*, S. 19). Außer Betracht bleibt ferner das Schrifttum zur „defeasibility“, z.B. *Frederick Schauer*, *Is Defeasibility an Essential Property of Law?*, 2008.

<sup>13</sup> *Enneccerus/Nipperdey*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. I/1, S. 295 f.; hier zit. n. *Thomas M.J. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 2017, § 4 Rn. 123.

<sup>14</sup> A.A. offenbar *Jürgen Rödig*, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, 1986, S. 46: Einräumung höheren Rangs der Ausnahme gegenüber der Regel.

oder intensiviert. So ist § 49 Abs. 3 VwVfG, der den Widerruf des Verwaltungsakts auch für die Vergangenheit erlaubt, gegenüber § 49 Abs. 2 VwVfG, der ihn nur für die Zukunft zulässt, eine *lex specialis*, aber keine Ausnahme.

Die Ausnahme kann vom Normsetzer als solche bezeichnet werden (wie es der Bundesverfassungsgeber bspw. in Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG getan hat: „In Ausnahmefällen kann der Bund wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung das Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder regeln.“<sup>15</sup>); die Ausdrücklichkeit ist für ihren Status – der noch näher zu bestimmen ist – aber nicht erforderlich. Dementsprechend begegnen die verschiedensten Formulierungen zur Anordnung von Ausnahmen.<sup>16</sup> So genügt ein „soll“ in einer verwaltungsrechtlichen Norm (anstelle eines „kann“) oder ein „nur“ wie in § 35 Abs. 1 BauGB („Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn ...“). Diese letztgenannte Norm zeigt auch die Relativität von Regel und Ausnahme: Das in ihr verkörperte Verbot des Bauens im Außenbereich ist Ausnahme von der Regel der Baufreiheit, aber Regel zur Ausnahme der Zulässigkeit privilegierter Vorhaben. Ob diese Relativität von Regel und Ausnahme ein Problem für Auslegung und Anwendung darstellt, soll später noch einmal aufgegriffen werden (IV.2). Häufig leitet in verwaltungsrechtlichen Gesetzen die Formulierung „abweichend von § ...“<sup>17</sup> Ausnahmeregelungen ein; damit stellt der Gesetzgeber den Fortbestand der Ausgangsregelung (d.h. die Regel) klar und kontrastiert die Ausnahme.

---

<sup>15</sup> Die Gesetzesbegründung von Regierungsentwürfen soll in diesem Fall angeben, warum ein Ausnahmefall wegen eines besonderen Bedürfnisses besteht: § 43 Abs. 3 GGO und BMJ (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 434.

<sup>16</sup> Prägnantes Beispiel bei *Reinhard Mußgnug*, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen n.F., Bd. 13, teilw. zugl. Heidelberg, Univ., Diss., 1962), 1964, S. 72 (§ 8 V WHG a.F.): „Die Bewilligung wird für eine bestimmte Frist erteilt, die in besonderen Fällen dreißig Jahre überschreiten darf.“

<sup>17</sup> So im AufenthG i.d.F. d. Bek. v. 25.2.2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 12.7.2018 (BGBl. I S. 1147), allein dreißigmal.

## II. Vielfalt der Ausnahmen

Der Kosmos der Ausnahmen ist so groß wie der Kosmos des Rechts. Dies zu betonen, scheint mir für eine differenzierende Beurteilung der Ausnahmen nötig.

### 1. Differenzierung nach Normschichten

Es kann zunächst Ausnahmen zu primär-, sekundär- und tertiärrechtlichen, zu verfassungsrechtlichen, parlaments- und untergesetzlichen, zu verwaltungsaktsförmigen und vertraglichen, zu richter- und gewohnheitsrechtlichen Regelungen geben. Die Kategorie der Ausnahme ist indifferent gegenüber der Normschicht und der Regelungsform der Regel. Die Ausnahmen wiederum können vom entsprechenden Regelungsgeber stammen. Der Normalfall ist, dass Regel und Ausnahme oder jedenfalls Regel und Ermächtigung zur Ausnahme<sup>18</sup> vom gleichen Regelsetzer stammen, denn die Ausnahme stellt einen partiellen *actus contrarius* zur Regel dar, so dass das Auseinanderfallen von Zuständigkeit, Verfahren und Form der Regel einerseits und der Ausnahme andererseits rechtfertigungsbedürftig wäre; darum soll es heute allerdings nicht gehen. Denn schon die vom Parlamentsgesetzgeber geregelte Ausnahme zu seinem eigenen Parlamentsgesetz ist problematisch genug.

### 2. Differenzierung nach Anknüpfungspunkten

#### a. Quantitativ bestimmte und qualitativ bestimmte Ausnahmen

Der Normsetzer kann sich auf die Statuierung der Ausnahmeeigenschaft einer Regelung beschränken, also keinen inhaltlich begrenzenden Tatbestand nennen. Statt eines die Ausnahme auslösenden (und damit zugleich begrenzenden) Tatbestandsmerkmals tritt dann die quantitative Dimension: Nur in der Minderzahl der Fälle soll die Sonderregelung greifen, für die Mehrzahl muss die Basisregelung („Regel“) greifen. Man kann insoweit

---

<sup>18</sup> Zur Delegation der „Dispensationsbefugnis“ *Mußgnug*, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964; *Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rn. 43.

von quantitativ bestimmten Ausnahmen sprechen (auch wenn selbstverständlich Zahlen weder angegeben noch als scharfer Prüfungsmaßstab nutzbar sein werden). Ein Beispiel sind Normen, die sich der Wendung „in Ausnahmefällen“ bedienen.<sup>19</sup> Ein Beispiel für eine Kombination von quantitativ und qualitativ bestimmter Ausnahme stellt der bereits zitierte Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG dar. Auch insoweit ist der Begriff der „Ausnahme“ selbst also indifferent: Er umfasst qualitativ bestimmte wie auch lediglich quantitativ bestimmte Ausnahmen. Ein normatives Regel-Ausnahme-Verhältnis muss also keineswegs darauf abzielen, dass die Ausnahmefälle die Minderzahl und die Regelfälle die Mehrzahl der Anwendungsfälle der Gesamtregelung darstellen.<sup>20</sup>

#### *b. Anknüpfungsmöglichkeiten für qualitativ bestimmte Ausnahmen*

Qualitative Ausnahmen können an externe rechtliche oder faktische Faktoren, insbesondere an Zeit und/oder an Raum, an persönliche Eigenschaften der Adressaten, an die Auswirkung der Norm und viele andere sonstige Faktoren anknüpfen: an Verfügbares und Unverfügbares, Sicheres und Unsicheres, Sachgerechtes und schreiend Unsachgerechtes; daher lässt sich materiellrechtlich – etwa mit Blick auf die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG – nichts Allgemeines über Ausnahmen sagen. Ausnahmen können unmittelbar einleuchtend und unkontrovers<sup>21</sup> oder aber hochkontrovers und

---

<sup>19</sup> Bspw. § 17b Abs. 1 Satz 7 KHG: „Soweit dies zur Ergänzung der Fallpauschalen in eng begrenzten Ausnahmefällen erforderlich ist...“

<sup>20</sup> Diff. *Kaiser* (Fn. 6), S. 38: „Regelmäßig hat die gesetzliche Ausnahme zugleich eine quantitative Dimension. Damit ist gemeint, dass die Ausnahme in einer geringeren Zahl von Fällen einschlägig ist als die Regel. So hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise für das in Art. 33 Abs. 4 GG niedergelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis festgehalten, dass von „der Ausnahmemöglichkeit [...] kein Gebrauch gemacht werden [darf], der dazu führt, dass der vorgesehene Regelfall faktisch zum zahlenmäßigen Ausnahmefall wird.“ Letztlich ist zwar durch Auslegung für jede Ausnahmenorm gesondert zu bestimmen, inwiefern ihr eine solche quantitative Dimension mit normativen Konsequenzen zukommt.“

<sup>21</sup> Etwa § 35 Abs. 1 StVO über „Sonderrechte“: Befreiung von Bundespolizei, Bundeswehr, Polizei, Feuerwehr u.a. von den Vorschriften der StVO, „soweit das zur Erfüllung ho-

brisant<sup>22</sup> sein. Von dem damit zugrunde gelegten weiten Begriff der Ausnahme aus – der mir den ganz herrschenden juristischen Sprachgebrauch abzubilden scheint – ist nicht die Ausnahme selbst das Problem (sie ist zunächst nur ein redaktionelles Phänomen), sondern ihre Motivation und Gestaltung.

### *c. Insbesondere: Materielle und formelle Ausnahmen*

Qualitativ ausgerichtete Ausnahmen können materielle oder formelle (z.B. prozessrechtlich oder redaktionell bedingte) Sonderregelungen sein.<sup>23</sup> Sind die Ausnahmen inhaltliche Abweichungen von einer generellen Norm (wie einem Rechtsgrundsatz), so kann man von Ausnahmen im materiellen Sinne sprechen; der Rechtsgrundsatz spiegelt dann eine vom Normsetzer angenommene oder angestrebte Normalität wider, die Ausnahme das punktuelle Überwiegen eines anderen Belangs.<sup>24</sup> Sind Ausnahmen anders motiviert als inhaltlich, kann man von Ausnahmen im formellen Sinne sprechen; dies gilt etwa, wenn die Sonderregelung redaktionelle Gründe

---

heitlicher Aufgaben dringend geboten ist“ – eine Regelung, die „aus sich heraus Plausibilität und Akzeptanz“ hat (*Gregor Kirchhof*, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, S. 216).

<sup>22</sup> Bsp.: § 47 Abs. 4a BImSchG i.d.F. des Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom 8. April 2019, BGBl. I S. 432: Ausnahmemöglichkeiten und Ausnahmen von Diesel-Fahrverboten – sichern sie die Verhältnismäßigkeit oder bewirken sie einen Verstoß gegen die zugrundeliegende Luftqualitätsrichtlinie?

<sup>23</sup> Andere Kategorisierung noch bei *Reimer* (Fn. 2), Rn. 334 ff.

<sup>24</sup> Eine solche materielle Ausnahme kann auch vorliegen, wenn die Sonderrechtsfolge nicht automatisch eintritt, sondern dem Ermessen einer Behörde unterliegt. So lässt sich § 52 Abs. 1 SGB V („Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden: (1) Haben sich Versicherte eine Krankheit vorsätzlich oder bei einem von ihnen begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zugezogen, kann die Krankenkasse sie an den Kosten der Leistungen in angemessener Höhe beteiligen und das Krankengeld ganz oder teilweise für die Dauer dieser Krankheit versagen und zurückfordern.“) als Ausnahme zum Finalprinzip, d.h. zur Kostentragung ohne Rücksicht auf die Verursachung, ansehen, vgl. BSG NJW 1963, 1894 (1895) zu § 192 RVO („Ausnahmecharakter“); *Schifferdecker*, in: *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, 100. EL Juni 2018, § 52 SGB V Rn. 2: „Ausnahme von der Regel, wonach im Interesse der Versicherten und der Allgemeinheit Krankenbehandlung und andere notwendige Leistungen ohne Rücksicht auf die Krankheitsursachen zu gewähren sind“.

hat: Auch ohne ein inhaltliches Regel-Ausnahme-Verhältnis begründen zu wollen, kann der Normsetzer mit der „Regel“ eine Auffangregelung schaffen und mit einer „Ausnahme“ abweichende Rechtsfolgen statuieren, ohne dass die Auffangregelung einen Normalzustand sichern und die Ausnahme eine rechtfertigungsbedürftige Abweichung zulassen sollte; diese Ausnahme stellt gewissermaßen eine Inhaltsbestimmung, einen integralen Teil der Gesamtregelung dar. Eine solche Ausnahme im formellen Sinne wird man wohl auch anzunehmen haben, wenn sie sich prozessrechtlichen Erwägungen verdankt, nämlich einer bestimmten Beweislastverteilung dient.<sup>25</sup> Auch ohne dass wir bereits näher analysiert hätten, was von der Qualifikation einer Norm als „Regel“ oder als „Ausnahme“ dogmatisch abhängt (dazu unten IV.2), wird man sagen können, dass am brisantesten sicherlich die Ausnahmen im materiellen Sinne sind, also das partielle Abgehen des Normsetzers von einer generellen Norm. Von diesen Ausnahmen im materiellen Sinne soll im Folgenden schwerpunktartig die Rede sein.

### 3. Differenzierung nach Funktion der Bezugsnorm (der Regel)

Ausnahmen unterscheiden sich schließlich nach Funktion und Wirkung ihrer Bezugsnorm: Ausnahmen in der Eingriffsverwaltung haben andere Funktion und Wirkung als Ausnahmen in der Leistungsverwaltung: erstere verschonen, letztere schließen aus. Legt man die rechtstheoretische Unterscheidung von Gebot, Verbot, Erlaubnis (Nicht-Verbot) und Freistellung (Nicht-Gebot<sup>26</sup>) zugrunde, so ist deutlich, dass Ausnahmen von Geboten eine andere Funktion und Wirkung haben als Ausnahmen von Verboten, Ausnahmen von Erlaubnissen und Ausnahmen von Freistellungen. Und dass Ausnahmen von *Ansprüchen* wiederum anders wirken (nämlich ausschließend), liegt auf der Hand.

---

<sup>25</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 355.

<sup>26</sup> Adomeit/Hähnchen, Rechtstheorie, Rn. 44 unter Hinweis auf Bentham, Of Laws in General; jeweils anders Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 185 (Inbegriff von positiver und negativer Erlaubnis); Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 22 II, S. 191 f.

#### 4. Zwischenergebnis

Ein kurzes Zwischenergebnis könnte, freundlich formuliert, lauten: Ausnahmen sind äußerst vielfältig. Etwas weniger freundlich formuliert, lautet es: Die Kategorie der Ausnahme ist beschreibungsschwach<sup>27</sup> – ein Befund, der sich im nächsten Schritt, bei der Frage nach den Funktionen der Ausnahmen, konkretisieren wird und der weitreichenden allgemeinen Aussagen über Ausnahmen entgegensteht.

### III. Funktionen der Ausnahmen

#### 1. Ausnahmen als Instrument der Darstellung

Ausnahmen – verstanden als negative Sonderregelungen (oben I.3) – können als redaktionelles Instrument der klaren und regelungsökonomischen (rechtstechnischen) Durchdringung eines Regelungsfeldes dienen. Man könnte geneigt sein, sie als bloße *façon de parler* des jeweiligen Normsetzers aufzufassen. Aber das wäre voreilig: Es wird immer einen Unterschied ergeben, ob ein Regelungskomplex aus einer Summe von Einzelregelungen besteht oder aber aus einem Grundsatz (d.h. der Regel), dem Ausnahmen hinzugefügt werden: Die (kaum je vermeidbare) Unvollständigkeit in der Erfassung der Phänomene durch den Normsetzer schlägt sich im ersten Fall darin nieder, dass nicht gesehenen Fällen die erwünschte Rechtsfolge *nicht* zugeordnet wird, wohingegen diese im zweiten Fall vom Grundsatz erfasst werden, so dass ihnen die Rechtsfolge zugewiesen wird. Auch für die Beurteilung der Beweislast ergibt sich häufig ein Unterschied aus der Formulierung (sei dies dem Normsetzer bewusst, sei es ihm nicht bewusst).

#### 2. Ausnahmen als Instrument der Differenzierung

Inhaltlich dienen Ausnahmen der Differenzierung des Rechts, sei sie sachgerecht, sei sie sachfremd. Ausnahmen sind daher – in Abwandlung einer Formulierung *Reinhard Mußgnugs* – Ausdruck der Antinomie zwischen

---

<sup>27</sup> Ähnlich *Rödiger* (Fn. 14), S. 219: „mehrdeutig“.

Generalität und Individualität.<sup>28</sup> Oder in der Formulierung seines Lehrers: „Die Gleichbehandlung ist ein notwendiger Bestandteil der Gerechtigkeit. Aber in dem Maße, in dem ein Gesetz diese Gleichheit durch seine generalisierende Art verbürgt, wirkt es zugleich ungerecht, weil es die individuelle Eigentümlichkeit eines jeden Falles, für den es gilt, verfehlen muss. Jedes und jeden nach seiner Besonderheit zu behandeln ist ebenfalls ein Gebot der Gerechtigkeit. Je genereller eine Regelung ist, umso mehr verlangt das Gerechtigkeitsbedürfnis danach, das Summarische der Regel durch eine fallgemäße Lösung zu ersetzen. Aber, auch das Umgekehrte gilt: Je spezieller ein Rechtssatz ist, umso mehr wächst das Bedürfnis, die Besonderheit und damit Ungleichheit der Rechtslagen durch eine Regelmäßigkeit zu überhöhen und in ihr aufgehen zu lassen. So stehen die Norm und ihre Durchbrechung in einem dialektischen Verhältnis. Die Ausnahme empfängt von der Norm her ihren Sinn und die Norm lässt sich erst von der Ausnahme aus voll begreifen. Nur Regel und Ausnahme zusammen sichern eine gerechte Ordnung.“<sup>29</sup>

In diesem Sinne dürfte bereits die aristotelische *ἐπιείκεια* (Billigkeit) eine Quelle von Ausnahmen sein (wenn auch eher Quelle der Ausnahmen *vom* Gesetz als der Ausnahmen *im* Gesetz). Die Ausnahmen können damit zugleich, auch wo sie ihrerseits allgemein formuliert sind,<sup>30</sup> die inhaltliche Allgemeinheit der Bezugsnorm (d.h. der Regel) gefährden und Ausdruck der Anmaßung von Wissen sein. Sie können Mahnmale eines naiven regulatorischen Perfektionismus', einer hemmungslosen Detailregulierung darstellen. Sie können aber auch mit der Regel zusammen ein sinnvolles und einleuchtendes Ganzes ergeben, also die Allgemeinheit der Norm nicht gefährden, sondern definieren.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> *Mußgnug* (Fn. 16), S. 58 mit Blick auf den Dispens: „Antinomie zwischen Norm und Individualität“.

<sup>29</sup> *Hans Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rn. 42 a.E.; der Abschnitt wird eingeleitet mit dem Passus: „Dispens und Privileg sind elementare juristische Kategorien, die ebenso im Dienst des Gerechtigkeitsstrebens stehen wie das Gesetz als genereller Satz. Der allgemeine und zwingende Charakter des Gesetzes sichert Gleichmäßigkeit der Rechtsfolgen für gleiche Lagen.“

<sup>30</sup> Hinweis hierauf bei *Kaiser* (Fn. 6), S. 43.

<sup>31</sup> Wie die straßenverkehrsrechtliche Norm über „Sonderrechte“, vgl. o. Fn. 21.

### 3. Ausnahmemotivationen

Funktion der in der Ausnahme liegenden Differenzierung kann einerseits sein, die Verfassungsmäßigkeit der Bezugsnorm zu sichern. Denn Ausnahmen können die Grundrechtskonformität einer Regelung – insbesondere ihre Verhältnismäßigkeit – herstellen. Funktion der Ausnahme kann auch schlicht sein, die Billigkeit oder die Akzeptanz der Regel herzustellen. Fragt man in diesem Sinne nach den Motiven des Ausnehmenden, können Ausnahmen Ausdruck der Rechts- und Verfassungstreue, des Rechtsgefühls oder des Gerechtigkeitsempfindens, aber auch der Scheu vor den politischen Kosten eines Konsenses oder der Nachgiebigkeit gegenüber einer Lobby sein.

### 4. Zwischenergebnis

Die Ausnahme ist damit nicht nur eine Sicherung, sondern auch eine Gefährdung von Gerechtigkeit und Verfassungsmäßigkeit; sie ist ambivalent, und zwar auch dann, wenn eine Belastung ausgenommen wird. Das Verbot des Bauens im Außenbereich nach § 35 BauGB dürfte ohne Ausnahmen ein unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 14 GG sein. Würde die Liste der privilegierten Vorhaben in Abs. 1 aber immer weiter verlängert, so dass faktisch nur mehr einige wenige Bauvorhaben unzulässig wären, könnte die Norm wegen Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes und des Staatsziels Umweltschutz in die Verfassungswidrigkeit kippen. Die privilegierten Vorhaben blieben zwar dogmatisch (wenn auch nicht statistisch) Ausnahmen, aber sie wären ab einem bestimmten Punkt verfassungswidrig.

Ausnahmen sind damit ein elementares und unverzichtbares Gestaltungs- und Darstellungselement der Normsetzer. Sie sind aber auch ein riskantes Instrument, können sie doch verfassungswidrige Ungleichheiten oder Schutzdefizite schaffen, ferner in der Zeit Begehrlichkeiten wecken und so Eigendynamik entfalten. Das aber leitet bereits über zur Frage nach dem Umgang mit Ausnahmen.

## IV. Umgang mit Ausnahmen

### 1. Zuständigkeit zur Bestimmung von Ausnahmen

Souverän ist bekanntlich, wer über die Ausnahme entscheidet.<sup>32</sup> Wer aber entscheidet über Ausnahmen? Unproblematisch *zuständig* ist der Normsetzer der Bezugsnorm oder derjenige, der durch den zuständigen Normsetzer zur Ausnahmeregelung ermächtigt worden ist. Der Rechtsanwender muss mit der geeigneten Technik (und mit n Ethik) der Auslegung die Entscheidung des Normsetzers identifizieren. Das scheint leicht zu sein, wenn die Ausnahme als solche gekennzeichnet ist, und schwer, wenn ein Regel-Ausnahme-Verhältnis nur implizit angeordnet wird (was, wie gesehen, ohne weiteres statthaft ist). In Wirklichkeit verbergen sich angesichts der Vielfalt möglicher Ausnahmen die eigentlichen Schwierigkeiten bei der Frage, was sich hinter der Chiffre „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ verbirgt – was aber bereits keine Zuständigkeitsfrage mehr ist. – Unproblematisch *unzuständig* für die Entscheidung über Ausnahmen ist der jeweils nieder-rangige Normsetzer, sofern keine höherrangige Ermächtigung vorliegt. Aber liegen durch Anwendung völkerrechtsfreundlicher, europarechts-konformer und verfassungskonformer Auslegung nicht auch dort Ausnahmen vor, wo der Normsetzer sie nicht positiviert hat? In meinen Augen dient der Rekurs auf höherrangiges Recht häufig nicht der Auslegung im Sinne einer Inhaltserforschung, sondern der Korrektur einer Norm: Die Konformauslegung fragt nicht nur nach Konformität, sondern stellt sie unter Umständen her.<sup>33</sup> Wie auch immer man sich hierzu stellt, ist Konformauslegung eine äußerst anspruchsvolle Doppelauslegung:<sup>34</sup> Es muss der Normtext der untergeordneten Rechtsschicht und genauso sorgfältig, aber mit anderen Methoden der Normtext der übergeordneten Rechtsschicht ausgelegt werden. Wie bei der niederrangigen Norm wird es in aller Regel auch bei der höherrangigen Maßstabnorm einen Korridor vertretbarer

---

<sup>32</sup> Nach *Schmitt* (Fn. 12), S. 13; hierzu *Hasso Hofmann*, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, *Der Staat* 44 (2005), S. 171; *Kaiser* (Fn. 6), S. 20, 56.

<sup>33</sup> *Reimer* (Fn. 2), Rn. 239.

<sup>34</sup> Zusammenfassend zur hier zugrunde gelegten Konzeption: *Reimer* (Fn. 2), Rn. 679 ff.

Auslegungsvarianten geben. Zeigt sich dennoch eine nicht überbrückbare Diskrepanz, ist die Korrektur der niederrangigen Norm – etwa durch Ergänzung durch eine Ausnahme – zu prüfen; aber nur in dem Rahmen, den die erkennbare Regelungsentscheidung des Normsetzers lässt. Eine freihändige Kreation von Ausnahmen durch den Interpreten unter Berufung auf höherrangiges Recht verbietet sich.

## 2. Enge Auslegung von Ausnahmen?

Lässt sich eine Ausnahmenvorschrift im positivierten Recht durch Auslegung identifizieren – zur Erinnerung: meist sind Regel-Ausnahme-Verhältnisse implizit angeordnet –, so stellt sich die Gretchenfrage nach einer engen Auslegung. Für eine solche enge Auslegung könnten Normen und Praxen anderer Rechtsordnungen sprechen. So unterliegen nach can. 18 des Codex Iuris Canonici Normen, die eine Ausnahme vom Gesetz enthalten, strikter Auslegung („Leges quae [poenam statuunt aut liberum iurium exercitum coarctant aut] exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi.“). Auch der EuGH bekräftigt – und wir haben heute Vormittag darüber gesprochen – häufig, Ausnahmen seien eng auszulegen.<sup>35</sup> In einer furiosen abweichenden Meinung haben gegen die Parömie die Richter des Bundesverfassungsgerichts *von Schlabrendorff, Geiger* und *Rinck* im Jahre 1974 formuliert: „Für jede Vorschrift, auch für eine Ausnahmenvorschrift, gilt, daß sie korrekt und das heißt hier ihrem eindeutigen Inhalt und Sinn entsprechend auszulegen ist. Der Charakter einer Ausnahmenvorschrift verbietet nur, sie über ihren eindeutigen Inhalt und Sinn hinaus ausdehnend auszulegen; mehr gibt die Formel "Ausnahmenvorschriften sind eng auszulegen" nicht her.“<sup>36</sup> In dieselbe Richtung weist die lateinische Maxime *singula non sunt extendenda* – Ausnahmen dürfen nicht erweitert werden.

Zur Beantwortung der Frage nach einer etwaigen engen Auslegung von Ausnahmen bedarf es zunächst der Erinnerung daran, dass „Ausnahme“ eine unscharfe Kategorie ist, die eine Vielzahl unterschiedlicher Phäno-

---

<sup>35</sup> Hierzu *Thomas von Danwitz*, i.d.B.; *Franz Reimer*, Sind Ausnahmen eng auszulegen?, in: FS Jürgen Keßler, 2015, S. 531 (535 ff.).

<sup>36</sup> BVerfGE 37, 363 (405).

mene umfasst. Die materielle Ausnahme hat inhaltliche Gründe, die formelle unter Umständen nur redaktionelle. Die qualitative Ausnahme schaut auf inhaltliche Gesichtspunkte, die quantitative Ausnahme auf eine messbare Ergebnisrelation. Die qualitative Ausnahme darf daher zur statistischen Regel werden, die quantitative darf es nicht. Letzteres könnte mit dem Merksatz „Ausnahmen sind eng auszulegen“ ausgedrückt werden, der dann aber zu weit greift.

Damit ist immerhin der Weg zur Erklärung der Formel gewiesen: Normen wirken durch und in der Anwendung, d.h. dezentral in Raum und Zeit. Sie können von Mal zu Mal großzügiger angewendet werden. Denn Ausnahmen beginnen das Bild der Normalität mitzuprägen, auf die Regelwahrnehmung zurückzuwirken – eine Annahme, die durch das sozialpsychologische Phänomen der *shifting baselines*<sup>37</sup> plausibel wird. Auch schafft jede Ausnahme einen Grund für die nächste Ausnahme,<sup>38</sup> nicht zuletzt aufgrund des „grundrechtlichen Sogs zu Detailregelungen“.<sup>39</sup> Diese Eigendynamik von Ausnahmen unterläuft dann die Regelungsentscheidung des Normsetzers, und dieser Eigendynamik versucht die Parömie von der engen Auslegung entgegenzuarbeiten. Sie rechtfertigt kein Einengungsgebot, wohl aber eine sensible und treue Auslegung gemäß der erkennbaren, hilfsweise der mutmaßlichen Regelungsentscheidung des Normsetzers. Ausnahmen sind daher nicht einzuengen, wohl aber als Ausnahmebestimmungen zu *erkennen* (Wahrnehmungsgebot) und in Raum und Zeit als Ausnahmebestimmungen zu *wahren* (Ausweitungsverbot).<sup>40</sup> In Ausnahmefällen (sic!) kommt eine Ausweitung und eine analoge Anwendung

---

<sup>37</sup> Begriffsprägend *Daniel Pauly*, Anecdotes and the shifting baseline syndrome of fisheries, in: *Trends in Ecology and Evolution* 10 (10/1995), S. 430; rezipiert bei *Harald Welzer*, Klimakriege. Wofür im 21. Jahrhundert getötet wird, 2008, S. 212 ff.; näher *Dietmar Rost*, Wandel (v)erkennen. Shifting Baselines und die Wahrnehmung umweltrelevanter Veränderungen aus wissenssoziologischer Sicht 2014, S. 17 ff.

<sup>38</sup> „Einzelheiten verleiten zu neuen Einzelheiten“: *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, hier zit. n. *Kirchhof* (Fn. 21), S. 120.

<sup>39</sup> Begriff: *Gregor Kirchhof*, Rechtliche Allgemeinheitspostulate, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 4 Rn. 33.

<sup>40</sup> *Reimer* (Fn. 2), Rn. 343 ff.

durchaus in Betracht;<sup>41</sup> beides muss aber – besonders bei der quantitativen Ausnahme – einem gedanklichen Verallgemeinerungstest standhalten. Insofern bedingt die Qualifikation einer Norm als Ausnahme dogmatisch keine besonderen Rechtsfolgen; Ausnahmen sind treu, aber nicht eng oder gar einengend auszulegen; ein pauschales Analogieverbot besteht nicht. Dieses Ergebnis entlastet die Klärung der Frage, ob eine Ausnahme vorliegt. Die „Relativität der Ausnahme“ (also die Tatsache, dass ein- und dieselbe Norm gegenüber einer Regel Ausnahme und gegenüber einer Ausnahme Regel sein kann) zeitigt keine problematischen Folgen.

### 3. Heuristische Bedeutung von Ausnahmen

Neben der dogmatischen sollten abschließend kurz die heuristische und die legistische Bedeutung von Ausnahmen angesprochen werden. Ausnahmen sind in ihrem Informationswert ernst zu nehmen. Sie haben hohen heuristischen Wert. Denn sie helfen nicht nur, ein Regelungssystem zu verstehen, sondern sind auch insoweit eine Sonde, als sie dazu beitragen können, rechtspolitische oder rechtstechnische *Probleme* zu identifizieren, etwa ein grundrechtliches Übermaß der Regel, einen starken Lobbyismus und damit unter Umständen verbundene Gleichheitsprobleme. Besonders interessant ist auch hier wieder die Perspektive in der Zeit: Was heute Regel ist, war häufig gestern Ausnahme. Daher sollten Ausnahmen auch als mögliche Vorboten einer neuen Regel gewürdigt werden: die Geburt der Regel aus dem Geist der Ausnahme<sup>42</sup> – eine gemeinsame Aufgabe für Wissenschaft, Rechtsprechung und Rechtsetzung.

---

<sup>41</sup> Zur Statthaftigkeit einer analogen Anwendung von Ausnahmenvorschriften insbes. Markus Würdinger, Die Analogiefähigkeit von Normen, AcP 206 (2006), S. 946 ff.

<sup>42</sup> So wurden die Verbraucherschutzrechtlichen Regeln im Privatrecht als Ausnahmen zur Regel der Privatautonomie angesehen, bis die Privatautonomie als Ausnahme zum Verbraucherschutz erscheint; hierzu Gerhard Wagner, Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum, in: Horst Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67 (98 ff.).

#### 4. Legistische Bedeutung von Ausnahmen

Damit sind wir bereits bei der Rechtsetzungslehre oder Regulierungstheorie angelangt. Normsetzer und die, die sie beraten, sollten Regel-Ausnahme-Verhältnisse reflektieren.<sup>43</sup> Die Figur schafft Klarheit über den Gesamtgehalt eines Regelungskomplexes; sie kann ein Beitrag dazu sein, aus Rechtsunordnung Rechtsordnung zu machen.<sup>44</sup> Daher sollten Rechtsetzer, wenn sie eine Regel-Ausnahme-Struktur für sachgerecht halten, diese als solche ausweisen, und sei es auch nur in den Materialien; auch dies hat Relevanz für die Rechtsanwendung: Es bindet in einer richtig verstandenen legitimationsorientierten („subjektiv-historischen“) Auslegung. Zu den kehrseitigen Obliegenheiten des Rechtsetzers gehört es dabei auch, über Art und Ausmaß der Ausnahme zu entscheiden. Niemals aber sollten sich Regelsetzer mit dem Instrument der Ausnahmen dem regulatorischen Perfektionismus hingeben, der unser Recht so überdifferenziert und änderungsanfällig macht.

#### V. Fazit

Der Kosmos der Ausnahmen ist wie der Kosmos des Rechts unerschöpflich. Die gemeinsame Entdeckungsreise dorthin war kurz; als Souvenirs bringen wir heim: Ausnahmen sind negative Sonderregelungen. Damit dienen sie als Instrument der Ausdifferenzierung des Rechts. Ausnahmen

---

<sup>43</sup> Davon ist in den meisten Büchern zur Rechtsetzungslehre bzw. Gesetzgebungswissenschaft wenig zu finden; als ein Beispiel vgl. Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014. Einige Hinweise enthält das Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Fn. 15), bspw. als Inhalt der Rechtsprüfung die Frage: „Ist das Verhältnis von Regel und Ausnahme sachgerecht?“ (Rn. 9) oder die Faustregel für den Aufbau von Stammgesetzen: „die Regel vor der Ausnahme“ (Rn. 361).

<sup>44</sup> Betonung der komplexitätsreduzierenden Bedeutung von Regel-Ausnahme-Verhältnissen bei *Lindner* (Fn. 8), S. 213 (214 f., 218 f.). – In meinen Augen wäre eine allgemeine Diskussion der Frage, ob die Norm von der Ausnahme oder von der Normalität her gedacht und gemacht werden muss, fruchtlos, da zu pauschal. Viele Normen sollen Ausnahmeständen vorbeugen; sie können dabei (positiv) an Normalitätszustände anknüpfen oder (negativ) Ausnahmestände sanktionieren. Zum Ganzen näher *Kaiser* (Fn. 6), *passim*.

sind folglich ambivalent, können sie doch Gerechtigkeit wie Ungerechtigkeit bewirken, sachgemäße Differenzierung wie unsachgemäße Privilegierung (oder Diskriminierung) bedeuten. Diese Ambivalenz diskreditiert Ausnahmen nicht als Gestaltungsinstrument; sie bleiben schlechthin unentbehrlich, müssen von den Normsetzern aber mit der „Kultur des Maßes“ (*Paul Kirchhof*) eingesetzt werden. Positivierte Ausnahmen sind treu auszulegen: der Regelungsentscheidung getreu und dem Normsetzer gegenüber loyal. Im Einzelfall kann eine einengende ebenso wie eine ausweitende Auslegung oder auch eine analoge Anwendung in Betracht kommen. Darüber hinaus haben Ausnahmen heuristischen Wert als Problemindikatoren und als Vorboten neuer Grundsätze. Auf diese Weise können sie uns lehren, Recht nicht statisch, sondern in seiner Entwicklung in Raum und Zeit zu verstehen – und damit zugleich unsere juristische Wahrnehmung zu schärfen: mit ihren sich oft unmerklich verändernden Referenzrahmen und Normalitätsannahmen, ihren *shifting baselines*.



## Diskussion

*Moderation: Ekkehart Reimer*

Ekkehart Reimer:

Da drüben auf der rechten Seite der alten Aula hat oft Hans-Georg Gadamer mal gegessen. Er hätte sich verstanden gefühlt, denn die Treue, mit der ein Rechtstext zur Verständnis gebracht wird, ist sehr deutlich aufgeschienen in dem Vortrag. Wir verstehen, dass die Ausnahme ein heterogenes Phänomen ist. Dass vielleicht das eine Wort Ausnahme gar nicht die Vielfalt der Phänomene wirklich erfasst, von denen heute Vormittag und jetzt die Rede war und dass aber eben doch zugleich die Methodenlehre viel beizutragen hat, über die Hinweise aus den dogmatischen Fächern und aus der Rechtsvergleichung hinaus. Ich bin sehr gespannt auf die Diskussion und darf Sie herzlich einladen, sich daran zu beteiligen.

Wie sind wir treu zur Ausnahme? Kollege Schuhr.

Jan Schuhr:

Sie haben sehr spannend und eingehend erklärt, wie „die Ausnahme selbst wieder als Regel“ aufzufassen ist. Das passt sehr gut für den Fall, in dem Regeln miteinander kollidieren. Ich würde aber gerne dafür plädieren, auch rechtstheoretisch, einen weiteren Begriff von Ausnahmen beizubehalten, der für noch mehr Fälle passt.

Mir scheint es so zu sein, dass wir einen ganz wesentlichen Teil von Ausnahmen haben, die mit Kompetenzen verbunden sind: Wenn jemand ein Notwehrrecht, wenn man so reden darf, hat, dann ist nicht das jetzt die Regel: „Er muss Notwehr üben“. Sondern er hat selbst die Entscheidung: „Ich übe die Notwehr aus oder nicht“. Er bricht die ursprüngliche Regel oder nicht, aber das geht nicht selbst regelhaft, sondern da steckt Freiheit drin. Und große Teile unserer Rechtsordnung scheinen mir so zu sein, dass wir die Freiheiten in Ausnahmen versetzen. Man kann im Vertrag von dem dispositiven Recht abweichen, eine Ausnahme setzen zu dem, was als Regel erstmal formuliert ist. Darin liegt Autonomie. Das Sexualstrafrecht ist so strukturiert, dass wir erstmal sehr weitreichende Verbote haben. Die sollen

aber nicht den Sex verbieten, sondern das geht jeweils mit Einverständnis, da wird eine Ausnahme gesetzt.

Wenn wir Autonomie schützen oder die Rechtsordnung Autonomie vorsieht, scheint mir das in Ausnahmen zu liegen. Vielleicht nicht immer, aber regelmäßig. Ich kann die Autonomie letztlich gerade nicht allgemein regeln. Das ist der Witz daran. Sondern ich brauche eine Kategorie, in der ich eine Kompetenz zuordne und die Ausnahme machen kann von der Regel, ohne dass die Ausnahme selbst eine Regel ist.

Und dann, glaube ich auch, kann man die Tatsachen nicht so weit trennen von dem jeweiligen Recht. Das liegt an Sprachspielen.

Wenn ich eine Regel habe wie „Du sollst nicht töten“. Dann können wir uns nicht gegenseitig beglückwünschen, heute noch niemanden umgebracht zu haben. Wenn wir das regelmäßig tun, dann derogieren wir damit die Regel, dann hat man irgendwann den Eindruck, man könnte es auch mal anders machen.

Wir bestätigen die Regel „Du sollst nicht töten“ vielmehr, indem wir die Leute verurteilen, die jemanden töten. Wir brauchen den Bruch der Regel, um überhaupt die Regel zu sehen. Das hat letztlich normativ-sprachliche Gründe. Wir brauchen den Bruch, um die Norm erkennen zu können, und das liegt, glaube ich, in der Struktur von Sprachspielen. Die Regeln in den Sprachspielen, die erkenne ich nur, indem ich die Ausnahme als Ausnahme bezeichne, was mir auch der Sinn zu sein scheint des Satzes: „Ausnahmen bestätigen die Regel“. Indem ich die Ausnahme als Ausnahme bezeichne, und zwar nicht als Regelhaftigkeit, die ich ausnehme, sondern als „Dies ist eine Ausnahme, dies ist nach der Regel falsch.“, erkenne ich die Regel überhaupt erst und bestätige sie. Und deshalb würde ich auch - ohne bestreiten zu wollen, was Sie sagen, rein als Bemerkung zur rechtstheoretischen Begriffsbildung - einen weiteren Begriff der Ausnahme vorschlagen.

Franz Reimer:

Herzlichen Dank für diese Fülle von wichtigen Aspekten. Zur Klarstellung meiner eigenen Position hinsichtlich der Formulierung der Relativität von Regel und Ausnahme. Vielleicht kann ich es am besten mit dem Beispiel von heute Vormittag illustrieren. Art. 107 Abs. 1 AEUV kann schon als Ausnahme gesehen werden, gegenüber Artikel 107 Abs. 2 AEUV ist er dann aber die Regel. Diese Relativität, diese Blickrichtungsabhängigkeit

der Qualifikation schadet nicht. Das ist mein Punkt, eine ganz nüchterne Feststellung normstruktureller Art. Das muss man nicht Rechtstheorie nennen, man kann es auch als einen Zwischenbefund allgemeiner Rechtslehre bezeichnen. Es ist relativ anspruchslos, aber ich glaube eben, dass die Rechtstheorie in diesem schlichten Sinne als allgemeine Rechtslehre, oder strukturierende Rechtslehre, durch Synopse und Kategorisierung einiges beitragen kann zum Verständnis der Gesamtrechtsordnung.

Das leitet über zu Ihrem nächsten Punkt. Wenn ich es richtig verstanden habe, betonen Sie, dass die Ausnahme häufig gerade Sitz der Freiheit ist (oder Sitz des rechtlichen Schutzes von Freiheit) wie in dem Notwehrbeispiel. Ich glaube, das ist in der Tat sehr wichtig. Es schlägt sich dann nieder, wenn eine Ausnahme eine Eingriffsregelung erst verhältnismäßig macht, also grundrechtskonform. Da ist dann sozusagen die Luft zum Atmen da. Das muss aber nicht so sein: Die Ausnahme kann auch eine ganz andere Funktion haben. Wiederum, es ist banal, die Ausnahme zu einer sozialrechtlichen Leistungsgewährung hat ausschließenden Charakter, ist potentiell zwar kein Freiheitseingriff, aber eine Leistungsversagung. Ein anderes Beispiel, das Ihrer These auf einer ganz schlichten dogmatischen Ebene widersprechen würde, wäre, dass viele Kollegen die grundrechtlichen Freiheiten, die Gewährung der Schutzbereiche in Freiheitsrechten, als die Regel betrachten und die Gesetzesvorbehalte als die Möglichkeit zu einer Ausnahme. Da hätte die Ausnahme, durch Benutzung der Gesetzesvorbehalte, gerade die Funktion einer Freiheitsverkürzung. Man kann gegen diesen Sprachgebrauch einwenden, dass es allzu „wolkgig“ ist, gewissermaßen in Art. 14 Abs. 1 GG erstmal eine Regel zu sehen und dann in Art. 14 Abs. 1 S. 2 oder Art. 14 Abs. 2 ansetzt zur Ausnahme. Aber immerhin: Das zeigt, dass die Ausnahmen auch hier in ihrer Wirkung kontextabhängig sind und nicht unbedingt *sedes materiae* für den Freiheitsschutz und den Schutz der Autonomie darstellen, sondern unter Umständen gerade das Gegenteil bewirken können, jedenfalls bei dieser ganz schlichten, strukturorientierten Betrachtung.

Und ein letzter Punkt – Ihr Statement war so reichhaltig, dass ich noch einen Punkt anschließen möchte. Ich glaube auch, dass Ausnahmen eine erkenntnistheoretische Funktion haben, indem sie Regeln erst wirklich sichtbar oder greifbar oder konturiert machen. Nur würde ich das nicht auf, sagen wir, Straftatbestände und ihren Bruch anwenden, denn der Bruch und die Verletzung eines Straftatbestandes wären für mich schon

keine Ausnahme in dem Sinne, den ich hier vorgeschlagen habe. Das wäre eine Durchbrechung, eine Verletzung, also keine Ausnahme im Recht, sondern eine Ausnahme vom Recht auf der Seite eines Privaten. Aber es gilt, ich glaube, generell für alle Ausnahmen, vielleicht auch für diese Durchbrechung, dass sie eine Regel erst tatsächlich sichtbar oder jedenfalls in ihrer Gestalt wahrnehmbar machen. Das ist die epistemologische Funktion von Ausnahmen. Und da kann man in der Tat die Ausnahme in einem ganz, ganz weiten Sinne verstehen, der die Durchbrechungen und Verletzungen einschließt.

Ekkehart Reimer:

Das Lob der Ausnahme. Herr Professor Droege.

Michael Droege:

Ich weiß nicht, ob ich die Ausnahme loben kann, aber vielleicht mache ich Dir die Antwort leichter, Franz. Im Steuerrecht hat nach meinem Eindruck die Ausnahme einen schlechteren Ruf als dieses ambivalente allgemeine Bild nahelegt, das Du jetzt gezeichnet hast. Die Ausnahme erscheint dem Steuerrechtler als störend, als Durchbrechung von Grundentscheidungen der Steuerrechtsordnung. Vor diesem Hintergrund würde mich aus den Niederrungen des Steuerrechts die Aufgabe besonders interessieren, die Du gerade nachhaltig durch die Relativität von Regel und Ausnahme entlasten wolltest. Also stelle ich die Frage, wie erkenne ich denn die Regel, wenn die Ausnahme doch so allgegenwärtig ist?

Ich mache Dir ein Beispiel, das kennen wir alle, das ist auch durchentschieden: Die Beschränkung der Pendlerpauschale. Ist das eine Durchbrechung des Nettoprinzips oder ist das vielleicht ein neues Prinzip „Werktor plus umweltpolitischer Lenkungsentscheidung“. Das war ja die Frage, um die wir gestritten haben. Kannst Du aus der Perspektive der Methodenlehre irgendetwas sagen? Im Steuerrecht habe ich immer den Eindruck, wir auferlegen dem Gesetzgeber durch die Bindung unserer Methoden an den Gleichheitssatz ein besonderes Rechtfertigungsniveau. Und das setzt an der Ausnahme an und nicht an der Regel. Vielen Dank.

Franz Reimer:

Ich werde mich nicht zu steuerrechtlichen Äußerungen hinreißen und verleiten lassen. Vielleicht müssen wir tatsächlich unsere bisherige Praxis, auch der Rechtsprechung und auch in der Wissenschaft, kritisch daraufhin durchforsten, ob wir zu Unrecht an dem ansetzen, was wir für Ausnahmen halten. Das wäre ja meine These: dass es im Prinzip nicht ankommt auf die Qualifikation einer Norm als Regel oder als Ausnahme, selbst wenn wir sie eindeutig und nicht relativ, sondern absolut, bestimmen können. Für die Gewerbefreiheit wird man sagen müssen, sie ist Regel. Man wird sie kaum als Ausnahme von etwas begreifen können.

Trotzdem würde ich sagen, auch hier gelten die allgemeinen Grundsätze einer treuen, und das ist für mich: einer legitimationsorientierten, also einer subjektiv-genetischen oder subjektiv-teleologischen – wie auch immer Sie das nennen wollen – Auslegung. Das heißt: Respekt für die Regelungsentscheidung des Gesetzgebers. So habe ich übrigens heute Morgen auch Herrn von Danwitz verstanden mit der engen Bindung an insbesondere die sekundärrechtlichen Entscheidungen. Das überzeugt mich vollständig: dass wir nicht zu sehr „reingrätschen“ mit Systemvorstellungen. Das ist, ich denke, letztendlich ein demokratisches Gebot. Ein Gebot des Respekts für den jeweils legitimierten Normsetzer auf Unionsebene, auf Landesebene, auf Bundesebene. Insofern wäre vielleicht die Antwort auf die Frage, auch wenn ich damit ein Stück weit der Frage ausweiche: Knüpfen wir nicht an Ausnahmen an, sondern an eine sorgfältige Auslegung der einzelnen Norm an, egal wie sie uns erscheint.

Ekkehart Reimer:

Kollege Christoph Kern, ebenfalls auf der Gadamer-Bank.

Christoph Kern:

Ja vielen Dank, und nicht aus den „Niederungen“ des Steuerrechts, sondern noch entfernter – und ich hoffe, die Festversammlung nicht zu langweilen.

Aus dem Blick des Insolvenzrechts stellt sich manchmal die Frage – und die haben wir heute noch nicht diskutiert: Was ist eigentlich die Regel und was ist die Ausnahme? Ein Beispiel: Im Insolvenzverfahren gestehen wir dem Schuldner unter Umständen zu, das Verfahren in Eigenverwaltung

durchzuführen. Der Insolvenzschuldner darf also selbst weiter wirtschaften; ihm wird dann ein Sachwalter an die Seite gestellt. Der Gesetzgeber hat die Kompetenzen von Schuldner und Sachwalter teils explizit verteilt, dem einen diese Kompetenz, dem anderen jene Kompetenz gegeben, und wir streiten jetzt oder sind uns unsicher: Was ist eigentlich für den Fall, der nicht geregelt ist, die Entscheidung? Gibt es eine Grundentscheidung, eine Regel, und gibt es eine Ausnahme? Wir wissen nicht sicher, was die Regel und was die Ausnahme ist. Wir kommen also mit dem methodischen Werkzeug der getreuen Auslegung nicht weiter, weil wir einen nicht geregelten Fall haben. Der Gesetzgeber hat sich gerade nicht dazu geäußert, was er als Regel ansieht, und wir fragen uns: Will er vielleicht gar keine Regel aufstellen? Aber es wäre natürlich hilfreich zu wissen, wenn es eine Regel gibt, welches die Regel ist. Denn beides kommt in Betracht und genauso gut die völlige Offenheit, die völlige Unklarheit. Gibt es methodisch dazu Überlegungen?

Franz Reimer:

Aus meiner Perspektive, aber sie ist vielleicht eine partikuläre Perspektive, stehen wir natürlich nicht hilflos vor Lückenfällen. Sondern in Übereinstimmung mit dem, was die Methodenlehre als eine Art Handwerkslehre über Jahrzehnte hinweg entwickelt hat, gibt es verschiedene Instrumente zur Überprüfung der Existenz von Lücken und dann, bei Bejahung einer Lücke, zu deren Schließung, wenn man das mit diesem etwas brutalen oder unpassenden Wort bezeichnet. Und nicht nur die Analogie, an die man zuerst denkt, sondern auch die Bildung eines Rechtsgrundsatzes. Ich würde sagen, das sind alternative Instrumente:

Die Bildung eines Rechtsgrundsatzes im Wege der Induktion, also eines Schlusses vom Besonderen, von einzelnen Regelungen aus, seien sie Regeln oder Ausnahmen, auf einen übergreifenden Rechtsgedanken, von dem wir den Eindruck haben, er ist nicht nur ein Hintergedanke, eine Motivation, sondern er kann eine Norm sein, ein Maßstab, ein Entscheidungsmaßstab – das ist das, was ich Induktion nennen würde. Das Interessante und Bristante hieran ist, dass damit die Rechtsfolgen des Grundsatzes der neu entstandenen, der induzierten, Norm offen sind.

Und daneben steht das Instrument der Analogie, einer Einzelanalogie oder einer Gesamtanalogie. Der Unterschied zur Induktion scheint mir, mit

Blick auf die Gesamtanalogie, dass hier die einzelnen Normen, die Ausgangspunkt sind für die Gesamtanalogie, bereits übereinstimmende Rechtsfolgen vorsehen müssen, die dann auf den einzelnen Fall Anwendung finden. Das ist natürlich ein sehr, sehr problematisches Geschäft. Der heikelste Punkt ist der allererste Schritt: Liegt überhaupt eine Lücke vor, oder nicht ein bewusster Regelungsverzicht? Wenn ein bewusster Regelungsverzicht vorliegt, kann er immer noch eine Delegation des Normsetzers an die Rechtsanwendung und an die Rechtswissenschaft darstellen. Insofern ist auch das Dogma von der Regelungslücke, von der bewussten Nichtregelung, etwas zu eng.

Jedenfalls brauchen wir diesen ersten Schritt, und für die Lückenfüllung gibt es dann, glaube ich, diese beiden unterschiedlichen Wege der Einzelanalogie oder Gesamtanalogie auf der einen Seite und der Bildung eines Rechtsgrundsatzes auf der anderen Seite. Und dieser Rechtsgrundsatz ist, meine ich, rechtstheoretisch etwas anderes als die Regel, von der wir heute sprechen. Man kann natürlich sagen, der Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben ist so etwas wie eine Regel. Das kann übereinkommen, das muss sich aber nicht decken. Die Regel im heutigen Sinne wird definiert als Gegenbegriff zur Ausnahme. Der Rechtsgrundsatz als übergreifende Norm, die rechtsfolgenoffen ist, aus der also unterschiedliche Rechtsfolgen abgeleitet werden können, definiert sich als Gegenbegriff zur Einzelnorm. Das kann bedeuten, dass man mit der Bildung eines Rechtsgrundsatzes eine neue Regel schafft, von der es dann wieder Ausnahmen gibt, aber wir sind für die Lückenfälle eben nicht angewiesen auf die Schaffung einer Regel. Insofern denke ich, können wir als Rechtsanwender durchaus vorstoßen in diese unregelten Fälle, soweit nicht der Gesetzgeber hier einen bewussten Regelungsverzicht ohne Delegation an den Rechtsanwender geschaffen hat.

Ekkehart Reimer:

Uwe Kischel.

Uwe Kischel:

An meinen Vorredner anknüpfend und an das, was Sie gesagt haben: Ist es nicht in sehr, sehr vielen Fällen so, dass die Unterstellung, der Gesetzgeber habe sich für eine Regel entschieden, für einen Grundsatz, eine schlichte

Unterstellung ist? Dass wir in Wirklichkeit gar nicht davon sprechen können. Dass nämlich der Gesetzgeber sich dafür entschieden hat, es in bestimmten Fällen so und in anderen Fällen so zu tun und das ist seine Entscheidung. Und wir wählen uns jetzt eine dieser beiden Entscheidungsteile heraus und erklären den zur Regel auf unklarer Grundlage, weil es schöner zu formulieren ist oder vielleicht weil es die Mehrheit der Fälle betrifft.

Ich denke zum Beispiel an das deutsche Wahlrecht. Im deutschen Wahlrecht gibt es die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass wir im Grundsatz eine Verhältniswahl haben, die deshalb an der Erfolgswertgleichheit zu messen ist. Während, wenn wir keine Verhältniswahl hätten, sondern eine Mehrheitswahl, würde der Grundsatz der Erfolgswertgleichheit nicht einschlägig sein. Das wird dann aber seltsam, weil nach den Ergebnissen der modernen Wahlforschung innerhalb des Spektrums denkbarer Wahlsysteme es einfach eine kontinuierliche Linie mit immer geringerer Erfolgswertgleichheit gibt, die übrigens nicht einmal bei einer absolut reinen Verhältniswahl erreicht würde, es sei denn, es würde eine Person eine andere Person wählen. Sind das nicht einfach Unterstellungen? Und ich habe heute Morgen mit Interesse die Frage von Herrn Kirchhof an Herrn von Danwitz zur Kenntnis genommen, bei der es mir schien, als wenn es im Ergebnis so wäre, als wenn der Europäische Gerichtshof vielfach aus den eigenen Grundsätzen der Wettbewerbsfreiheit und der Erhaltung des Wettbewerbs und der Möglichkeiten des Europarechts heraus festlegt, was eine Regel ist und das aber nicht ausspricht.

Sollten wir es nicht vielleicht – und gehen vielleicht Ihre Ausführungen in diese Richtung? – sollten wir dieses Denken, außer in absolut klaren Fällen nicht vielleicht schlicht aufgeben und sagen, Regel und Ausnahme spielen vielfach keine Rolle, was natürlich im Steuerrecht extrem gravierende Auswirkungen hätte.

Ekkehart Reimer:

Das Lob der Fragmentierung.

Franz Reimer:

Ich stimme Ihnen insoweit zu, als eine Regelungsentscheidung des jeweiligen Normsetzers natürlich in der Tat ganz oft nicht feststellbar ist. Selbst wenn wir Äußerungen in den Materialien haben, sind die häufig nicht als *pars pro toto* zu verstehen. Man muss sehr sorgfältig zurechnen, um aus ihnen dann tatsächlich einen Regelungswillen, eine Regelungsabsicht, eine kollektive Intention des jeweils relevanten Gremiums abzuleiten. Es ist gesagt worden, dass deshalb die subjektiv-historische oder genetische Auslegung in allen entscheidenden Fällen ins Leere geht. Wie auch immer man das jetzt bemessen will: Wo im Einzelfall einmal eine Regelungsentscheidung des zuständigen Akteurs, des Normsetzers, feststellbar ist, bindet sie, meine ich, aus legitimationsorientierten Gründen. Wo nicht, ist der Weg frei zu anderen Auslegungsformen, und wenn wir eine Lücke haben, ohnehin zu den verschiedenen Instrumenten der Lückenfüllung. Was ich postuliere, ist eine Art Vorrang der Regelungsentscheidung des Normsetzers, aber kein Vorbehalt. Wir sind nicht zum Nichtstun verdammt, wenn wir eine Regelungsentscheidung nur fingieren können. Das ist meine differenzierende Antwort.

Ekkehart Reimer:

Paul Kirchhof.

Paul Kirchhof:

Ganz herzlichen Dank sage ich für einen faszinierenden, neuen Blick in den Garten von Regel und Ausnahme. Sie betonen zu Recht, dieses Denken setze ein System voraus, fordere dann vor allem die Kategorie der Spezialität. Diese unterteilen Sie in zwei Unterkategorien: Es gibt eine Spezialität, die die Regel widerlegt (Ausnahme), und es gibt eine Spezialität, die die Regel modifiziert, also ergänzt und erweitert, wie wir sie insbesondere bei den Grundrechten kennen (keine Ausnahme). Das sind fundamentale Kriterien, die wir aufnehmen sollten.

Damit ist zugleich die Kernfrage unseres Themas formuliert: Wann darf eine spezielle Regel die allgemeine Regel widerlegen? Wenn das Recht – insbesondere das Verfassungsrecht – bestimmte Grundwerte garantiert, die Grundrechte, das Rechtsstaatsprinzip, Demokratieprinzipien, darf

prinzipiell keine Ausnahme gelten. Diese Regelfälle, Regelsätze, beanspruchen besondere Verbindlichkeit, erlauben nur eine ergänzende, erweiternde Spezialität.

Eine andere Spezialität ergibt sich aus der Zuständigkeitsordnung zwischen obersten Bundesgerichten und Bundesverfassungsgericht. Die obersten Bundesgerichte sind befugt und beauftragt, das Gesetzesrecht auszulegen. Soweit dort ein Fehler unterläuft, verstößt dieser Fehler grundsätzlich gegen den Satz „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“. Das Bundesverfassungsgericht wäre zur Korrektur berufen, würde damit zu einem Superrevisionsgericht. Deswegen fragen wir für die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach der Verletzung von „spezifischem Verfassungsrecht“. Wenn ein oberstes Bundesgericht Leitgedanken des Verfassungsrechts verletzt, ist das Bundesverfassungsgericht zur Aufhebung dieses Urteils berufen. Eine bloß fehlerhafte Gesetzesanwendung hingegen bleibt in der Verantwortung der Fachgerichtsbarkeit. Im Verhältnis zwischen Fachgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit wird also zwischen der Anwendung von Elementarprinzipien des Verfassungsrechts und der Anwendung von Gesetzesrecht unterschieden.

Blicken wir nachher – Sie haben sehr zurecht auf den Gleichheitssatz verwiesen – auf das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber am Maßstab des Willkürverbots, geht es um Fehler der Gesetzgebung, die ausschließlich vom Bundesverfassungsgericht korrigiert werden können. Wenn der Gesetzgeber sich außerhalb dessen bewegt, was nach Verfassungsrecht zulässig ist, entsteht nicht mehr Gesetzesrecht, sondern Willkür, Wahl(kür) nach Wollen, die dem Gesetzgeber nicht zusteht und deswegen unverbindlich ist.

Die klassische arbeitstechnisch geläufige Stufung von Regel und Ausnahmen regelt das GG im Verhältnis von Administrativenteignung als Regel und Legalenteignung als Ausnahme. Ein solches verfassungsrechtliches Stufenverhältnis kann auch der verfassungsverdeutlichende Gesetzgeber begründen. Dazu bietet – Herr Kischel – das Wahlrecht ein Beispiel. Art. 38 Abs. 3 GG sagt: „Das Nähere bestimmt das Gesetz.“ 1949 hätte der Gesetzgeber ein Persönlichkeitswahlrecht oder ein Verhältniswahlrecht, aber auch Mischformen einführen können. Wenn er sich zu einem personalisierten Verhältnismäßigkeitsprinzip entschlossen hat, gilt – solange diese gesetzliche Regel wirkt – das Folgerichtigkeitsprinzip. Wir könnten nicht

plötzlich im Wahlkreis Heidelberg ein Persönlichkeitsrecht einführen, solange die Systementscheidung eines Verhältnismäßigkeitswahlrechts fortgilt. Der Gesetzgeber hat mit seiner Regelbildung A gesagt, darf dann nicht auf die Ausnahme B ausweichen.

Ich glaube, lieber Herr Reimer, Ihr Gedanke der Spezialität und die daran anknüpfende Frage, wann das spezielle Gesetz eine andere, besondere Dauer- und Weitenwirkung beanspruchen darf, ist der Kern unseres Problems. Ich sage erstens: Sie haben uns große Erkenntnishilfen und Nachdenklichkeitsimpulse gegeben. Ich sage zweitens: Danke.

Franz Reimer:

Das war eigentlich das Schlusswort. Ich hätte eine winzige Bemerkung zu machen, aber ich weiß nicht, wie wir in der Zeit sind.

Ekkehart Reimer:

Zeit haben wir.

Franz Reimer:

Vielleicht ganz kurz zu Ihrem ersten Aspekt. Die Wirkung der Einführung einer Spezialnorm ist zunächst ganz schlicht markiert durch den Satz *lex specialis derogat legi generali*. Entgegen der herrschenden Meinung würde ich sagen, die *lex specialis* hebt nicht die Generalnorm auf, so wird derogieren häufig übersetzt, sondern suspendiert sie, setzt sie außer Anwendung. Denn die Generalnorm bleibt natürlich wirksam, bleibt in Geltung, eigentlich in allen Fällen und wird nur außer Anwendung gesetzt. Das natürlich nur, wenn die *lex specialis* wirksam ist, insbesondere wenn sie nicht verfassungswidrig ist. Und da kommen die verfassungsrechtlichen Maßstäbe ins Spiel, und in der Tat: Ich denke, das sind die Gleichheitssätze, vor allen Dingen Art. 3 Abs. 1 GG, unter Umständen aber auch bestimmte Verfassungsnormen, aus denen sich Schutzpflichten ergeben. Je nach Gegenstand kann das Art. 2 Abs. 1 GG sein oder Art. 20a GG, wenn umweltrelevante Thematiken berührt sind, oder Art. 20 Abs. 1 GG, das Sozialstaatsprinzip. Das heißt wir müssen eine Konformitätsprüfung durchführen.

Dabei haben wir wiederum das Problem der Frage, ob wir eine *lex specialis*, die uns verfassungswidrig vorkommt, verfassungskonform auslegen können, aus meiner Sicht eine Art „Konformisierung“, keine wirkliche Auslegung mehr. Ich denke, der Schlüssel zu diesem Fragebündel ist die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers. Bei allem Verdruss und Unbehagen an diesen unendlichen *leges speciales* müssen wir anerkennen, dass der Parlamentsgesetzgeber das souveräne Recht zu irren hat, ein schlechtes Rechtssystem zu präsentieren. Einen Teil der Probleme, denke ich, müssen wir in die politische Arena verweisen, ein anderer Teil ist natürlich rechtlich aufzuarbeiten anhand dieser Maßstäbe und möglicherweise sogar anhand des Verbots des Einzelfallgesetzes nach Art. 19 GG, aber das ist eine Einzelfrage.

Ekkehart Reimer:

Methodenfragen sind Verfassungsfragen. Damit ist die Diskussion an dem Punkt angekommen, der jede weitere Diskussion nicht abschneidet, sondern eröffnet. Das machen wir in der Kaffeepause. Vorher aber Franz, ganz herzlichen Dank für Vortrag und Diskussion, das war sehr erhellend.