Universiteit
Leiden
The Netherlands

Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

Uzman, J.

Citation
Uzman, J. (2013, December 5). *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/22740

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/22740

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/22740 holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Uzman, Jerfi
Title: Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever
Issue Date: 2013-12-05

8 De constitutionele *terme de grâce* in Duitsland

8.1 Inleiding

In deel I ging het om de vraag hoe de Nederlandse rechter omgaat met het spanningsveld tussen effectieve rechtsbescherming van grondrechten en zijn constitutionele taakopvatting. We zagen dat hij een aantal remedies te bieden heeft, maar ook dat hij zich niet vrij voelt daar steeds gebruik van te maken. Soms staat de justitiabele met lege handen. In dit hoofdstuk bezie ik hoe de grondrechtenbescherming in Duitsland is vormgegeven. Welke remedies heeft 'de' Duitse rechter tot zijn beschikking? Komt het voor dat ook hij ervan afziet om in zo'n remedie te voorzien? En wat is dan de positie van de klager? In het Duitse stelsel van grondrechtenbescherming neemt het federale Constitutionele Hof, het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) een centrale positie in. Hoewel ik summier inga op grondrechtenbescherming door de reguliere rechter, concentreer ik mij hier op de rechtspraak van het BVerfG.

Dit hoofdstuk is als volgt vormgegeven. In paragraaf 8.2 ga ik in op enkele preliminaire kwesties. Welke rol vervult het BVerfG in het stelsel van grondrechtenbescherming? Wat moet beschouwd worden als het toetsingsobject, en wat als de toetsingsmaatstaf? Vervolgens analyseer ik de constitutionele remedies die het BVerfG ter beschikking staan. Welke gevolgen verbindt het Hof aan de vaststelling dat een voorschrift ongrondwettig is? In welke gevallen ziet het Hof ervan af consequenties te verbinden aan een dergelijke vaststelling? En wat is dan de rechtspositie van de klagende burger? Deze bespreking is in twee delen opgesplitst: eerst behandel ik de ideaaltypische remedies: de grondwetsconforme interpretatie en de nietigverklaring (§8.3). Vervolgens ga ik in op de twee atypische varianten: de *Appellentscheidung* en de *Unvereinbarerklärung* (§8.4).

8.2 Het stelsel van grondrechtenbescherming

Hoe ziet het stelsel van grondrechtenbescherming er in Duitsland uit? Alvorens die vraag te beantwoorden, bezie ik kort wát precies ter toetsing voorligt (§8.2.1) en waaraan getoetst wordt (§8.2.2). Vervolgens ga ik in op de vraag wíe toetst, en op welke wijze (§8.2.3).

8.2.1 Object van toetsing

Net als in Nederland, wordt in Duitsland onderscheid gemaakt tussen een formeel en een materieel wetsbegrip. Ook daar wordt onder de wet in formele zin verstaan, de regeling waarbij met name de volksvertegenwoordiging betrokken is geweest. Zij wordt ook wel aangeduid als *Parlamentsgesetz*.[1] Dergelijke wetgeving kan algemeen verbindende normen bevatten, maar noodzakelijk is dat niet.[2] Anderzijds kunnen dergelijke algemeen verbindende normen vervat zijn in lagere regelgeving, zoals *Rechtsverordnungen* en *Satzungen*. Betreft een regeling zo'n algemeen verbindende norm, dan spreekt men van een wet in materiële zin.[3]

Het Duitse staatsverband kent twee rechtssferen ('*Rechtskreise*'): de federale en de deelstatelijke. In beide rechtssferen kan sprake zijn van wetgeving in formele (en materiële) zin. De deelstaten kennen immers elk een eigen formele wetgever. Zulke formele wetgeving wordt in de regel aan de deelstatelijke grondwet getoetst door het constitutionele hof van de desbetreffende deelstaat.[4] Toetsing door het BVerfG staat, uitzonderingen daargelaten, slechts open wanneer de wet mogelijk conflicteert met de federale grondwet of met federale wetgeving.[5] Bondswetgeving wordt dan weer niet getoetst door de constitutionele rechters van de deelstaten, wier bevoegdheid zich immers beperkt tot de toetsing aan de deelstatelijke grondwet.[6] Ik beperk mij in dit boek tot de toetsing van beide soorten formele wetgeving door de federale constitutionele rechter. De rechtspraak van de *Landesverfassungsgerichte* blijft buiten beschouwing.

8.2.2 Toetsingsmaatstaf

Om welke grondrechten gaat dat dan precies? De kern van de Duitse grondrechtenbescherming wordt gevormd door het *Grundgesetz*, de Duitse grondwet.[7] Het GG is evenwel niet de enige grondrechtencatalogus in de Duitse rechtsorde. De Bondsrepubliek kent een pluralistisch en weinig coherent geheel

1 Zie Maurer 2005, p. 547-555. Vgl. voorts de artikelen 76-78 GG, die de totstandkomingsprocedure voor de wet in formele zin regelen.
2 Zo schrijft artikel 110 II-1 GG voor dat de overheidsbegroting bij formele wet wordt vastgesteld: het *Haushaltsgesetz*. Deze wet bevat geen algemeen verbindende normen.
3 Maurer 2005, p. 548-549.
4 Vgl. artikel 100 I GG.
5 Dat laatste is overigens een gevolg van het feit dat alle wetgeving van de bond (dus ook bestuurswetgeving) voorrang heeft over alle deelstatelijke regels, ook wanneer het daarbij gaat om formele wetgeving. Vgl. de nogal resolute tekst van artikel 31 GG: *'Bundesrecht bricht Landesrecht'*.
6 Hoewel het BVerfG daarop zeer beperkt uitzonderingen toelaat: vgl. Maurer 2005, p. 733-734, en uitvoeriger: Lange 2001, p. 1278-1282.
7 *'Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland'* van 23 mei 1949, BGBl., p. 1.

van elkaar aanvullende en soms gedeeltelijk overlappende stelsels van grondrechten.[8] Zoals gezegd kennen de deelstaten eigen grondrechtencatalogi en eigen constitutionele hoven.[9] Ik laat deze deelstatelijke stelsels echter buiten beschouwing. Het *Grundgesetz* kenschetst het Duitse overheidsverband voorts als een *'gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa'*.[10] Artikel 1 GG wijst, in het verlengde daarvan, de mensenrechten aan als grondslag voor een vredige en rechtvaardige (internationale) gemeenschap.[11] Duitsland is dan ook aan diverse mensenrechtenverdragen gebonden.[12] In het kader van de Europese Unie is men bovendien gebonden aan het stelsel van grondrechtenbescherming van de Unie. Toch is de rol van deze grondrechtencatalogi, in vergelijking met het *Grundgesetz*, relatief bescheiden. Gedeeltelijk komt dat omdat de nationale grondrechten in veel gevallen een hogere beschermingsgraad bieden dan de mensenrechtenverdragen. Deels vloeit deze bescheiden rol voort uit de status van verdragsrecht in de Duitse rechtsorde. Ik bezie kort welke status de drie bronnen van grondrechten in de Duitsland (*Grundgesetz*, mensenrechtenverdragen en Unierecht) hebben.

8.2.2.1 Toetsing aan het Grundgesetz: 'Verfassungsgerichtsbarkeit'

Het *Bonner Grundgesetz* neemt in de Duitse rechtsorde een belangrijke rol in. Het document wordt gezien als de basis, niet alleen voor overheidsgezag maar van de Duitse gemeenschap als zodanig.[13] In de rechtspraktijk wordt het GG in dat verband wel tot inzet gemaakt van een integrale *Wertordnung* die zich verder uitstrekt dan over uitsluitend overheidshandelen.[14]

---

8 De kwalificaties 'pluralistisch' en 'weinig coherent' zijn van de hand van Pache (2004, p. 393).

9 Het land Schleswig-Holstein beschikte tot 1 mei 2008 niet over een eigen constitutionele rechter. Conflicten omtrent de uitleg van de deelstatelijke grondwet waren op basis van artikel 44 van die grondwet opgedragen aan het BVerfG (vgl. de artt. 93 I-4 en 99 GG die daartoe de gelegenheid bieden). Bij wet van 18 maart 2008 (GVOBl. Schleswig-Holstein, p. 149) is een eigen hof in het leven geroepen.

10 Vgl. de eerste volzin van de preambule.

11 Het GG wordt daarom nog weleens *völkerrechtsfreundlich* genoemd. Zie Stern 1994, p. 94-95; BVerfG 26 maart 1957, *BVerfGE* 6, 309 (*Reichskonkordat*), r.o. 243; BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), r.o. 33.

12 Om de twee belangrijkste te noemen. Het IVBPR is door de Bondsrepubliek op 17 oktober 1973 geratificeerd (BGBl. 1973 II, p. 1534), het trad daar op 23 maart 1976 in werking. Het EVRM ratificeerde de BRD op 5 december 1952 (BGBl. 1954 II, p. 14). Het trad op 3 september 1953 in werking.

13 Vgl. Stern 1984, p. 70-71; Zippelius/Würtenberger 2005, p. 37.

14 Lange 2010, p. 79-80. K. Hesse, 'Verfassung und Verfassungsrecht', in: Benda, Maihofer & Vogel 1994, p. 3-18.

De wetgever ontleent zijn bevoegdheden, zo wil het de Duitse rechtstraditie, aan het *Grundgesetz*.[15] Op basis van artikel 1 lid 3 GG is hij aan de daarin opgenomen grondrechten gebonden. Strikt genomen is die bepaling niet nodig. Het *Grundgesetz* heeft als zodanig voorrang op (formele) wetgeving. Het gaat daarbij niet om *Anwendungsvorrang*, zoals wij die in Nederland kennen met betrekking tot een ieder verbindend verdragsrecht, maar om zogenaamde *Geltungsvorrang*: niet alleen dient toepassing van het voorschrift in het concreet voorliggende geschil achterwege te blijven, de norm is als zodanig non-existent wegens strijd met het *Grundgesetz*.[16] Expliciet is deze gedachte vastgelegd in artikel 78 van het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (BVerfGG).[17] In de grondwet zelf treft men haar slechts impliciet aan.[18]

De voorrang van het *Grundgesetz* wordt door rechterlijke toetsing geëffectueerd. *Verfassungsgerichtsbarkeit* wordt dat wel genoemd.[19] Zij gaat, anders dan weleens wordt gedacht, verder terug dan de aanvaarding van het naoorlogse *Bonner Grundgesetz*.[20] Nieuw in deze grondwet was wel de introductie, naar Oostenrijks voorbeeld, van een federaal constitutioneel hof, het *Bundesverfassungsgericht*, dat met de gezaghebbende uitleg van de grondwet, en de toetsing

15 Niettemin gaat het *Grundgesetz* expliciet uit van volkssoevereiniteit. Zie art. 20 lid 2 GG: *'Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus* (…)'. Vgl. tevens: BVerfG 26 juni 1990, *BVerfGE* 83, 60 (*Ausländerwahlrecht II*), 71 (r.o. 39).

16 Vgl. Graßhof 2003, p. 70. Daarover nader: Sillen 2010, p. 142-146.

17 Het BVerfGG vult de inrichting en de bevoegdheden van het BVerfG nader in.

18 Vgl. art. 100 lid 1 GG, dat ziet op de plicht van de reguliere rechter om bij twijfel over de *geldigheid* van wettelijke voorschriften, daarover een prejudiciële vraag aan het BVerfG te stellen. De conclusie dat deze bepaling inderdaad nietigheid veronderstelt, wordt overigens niet door iedereen onderschreven. Ipsen 1980, p. 164-173 en Schlaich & Korioth 2007, p. 220 doen dat wel. Anders echter: Hoffmann 1961, p. 197; Böckenförde 1966, p. 54, 62. Minder stellig: Benda & Klein 2001, p. 516-517. Sluitend is de redenering inderdaad niet. Met geldigheid kan ook gedoeld worden op het concrete geval. Niettemin lijkt zij, gelet op de heersende rechtsopvattingen ten tijde van de totstandkoming van het *Bonner Grundgesetz*, wel plausibel. Het nietigheidsdogma was destijds gemeengoed. Vgl.: Ipsen 1988, p. 165-166; Hein 1988, p. 96. Het is geen rare gedachte, dat de grondwetgever deze nietigheid veronderstelde bij het formuleren van artikel 100 GG.

19 In de oudere literatuur vindt men ook wel de term *Staatsgerichtbarkeit*. Vgl. Maurer 2005, p. 663-664.

20 Vormen van constitutionele toetsing treft men al aan bij het Reichskammergericht (1495-1806) en de Reichshofrat (1498-1806) van het Heilige Roomse Rijk. Een volwaardige rechtsgang kon men dat lange tijd overigens nog niet noemen. Zie Stolleis 1988, p. 134. Het *Reichsgericht* van de Weimarrepubliek had beperkte bevoegdheden tot toetsing, die voornamelijk zagen op de beslechting van geschillen tussen het federale gezag en dat van de deelstaten, en de verdeling van bevoegdheden tussen staatsorganen van het rijk en de *Länder*. Om toetsing aan grondrechten ging het nog niet. Zie nader Robbers 1990, p. 261-262.

van wetgeving aan die grondwet, is belast.[21] De rol van dat hof, en zijn relatie tot de reguliere rechtspraak, bespreek ik in paragraaf 8.2.3.[22]

Bijzonder is overigens nog, dat de grondrechten van het GG de Duitse wetgever niet alleen binden in zijn capaciteit als nationale wetgever maar ook als uitvoerder van Europees Unierecht. In dat verband kan zowel de wettelijke regeling zélf als, zij het bij wijze van exceptie, de bovenliggende Unierechtelijke regeling aan het GG worden getoetst.[23] In de praktijk komt het een enkele keer voor dat een wettelijke regeling ter implementatie van Europees recht wegens strijd met het GG nietig wordt verklaard. Daarvan is sprake als de wetgever de mogelijkheid had om het Europese recht op een grondwetsconforme manier te implementeren, maar dat niettemin in strijd met het GG heeft gedaan.[24] Dwingt het Unierecht de wetgever tot het uitvaardigen van een regeling die onverenigbaar is met het *Grundgesetz*, dan is het in theorie mogelijk dat het BVerfG ook reeds dit Unierecht nietig verklaart.[25] Zo ver is het evenwel nooit gekomen. Hoewel het Unierecht, althans in de ogen van het BVerfG, geen principiële voorrang boven het *Grundgesetz* toekomt, is de houding van de Duitse rechter ten aanzien van het Unierecht in de praktijk een zeer loyale.[26] De vraag of Unierechtelijke ambten de, hun door de verdragen toebedeelde, bevoegdheden overschrijden, beantwoordt het BVerfG bijvoorbeeld alleen negatief wanneer sprake zou zijn van een 'voldoende gekwalificeerde' en 'structurele' overschrijding.[27] De Duitse constitutionele rechter is daarom in Europees verband weleens omschreven als een 'hond die wel blaft maar niet bijt'.

---

21 Anders dan zijn Oostenrijkse tegenhanger heeft het BVerfG evenwel niet het hele monopolie op constitutionele rechtspraak. Het deelt dat met de zgn. *Fachgerichte*. Op deze gecompliceerde verhouding wordt hierna ingegaan.

22 Het BVerfG hanteert diverse benamingen voor de 'andere' rechters. Soms spreekt men van '*die Gerichte*', soms van '*Instanzgerichte*'. De term '*Fachgerichte*' is inmiddels ingeburgerd. Zie (kritisch): Schumann 1983, p. 184. Ik spreek zelf van 'reguliere' rechters, of van het, in Duitsland gebruikelijke, *Fachgerichte*.

23 BVerfG 29 mei 1974, *BVerfGE* 37, 271 (*Solange I*). De toetsbaarheid van Unierecht is *de facto* wel beperkt doordat het BVerfG zonder tegenbericht aanneemt dat het Unierecht gelijkwaardige grondrechtenbescherming biedt. Het weigert daarom de toetsingsbevoegdheid uit te oefenen: BVerfG 22 oktober 1986, *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*). Recent hield BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM-Vertrag*) in dat verband de gemoederen bezig.

24 Vgl. BVerfG 18 juli 2005, *BVefGE* 113, 273 (*Europäischer Haftbefehl*).

25 Aldus BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 155 (*Maastricht-Urteil*), 188. Zie tevens: BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 123, 267 (*Lissabon-Urteil*).

26 Zo bijv. ook Cuyvers 2011, p. 71. Een recent voorbeeld: BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM-Vertrag*).

27 BVerfG 6 juli 2010, *BVerfGE* 126, 286 (*Honeywell*), 304.

8.2.2.2 De mensenrechtenverdragen in de Duitse rechtsorde

Volgens de heersende leer werkt internationaal recht slechts door middel van transformatie of door een *Anwendungsbefehl* door in het Duitse recht.[28] De algemene regels en beginselen van het volkenrecht zijn, op basis van artikel 25 GG, bestanddeel van het Duitse recht. Voor verdragsrecht is, op de voet van artikel 59 GG, echter een specifieke wettelijke grondslag nodig. Tenzij de specifieke wettelijke regeling anders bepaalt, heeft de getransformeerde of 'overgenomen' verdragsnorm dezelfde rang als de rechtshandeling waarmee het tot het Duitse recht is toegelaten. In de praktijk is dat federale formele wetgeving. Dat ligt voor de mensenrechtenverdragen niet anders.[29] Een gevolg van deze inschaling is dat de mensenrechtenverdragen geen principiële voorrang toekomt boven formele wetgeving.

Dit gevolg stuit in de praktijk – in ieder geval ten aanzien van het EVRM – op weerstand. In het verleden is geprobeerd de voorrang van het EVRM te construeren. Zo is wel betoogd dat uit de mensenrechtenverdragen zélf bovenconstitutionele status volgt.[30] Ook is weleens verwezen naar artikel 1 GG dat de mensenrechten noemt als grondslag voor de internationale rechtsorde, en ze betitelt als 'onveranderlijk en onschendbaar'.[31] Het gros der auteurs noch het BVerfG, is door dit soort argumenten overtuigd.[32] Het EVRM dwingt tot incorporatie noch tot voorrang in het nationale recht. De stelling dat de mensenrechtenverdragen dezelfde status als het *Grundgesetz* hebben is evenmin geaccepteerd.[33] Het BVerfG wees bijvoorbeeld het standpunt af, dat de mensenrechtenverdragen te beschouwen zijn als *ius cogens* dat, gelet op artikel 25 GG,

28 Het verschil tussen een *Anwendungsbefehl* en transformatie is dogmatisch van aard. In het tweede geval wordt de internationale norm getransformeerd tot nationaal recht en ook als zodanig toegepast. In het geval van een *Anwendungsbefehl* gebiedt een nationaalrechtelijke regeling de rechter en het bestuur de internationale norm rechtstreeks toe te passen: die norm wordt dus niet als nationale, maar als internationale norm toegepast, zij het *krachtens* een nationaal voorschrift. De literatuur is verdeeld omtrent de vraag of de wettelijke regeling die de verdragsnorm in het nationale recht doet werken nu als transformatie, dan wel als *Anwendungsbefehl* moet worden gekarakteriseerd. Zie nader de dissertatie van Uerpmann (1993) met vele verwijzingen (p. 23-24).

29 Mogelijke onduidelijkheid omtrent de status van het EVRM is weggenomen doordat reeds de goedkeuringswet spreekt van een afkondiging met kracht van wet. Zie de wet van 7 augustus 1952, BGBl. 1952 II, p. 685.

30 Grewe 1954, p. 149, 176.

31 Vgl. bijv. Echterhölter 1955, p. 691. Nadere bespreking met verwijzingen bij Uerpmann 1993, p. 78-81; Pache 2004, p. 399.

32 Herzog 1959, p. 44-47; Guradze 1968, p. 13.

33 Vgl. bijv. Guradze 1968, p. 14-18; Bleckmann 1994, p. 149; Walter 1999, p. 972 en Hoffmeister 2001, p. 364, die op uiteenlopende gronden bepleiten dat het EVRM *Verfassungsrang* toekomt. Aanvaarding van dit standpunt zou twee 'voordelen' hebben voor de afdwingbaarheid van zulke mensenrechten. In de eerste plaats komt aan zulke mensenrechten dan, naar nationaal recht, voorrang toe boven formele wetgeving. In de tweede plaats kan over de schending ervan dan worden geklaagd bij het BVerfG.

bestanddeel is van het Duitse recht en voorrang heeft boven nationale (formele) wetgeving.[34] Doet zich dus een conflict voor tussen een formele wet en een mensenrecht, dan zijn, normaal gesproken, de gebruikelijke collisieregels van toepassing: *lex specialis derogat legi generali* en *lex posterior derogat legi priori*.

Toch is met name het EVRM van wezenlijker betekenis voor Duitsland dan het voorgaande suggereert. De rechtspraktijk is nogal creatief in het vinden van manieren om het verdrag in concrete gevallen effectief te laten doorwerken. Zo werd het EVRM in het verleden een enkele keer beschouwd als *lex specialis* ten opzichte van daarmee conflicterende formele wetgeving.[35] Deze werkwijze heeft zo zijn grenzen en komt in de praktijk dan ook niet zo vaak voor.[36] Van groter belang is de methode van verdragsconforme interpretatie.[37] Ook in Duitsland geldt de presumptie dat de wetgever loyaal is aan de aangegane verdragsverplichtingen.[38] Het GG is in Duitse ogen namelijk *völkerrechtsfreundlich*.[39] Bijzonder is dat deze praktijk twee constitutionele randjes heeft. Laat de reguliere rechter na wetgeving EVRM-conform uit te leggen, zonder daarbij te verwijzen naar de grenzen van zijn rechterlijke taak, dan handelt hij in strijd met artikel 20 lid 3 GG, dat hem bindt aan 'de wet en het recht'.[40]

De plicht voor de reguliere rechter om wettelijke voorschriften verdragsconform uit te leggen is eindig. Volgens het BVerfG rust op de reguliere rechter de plicht om *die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden*.'[41] '*Methodisch vertretbar*' betekent voor de Duitse rechter iets anders dan voor de Nederlandse en Britse rechters wanneer zij EVRM-conform interpreteren. Ik heb hiervoor het begrip '*remedial interpretation*' van stal gehaald en betoogde in dat verband dat de Nederlandse rechter zich soms minder aantrekt van 'harde' grenzen als de wettekst, maar eerder te maken heeft met institutionele grenzen. De Duitse reguliere rechter kent zichzelf minder vrijheid toe om af te wijken van

34 Zie o.m. BVerfG 26 maart 1987, *BVerfGE* 74, 358 (*Unschuldvermutung*), r.o. 39. Bevestigd in BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*).

35 Vgl. OLG Saarbrücken 9 november 1960, *NJW* 1961, 377 (*Dauer der Untersuchungshaft*); AG Geilenkirchen 21 juni 1971, *NJW* 1971, 2320 (*Dolmetscher*).

36 Een recent voorbeeld waarin dat niet lukte: BGH 21 juli 2010, 5*StR* 60/10 (*Sicherungsverwahrung*), r.o. 15.

37 Vgl.: Stern 1984, p. 475-477; Geiger 2002, p. 176-177 en 189-191; Jarass, in: Jarass & Pieroth 2007, p. 572.

38 Vgl.: Geiger 2002, p. 189-190; BVerfG 23 juni 1981, *BVerfGE* 58, 1 (*Eurocontrol I*), 34 (r.o. 101).

39 Vgl. BVerfG 26 maart 1957, *BVerfGE* 6, 309 (*Reichskonkordat*), 362-363 (zij het nog in negatieve zin: het beginsel van *Völkerrechtsfreundlichkeit* kende grenzen). Zo eveneens: BVerfG 17 december 1975, *BVerfGE* 41, 88 (*Gemeinschafsschule*). Later wel in positieve zin: BVerfG10 januari 1995, *BVerfGE* 92, 26 (*Zweitregister*); BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), 317 (r.o. 33). Zie onlangs: BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*), 366 (r.o. 86). Vgl. voor een nadere analyse van het beginsel: Payandeh 2009.

40 BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), 323 (r.o. 47).

41 BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), r.o. 31-32.

de wettekst en de totstandkomingsgeschiedenis. Dat is verklaarbaar. Hij zou daarmee het toetsingsmonopolie van het BVerfG doorkruisen. Is een verdragsconforme uitleg van de wet onmogelijk, dan is het echter niet einde verhaal. Sinds 1987 acht het BVerfG het EVRM richtinggevend voor de uitleg van de eigen grondwet.[42] In het arrest *Görgölü* bouwde het Hof deze rechtspraak verder uit:

> 'Die Gewährleistungen der Konvention beeinflussen (...) die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (...)'.[43]

De redenering van het BVerfG omvat twee aspecten. De Duitse rechter legt de eigen grondwet steeds zodanig uit dat een schending van het EVRM achterwege blijft. Het open karakter van de normen van het *Grundgesetz* maakt dat normaal gesproken mogelijk. Het Hof wijkt, onder verwijzing naar artikel 53 EVRM, slechts van die regel af wanneer het EVRM, al dan niet aan derden, minder bescherming biedt dan het *Grundgesetz*.[44] Daarvan is sprake als de nationale rechter geroepen wordt een belangenafweging te maken tussen twee conflicterende grondrechten. Het is mogelijk dat die belangenafweging in het kader van de Grondwet tot een andere uitkomst van het geschil zou nopen dan de belangenafweging in het kader van het EVRM. Conforme interpretatie van de grondwet zou dan betekenen dat een partij die zich naar zuiver nationaal recht met vrucht op een prevalerend grondrecht had kunnen beroepen, als gevolg van EVRM-conforme interpretatie het onderspit delft. Dat verbiedt de Grondwet, aldus het BVerfG.[45] Recente rechtspraak lijkt er echter op te wijzen dat het BVerfG bereid is ver te gaan bij het incorporeren van het EVRM in de eigen uitleg van het *Grundgesetz*. In 2011 liet het Hof de eigen rechtspraak inzake de grondwettigheid van preventieve detentie (een *quasi* TBS) bijvoorbeeld loyaal varen na kritische Straatsburgse jurisprudentie.[46]

---

42 BVerfG 26 maart 1987, *BVerfGE* 74, 358 (*Unschuldvermutung*), r.o. 39.

43 BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), 317 (r.o. 32).

44 *Ibid.*

45 Vgl. *Görgölü*, r.o. 35 en 62. Zie voor een illustratie BVerfG 26 februari 2008, *BVerfGE* 120, 180 (*Caroline von Monaco III*). Omtrent de relatie tussen 'Karlsruhe' en Straatsburg: zie Schlaich/Korioth 2007, p. 211-215 (met nadere verwijzingen).

46 BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*). De vraag of het mogelijk was de Duitse wetgeving in kwestie EVRM-conform te interpreteren hield de reguliere rechtspraak tot dan toe verdeeld. Vgl. o.a. BGH 21 juli 2010, 5*StR* 60/10 (*Sicherungsverwahrung*), r.o. 15. Zie voorts mijn annotatie bij EHRM 13 januari 2011, *EHRC* 2011/50 (*Kallweit t. Duitsland*), en de annotaties van De Lange bij respectievelijk: EHRM 9 juni 2011, *EHRC*

Ruw samengevat luidt de conclusie dat de mensenrechtenverdragen in Duitsland, ondanks het ontbreken van voorrang, doorgaans ten koste van formele wetgeving worden geëffectueerd. Het voertuig dat daarvoor wordt gebruikt is de verdragsconforme interpretatie van zulke wetgeving en, indien dat onmogelijk is, de verdragsconforme interpretatie van het *Grundgesetz*. Dit geldt overigens niet alleen voor het EVRM, maar ook voor de overige mensenrechtenverdragen.[47] Het BVerfG ziet op twee manieren toe op het effectueren van deze verdragen. In de eerste plaats verplicht het de reguliere rechter, op straffe van een schending van artikel 20, derde lid, GG (de binding aan wet en recht), te onderzoeken of verdragsconforme uitleg mogelijk is. Het Hof bepaalt in dat verband zelf bovendien, zij het in samenspraak met de reguliere rechter, waar de grenzen van diens rechtsvormende taak liggen.[48] In de tweede plaats legt het de grondrechten van het *Grundgesetz* zo nodig verdragsconform, en met voorbijgaan aan de eigen jurisprudentie, uit. De consequentie is dan dat een wettelijk voorschrift dat niet verdragsconform kan worden gelezen, wegens strijd met het corresponderende grondwettelijke recht, nietig is.

8.2.2.3 Unierechtelijke grondrechten in Duitsland

Duitsland is, als prominente lidstaat van de Europese Unie, gebonden aan het Unierecht. Dat Unierecht heeft zich de afgelopen decennia ook op het terrein van de grondrechtenbescherming ontwikkeld. In de delen I en II ben ik daar al op ingegaan. Zowel de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake grondrechtenbescherming op basis van de gemeenschappelijke tradities van de lidstaten, als het Handvest van de Grondrechten van de Unie, zijn voor Duitsland van belang. Dat geldt ook voor een aantal grondrechtelijk getinte richtlijnen en verordeningen.[49]

In dat verband is er een verschil tussen het Handvest en de grondrechtenrechtspraak van het Hof van Justitie enerzijds, en grondrechtelijk getint secundair Unierecht. De tweede categorie is direct van belang voor de wetgever, ook en vooral in zuiver nationale verhoudingen. Het is de reguliere rechter die de voorrang van rechtstreeks werkend secundair Unierecht handhaaft. Anders dan de voorrang van het *Grundgesetz* is de voorrang ervan een kwestie van *Anwendungsvorrang* en niet van *Geltungsvorrang*. Duitse voorschriften die conflicteren met secundair Unierecht worden conform uitgelegd en, als sprake is van rechtstreeks werkende bepalingen, zo nodig buiten toepassing gelaten.

Voor de eerste categorie geldt dat deze voornamelijk beschermt tegen rechtsvorming in de sfeer van het Unierecht zelf. Zuiver nationaal handelen

---

2011/119 (*Schmitz t. Duitsland*); EHRM 24 november 2011, *EHRC* 2012/27 (*Schönbröd t. Duitsland*) en EHRM 24 november 2011, *EHRC* 2012/28 (*O.H. t. Duitsland*).

47 Vgl. Uerpmann 2003, p. 108-112. Voorts: Stern 1994, p. 1612.

48 Zie hierna §8.3.1.

49 Bijv. Richtlijn gelijke behandeling.

van de Duitse wetgever wordt uitsluitend langs de meetlat van het *Grundgesetz* gelegd, soms uitgelegd in het licht van het EVRM. Het Handvest speelt in zulke zuiver nationale geschillen in beginsel geen rol. Over de schending ervan kan dan ook niet bij het BVerfG worden geklaagd. Anders liggen de zaken wanneer de Duitse wetgever optreedt ter implementatie van Unierecht.[50] In dat geval is het mogelijk dat de totstandgekomen wetgeving wordt getoetst aan de bepalingen van het *Grundgesetz* én aan het Handvest. Wat echter, als de Duitse wetgever precies op het grondrechtelijk problematische punt gebonden was aan het Unierecht en daarbij niet over enige discretionaire ruimte beschikte? Hier stond de wetgever. Hij kon niet anders. Mag de Duitse rechter, het BVerfG voorop, dat Unierecht dan aan het *Grundgesetz* toetsen?

Het BVerfG acht zich daartoe bevoegd. Om de relatie met de Brusselse en Luxemburgse vrienden niet op scherp te stellen, ziet het van zulke toetsing echter af zolang grondrechten in de Unie op een vergelijkbaar niveau beschermd worden als onder het *Grundgesetz*.[51] Het Handvest en de grondrechtenrechtspraak van de Unie worden nu van belang. Opereert de Duitse reguliere rechter als Unierechter, dan toetst hij implementatiewetgeving aan het Handvest, en aan de grondrechtelijke rechtspraak van het Hof van Justitie. Deze toets is gedeeltelijk een exceptieve. Eerst wordt bezien of het Unierecht ruimte laat voor implementatie die in overeenstemming is met de eigen grondwet.[52] Is dat het geval, dan wordt de kwestie naar het BVerfG verwezen. Is dat niet het geval, dan beziet de reguliere rechter of dat Unierecht in overeenstemming is met Unierechtelijke grondrechten. Zo nodig stelt hij in dat verband een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Is het antwoord positief, dan past de reguliere rechter de implementatiewetgeving toe. Is het antwoord negatief, dan laat hij het desbetreffende Unierecht, en daarmee ook de Duitse implementatiewetgeving, buiten toepassing. De voorrang van het Handvest op implementatiewetgeving is dan ook, anders dan de voorrang van het *Grundgesetz*, een kwestie van *Anwendungsvorrang*, en niet van *Geltungsvorrang*. Pas als zou blijken dat de geboden Unierechtelijke grondrechtenbescherming, in Duitse ogen, structureel tekort zou schieten, is het mogelijk dat het BVerfG ingrijpt. Het Unierecht komt dan geen werking toe in de Duitse rechtsorde, en de implementatiewet wordt nietig verklaard. Een dergelijk geval heeft zich tot dusver echter nog niet voorgedaan.[53] Gelet op de loyale houding van het

50 Zie echter zeer recent: HvJEU 26 februari 2013, C-617/10, *AB* 2013/131 m.nt. Widdershoven (*Åkerberg Fransson*), waarin het Hof van Justitie een ruime uitleg m.b.t. de reikwijdte van het Handvest gaf: reeds wanneer de kwestie onder het *toepassingsgebied* van het Unierecht valt, wordt het Handvest *getriggerd*. Het BVerfG geeft echter een zeer beperkte uitleg aan deze rechtspraak: zie BVerfG 24 april 2013, 1 BvR 1215/07 (*Antiterrordatei*), r.o. 91.

51 BVerfG 22 oktober 1986, *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*).

52 Vgl. bijv. BVerfG 18 juli 2005, *BVefGE* 113, 273 (*Europäischer Haftbefehl*).

53 Hoewel het er onlangs even op leek dat het BVerfG, in het kader van legaliteitstoetsing, zou 'doorbijten': zie BVerfG 6 juli 2010, *BVerfGE* 126, 286 (*Honeywell*).

BVerfG is dat ook niet erg voor de hand liggend. Daarvoor is méér nodig dan een enkele incidentele schending van het *Grundgesetz*.[54]

De rol van het BVerfG bij het handhaven van het Unierecht is dus voorlopig een zeer beperkte. Het is de reguliere rechter die Unierechtelijke grondrechten handhaaft, zowel tegen de wetgever in zuiver nationale kwesties, als tegenover de Unierecht implementerende wetgever. Ik bezie in dit hoofdstuk voornamelijk de rechtspraak van de constitutionele rechter. De wijze waarop de Duitse rechter de voorrang van Unierechtelijke grondrechten effectueert laat ik, met uitzonderingen, voor wat zij is.[55]

8.2.2.4 Resumerend

Het stelsel van grondrechtenbescherming in de Duitse rechtsorde is een bonte lappendeken van grondrechtencatalogi. De kern ervan wordt gevormd door het *Bonner Grundgesetz*. Deze wordt aangevuld met de grondwetten van de deelstaten, de mensenrechtenverdragen en de fundamentele rechten van de Europese Unie. Ik richt mij hier voornamelijk op de toetsing van formele wetgeving op federaal niveau. Zulke wetgeving wordt niet aan de grondwetten van de deelstaten getoetst. Wetgeving die conflicteert met het *Grundgesetz* verliest haar gelding. Zij is in beginsel nietig. Het vaststellen van deze nietigheid, en de daaraan ten grondslag liggende onverenigbaarheid tussen wet en grondwet, is de taak van het BVerfG. De mensenrechtenverdragen genieten in de Duitse rechtsorde geen principiële voorrang. Zij worden voornamelijk geëffectueerd door gebruikmaking van het interpretatieve mandaat van de reguliere en de constitutionele rechter. De praktijk laat zien dat met name het BVerfG zich in dat verband loyaal opstelt jegens de internationale rechtsorde. Doet zich een normconflict voor tussen federale wetgeving en het EVRM, dan gaat de handhaving van het EVRM daarom in de praktijk voornamelijk over de band van de toetsing aan het *Grundgesetz.*
Het handhaven van Unierechtelijke grondrechten is daarentegen voornamelijk een kwestie van de reguliere rechter. Zulke grondrechten komt in de regel enkel *Anwendungsvorrang* toe. Een wettelijk voorschrift dat conflicteert met

54 Het criterium is dat sprake moet zijn van een gekwalificeerde en structurele schending. Dit criterium ontleen ik aan het, in de vorige voetnoot genoemde, arrest *Honeywell*. In *Honeywell* ging het, strikt genomen niet om grondrechtentoetsing maar om zgn. *Kompetenz*-toetsing, om de vraag dus of een Unierechtelijk orgaan (m.n. het Hof van Justitie) een – mede door Duitsland toegekende – bevoegdheid had overschreden. Die *Kompetenz*-jurisprudentie – bekend van o.m. BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 155 (*Maastricht-Urteil*) en BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 123, 267 (*Lissabon-Urteil*) – is te onderscheiden van de *Solange*-rechtspraak. De grondgedachte is evenwel dezelfde: het BVerfG gaat uit van een presumptie die het Hof ervan weerhoudt de eigen jurisdictie in te vullen. Materieel lijkt mij hetzelfde criterium aan de orde.

55 Gelet op de vergaande bescherming van het *Grundgesetz* komt het ook niet zo vaak voor dat de reguliere rechter geroepen wordt Unierechtelijke grondrechten jegens de Duitse wetgever toe te passen.

een grondrechtelijk getinte regel van Unierecht, behoudt in beginsel zijn gelding, maar kan in het concreet voorliggende geschil niet worden toegepast.

8.2.3 Het stelsel van rechtsbescherming

Het kwam al even aan de orde. Grondrechten worden in Duitsland, afhankelijk van hun herkomst, beschermd door een kartel van verschillende rechters. Die rechters zijn ruwweg onder te verdelen in het Constitutionele Hof enerzijds, en de reguliere rechtspraak (de *Fachgerichte*) anderzijds. Ik bezie kort hoe dit stelsel van rechtsbescherming eruitziet. Eerst ga ik in op het Hof en zijn relatie met de reguliere rechter (8.2.3.1). Vervolgens loop ik kort de belangrijkste procedures na waarin toetsingsvragen aan het Hof worden voorgelegd (8.2.3.2).

8.2.3.1 Het Constitutionele Hof en de reguliere rechtspraak

De rechterlijke macht wordt in Duitsland, op het federale niveau althans, gevormd door de reguliere rechtspraak (de *Fachgerichte*) en het BVerfG. Zo wil het artikel 92 GG. Wanneer ik het over de reguliere rechtspraak heb, dan doel ik niet alleen op de '*Ordentliche Gerichte*', die recht spreken in strafrechtelijke en civielrechtelijke kwesties, maar ook op de gespecialiseerde rechtspraak in het arbeidsrecht, het socialezekerheidsrecht, het belastingrecht en het bestuursrecht. Het is niet zo dat deze verschillende rechterlijke kolommen, als waren zij onderdeel van een piramide, samenkomen bij een top die door het BVerfG wordt gevormd. Hoewel het Hof gerekend wordt tot de rechterlijke macht, is het geen reguliere rechter. Dit blijkt onder meer uit het feit dat het, anders dan de reguliere rechtspraak, gekwalificeerd wordt als *Verfassungsorgan*.[56] Dat brengt een bijzondere positie met zich. Zo zijn beheerskwesties, het budget incluis, de eigen verantwoordelijkheid van het Hof.[57] De rechters van het hof zijn ook geen 'gewone' rechters. Titulair worden zij aangeduid als '*Richter des Bundesverfassungsgerichtes*' en hun rechtspositie is in het BVerfGG geregeld.[58] Hetzelfde geldt voor de afwijkende benoemingsprocedure van rechters in het Hof.[59] Dat het Hof zich *Verfassungsorgan* noemt, betekent overigens niet, dat het geen zuiver rechterlijke instantie is. De procedure voor het Hof is dan ook geenszins een onderdeel van het wetgevingsproces.[60]

---

56 Zie art. 1 BVerfGG. Nader Schlaich/Korioth 2007, p. 16-17.
57 Ik doel op de zgn. *Geschäftsordnungsautonomie*. Zie art. 2 lid 3 BVerfGG jo. art. 28 lid 3 BHO.
58 Vgl. de artikelen 98 e.v. BVerfGG.
59 Vgl. artt. 94 lid 1 GG jo. 5 en 6 BVerfGG. Benoeming is, formeel althans, een gepolitiseerde kwestie. In de praktijk zorgt de eis van een tweederde meerderheid voor enige depolitisering, in de zin dat de machtsblokken in Bondsdag en Bondsraad aangewezen zijn op consensus over de rechtersbenoemingen.
60 Blüggel 1998, p. 11-12.

De rechterlijke bescherming van grondrechten is in het Duitse bestel een gedeelde taak van die *Fachgerichte* en het BVerfG. Deze laatste heeft daarbij het primaat, maar geen monopolie. Hiervoor kwam al even aan de orde dat de handhaving van de mensenrechtenverdragen in eerste instantie een zaak is voor de reguliere rechter. De rol van het BVerfG is op dat terrein subsidiair. Formeel heeft het Hof wel het monopolie op de toetsing aan het *Grundgesetz*.[61] Toch geldt ook hier dat de soep in de praktijk minder heet gegeten wordt dan zij wordt opgediend. In de eerste plaats is de uitwerking van de rechtsbescherming – het sluitstuk van de remedie, zo men wil – vaak een taak voor de *Fachgerichte*.[62] Bovendien bijt de reguliere rechter in veel gevallen de spits af bij de beoordeling van een toetsingsvraag.[63] Pas wanneer de reguliere rechter een wettelijk voorschrift voor ongrondwettig houdt, is hij bevoegd en verplicht deze ter toetsing aan het BVerfG voor te leggen. Enkele twijfel is niet genoeg.[64] Gelet op de werklast in Karlsruhe – het is niet slechts een Straatsburgs probleem – spoort het BVerfG de reguliere rechter geregeld aan om normconflicten zelf door grondwetsconforme uitleg van de wet op te lossen.[65] Het moge duidelijk zijn dat daarmee de rol van de reguliere rechter groeit. Dat doet uiteraard niet af aan de spilfunctie die het BVerfG vervult in de rechtsbescherming tegen *Verfassungswidrige Gesetze*. Het is die spilfunctie die nu aan de orde komt.

8.2.3.2 De wegen naar toetsing door het BVerfG

Het *Bundesverfassungsgericht* kent niet één bevoegdheidsgrondslag en evenmin één procedure. Er zijn meerdere wegen te bewandelen om de ongrondwettigheid van overheidshandelen aan de orde te stellen. Deze wegen zijn *grosso modo* onder te verdelen in procedures met een relatief contradictoir karakter en procedures waarin het Hof het objectieve recht handhaaft.

In het eerste geval kan men denken aan procedures tussen de deelstaten en de centrale overheid, respectievelijk tussen de diverse staatsinstellingen.[66]

---

61 Vgl. de artikelen 93 en 100 lid 1 GG.

62 Schumann 1983, p. 185; Schlaich/Korioth 2007, p. 13.

63 Dat is het geval bij twee procedures: de prejudiciële grondwettigheidsprocedure (*Richtervorlage*) op basis van artt. 100 lid 1 GG en 80 BVerfGG, en de zgn. constitutionele klacht (*Verfassungsbeschwerde*) tegen een rechterlijke uitspraak op basis van de artt. 93 lid 4a GG en 90 BVerfGG. In het eerste geval heeft de reguliere rechter een direct zichtbare rol: hij beslist immers of een prejudiciële vraag aan het BVerfG gesteld dient te worden. In het tweede geval is zijn rol een indirecte: op basis van art. 90 lid 2 BVerfGG dienen eerst de beschikbare rechtsmiddelen bij de reguliere rechter te worden uitgeput. Een directe klacht in Karlsruhe is niet-ontvankelijk.

64 Dit volgt uit de bewoordingen van art. 100 lid 1 GG. Zie tevens: BVerfG 1 maart 1978, *BVerfGE* 48, 40.

65 Vgl. Voßkuhle 2000, p. 179 en 199 (met nadere verwijzingen en rechtspraak).

66 Vgl. de zgn. *föderativen Streitigkeiten* ex art. 93-I (sub 3 en 4) GG, en om *Organstreitigkeiten* ex art. 93-I (sub 1) GG.

In zulke geschillen is sprake van twee gelijkwaardige procespartijen. De eisende partij moet dan aannemelijk maken dat hij door het voorwerp van de rechtsstrijd in een specifiek belang wordt geraakt. Dat voorwerp kan onenigheid over de grondwettigheid van wettelijke voorschriften zijn maar noodzakelijk is dat niet. Getalsmatig komt dat zelden voor.[67] Stelt het Hof de eiser in het gelijk dan stelt het, conform § 67 BVerfGG, de ongrondwettigheid van het bestreden handelen of nalaten vast. Anders dan in de nog te bespreken procedures, constateert het Hof in dit soort geschillen dus niet de nietigheid van het bestreden voorschrift. Het is aan de desbetreffende wetgever om het voorschrift te wijzigen of in te trekken.

Vaker gebeurt het dat wetgeving ter toetsing wordt voorgelegd in procedures bedoeld ter handhaving van het objectieve recht. Die zijn eveneens op diverse manieren te categoriseren. Een tweedeling die misschien niet het meest zuiver of voor de hand liggend is, maar wel bij het thema van dit boek past, is die tussen procedures die, al dan niet indirect, door burgers worden geïnitieerd, en procedures die bedoeld zijn voor overheidsorganen. Bij dat laatste valt te denken aan de *Parteienklage* (*abstrakte Normkontrolle*) en de *kommunale Verfassungsbeschwerde*.[68] Tot de eerste categorie reken ik de *Verfassungsbeschwerde* en de zogenaamde *Richtervorlage*, de prejudiciële procedure die ook wel *konkrete Normkontrollverfahren* wordt genoemd.[69] Ik concentreer mij hier op de rechtsbescherming van particulieren. De *Parteienklage* en de *kommunale Verfassungsbeschwerde* laat ik daarom even voor wat zij zijn. Ik beperk mij tot een schets van de *Richtervorlage* en de *Verfassungsbeschwerde*. In serie geschakeld vormen deze beide procedures een dekkend stelsel van rechtsbescherming voor particulieren.

---

67 Deze geringe betekenis vloeit voort uit de concurrentie van de, hierna nog te bespreken, *Parteienklage*. Anders dan de hiervoor genoemde procedures, ontbreekt dan een termijn. Bovendien heeft het BVerfG in dat geval ingrijpender uitspraakbevoegdheden. Zie Schlaich & Korioth 2007, p. 62-63.

68 De Parteienklage is geregeld in art. 93 lid 1, sub 2, GG, en uitgewerkt in art. 13 lid 6 jo. Art. 76 e.v. BVerfGG. Het betreft het recht van de Bondsregering, respectievelijk de regeringen van de deelstaten en de Bondsdag om het Hof te verzoeken de (on)grondwettigheid van een wettelijk voorschrift, of de (on)verenigbaarheid van deelstatelijke wetgeving met Bondswetgeving, vast te stellen. De Bondsdag kan dit verzoek slechts doen als een kwart van de leden het verzoek steunt (Anders: Sillen 2010, p. 25, die nog uitgaat van de tot 2009 geldende eis van een derde). Het gaat formeel niet om een contradictoire procedure: er is geen wederpartij. Wel dient het Hof de bij de bestreden regeling betrokken overheidsorganen te horen. Zie art. 77 BVerfGG. Dat brengt een zekere tegenspraak met zich. Hetzelfde geldt voor de zgn. *kommunale Verfassungsbeschwerde.* Die vinden we in sub 4b van art. 93 lid 1 GG. De procedure is uitgewerkt in de artt. 13 lid 8a, 90 e.v. BVerfGG. Gemeenten en gemeentelijke verbanden kunnen, op basis van deze regeling, een klacht bij het Hof indienen wanneer zij menen dat hun grondwettelijk recht op zelfbestuur is geschonden.

69 Strikt genomen staat ook de *Richtervorlage* enkel ter beschikking aan een overheidsorgaan: de rechtspraak. Het is niet de burger die prejudiciële vragen stelt, of kan afdwingen dat de rechter dat doet. Toch is deze procedure in de praktijk de belangrijkste toegangspoort voor de burger tot het BVerfG. Ik ga daarop hierna verder in.

Bij de *Richtervorlage* gaat het om een prejudiciële vraag van een reguliere rechter. De grondslag voor deze toetsing is te vinden in artikel 100 lid 1 GG, dat als volgt luidt:

> 'Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. (…)'.

Deze bepaling is de ankergrond van constitutionele toetsing in de Bondsrepubliek. Zij stelt boven twijfel dat zowel de reguliere rechter als het BVerfG de geldigheid van wettelijke voorschriften toetsen aan het *Grundgesetz*.[70] Het BVerfG komt in dat verband het primaat toe, maar het is de reguliere rechter die de rol van poortwachter krijgt toebedeeld.

De procedure van artikel 100 GG begint met alledaagse geschillen die zich afspelen voor de reguliere rechtspraak.[71] Hangt de uitkomst van zo'n geschil af van de grondwettigheid, en daarmee de geldigheid, van een wettelijke regeling, dan beslist het *Fachgericht* zelf of de regeling conform de grondwet is. Is het ervan overtuigd dat het voorschrift dat *niet* is, dan legt het de kwestie voor aan het BVerfG. De reguliere rechter heeft geen discretionaire ruimte bij de beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen. Is hij van mening dat de wet onverenigbaar is met de grondwet, dan moet hij de vraag stellen. Twijfelt hij, of ziet hij een grondwetsconforme lezing van de regeling, dan is de vraag níet toegestaan. Hij moet dan van geldigheid van de regeling uitgaan.[72] De beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen is niet appellabel. Wel kan men tegen de einduitspraak in hoger beroep gaan. Legt ook de hoogste rechter de kwestie niet aan het BVerfG voor, dan is de weg van de concrete *Normenkontrolle* via de *Richtervorlage* afgesloten. Houdt het dan helemaal op voor de teleurgestelde burger? Geenszins.

De justitiabele heeft nog een pijl op zijn boog: de *Verfassungsbeschwerde* van artikel 93 lid 1 sub 4a GG.[73] De *Verfassungsbeschwerde* is de enige proce-

---

70 Voor lagere regelgeving en voor formele wetgeving van vóór het Bonner Grundgesetz van 1949 (de zgn. *Vorkonstitutionnelle Gesetze*), geldt overigens dat de reguliere rechtspraak wel over de bevoegdheid beschikt deze op eigen gezag buiten toepassing te laten. Vgl. Maurer 2005, p. 710-711; Schlaich & Korioth 2007, rn. 138.

71 Wel dient het te gaan om zgn. '*Staatlichen Gerichte*'. Dat kunnen rechters zijn van de deelstaten of van het federale gezag, maar geen bestuurlijke scheidsgerechten of private arbitragecommissies. Vgl. Benda & Klein 2001, Rn. 779.

72 Deze dichotomie volgt uit de tekst van art. 100 GG ('*Hält ein Gericht ein Gesetz* (…) *für verfassungswidrig*'). Het Hof beoordeelt e.e.a. streng. Vgl. BVerfG 20 februari 2002, *BVerfGE* 105, 61 (*Wehrpflicht I*): de *Richtervorlage* was niet-ontvankelijk omdat onvoldoende gemotiveerd was waarom de regeling in strijd met het GG zou zijn.

73 Deze procedure is verder uitgewerkt in § 13 lid 8a jo. 90 e.v. BVerfGG.

dure die de burger zélf toegang geeft tot het Hof. Daarmee staat zij symbool voor de grondrechtenbescherming van het naoorlogse Duitsland. Ze spreekt niet alleen tot de verbeelding, maar komt ook veelvuldig voor.[74] Klachten kunnen zich richten tegen al het handelen of nalaten van overheden die behoren tot de Duitse federale staat of de deelstaten, ongeacht om welke staatsmacht het gaat. In theorie is het dus mogelijk dat rechtstreeks bij het BVerfG wordt geklaagd tegen het vaststellen of handhaven van wetgeving. In zulke gevallen wordt van een *Rechtssatz–* of *unmittelbare Verfassungsbeschwerde* gesproken. Klaagt men over toepassing van wetgeving door bestuur of rechter, dan is de *Urteils–* of *mittelbare Verfassungsbeschwerde* aan de orde. Ook daarmee wordt in de praktijk overigens vaak tegen wetgeving als zodanig geklaagd. De foutieve uitvoering van grondwettige wetgeving door het bestuur wordt immers door de bestuursrechter gecorrigeerd.[75] Wanneer de wettelijke regeling (naar de gangbare interpretatie ervan) echter correct is toegepast, en de bestuursrechter niet is overgegaan tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het BVerfG, dan ligt een *Verfassungsbeschwerde* tegen het oordeel van de bestuursrechter voor de hand.

In de praktijk gebeurt het zelden dat een directe *Beschwerde* ontvankelijk is. Dat heeft te maken met de rol die de *Verfassungsbeschwerde* in het Duitse stelsel van rechtsbescherming inneemt. Deze procedure vormt het sluitstuk van de grondrechtenbescherming onder het *Grundgesetz*. Bieden de andere rechtsmiddelen onvoldoende toegang tot het BVerfG, dan is de *Verfassungsbeschwerde* het laatste redmiddel. Zij draagt dan ook een subsidiair karakter. Een klacht is pas ontvankelijk als alle andere beschikbare rechtsmiddelen zijn uitgeput, of redelijkerwijs niet konden worden uitgeput.[76] Nu heeft de burger zelf, strikt genomen, geen andere mogelijkheid dan de *Verfassungsbeschwerde* om wetgeving rechtstreeks bij het BVerfG ter toetsing voor te leggen. Zijn enige mogelijkheid is een indirecte: hij kan (exceptieve) toetsing uitlokken via de zojuist geschetste *Richtervorlage*. Toch wordt dit van hem verlangd. Voor zover dat mogelijk is, dient de burger het op de uitvoering van een voorschrift te laten aankomen om de grondwettigheid daarvan vervolgens bij de reguliere

74 Vanaf de oprichting van het Hof tot 1 januari 2012 werden, volgens het jaarverslag 2011 van het Hof, 188.187 *Verfassungsbeschwerden* ingediend. Dat was 96,5% van de zaaklast van het Hof. Een kleine 2% kwam via de beide *Normenkontrollverfahren* binnen. De overige procedures leverden samen slechts 1,6% van de zaken. Slechts een fractie, rond 2,5%, van die klachten was overigens ontvankelijk. In 2011was slechts 1,6% van de klachten succesvol. Bron: *Jahresstatistik* 2010 en 2011, te raadplegen via www.bverfg.de.

75 Vanwege de plicht om eerst de overige ten dienste staande rechtsmiddelen uit te putten is men bovendien in eerste instantie op de bestuursrechter aangewezen.

76 Art. 90 lid 2 BVerfGG. Is een bepaald rechtsmiddel ten onrechte niet uitgeput, dan kan het Hof de klacht niettemin behandelen, wanneer het oordeelt dat dit in het algemeen belang is (vgl. tekst art. 90 lid 2 BVerfGG).

rechter aan de orde te stellen.[77] Het is dus de reguliere rechter die de toegangspoort tot het BVerfG bewaakt. Pas als deze, in de ogen van de eiser ten onrechte, weigert een prejudiciële vraag te stellen, dan kan deze eiser daarover klagen bij het BVerfG. Op die manier is het, uit artikel 19 lid 4 GG voortvloeiende, recht op rechtsbescherming door de rechter verzekerd.[78]

Hoewel de aard van de *Verfassungsbeschwerde* anders doet vermoeden, een procedure waarin de rechtsbescherming van subjectieve rechten centraal staat, gaat het bij deze procedure net als bij de *Richtervorlage* om het handhaven van het objectieve recht.[79] In geen van beide procedures treft men formeel partijen aan.[80] Het Hof is bovendien bevoegd om prejudiciële vragen en klachten in behandeling te nemen als het algemeen belang dit vordert, ook als aan de ontvankelijkheidseisen niet is voldaan.[81] Het Hof hoeft zich voorts niet te beperken tot de toetsing van het bestreden voorschrift.[82] Tot slot blijkt het objectiefrechtelijke karakter van de beide procedures uit de uitspraakbevoegdheden van het Hof. Dat stelt immers de nietigheid van het bestreden voorschrift vast, en de werking van die uitspraak beperkt zich niet tot de klager of de partijen in het geschil dat tot de *Richtervorlage* aanleiding gaf. Op deze uitspraakbevoegdheid, en op de werking ervan, ga ik in de volgende paragraaf nader in.

---

77 Zie m.n. BVerfG 25 februari 1986, *BVerfGE* 72, 39, r.o. 18-19. Deze eis is in wezen een kwestie van subsidiariteit. Het Hof knoopt e.e.a. op aan de eis dat klachten een voldoende rechtstreekse inbreuk moeten betreffen. Klagers moeten aannemelijk maken dat de inbreuk hen zelf raakt (het *Selbst*-criterium), dat deze inbreuk al plaats heeft gevonden en niet enkel te verwachten is (het *Gegenwärtig*-criterium), en dat de inbreuk plaats heeft onafhankelijk van enige discretionaire ruimte van het bestuur (het *Unmittelbar*-criterium in enge zin). Vgl. BVerfG 13 december 1951, *BVerfGE* 1, 97 (*Hinterbliebenenrente I*), r.o. 26; BVerfG 14 juli 1999, *BVerfGE* 101, 54, r.o. 108-109; BVerfG 19 juli 2000, *BVerfGE* 102, 197 (*Spielbankengesetz BW*), r.o. 48; BVerfG 16 maart 2004, *BVerfGE* 110, 141, r.o. 45.

78 Althans voor wat betreft de bescherming van grondrechten. De reikwijdte van de *Verfassungsbeschwerde* is daartoe immers beperkt, anders dan de garantie van artikel 19 IV GG, dat ziet op gevallen waarin men door de overheid in een 'recht' is geraakt. Vgl. Maurer 2005, p. 718. Zie over de verhouding tussen de *Verfassungsbeschwerde* en artikel 19 IV GG nader: Schlaich & Korioth 2007, p. 110-111. Vgl. omtrent artikel 19 IV GG en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het Duitse recht voorts: Krebs, in Von Münch 1992, p. 985-1037.

79 BVerfG 28 juni 1972, *BVerfGE* 33, 247 (*Klagestop Kriegsfolgen*), r.o. 34; BVerfG 7 juni 1977, *BVerfGE* 45, 63 (*Stadtwerke Hameln*); BVerfG 7 maart 1990, *BVerfGE* 81, 278 (*Bundesflagge*), r.o. 41. Zie tevens Maurer 2005, p. 717-718; Schlaich & Korioth 2007, p. 113-114.

80 Wel dient het BVerfG alle betrokkenen bij het hoofdgeding en bovendien de betrokken *Verfassungsorgane* te horen. Vgl. o.m. Maurer 2005, p. 716.

81 Zie art. 90 lid 2 BVerfGG.

82 Vgl. artt. 82 lid 1 jo. 78 BVerfGG (voor de *Richtervorlage*). Zie voor wat betreft de *Verfassungsbeschwerde*: BVerfG 15 april 1980, *BVerfGE* 54, 53 (*Ausbürgerung II*), r.o. 44-45.

8.2.4 Resumerend

Dit was een paragraaf van inleidende beschietingen. Het gaat in dit hoofdstuk om de toetsing van federale formele wetgeving aan in Duitsland geldende grondrechten. Hoewel die grondrechten uit verschillende bronnen voortvloeien, gaat het in de praktijk doorgaans om de toetsing van wetgeving aan het *Grundgesetz*. De mensenrechtenverdragen spelen bij die toetsing alleen een indirecte rol. De Unierechtelijke grondrechten worden direct door de reguliere rechter gehandhaafd, maar hun betekenis is in Duitsland, dat een vergaande nationale grondrechtenbescherming kent, vrij beperkt.

De toetsing aan het *Grundgesetz* vindt voornamelijk plaats bij het *Bundesverfassungsgericht*, zij het dat dit Hof deze taak in de praktijk deelt met de reguliere rechtspraak. De rechtsbescherming van burgers steunt met name op twee procedures: de *Richtervorlage* en de *Verfassungsbeschwerde*. Van burgers wordt verwacht dat zij eerst het pad van de *Richtervorlage* bewandelen alvorens zij gebruik maken van de mogelijkheid direct bij het Hof te klagen over de grondwettigheid van wetgeving. Zowel de *Richtervorlage* als de *Verfassungsbeschwerde* zijn procedures die beogen het objectieve recht te handhaven. Dat laat onverlet dat deze procedures in de praktijk vooral van belang zijn voor de rechtsbescherming van subjectieve rechten. Paradoxaal genoeg valt die rechtsbescherming van burgers in het Duitse stelsel dan ook bijna samen met de handhaving van het objectieve constitutionele recht.[83]

8.3 Ideaaltypische constitutionele remedies

Een burger die, direct of indirect, bij het BVerfG opwerpt dat een wettelijke regeling in strijd is met het GG, hoopt doorgaans dat het Hof iets in die klacht ziet en dat men daaraan in Karlsruhe iets doet. Het Hof heeft diverse opties om recht in lijn met het GG te brengen. Ik bespreek er hier twee: het voorschrijven van een conforme interpretatie, en het uitspreken van de nietigheid van het bestreden voorschrift. De combinatie van deze twee remedies levert een, in beginsel sluitend, stelsel van rechtsbescherming op. Kan de onverenigbaarheid van een voorschrift worden opgeheven door modificatie van de gangbare uitleg van het bestreden voorschrift, dan aanvaardt de rechter deze uitleg. Kan dat niet, dan spreekt het Hof de nietigheid van de bepaling uit. In beide gevallen is de grondwettelijke situatie hersteld. Dit stelsel van rechtsbescherming loopt in een aantal niet-ideaaltypische gevallen echter spaak. Die gevallen bespreek ik in de volgende paragraaf.

83 Met uitzondering van de *Parteienklage*.

8.3.1 Tóch verenigbaar: conforme interpretatie

De conforme interpretatie kent een lange traditie in de rechtspraak van het BVerfG. Al in 1953 accepteerde het Hof de stelling dat een wettelijke regeling pas nietig behoort te worden verklaard wanneer geen enkele grondwetsconforme uitleg van die regeling mogelijk is.[84] Het volgde daarmee de sinds jaar en dag vaste rechtspraak van de reguliere rechtspraak en de *Landesverfassungsrichter*.[85] Bovendien benadrukt het Hof dat het GG een *völkerrechts-* en *Europafreundliche* inslag heeft.[86] Dat dwingt tot verdrags- en Unierechtconforme uitleg.

Anno 2013 bedient men zich geregeld van de methode.[87] Als de rechter de (dreigende) schending zelf wegneemt, zo is de gedachte, wordt de wetgever discreet uit de wind gehouden.[88] Toch is de methode niet zonder nadelen. Conforme uitleg maakt het de rechter mogelijk om de richting van het recht, zonder tussenkomst van de wetgever, te wijzigen – ook als de wetgever die koerswijziging nooit zo zou hebben vormgegeven.[89] Waar haalt de Duitse rechter deze bevoegdheid dus vandaan, en welke grenzen neemt hij bij het uitoefenen ervan in acht? Ik ga op beide kwesties kort in.

De grondslag van grondwets- en verdragsconforme interpretatie
Bij het aanwijzen van een grondslag voor de plicht tot conforme interpretatie moet een verschil worden gemaakt tussen wetsuitleg conform het *Grundgesetz*, respectievelijk verdragsrecht.

Het BVerfG baseert de plicht tot grondwetsconforme interpretatie op het, verderop nog te bespreken, nietigheidsdogma. Wetgeving in strijd met het GG is van rechtswege nietig.[90] *A contrario* betekent dit volgens het Hof dat een norm pas nietig is, wanneer deze op geen enkele grondwettige wijze kan worden uitgelegd.[91] Aan de grondwetsconforme uitleg ligt dan ook meer ten grondslag dan het vermoeden dat de regeling conform het GG is vormgeven.

Sluitend is die redenering niet. Dat een voorschrift mogelijk andere interpretaties toelaat die, in tegenstelling tot de tot dan toe gebruikelijk *verfassungs-*

84 BVerfG 7 mei 1953, *BVerfGE* 2, 266 (*Notaufnahme*), r.o. 40. In de literatuur is deze grondslag overwegend positief onthaald. Zie daarover Skouris 1973, p. 96 die zelf zeer kritisch is.
85 Nadere verwijzingen bij Bogs 1966, p. 151-164; Skouris 1973, p. 96.
86 Zie o.a. BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*); BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 123, 267 (*Lissabon*).
87 Schlaich & Korioth 2007, p. 245.
88 Stern 1980, p. 959.
89 Schlaich & Korioth 2007, p. 251.
90 Zie daarover §8.3.2.
91 BVerfG 1 maart 1978, *BVerfGE* 48, 40, p. 45.

konform zijn, betekent niet dat de rechter verplicht is daarvoor te kiezen.[92] Een aantal auteurs zoekt de grondslag voor de conforme interpretatie in de eenheid van het recht.[93] De voorrang van het GG over de overige rechtsnormen zou met zich brengen dat lagere normen in overeenstemming met hogere normen worden uitgelegd. Ook deze leer is nooit volledig omarmd, al was het maar omdat de voorrang van de Grondwet ook op andere, wettelijk voorgeschreven, wijzen kan worden gerealiseerd.[94] Een eenduidige en onomstreden grondslag voor de bevoegdheid tot conforme interpretatie is er dus niet. Dat is niet erg. De praktijk van grondwetsconforme interpretatie is inmiddels diep geworteld en als zodanig onomstreden.[95] Hoewel het dogmatische georiënteerde Duitse staatsrecht daar voorlopig nog niet aan wil, lijkt zich een regel van gewoonterecht af te tekenen.

De methode van verdragsconforme interpretatie is niet gebaseerd op een nietigheidsdogma of op de voorrang van verdragsrecht, want die voorrang is er niet.[96] De grondslag voor verdragsconforme interpretatie is dezelfde als in veel andere landen: de presumptie dat de wetgever de volkenrechtelijke verplichtingen van de Bondsrepubliek respecteert.[97] Deze presumptie vloeit voort uit de, door het Hof ingelezen, *Völkerrechtsfreundlichkeit* van het GG.[98] Het beginsel van Unierechtconforme interpretatie, tot slot, wordt wel weer gebaseerd op de voorrang van het Unierecht.[99]

Wie bepaalt de grenzen van conforme interpretatie?

Grondwets- en verdragsconforme uitleg heeft grenzen. Wie bepaalt waar de grenzen liggen? De hoofdregel is dat conforme interpretatie primair een zaak voor de *Fachgerichte* is.[100] Volgens de werkverdeling tussen 'Karlsruhe' en de reguliere rechtspraak gaat de eerste, strikt genomen, over de uitleg van het *Grundgesetz*, en de tweede over de uitleg van de wet. Daar komt bij dat prejudiciële vragen van reguliere rechters, conform de letterlijke lezing van

92 Vgl. Skouris 1973, p. 97, die vanzelfsprekendheid ontkent. Ook kritisch: Bogs 1966, p. 21; Voßkuhle 2000, p. 183-184.

93 Aldus bijv. Bogs 1966, p. 22.

94 Zo Skouris 1973, p. 99-101.

95 Vgl. bijv. Schlaich & Korioth 2007, p. 245-246. Zie voor een overzicht tevens Voßkuhle 2000, p. 179.

96 Zie daarover: §8.2.2.2.

97 Vgl.: Geiger 2002, p. 189-190; (impliciet) BVerfG 23 juni 1981, *BVerfGE* 58, 1 (*Eurocontrol I*), 34 (r.o. 101).

98 Vgl. BVerfG 26 maart 1957, *BVerfGE* 6, 309 (*Reichskonkordat*), 362-363; BVerfG10 januari 1995, *BVerfGE* 92, 26 (*Zweitregister*); BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*). Nader: Payandeh 2009 en §8.2.2.2.

99 Krieger 2005, p. 60-61; Uitgebreid: Gänswein 2009, die overigens voorrang in ruime zin bedoelt.

100 Schlaich & Korioth 2007, p. 245. Anders echter: Stern 1984, p. 136, die meent dat de conforme interpretatie een instrument van constitutionele toetsing is dat moet worden voorbehouden aan de constitutionele rechter omdat diens competentie anders doorkruist zou worden.

artikel 100 GG die het BVerfG voorstaat, pas ontvankelijk zijn als deze rechters ervan *overtuigd* zijn dat het bestreden voorschrift in strijd is met de Grondwet. De verantwoordelijkheid om met een grondwetsconforme uitleg op de proppen te komen, ligt dus in eerste instantie bij hen.

In de praktijk moet de hoofdregel echter genuanceerd worden

In de eerste plaats is er, ook in Duitsland, niet 'een' hoogste (reguliere) rechter. Voor een *supreme court* moet men niet in Duitsland zijn. Het *Bundesgerichtshof* heeft geen zeggenschap over het stelsel van bijzondere rechtspraak. Daar komt bij dat het BGH zelf onderverdeeld is in Senaten die het onderling lang niet altijd eens zijn over de grenzen van hun interpretatieve bevoegdheden.[101] Er is dus behoefte aan een centrale instantie die daarover duidelijkheid schept.

In de tweede plaats schuurt een prominente rol van de reguliere rechter met het monopolie van het BVerfG op toetsing van de wet aan de Grondwet. Als, zoals in het verleden weleens is betoogd, conforme interpretatie in wezen niets anders is dan kwalitatieve nietigverklaring, dan behoort het BVerfG daarover uiteindelijk te beslissen, niet de *Fachgerichte*.[102]

Tot slot is de reguliere rechter gebonden aan het legaliteitsbeginsel, neergelegd in artikel 20 lid 3 GG. Wie legt deze bepaling uit? Inderdaad, het BVerfG. Over de band van deze bepaling, heeft het Hof dus toch iets te zeggen over de wijze waarop de *Fachgerichte* de hun toebedachte wetgeving uitleggen. Het Hof bepaalt, met andere woorden, uiteindelijk hoe groot de ruimte voor rechtsvorming door de reguliere rechter is.[103] Hoewel het geregeld benadrukt dat het geen *Superrevisionsinstanz* is, houdt het zich soms intensief bezig met de uitleg van normen die tot het domein van de *Fachgerichte* behoren.[104] Met het toenemen van de eigen werklast, zet het BVerfG de reguliere rechter de afgelopen jaren bovendien steeds vaker onder druk om conflicten tussen wetgeving en *Grundgesetz* zelf door middel van conforme interpretatie op te lossen.[105]

---

101 Daar past de kanttekening bij, dat het BGH kan besluiten een Grote Senaat bijeen te roepen om uiteenlopende rechtspraak aan de orde te stellen. Een markant voorbeeld, waar het BVerfG uiteindelijk ingreep, is overigens de divergerende rechtspraak inzake de verdragsconforme uitleg van wetgeving inzake preventieve detentie. Zie voor een overzicht: BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR und Sicherungsverwahrung*), r.o. 28.

102 Op de gelijkstelling conforme uitleg-kwalitatieve nietigheid kom ik later terug. Skouris 1973, p. 108-114 betoogde dat. Niet iedereen is het ermee eens. De heersende leer benadrukt het dogmatische verschil tussen beide remedies. Zie o.m. Schlaich & Korioth 2007, p. 223; Kreutzberger 2007, p. 64. Tevens: Sillen 2010, p. 65.

103 Daar komt bij dat het Hof art. 2 lid 1 GG (persoonlijke vrijheid) zo uitlegt, dat deze bepaling een subjectief recht op 'correcte wetsuitleg' geeft wanneer grondrechten aan de orde zijn. Incorrecte wetsuitleg leidt dan tot een inbreuk op een grondrecht zonder wettelijke grondslag. Zie BVerfG 16 januari 1957, *BVerfGE* 6, 32 (*Elfes*).

104 Dat het BVerfG geen *Superrevisionsinstanz* is: *BVerfG* 15 januari 1958, *BVerfGE* 7, 198 (*Lüth*), p. 207.

105 Zie Voßkuhle 2000, p. 179 en 199 (met nadere verwijzingen naar rechtspraak).

Maakt het uit, bij wie de eindverantwoordelijkheid voor de conforme interpretatie ligt? In theorie wel. Formeel zit er licht tussen de wijze waarop het BVerfG en de reguliere rechtspraak de grenzen van het interpretatieve mandaat definiëren.[106] Een aantal auteurs, waaronder 's Hofs huidige president, meende in het verleden dat de reguliere rechtspraak de eigen grenzen aanmerkelijk ruimhartiger trok, dan het BVerfG.[107] Of dat in de praktijk ook zo is, staat te bezien. Ik schets nu eerst de theorie. Vervolgens ga ik in op de praktijk.

De grenzen van conforme interpretatie

Conforme uitleg van wettelijke normen vindt in het Duitse recht zijn grens wanneer de interpretatie van de norm overgaat in de positieve normstelling.[108] In 1980 vatte het BVerfG het als volgt samen:

> 'Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt, das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden'.[109]

Conforme interpretatie kan volgens het Hof niet conflicteren met de tekst van het bestreden voorschrift. Evenmin mag de *'gesetzgeberische Grundentscheidung'*, worden aangetast. Het oorspronkelijke doel van de norm mag dus niet door interpretatie gewijzigd worden.[110]

Dat uitgangspunt respecteert ook het BGH.[111] Het geeft er echter een andere invulling aan. Waar het Constitutionele Hof het heeft over het '*gesetzgeberische Ziel*', doelt het op de subjectieve wil van de wetgever. Het BGH daarentegen, gaat het om het objectief kenbare doel van het wettelijk voorschrift.[112] Een aantal auteurs meent dat met deze eigenwijze benadering van de reguliere rechter de sluisdeuren opengaan voor interpretaties die de wil van de wetgever doorkruisen.[113] Het verschil lijkt om twee reden echter nogal theoretisch.

In de eerste plaats spoort het BVerfG de reguliere rechter, zoals gezegd, nu juist aan, om zijn rechtsvormende taak ten volle te benutten zodat de werklast

106 Zie bijv. Gsell onder BGH 26 november 2008, *JZ* 2009, p. 518 (*Quelle AG*).
107 Voßkuhle 2000, p. 185.
108 Pestalozza 1982, p. 11.
109 BVerfG 11 juni 1980, *BVerfGE* 54, 277 (*Ablehnug Revision*), r.o. 59-60 [p. 299-300].
110 *Ibid.*
111 BGH 5 februari 1981, *NJW* 1981, 1726, p. 1727.
112 Vgl. Larenz & Canaris 1995, p. 251.
113 Zo veronderstelt Voßkuhle 2000, p 187, dat de reguliere rechter eerder geneigd is tot extensieve interpretatie dan zijn constitutionele collega omdat op hem de verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling rust. Dat is een interessante gedachte, maar evenzeer valt te argumenteren dat het BVerfG doorgaans sneller zal concluderen tot een inbreuk op het GG, omdat het de bijzondere verantwoordelijkheid voor dat document draagt.

in Karlsruhe vermindert.[114] In de tweede plaats wijken beide rechters geregeld van de, door henzelf geformuleerde, criteria af. Geregeld wordt de wettekst of de kennelijke bedoeling van de wetgever opzij gezet om een grondwetsconform resultaat te bereiken.[115] Met name het BVerfG krijgt daarom geregeld kritiek: het zou de wetgever kort aan de lijn houden,[116] een vorm van positieve verkrachting bedrijven,[117] of 'acrobatische praktijken praktiseren.[118] Het vertrouwen dat de rechter zich niet te zeer op het terrein van de wetgever waagt is in de Duitse doctrine ver te zoeken.

Tussenconclusie
De conforme interpretatie is een geliefd instrument van de Duitse rechtspraak, al blijft de grondslag ervoor vaag. In theorie wordt terughoudend van dat instrument gebruik gemaakt. In de praktijk zet het BVerfG de reguliere rechter onder druk om de werklast voor het Hof te verminderen. Volgens sommige auteurs is dat een gevaarlijke koers. Niet voor niets draagt de wetgever de *Verwerfungskompetenz* op aan het constitutionele hof alleen. Rechtsvorming *contra legem* op het stuk van de conforme interpretatie is, zowel in de rechtspraak van het BVerfG als in die van het BGH, in theorie niet mogelijk. Ook niet als dit nodig zou zijn voor de effectieve rechtsbescherming van het individu. Dat is echter geen groot probleem. Die rechtsbescherming kan het BVerfG bieden door het voorschrift nietig te verklaren.[119] Ik ga nu op die remedie in.

8.3.2 Vaststellen van de nietigheid van het voorschrift

Is een grondwetsconforme lezing van een wettelijk voorschrift onmogelijk, dan is dat voorschrift, volgens het BVerfG en de heersende leer in de literatuur,

114 Ten aanzien van de richtlijnconforme interpretatie in het Unierecht lijkt een soortgelijke ontwikkeling gaande. Het BGH zoekt ook hier de grenzen op van wat redelijkerwijs als uitleg te gelden heeft. Zie o.a. BGH 26 november 2008, *JZ* 2009, p. 518-522 m.nt. Gsell (*Quelle AG*). Het BGH legde het nationale voorschrift in deze zaak uit conform een richtlijn hoewel de tekst van de wet daarvan duidelijk afweek. Volgens het BGH was evenwel geen sprake van verboden werking *contra legem*. In het wetgevingsproces was de verenigbaarheid aan de orde gekomen. De daarin enigszins obligaat en ongemotiveerd geuite vaststelling dat de regeling Europeesrechtelijk onproblematisch was, bleek voor het BGH voldoende.

115 BVerfG 15 december 1965, *BVerfGE* 19, 342; BVerfG 23 oktober 1991, *BVerfGE* 85, 69 (*Eilversammlungen*), r.o. 2-3; BVerfG 3 juni 1992, *BVerfGE* 86, 288 (*Lebenslang*); BVerfG 27 januari 1998, *BVerfGE* 97, 169.

116 Vrij vertaald voor *'eine elegante Methode der Bevormundung von Regierung und Parlament'* (Voßkuhle 2000, p. 186).

117 Bettermann 1986, p. 46.

118 Stern 1994, p. 1148.

119 Gaat het om het EVRM, dan dient daarvoor het GG verdragsconform te worden uitgelegd.

nietig.[120] Dat ik de nietigverklaring hier als remedie behandel, vergt enige uitleg. Nietigheid is volgens de heersende opvatting het automatische rechtsgevolg van ongrondwettigheid.[121] Zij treedt normaal gesproken in, ongeacht wat partijen zelf daarvan vinden. Toch is, meen ik, sprake van een remedie. Particulieren zijn doorgaans gediend met deze manier om het objectieve recht te handhaven. Slechts in een aantal, verderop te bespreken, gevallen is dat niet zo. Juist dan wijkt het BVerfG af van de hoofdregel dat inconstitutionele wetgeving nietig is. Daar komt bij dat de *ipso iure nichtigkeit* in de negentiende eeuw onder meer werd onderbouwd met de stelling dat daarmee nu juist bij uitstek rechtsbescherming werd geboden.[122] Om die reden bespreek ik het vaststellen van de nietigheid van ongrondwettige regelgeving als constitutionele remedie.

Ik bespreek achtereenvolgens de grondslag (paragraaf 8.3.2.1), de rechtsgevolgen (paragraaf 8.3.2.2), en de reikwijdte van nietigheid (paragraaf 8.3.2.4). In paragraaf 8.3.2.3 ga ik in het bijzonder in op de vraag of het de wetgever is toegestaan een nietig voorschrift opnieuw in identieke vorm uit te vaardigen. In de volgende paragraaf bezie ik in welke gevallen het BVerfG ervan afziet om de nietigheid van een voorschrift uit te spreken.

8.3.2.1 Nietigheid als traditie: grondslag

Het nietigheidsdogma geniet brede steun. Minder eensgezind is men over de grondslag ervan.

Nietigheid wordt door het GG niet expliciet als rechtsgevolg genoemd.[123] Een aantal auteurs zoekt de grondslag in artikel 100 lid 1 GG.[124] Deze bepaling verplicht de reguliere rechter tot prejudiciële vragen wanneer hij een voorschrift '*auf dessen Gültigkeit es* […] *ankommt*' voor ongrondwettig houdt. Daaruit wordt afgeleid dat een ongrondwettige norm ongeldig en dus nietig is.[125] Het tegengestelde is echter ook betoogd: uit artikel 100 GG zou volgen dat géén sprake is van automatische nietigheid. Een norm is, conform deze bepaling,

120 Benda & Klein 2001, p. 515-519; Maurer 2005, p. 700-701; Schlaich & Korioth 2007, p. 219-220. Voorts: vgl. voor wat betreft het standpunt van het hof: BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (*Südweststaat*), r.o. 91-92; BVerfG 12 maart 1975, *BVerfGE* 39, 196 (*Beamtenpension*), r.o. 12-13.

121 Daarover uitvoerig: Sillen 2010, par. 5.3. Ik ga zelf in §8.3.2.1 nader op de kwestie in.

122 Vgl. o.a. Pfeiffer 1831, p. 281.

123 Mogelijke uitzonderingen zijn: art. 31 GG, dat verklaart dat *Bundesrecht Landesrecht 'bricht'* (hier niet relevant omdat ik uitsluitend de toetsing van federaal recht aan het GG behandel), en het, nog te bespreken, art. 100 GG.

124 Zie daarover uitvoerig: Ipsen 1980, p. 164-173. De *ipso iure* nietigheid is ook gebaseerd op andere bepalingen uit het GG, maar de 'artikel 100'-argumentatie wordt het meest serieus genomen. Vgl. Arndt 1959, p. 82; Maurer 1969, p. 100-102; Frowein 1970, p. 591-592; Brinckmann 1970, p. 407.

125 Vgl. Ipsen 1980, p. 165-166; Hein 1988, p. 96.

immers geldig, totdat het BVerfG zich over de kwestie heeft uitgelaten.[126] Als grondslag voor het nietigheidsdogma is artikel 100 GG dan ook altijd omstreden gebleven.[127] De tekst van de bepaling is daarvoor niet uitdrukkelijk genoeg.

De nietigheid van inconstitutionele wetgeving komt wel expliciet op diverse plaatsen voor in het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*.[128] Het meest in het oog springt artikel 78 BVerfGG:

> 'Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so erklärt es das Gesetz für nichtig (…)'.

Een aantal auteurs baseert het nietigheidsdogma op deze bepaling.[129] Toch is zij minder eenduidig dan zij op het eerste gezicht lijkt. Gelezen in samenhang met andere bepalingen en de wetsgeschiedenis, is ze ook zo op te vatten dat het BVerfG inconstitutionele wetgeving kan vernietigen.[130] Die lezing ligt echter niet voor de hand. Die conclusie heeft alles te maken met de lange traditie die het nietigheidsdogma in het Duitse staatsrecht geniet.

De nietigheid van inconstitutionele wetgeving gaat verder terug dan het *Bonner Grundgesetz*. Zij is onlosmakelijk verbonden met het negentiende-eeuwse debat over rechterlijke toetsing van wetgeving.[131] Deze toetsing zou logisch voortvloeien uit het gegeven dat inconstitutionele voorschriften van rechtswege nietig waren. Een grondwet, zo redeneerde men, constitueerde de wetgevende bevoegdheid, en daarmee de geldigheid van de wet.[132] Was aan enig voorschrift van de grondwet niet voldaan, dan was de wettelijke regeling niet rechtsgeldig tot stand gekomen en dus onverbindend. De rechter, die het geldende recht te identificeren en toe te passen had, kon niet anders dan deze onverbindendheid vaststellen.[133] Nietigheid was daarmee een kwestie van

126 Aldus bijv. Hoffmann 1961, p. 197; Böckenförde 1966, p. 54 en 62. Kritisch echter: Ipsen 1980, p. 167-173. Deze opvatting is overigens nooit erg populair geworden. Zie Schlaich & Korioth 2007, p. 220-221.

127 Zo bijv. Blüggel 1998, p. 142, en Benda & Klein 2001, p. 516-517.

128 Vgl. m.n. art. 78 BVerfGG. Voorts: artt. 82 en 95 lid 3 BVerfGG.

129 Zo bijv. Benda & Klein 2001, p. 515 en 517. Ook Sillen 2010, p. 142 gaat daarvan uit.

130 Zie de artt. 31 en 79 lid 1 BVerfGG, waarin de (hierna nog te bespreken) Unvereinbarerklärung is opgenomen. Het noemen daarvan suggereert *de facto* vernietigbaarheid. Vgl. Graßhof 2005, p. 961; Kreutzberger 2007, p. 37-40.

131 Zie daaromtrent Ipsen 1980, p. 23-37.

132 De stelling werd in 1821 voor het eerst geventileerd door een zekere Karl Ernst Schmid. (Schmid 1821, p. 125). Zij werd al snel overgenomen. Zie bijv. Minnigerode 1835, p. 85. Er kwam ook tegenspraak. Zie over het debat Ipsen 1980, p. 27-28, met nadere verwijzingen. Er zij wel op gewezen dat het destijds niet om materiële, maar om procedurele toetsing ging.

133 Zoals Sillen 2010, p. 142, terecht constateert, wordt daarmee geprobeerd toetsing buiten de Trias te plaatsen.

juridische logica. In de rechtspraktijk vond het argument een vruchtbare bodem.[134]

In het Duitsland van vandaag de dag wordt de stelling dat het nietigheidsdogma *noodzakelijk* voortvloeit uit de voorrang van de grondwet nog maar zelden onderschreven.[135] Vooral Hans Kelsen heeft aan dat gewijzigd inzicht bijgedragen. Aanvankelijk een fervent pleitbezorger van het nietigheidsdogma, betoogde hij in de *Reine Rechtslehre* dat ongrondwettige wetgeving moest worden beschouwd als geldige wetgeving die in een bijzondere procedure buiten werking werd gesteld.[136] De opvatting dat *ipso iure* nietigheid een logisch-noodzakelijk gegeven is, heeft daarmee veel steun verloren.[137] Als rechtstraditie heeft het nietigheidsdogma echter overleefd.

Hoewel het *Grundgesetz* niet expliciet van de nietigheid van inconstitutionele wetgeving spreekt, werd zij ten tijde van de totstandkoming ervan in 1949 wel verondersteld.[138] Een indicatie hiervan is de houding van de wetgever toen hij in 1951 het BVerfGG vaststelde. Men achtte zich destijds nog niet vrij om van het nietigheidsdogma af te wijken.[139] Dat had immers *Verfassungsrang*, hetgeen zou volgen uit de voorrang van de grondwet. Pas in latere jaren, toen de knelpunten die gepaard gaan met het starre nietigheidsdogma aan het licht kwamen, groeide de aandacht voor mogelijke alternatieven. De meeste auteurs nemen daarom aan dat het nietigheidsdogma nog altijd het geldende recht weergeeft.[140] Niet omdat dit in het *Grundgesetz* te vinden is, zelfs niet omdat het in het BVerfGG staat, maar uit kracht van de staatsrechtelijke traditie. Wel wordt doorgaans geaccepteerd dat het grondwetgever en wetgever vrij staat om een ander stelsel van rechtsgevolgen voor te schrijven.[141] Op de vraag of ook de rechter, het BVerfG in het bijzonder, zélf de ruimte heeft om af te wijken van het nietigheidsdogma ga ik in de volgende paragraaf in.[142]

---

134 Illustratief is het *Kurhessischen Verfassungskonflikt:* tussen het *Oberappellationsgericht* Kassel en de Keurvorst van Hessen over de rechtmatigheid van belastingwetgeving (uitspraken van 12 september, resp. 3 oktober 1850, afgedrukt in Huber 1961, p. 206 en 211). De rechter vond een belastingverordening van de vorst nietig. Deze ontnam de rechter vervolgens zijn toetsingsbevoegdheid, maar dat werd door de rechter weer inconstitutioneel verklaard. De keurvorst besliste de discussie in zijn voordeel door militaire hulp van de Duitse Bond in te roepen en de rechters te laten detineren. Dat hielp. (zie Huber 1960, p. 911). Constitutionele dialoog in *optima forma*.

135 Vgl. Benda & Klein 2001, p. 516-517; Schlaich & Korioth 2007, p. 220.

136 Zie Kelsen 1914, p. 95, resp. Kelsen 1960 (1934), p. 278. Ook rechtsvergelijking met het, op Kelseniaanse leest geschoeide, Oostenrijk, heeft een bijdrage geleverd. Vgl. Böckenförde 1966, p. 36-40; Stern 1994, p. 1145.

137 Vgl. Ipsen 1980, p. 49-56.

138 Maurer 1963, p. 683; Hein 1988, p. 95; Kreutzberger 2007, p. 36-37.

139 Kreutzberger 2007, p. 36-37 (met nadere verwijzingen).

140 Hein 1988, p. 95; Stern 1994, p. 1145; Blüggel 1998, p. 138; Löwer, in: Isensee & Kirchhof 2004, §56, Rn. 100; Schlaich & Korioth 2007, p. 219-220; Kreutzberger 2007, p. 46-47.

141 Vgl. Blüggel 1998, p. 150-151 en Benda & Klein 2001, p. 517.

142 Zie par. 8.4.2.5.

8.3.2.2 Nietigheid als remedie: rechtsgevolgen

Een voorschrift dat nietig is, heeft geen verbindende kracht. Sterker nog: met de nietigheid wordt naar een fictie toegewerkt: de norm zou – vanaf het moment dat de nietigheid intreedt – nooit hebben bestaan.[143] Nietigheid treedt niet in vanaf het moment van 's Hofs uitspraak, maar vanaf het moment dat de wettelijke norm onverenigbaar wordt met het *Grundgesetz*. In veel gevallen zal dit het moment van inwerkingtreding van het wettelijk voorschrift zijn, maar noodzakelijk is dat niet. Het kan ook zijn dat de norm pas op een later moment onverenigbaar wordt, bijvoorbeeld vanwege een wijziging van de constitutionele regels of van feitelijke omstandigheden.[144] Vanaf dat moment is de norm niet meer toe te passen.[145]

Nietigheid gaat echter verder dan enkele niet-toepasbaarheid. Het wettelijk voorschrift is non-existent en kan dan ook niet meer worden ingetrokken of, bij gewijzigde omstandigheden, herleven.[146] Het beroemde adagium van Kelsen, dat de constitutionele rechter als *negativer Gesetzgeber* optreedt, wordt hier letterlijk opgevat.[147] Volgens artikel 31 BVerfGG binden de uitspraken van het BVerfG de andere staatsinstellingen en hebben zij, voor wat betreft de toetsing van wetgeving, kracht van wet. Zij werken daarmee *erga omnes*.[148] Verklaart het Hof een voorschrift nietig, dan betekent dit dus dat de norm uit de rechtsorde wordt geëlimineerd.[149] Zo lang dat niet leidt tot een rechtsvacuüm, bestaat er voor de wetgever geen juridische plicht tot het produceren van regelgeving.[150] Of de wetgever achterover leunt, een nieuwe rechtmatige norm ontwerpt of zinloos geworden restanten van regelgeving intrekt, het is allemaal een politieke en geen staatsrechtelijke afweging.[151] Dat geldt overigens niet voor het opnieuw vaststellen van identieke normen. Die kwestie of sprake is van een zogenaamd *Normwiederholungsverbot* ligt gevoelig. Zij ver-

143 Pestalozza 1976, p. 522.

144 Pestalozza 1976, p. 522-523 (met nadere verwijzingen naar rechtspraak); Benda & Klein 2001, p. 518.

145 Benda & Klein 2001, p. 518.

146 Sillen 2010, p. 143-146, met verwijzingen naar BVerwG 28 juni 2000, *NJW* 2000, p. 3584 (onmogelijkheid van intrekken) en BVerfG 9 juni 1970, *BVerfGE* 29, 11 (onmogelijkheid 'herleven'). Voorts: Dreier 2006, nr. 43-44.

147 Kelsen 1931 (2008), p. 78-79.

148 Uitvoerig: Graßhof 2005, p. 962.

149 Vgl. Blüggel 1998, p. 62, 107.

150 Choi 2002, p. 139. Leidt nietigheid wel tot een rechtsvacuüm, dan is de wetgever wel verplicht tot het uitvaardigen van wetgeving. Dat rechtsvacuüm kan namelijk in strijd zijn met bepaalde grondwettelijk beschermde waarden. De plicht tot regelgeving volgt dan echter niet uit de nietigverklaring door het BVerfG, maar uit het *Grundgesetz*. Overigens kiest het Hof in zulke gevallen vaak voor de, nog te bespreken, *Unvereinbarerklärung* (zie §8.4.2).

151 Zo bijv. Gusy 1985, p. 183.

dient een eigen plaats in dit boek, en ik ga er in de volgende subparagraaf op in.

Het gevolg van de nietigheid van inconstitutionele voorschriften brengt normaal gesproken met zich dat de rechtsgrond vervalt van alle rechtshandelingen die op de daarin vervatte norm zijn gebaseerd. Op deze regel maakt het BVerfGG, in het belang van de rechtszekerheid, een aantal belangrijke uitzonderingen.[152] De belangrijkste nuancering treft men aan in artikel 79 BVerfGG.[153] Deze bepaling maakt een onderscheid tussen het geval waarin een strafrechtelijke veroordeling steunt op de nietig verklaarde regeling (lid 1) en andere rechtshandelingen die op de nietige norm gebaseerd zijn (lid 2).

Ten aanzien van de tweede categorie geldt de hoofdregel van artikel 79 BVerfGG: de rechtsgevolgen van bestuursbesluiten en rechterlijke uitspraken blijven in stand zolang dergelijke beslissingen niet meer in rechte aan te vallen zijn.[154] Behoeven zulke beslissingen nog uitvoering dan dient die uitvoering achterwege te blijven. Dit betekent bijvoorbeeld dat een nog niet betaalde belastingaanslag niet meer kan worden ingevorderd. De aanslag zelf, en daarmee de rechtsgrond voor betaling, blijft echter bestaan. Hoewel de reikwijdte van artikel 79 lid 2 enkel op bestuursbesluiten en rechterlijke uitspraken ziet, leidt het BVerfG uit deze bepaling af dat de wetgever in algemene zin het belang van de rechtszekerheid heeft willen onderstrepen. Ook in privaatrechtelijke verhoudingen moet die keuze, aldus het Hof, worden gerespecteerd.[155]

Ten aanzien van de eerste categorie, strafrechtelijke veroordelingen, prevaleert niet de rechtszekerheid maar juist het rechtsgevoel, dat het in elk geval mogelijk moet zijn om de strafbaarheid opnieuw aan de orde te stellen.[156] Het eerste lid van artikel 79 BVerfGG maakt heropening van het strafproces binnen de kaders van het strafprocesrecht dus mogelijk.[157] De bepaling gaat niet zover dat de strafbaarheid niet meer kan worden uitgevoerd. Het is dus mogelijk dat ook na een hernieuwde procedure tot strafbaarheid geconcludeerd wordt. De strafrechter mag in de nieuwe procedure alleen de nietigverklaarde

152 BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (*Haftentschädigung*), r.o. 86; BVerfG 16 januari 1980, *BVerfGE* 53, 115 (*Substantiierungsfrist*), p. 129. Zie voorts Heyde 1984, p. 58.

153 Artikel 79 BVerfGG heeft betrekking op de *Parteienklage*. Over de band van de artt. 82 en 95 lid 3 is de bepaling van overeenkomstige toepassing op de *Richtervorlage* en de *Verfassungsbeschwerde*.

154 Zie Benda & Klein 2001, p. 519.

155 Vgl. BVerfG 27 november 1997, *BVerfGE* 97, 35 (*Hamburger Ruhegeldgesetz*), r.o. 49. Tevens: Steiner 1976, p. 657.

156 BVerfG 7 juli 1960, *BVerfGE* 11, 263, p. 265.

157 Dat kader wordt gevormd door §359 StPO, dat limitatief een aantal heropeningsgronden opsomt. Artikel 79-I BVerfGG is te beschouwen als aanvulling op deze opsomming. Het gaat uitdrukkelijk niet om een bijzondere invulling van het begrip 'novum', dat in §359 lid 5 StPO de mogelijkheid tot heropening biedt, maar om een eigenstandige heropeningsgrond. In §359 is overigens een soortgelijke heropeningsgrond met betrekking tot de schending van het EVRM opgenomen (vgl. het zesde lid van §359 StPO).

norm niet toepassen. Het staat hem echter wel vrij de strafbaarheid op een geheel andere norm te baseren. *Ne bis in idem* staat daaraan niet in de weg.[158]

Volgens vaste rechtspraak van het BVerfG is heropening van de strafrechtelijke procedure uitsluitend mogelijk wanneer een norm van *materieel* strafrecht nietigverklaard is.[159] Procedurele waarborgen die geschonden zijn vallen niet onder het toepassingsbereik van artikel 79. De reguliere rechtspraak, wier competentie de heropening van strafzaken tenslotte toebehoort, wijkt echter uitdrukkelijk van deze lijn van het BVerfG af. Het *Bundesgerichtshof* differentieert op dit punt tussen heropening bij ongrondwettige normen die uitsluitend de procedure betreffen (zoals bevoegdheidskwesties) en heropening in het geval van ongrondwettige procedureregels die van invloed zijn op het materiële toepasselijke recht (zoals het geval was bij een vervolgingsverbod ten aanzien van spionnen van de DDR).[160]

Op het stelsel van artikel 79 BVerfGG is kritiek mogelijk en die is er ook gekomen.[161] Vooral de situatie dat de procederende en wanbetalende burger in het belastingrecht in dit geval beter af is dan de burger die braaf betaalt en op de rechtmatigheid van de regeling vertrouwt, heeft geleid tot kritisch commentaar en vragen in het parlement.[162] Tot dusver leidde dat niet tot een aanpassing van het BVerfGG. De wetgever heeft in 1951 op ingenieuze wijze geprobeerd de gerechtvaardigde belangen van individuele rechtsbescherming enerzijds en rechtszekerheid anderzijds met elkaar te verzoenen. Het is kennelijk te lastig gebleken om een andere, laat staan een betere, balans te vinden. Dat, zoals sommige auteurs menen, de rechtszekerheid daarbij wat ruimer bedeeld is dan de rechtsbescherming moge volgens het BVerfG zo zijn, deze keuze valt nog binnen de – op dit punt ruime – beoordelingsvrijheid van de wetgever en moet daarom door de rechter gerespecteerd worden.[163]

8.3.2.3 Nietigheid als decreet: Normwiederholungsverbot?

Hiervoor kwam het al even aan de orde. Nietig verklaarde wetgeving hoeft, ja kan zelfs, niet worden ingetrokken. Mag zij door de wetgever wel opnieuw worden uitgevaardigd? Of houdt de nietigverklaring een *Normwiederholungsverbot* in?

158 Vgl. Graßhof 2005, p. 987 (met nadere verwijzingen).
159 BVerfG 7 juli 1960, *BVerfGE* 11, 263, p. 265.
160 BGH 28 november 1996, *NJW* 1997, 668, p. 118-323 (m.n. 321).
161 Zie bijvoorbeeld Steiner 1976, p. 628; Benda & Klein 2001, p. 521; Maurer 2005, p. 702-703; Schlaich & Korioth 2007. p. 224-225.
162 Zie bijv. *BTag* IV/1343, p. 3.
163 BVerfG 3 november 1965, *BVerfGE* 19, 150 (*Kriegsfolgengesetz*), r.o. 43 [p. 166]; BVerfG 16 januari 1980, *BVerfGE* 53, 115 (*Substantiierungsfrist*), p. 130-131.

Nu volgt de Duitse wetgever de aanwijzingen van het BVerfG doorgaans gezagsgetrouw op.[164] Waarom zou hij een voorschrift dat nietig is verklaard dan opnieuw willen uitvaardigen?

Welnu, in de eerste plaats kan de wetgever nietigverklaarde voorschriften om praktische redenen een nieuw leven in willen blazen. Hij verklaart ze dan bij wijze van overgangsregeling tijdelijk van toepassing. Zo 'koopt' hij tijd tot hij de gelegenheid heeft gehad om met een grondwetsconforme regeling voor de dag te komen.[165] Het kan ook zijn dat de wetgever moeite heeft met het toetsingsoordeel van het BVerfG, bijvoorbeeld omdat dit al geruime tijd geleden is gewezen en de opvattingen in de samenleving inmiddels zijn veranderd.[166] Het spannendst zijn echter de gevallen waarin de wetgever *direct* na de toetsing door het BVerfG reageert door een nieuwe wet vast te stellen. Hij doet dat dan omdat hij het beleidsdoel dat hij met de oorspronkelijke wet beoogde, alsnog wil proberen te bereiken. Soms komt hij daarbij – al dan niet gedeeltelijk – tegemoet aan de bezwaren van het Hof. Toen het Hof het ophangen van kruisbeelden in Beierse klaslokalen ongrondwettig bevond, reageerde de Beierse politiek furieus. Schoolbesturen werd opgedragen de rechterlijke uitspraak te negeren.[167] Vier maanden later vaardigde de Landdag opnieuw een regeling uit waarin de kruisbeelden verplicht werden gesteld.[168] Protesteerden ouders echter tegen dat kruisbeeld, dan moest volgens het nieuwe voorschrift gezocht worden naar een oplossing die voor alle partijen bevredigend was. Daarmee kwam de wetgever, zij het niet volledig, tegemoet aan de bezwaren van het BVerfG.[169]

Tot slot is er de categorie van gevallen die de Canadese auteur Kent Roach treffend betitelt als '*in your face reply*'. De wetgever stelt het nieuwe voorschrift dan vrijwel onmiddellijk in identieke vorm vast. Hij maakt daarmee duidelijk dat het BVerfG in zijn ogen te ver is gegaan. Zover kwam het, voor zover ik kon nagaan, in de Duitse context nog niet. Wel kwam men er een enkele keer dichtbij. Toen het Hof, relatief recent, bijvoorbeeld de, in het *Luftsicherheitsgesetz*

164 Zo Schlaich & Korioth 2007, p. 269, die spreken van een *übereifrige* wetgever.

165 Dat was bijvoorbeeld het geval na BVerfG 11 februari 1992, *BVerfGE* 85, 226 (*Sonderurlaub I*). Daarin verklaarde het Hof wetgeving van het land Hessen over bijzonder verlof nietig. De Landdag reageerde daarop door de oude regeling voor een bepaald tijdvak opnieuw toepasselijk te verklaren. Vgl. *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Sonderurlaub für Mitarbeiter in der Jugendarbeit* van 27 Juli 1993 (*GVBl.* I, p. 364). Zie tevens: BVerfG 15 juli 1997, *BVerfG* 96, 260 (*Sonderurlaub II*), waarin het Hof deze nieuwe wet inconstitutioneel verklaarde.

166 De kwestie die leidde tot het tweede abortusarrest was daarvan een voorbeeld.

167 Vgl. o.a. *Süddeutsche Zeitung* 21, resp. 22 augustus 1995. Zie nader: Czermak 1998, p. 111.

168 *BayGVBl.* 1995, 850.

169 De meningen zijn verdeeld over de vraag of de nieuwe regeling grondwetsconform is. Czermak 1998, p. 114 meent van niet, Badura 1996 van wel. Veel hangt af van de wijze waarop de regeling in de praktijk wordt uitgelegd en toegepast (in deze zin: BVerwG 21 april 1999, *DVBl.* 1999, p. 1581). Het BVerfG zag i.e.g. geen grond meer om te interveniëren. Zie BVerfG 27 oktober 1997, 1 BvR 1615/97 (*Kruzifix II*).

opgenomen, bevoegdheid voor de minister van Defensie om gekaapte vliegtuigen uit de lucht te laten schieten, nietig verklaarde, waren de rapen – met name onder de regeringspartijen CDU en CSU – gaar.[170] Diverse ministers bepleitten daarop hernieuwde vaststelling van de wet, grondwetswijziging of het aannemen van een buitenwettelijke bevoegdheid.[171] Van luchtmachtpiloten zou zelfs de verzekering zijn gevraagd dat zij zo'n buitenwettelijk bevel zouden opvolgen.[172] Tot een legislatieve terechtwijzing kwam het (voorlopig) echter niet.[173]

Samengevat zijn er dus vier gevallen waarin sprake kan zijn van *Normwiederholung*:
- de wetgever verklaart de nietigverklaarde regeling tijdelijk opnieuw van toepassing;
- de wetgever constateert na verloop van tijd dat de opvattingen zijn veranderd, en stelt een norm vast die vergelijkbaar is met de nietigverklaarde norm;
- de wetgever stelt een nieuw voorschrift vast dat deels aan de bezwaren van het Hof tegemoet komt, maar dat op gespannen voet staat met diens toetsingsoordeel;
- de wetgever maakt duidelijk dat het toetsingsoordeel van het BVerfG hem te ver gaat en stelt de wet opnieuw in (vrijwel) identieke vorm vast (de *'in your face reply'*)

Is nu het enkele uitvaardigen van zo'n wet inconstitutioneel vanwege de enkele onverenigbaarheid met het eerdere arrest van het Hof? De meningen zijn daarover verdeeld.

De Tweede Senaat van het jonge BVerfG beantwoordde de vraag reeds in 1951 bevestigend.[174] Het oordeel van het Hof omtrent de nietigheid van de regeling, aldus de Tweede Senaat:

> 'hat gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft. Er ist im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Er bindet mit den ihn tragenden Entscheidungsgründen außerdem

170 BVerfG 15 februari 2006, *BVerfGE* 115, 118.

171 Vgl. 'Schäuble will Abschuss von Passagierjets bei Terrorgefahr erlauben', *Der Spiegel* 1 januari 2007, en 'Jung wurde Befehl zum Abschuss geben', *Focus* 16 september 2007).

172 De minister van Defensie ontkende dat overigens in de Bondsdag (*BT-Drucks.* 16/7738, p. 4.).

173 Iets soortgelijks gold, eerder, voor de politieke reacties op het tweede abortusarrest (BVerfG 28 mei 1993, *BVerfGE* 88). Zo stelde o.m. de PDS-fractie in de Bondsdag voor het ontnemen van strafbaarheid aan abortus opnieuw wettelijk te regelen, nadat het Hof zo'n regeling nietig had verklaard. Men erkende volmondig dat het arrest hiermee "*über den Weg einer erneuten gesetzlichen Regelung in Frage*' werd gesteld (*BT-Drucks.* 13/397, p. 3 en 7). Zulke voorstellen haalden echter geen meerderheid.

174 BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (*Südweststaat*), p. 36-37. Ook: BVerfG 15 januari 1985, *BVerfGE* 69, 112.

> alle Verfassungsorgane des Bundes gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG derart, daß ein Bundesgesetz desselben Inhalts nicht noch einmal von den gesetzgebenden Körperschaften beraten, beschlossen und vom Bundespräsidenten verkündet werden kann'.

De Tweede Senaat baseert het *Normwiederholungsverbot* dus op artikel 31 BVerfGG, dat uitspraken van het Hof kracht van wet verleent en de andere staatsmachten aan zijn oordeel bindt. In 1987 gooide de Eerste Senaat het expliciet over een andere boeg.[175] Hij kon dat doen omdat hij de opvatting van de Tweede Senaat uit 1951 kwalificeerde als *obiter dictum*.[176] Van een *Normwiederholungsverbot* is geen sprake, aldus de Eerste Senaat. Artikel 31 BVerfGG kán de wetgever zo'n verbod niet opleggen want deze is niet gebonden aan de (eerdere) wet, maar uitsluitend aan de *verfassungsmäßige Ordnung*. Wetten mogen nu eenmaal van andere wetten – en dus ook van het BVerfGG – afwijken. Dat de wetgever gehouden is de rechtspraak van het BVerfG te respecteren leidt niet tot een ander oordeel, aldus de Eerste Senaat. Het vaststellen van wetgeving is de verantwoordelijkheid van de wetgever:

> 'Diese Beurteilung entspricht der besonderen Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers für die Anpassung der Rechtsordnung an wechselnde soziale Anforderungen und veränderte Ordnungsvorstellungen. Sie trägt zugleich den funktionellen und institutionellen Grenzen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes, namentlich dem Umstand Rechnung, daß das Bundesverfassungsgericht Akte der gesetzgebenden Gewalt an der Verfassung selbst und nicht an verfassungsgerichtlichen Präjudizien zu messen hat und seine Rechtsprechung nicht aus eigener Initiative korrigieren kann'.

Aan de opvatting van de Eerste Senaat ligt het materiële argument ten grondslag dat de wetgever in staat moet zijn om het recht bij de tijd te houden. Het kan zijn dat de overwegingen van het Hof met het verstrijken van de tijd aan waarde verliezen. Zou het de wetgever niet zijn toegestaan om voorschriften vast te stellen die in strijd zijn met eerdere rechtspraak van het Hof, dan zou dat een verstarrend effect hebben op de rechtsontwikkeling.

Sinds 1987 heeft het denken over het *Normwiederholungsverbot* een ontwikkeling doorgemaakt. Voor het arrest ging men, vrij algemeen, uit van zo'n verbod.[177] Men probeerde het dogmatisch uit het procesrecht af te leiden.[178] Zulke pogingen zijn altijd enigszins omstreden gebleven. Zo beroepen voorstanders van het verbod zich vaak op artikel 95 lid 1 BVerfGG, dat het BVerfG de bevoegd-

175 BVerfG 7 oktober 1987, *BVerfGE* 77, 84 (*Arbeitnehmerüberlassung*), p. 103-105.

176 Zijn eigen overwegingen over het *Normwiederholungsverbot* zijn dat overigens ook.

177 Zie Benda & Klein 2001, p. 553 (met nadere verwijzingen), die de verklaring voor de gewijzigde tendens zoeken in de onvrede over de abortusrechtspraak van het Hof, die tegenwicht door de wetgever nodig zou maken.

178 Pestalozza 1991, p. 322; Benda & Klein 2001, p. 551; Graßhof 2003, p. 324 (voetnoot 91).

heid verleent om de herhaling te verbieden van een handeling waartegen een gegronde *Verfassungsbeschwerde* is ingesteld. Daaruit zou een algemene ongeschreven regel af te leiden zijn, dat *Normwiederholung* van nietigverklaarde voorschriften onrechtmatig is. De tegenstanders bestrijden dat dan weer, met een beroep op hetzelfde artikel. Zij onderstrepen dat artikel 95 lid 1 BVerfGG uitsluitend ziet op de *Verfassungsbeschwerde* en dat het bestaan ervan veronderstelt dat zo'n verbod niet reeds impliciet voor andere procedures geldt.[179] Daar komt bij dat artikel 95 lid 1 vooral zou zien op bestuursbesluiten en niet op wetgeving.[180]

Een soortgelijke patstelling zag men bij de uitleg van artikel 31 lid 1 BVerfGG, dat – zoals gezegd – alle *Verfassungsorgane* bindt aan de '*Entscheidungen'* van het Hof. Zie maar, aldus de voorstanders van het verbod, de regering en de Bondsdag zijn als *Verfassungsorgane* gebonden aan de uitleg die het BVerfG aan het *Grundgesetz* geeft, en zij mogen daarmee niet in strijd handelen.[181] Tegenstanders zien dat anders. Zij wijzen op de argumentatie van de Eerste Senaat. Artikel 31 BVerfGG zou, anders dan de wettekst suggereert, niet op de wetgever zien. Het BVerfGG is immers een gewone formele wet en de formele wetgever kan zichzelf niet binden. Elke wet waarin sprake is van een *Normwiederholung* prevaleert, op basis van de *lex posterior*, boven artikel 31 lid 1 BVerfGG.[182] Dat argument lijkt overigens niet bijzonder sterk. Het gaat ervan uit dat sprake is van rechtstreekse strijd tussen zo'n *'in your face reply'* en het BVerfGG. In het tweede geval is echter sprake van een procesrechtelijke regeling terwijl de eerste regeling een materiële inhoud heeft. De voorstanders van een verbod zien daarin dus geen *lex posterior*.[183]

De afgelopen jaren lijkt het debat over het *Normwiederholungsverbot* een nieuwe weg ingeslagen die geïnspireerd lijkt door het, uit de Angelsaksische wereld overgewaaide, dialoogmodel. Auteurs die deze weg volgen, wijzen er op dat het procesrecht ongeschikt is om er de kwestie van het *Normwiederholungsverbot* mee op te lossen.[184] Het is voor de machtenscheidingsperikelen die met zo'n verbod gepaard gaan, niet geschreven. Een monopolie van het

179 Zo Gusy 1985, p. 227; Schlaich & Korioth 2007, p. 269.

180 Kischel 2006, p. 252-253. Anders echter: Graßhof 2003, p. 324 (met nadere verwijzingen).

181 Zo bijv. Benda & Klein 2001, p. 552, en Graßhof 2003, p. 344. Ook het BVerfG gaat ervan uit dat hij *´maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung'* is. Zie BVerfG 10 juni 1975, *BVerfGE* 40, 88 (*Führerschein*), r.o. 14.

182 Vgl. bijv. Kischel 2006, p. 250, en Schlaich & Korioth 2007, p. 269-270.

183 Dat doen bijvoorbeeld Benda & Klein 2001, p. 552. De stelling dat de wetgever zichzelf niet kan binden, komt mij bovendien wat al te absoluut voor. Een soortgelijke stelling was lange tijd invloedrijk in het Britse staatsrecht. Na de totstandkoming van de *Human Rights Act* 1998 lijkt de uitzondering gemeengoed geworden, dat de wetgever zich wél in *manner and form* kan binden. Met andere woorden: de wetgever kan wél bepalen dat de *lex posterior* (tot nader order) niet geldt. Tot het intrekken van die bepaling is hij uiteraard bevoegd, maar zolang hij dat niet doet, is hij gebonden aan de voorschriften van de eerdere wetgever. Zie nader: §9.3.1.2.

184 Vgl. Kischel 2006, p. 244-253.

Hof, op de uitleg van het GG, doen zij bovendien af als onpraktisch en ondemocratisch.[185] Maar dat betekent niet dat de wetgever kan doen zoals het hem goeddunkt. Hij moet oordelen van het BVerfG wel respecteren. Het beginsel van *Verfassungsorgantreue* eist dit van hem.[186] Het gezag van het Hof zou ernstig ondergraven worden wanneer de wetgever een norm die nietig werd verklaard, luttele minuten na het arrest opnieuw zou vaststellen en terugwerkende kracht zou toekennen. Belangrijke rechtsstatelijke waarden zoals rechtszekerheid en effectieve rechtsbescherming, en de institutionele positie van het Hof zijn dan in het geding.[187] Daarom moet wel een plicht worden aangenomen voor de wetgever, om zich te onthouden van *Normwiederholung*. Die plicht moet echter restrictief worden opgevat. Niet alles is *Normwiederholung*, en niet alle *Normwiederholung* tast het gezag van het Hof aan.

Het relevante criterium is dus het gezag van het BVerfG.[188] Dat criterium leidt in de praktijk tot een motiveringsplicht voor de wetgever. Hij moet uitleggen waarom *Normwiederholung* in het bijzondere geval gerechtvaardigd is, afgezet tegen het gezag van het rechterlijk oordeel. De rechtspraak lijkt voor een dergelijk criterium ruimte te bieden. In een arrest over bijzonder verlof (*Sonderurlaub*) in Hessen, zag het Hof zich geconfronteerd met een overgangsregeling waarin de 'oude' regeling tijdelijk hernieuwd toepasselijk werd verklaard. Dat accepteerde het Hof niet. Het overwoog:

> 'Das hindert den hessischen Landesgesetzgeber zwar nicht daran, eine inhaltlich gleichlautende Bestimmung zu erlassen (…). Es kann dabei aber die vom BVerfG festgestellten Gründe der Verfassungswidrigkeit des ursprünglichen Gesetzes nicht übergehen. Eine Normwiederholung verlangt vielmehr ihrerseits besondere Gründe, die sich vor allem aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben können'.[189]

De wetgever kan een nietigverklaarde norm dus opnieuw vaststellen, maar er moet wel *iets* zijn veranderd. Die verandering kan gelegen zijn in een wetswijziging, in een wijziging van de juridische of de feitelijke context, of in veranderde maatschappelijke opvattingen. Op deze manier werkt het *Normwiederholungsverbot* niet verstarrend. Stelt de wetgever een regeling vast omdat hij meent dat de inzichten na twintig jaar wel zo'n beetje zijn veranderd, dan valt het met de schade aan 's Hofs gezag immers alleszins mee. Anders ligt het als de wetgever het nieuwe voorschrift uitvaardigt binnen korte tijd nadat het BVerfG gesproken heeft. Zou de huidige wetgever het *Luftsicherheits-*

185 *Ibid*, p. 230-232. Tevens: Lange 2010, p. 203.
186 Zo bijv. Schlaich & Korioth 2007. Zie over het begrip *Verfassungstreue*: BVerfG 18 juni 1973, *BVerfGE* 35, 257, en Schenke 1977; Lorz 2001, p. 33-48.
187 Kischel 2006, p. 227 en 233.
188 *Ibid*, p. 233 en 234-237.
189 BVerfG 15 juli 1997, *BVerfG* 96, 260 (*Sonderurlaub II*).

gesetz, met voorbijgaan aan de bezwaren van het BVerfG, in ongewijzigde vorm opnieuw vaststellen, dan keert hij zich direct tegen het oordeel van het Hof.

Komt de wetgever het Hof echter tegemoet, hoe onvolledig ook, dan is geen sprake van *Normwiederholung*. In de eerdergenoemde kwestie van de kruisbeelden in de klas bijvoorbeeld, reageerde de Beierse wetgever door de verplichting tot het ophangen van kruisbeelden opnieuw vast te stellen, zij het dat hij een regeling opnam voor diegenen die 'ernsthaften und einsehbaren' bezwaren hadden.[190] Die regeling was vermoedelijk niet wat het BVerfG voor ogen had gehad. De regeling hield namelijk niet in dat dan het kruis van de muur gehaald zou worden. Maar of de nieuwe bepaling volgens het Hof nu grondwettig was of niet, zij was veranderd ten opzichte van de eerdere regeling. En dat maakt het verschil. In termen van gezag, werd hier het Hof een muizengaatje geboden voor een subtiele, maar eervolle terugtocht. En het lijkt er op dat het Hof daar ook gebruik van heeft gemaakt.[191]

Tot slot: wat is nu het gevolg van zo'n *Normwiederholungsverbot*? Maakt een eventueel verbod nu zoveel uit? Het BVerfG is immers steeds bevoegd om een regeling aan het GG te toetsen. Stelt de wetgever een regeling opnieuw vast, dan kan het Hof deze opnieuw ongrondwettig verklaren. Daarvoor is een *Normwiederholungsverbot* niet nodig. Toch zou zo'n verbod een belangrijke consequentie kunnen hebben, namelijk voor de taakverdeling tussen de reguliere rechter en het BVerfG. Is sprake van een verboden *Normwiederholung*, dan wordt wel aangenomen dat de reguliere rechter niet verplicht is daarover een prejudiciële vraag aan het BVerfG te stellen. Hij weet dan immers zeker dat het nieuwe voorschrift onverenigbaar is met de grondwet. Het toetsingsmonopolie van het Hof staat daaraan niet in de weg.[192]

8.3.2.4 De reikwijdte van nietigheid: splitsing

In paragraaf 8.3.2.1 citeerde ik artikel 78 BVerfGG. Deze bepaling dicteert dat het Hof *'das Gesetz für nichtig'* verklaart. Zij gaat uit van het ideaaltypische geval dat de wet als zodanig inconstitutioneel is. Eliminatie van zo'n wet leidt rechtstreeks tot herstel van de rechtmatige toestand. Zoals Sillen onlangs beschreef, ziet de Duitse rechter daarin geen overschrijding van zijn constitutionele rol.[193] De beleidsvrijheid van de wetgever is met het vaststellen van de regeling immers overschreden en de rechter brengt het recht enkel in lijn met het GG. Dat geldt echter alleen in de ideaaltypische situatie dat de regeling in haar geheel inconstitutioneel is. De wetgever is dan niet bevoegd om de kwestie te regelen, of de wet is niet op rechtsgeldige wijze tot stand geko-

190 BVerfG 16 mei 1995, *BVerfGE* 93, 1 (*Kruzifix-Beschluß*).
191 BVerfG 27 oktober 1997, 1 BvR 1615/97 (*Kruzifix II*).
192 Kischel 2006.
193 Sillen 2010, p. 147-148.

men.[194] Het ideaaltype komt in de praktijk zelden voor.[195] Doorgaans is slechts een gedeelte van de regeling, of zijn enkele toepassingen ervan, in strijd met het GG. In zulke gevallen zou de rechter méér elimineren dan ter handhaving van de grondwet vereist is. Hij komt dan op het terrein van de wetgever. Daar komt bij dat eliminatie van een hele regeling, ook als daarvan slechts een enkele bepaling of toepassing onrechtmatig is, een vacuüm kan scheppen op een terrein waar regelgeving van groot belang is. Het BVerfG komt hieraan tegemoet door ongrondwettige wetgeving slechts gedeeltelijk nietig te verklaren.[196]

Het BVerfG hanteert sinds 1958 het uitgangspunt dat ongrondwettige wetgeving te splitsen is in rechtmatige en onrechtmatige voorschriften.[197] Ook een voorschrift kan gedeeltelijk nietig zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer het toepassingsbereik van de norm deels nietig wordt verklaard.[198] Meent het Hof dat een rookverbod in de horeca nietig is *voor zover* het betrekking heeft op de kleine buurtkroeg waar de rechters hun *schnapps* drinken, dan splitst het de onrechtmatige toepassingen van een, overigens rechtmatig voorschrift af.[199] Kwalitatieve partiële nietigheid noemt men dat, ter onderscheiding van kwantitatieve partiële nietigheid waarbij het nietig verklaarde deel expliciet in de wettekst aan te wijzen is.[200] Daarvan is bijvoorbeeld sprake als lid 6 van artikel 359 StPO nietig is, of als alleen een zinsnede in de desbetreffende bepaling nietig wordt verklaard.

Splitsing kent grenzen. Volgens het BVerfG kan een regeling alleen gesplitst worden als zij zich daarvoor leent.[201] Splitsbaarheid hoeft niet uit de wettekst te blijken. Zij kan ook voortvloeien uit het doel en de strekking van de bepaling.[202] Het splitsen van een bepaling of regeling kan technisch onmogelijk zijn. Na splitsing blijft dan een regeling over die geen zelfstandige betekenis

194 De eerste situatie kwam voor in BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (*Südweststaat*) en, recenter, BVerfG 15 februari 2006, *BVerfGE* 115, 118 (*Luftsicherheitsgesetz*), r.o. 155. Voor het tweede geval, zie BVerfG 18 december 2002, *BVerfGE* 106, 310 (*Zuwanderungsgesetz*), r.o. 134, over de geldigheid van een stemming in de Bondsraad.

195 Schlaich & Korioth 2007, p. 221. Voorts: vgl. Ipsen 1980, p. 98, met verwijzingen naar schaarse rechtspraak.

196 Leidt ook dat tot een onaanvaardbaar vacuüm, dat kiest het Hof ervoor de regeling *bloß unvereinbar* te verklaren. Soms combineert het Hof e.e.a. met een interimregeling. Op deze praktijken ga ik in de volgende paragraaf in.

197 BVerfG 12 november 1958, *BVerfGE* 8, 274 (*Preisgesetz*), r.o. 117. Zie ook BVerfG 6 december 1983, *BVerfGE* 65, 325 (*Zweiwohnungensteuer*), r.o. 101.

198 Het Hof acht zich daartoe bevoegd: zie o.a. (impliciet) BVerfG 24 juni 1958, *BVerfGE* 8, 51 (*Parteispenden*) en (expliciet) BVerfG 30 oktober 1963, *BVerfGE* 17, 155 (*Kriminellen Vereinigungen*).

199 Zie BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*), waarin het Hof overigens niet de (gedeeltelijke) nietigheid uitsprak, maar enkel de onverenigbaarheid van de wettelijke regeling.

200 Skouris 1973, p. 90-95.

201 BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (*Haftentschädigung*), r.o. 89.

202 Vgl. bijv. BVerfG 24 juni 1958, *BVerfGE* 8, 51 (*Parteispenden*).

meer heeft. Splitsing kan ook politiek onwenselijk zijn. Er blijft dan wel een zelfstandige regeling over maar die zou haar zin en betekenis verliezen.[203]

Van het eerste geval is sprake als een regeling opgebouwd is uit een centrale norm en een aantal secundaire normen die hun bestaansrecht grotendeels ontlenen aan de centrale norm. Dat was bijvoorbeeld het geval in het zogenaamde *Ingenieursgesetz* (IngG). Deze wet verbood het voeren van de titel 'ingenieur' in artikel 1, tenzij men een technische studie aan een Duitse hogeschool had afgerond of men reeds voor de inwerkingtreding van de wet onder deze titel werkzaam was en binnen twee jaar kenbaar had gemaakt daarmee door te willen gaan. De artikelen 2 en 3 van de wet regelden uitzonderingsgevallen zoals ernstig kennisgebrek en de erkenning van buitenlandse technische studies. De nietigheid van artikel 1 IngG bracht de nietigheid van de andere bepalingen met zich: die waren enkel geschreven ten behoeve van artikel 1 en misten zelfstandige betekenis.[204]

Van dat tweede geval is sprake als de regeling uit een geheel van, weliswaar zelfstandige, normen bestaat die onlosmakelijk vervlochten zijn.[205] Splitsing kan dan tot rare, door de wetgever niet bedoelde, uitkomsten leiden. Splitsing is dus politiek onwenselijk. Recent was dat bijvoorbeeld het geval in het zogenaamde *Forstabsatzfonds-Urteil*.[206] Deze regeling riep een instantie in het leven ter bevordering van de Duitse bosbouw in binnen- en buitenland. De instantie werd gefinancierd door Duitse houtbedrijven te verplichten tot een bijdrage in de kosten. Deze bijdrage werd door het BVerfG inconstitutioneel verklaard. De bepalingen waarin de werkzaamheden van de instantie werden beschreven konden zelfstandig functioneren. Toch deelden zij volgens het Hof in de nietigheid van de bepalingen over de financiering:

> 'denn mit dem Wegfall der Abgabe als Instrument zur Finanzierung eines holz- und forstwirtschaftlichen Werbeverbundes verlieren diese Vorschriften insgesamt ihren Sinn'.[207]

Deze vuistregels zijn geënt op de kwantitatieve splitsbaarheid. Minder precies is het Hof als het er om gaat rechtmatige toepassingen van onrechtmatige toepassingen te scheiden. Ook in zulke gevallen geldt, met name, het tweede criterium: doorkruist dat de bedoeling van de wetgever? Toch wordt daarmee niet vermeden dat het scheiden van rechtmatige en onrechtmatige toepassingen

---

203 BVerfG 12 november 1958, *BVerfGE* 8, 274 (*Preisgesetz*), r.o. 117.

204 BVerfG 25 juni 1969, *BVerfGE* 26, 246 (*Ingenieur*), besproken door: Skouris 1973, p. 76-78; Ipsen 1980, p. 101-102; Kreutzberger 2007, p. 61. Zie ook: BVerfG 30 mei 1956, *BVerfGE* 5, 25 (*Apothekenerrichtung*); BVerfG 10 juli 1958, *BVerfGE* 8, 71. Recenter: BVerfG 23 maart 2011, 2 BvR 882/09 (*Medizinische Behandlung*).

205 Vgl. bijvoorbeeld BVerfG 16 juni 1959, *BVerfGE* 9, 305 (*Kriegsfolgelasten I*), en BVerfG 19 oktober 1982, *BVerfGE* 61, 149 (*Amtshaftung*).

206 BVerfG 12 mei 2009, *BVerfGE* 123, 132 (*Forstabsatzfonds*).

207 *Ibid,* r.o. 70. Illustratief is ook: BVerfG 27 juli 2004, *BVerfGE* 111, 126 (*Juniorprofessur*).

van de wet soms op gespannen voet staat met de rechterlijke rol. Kwalitatieve splitsing is dan ook hevig bekritiseerd. Een deel van de literatuur sluit in dat verband aan bij het Kelseniaanse onderscheid tussen positieve en negatieve normstelling.[208] Volgens zulke auteurs kan uitsluitend nietig worden verklaard als er een nietig te verklaren tekst voorhanden is.[209] Is de ongrondwettigheid het gevolg van iets dat in de tekst ontbreekt dan is de zinsnede dat de norm nietig is 'voor zover' dat ontbrekende element er niet in staat geen partiële nietigheid meer maar positieve rechtsvorming. Het Hof zou daartoe niet zonder meer bevoegd zijn. Een voorbeeld kan dat verduidelijken.

In het zogenaamde *Afluisterarrest* ging het, onder meer, om een wettelijke regeling die het briefgeheim beperkte zonder dat het lijdend voorwerp daarover werd geïnformeerd. Nu is dat soms heel verstandig maar het BVerfG zag ook gevallen waarin de geheimhouding geen enkel doel diende. Het voorschrift bepaalde daarover niets. Het Hof concludeerde dat de inbreuk op het briefgeheim van artikel 10 GG niet in alle gevallen noodzakelijk was. De bepaling was daarom nietig 'insoweit als er die Unterrichtung des Betroffenen über Beschränkungsmaßnahmen auch ausschließt, wenn sie ohne Gefährdung des Zweckes der Beschränkung erfolgen kann'.[210]

Wat het Hof hier, in de ogen van de critici doet, is een nuancering toevoegen die in de tekst van het voorschrift als zodanig niet terug te vinden is. De betekenis van de wettekst wordt zo veranderd. In zo'n geval ligt volgens deze critici, algehele nietigheid voor de hand.[211]

Opvallend is dat deze kritiek vooral dateert van eind zeventiger en begin tachtiger jaren. Het beruchte eerste Abortusarrest lag toen nog vers in het geheugen.[212] In die zaak verklaarde het Hof een, in de parlementaire gremia vrij uitvoerig bediscussieerde, regeling nietig voor zover zij de strafbaarheid van abortus in bepaalde gevallen ophief. Het arrest veroorzaakte nogal wat ophef, vooral omdat het er op leek dat het BVerfG in deze gevoelige kwestie de criteria voor strafbaarheid bepaalde.[213] Het arrest is vooral bekritiseerd omdat het Hof de bedoeling van de wetgever geweld zou hebben aangedaan.[214] Met het wegebben van dit arrest lijkt ook de kritiek op de kwalitatieve splitsing verworden tot een echo.[215]

208 Vgl. Kelsen 1931 (2008), p. 78-79.
209 Zo bijv. Ipsen 1980, p. 104-106; Sachs 1979, p. 392-293.
210 BVerfG 15 december 1970, *BVerfGE* 30, 1 (*Abhören*), dictum onder 'II'.
211 Ipsen 1980, p. 105.
212 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1.
213 Sillen heeft overigens gelijk waar hij stelt dat de gevoeligheid evenwel niet zozeer ligt in de nietigheidskwestie, maar vooral in het materiële oordeel van het Hof (Sillen 2010, p. 68). Dat het Hof zich met de voorwaarden voor strafbaarheid inlaat, volgt direct uit het feit dat het Hof strafbaarheid van de aborteur inleest in het GG.
214 Vgl. o.m. Benda & Klein 2001, p. 523.
215 De handboeken noemen de kritiek steevast, maar verwijzen dan altijd naar de hiervoor genoemde literatuur.

Wat blijft, is de aandacht in de literatuur voor, en de lippendienst die het BVerfG bewijst aan, de bedoeling van de wetgever. In dat verband wordt geregeld een parallel getrokken met de methode van conforme interpretatie. Volgens sommige auteurs is er in wezen geen verschil tussen conforme interpretatie en kwalitatieve gedeeltelijke nietigheid.[216] In de praktijk betekent dit dat de grenzen die voor conforme interpretatie gelden, ook voor kwalitatieve splitsing behoren te gelden. Het BVerfG heeft weliswaar de bevoegdheid om wetgeving van tafel te vegen, de betekenis ervan veranderen mag het niet. Gaat het om conforme interpretatie, dan heeft het Hof altijd nog de nietigverklaring achter de hand; gaat het om kwalitatieve gedeeltelijke nietigheid, dan is algehele nietigheid het alternatief. Dat het Hof dan méér nietig verklaart dan strikt genomen ongrondwettig is, dat moet dan maar voor lief genomen worden. Voor een belangrijke stroming in de literatuur is dat uit het perspectief van de machtenscheiding bezien, minder ernstig dan een doorkruising van het beleid van de wetgever.

De reikwijdte van nietigheid gaat, tot slot, niet alleen om splitsing van normen in rechtmatige en onrechtmatige toepassingen, bepalingen of tekstgedeelten. De omgekeerde situatie is ook mogelijk: de nietigheid van de aangevochten regeling kan 'overslaan' op andere regelingen binnen dezelfde wet. Daarvan is sprake als aan zulke regelingen eenzelfde gebrek kleeft als aan de aangevallen voorschriften. Dergelijke bepalingen worden door de nietigverklaring normaal gesproken niet getroffen omdat zij niet tot het geschil voor het BVerfG behoren. Zij zijn echter even problematisch als de nietig verklaarde norm. Uit oogpunt van efficiency en rechtszekerheid heeft het Hof, op basis van artikel 78 BVerfGG, de bevoegdheid om zulke normen, mits zij deel uitmaken van dezelfde wet, eveneens nietig te verklaren.

8.3.2.5 Resumerend

Is een wettelijke regeling in strijd met het *Grundgesetz* dan is het uitgangspunt dat deze regeling van rechtswege nietig is. Dit uitgangspunt is verbonden met de staatsrechtelijke traditie in Duitsland, dat wettelijke voorschriften voor hun (voort)bestaan afhankelijk zijn van het GG. Het ligt ten grondslag aan het *Grundgesetz* en is in artikel 78 BVerfGG gecodificeerd. De nietigheid van ongrondwettige voorschriften brengt met zich dat de daarin opgenomen normen niet meer kunnen dienen als basis voor bestuurlijke of private rechtshandelingen. Dat geldt zowel voor de toekomst als voor het verleden. Op dit uitgangspunt maakt artikel 79 BVerfGG een aantal uitzonderingen in het belang van de rechtszekerheid. Dat belang prevaleert, aldus wetgever, BVerfG en literatuur, soms boven de belangen van effectieve rechtsbescherming en de voorrang van het *Grundgesetz*. Er bestaat in Duitsland discussie over de vraag of de wetgever

216 Skouris 1973, p. 108. Schlaich & Korioth 2007, p. 223 zien dogmatisch verschil, maar praktische overeenkomst.

een nietig verklaard voorschrift opnieuw in identieke vorm mag vaststellen. Het Hof was daarover in het verleden verdeeld. Het procesrecht lijkt zo'n *Normwiederholungsverbot* niet voor te schrijven. Wel vinden het Hof en de meeste auteurs elkaar, op de stelling dat het vaststellen van identieke wetgeving, kort nadat het Hof gesproken heeft, een schadelijke actie is voor het gezag van het Hof, die de wetgever dan ook dient na te laten. Voorschriften kunnen, tot slot, in hun geheel dan wel gedeeltelijk nietig worden verklaard. Vaak staat het Hof voor de keuze om de norm al dan niet te splitsen. Of dat mogelijk is hangt af van de vraag of er na splitsing nog een eigenstandige norm overblijft. Gaat het om kwalitatieve splitsing, waarbij het toepassingsbereik van de norm wordt verkleind, dan is die splitsing alleen toegestaan als het wezen van de norm niet wezenlijk verandert.

8.4 De niet-ideaaltypische remedie: varianten van een Duitse '*terme de grâce*'

Het vaststellen van de nietigheid, en de conforme interpretatie van *prima facie* ongrondwettige normen zijn de standaardremedies van het Duitse constitutionele recht. Getalsmatig komt het echter vaker voor dat het BVerfG voor andere uitspraakvarianten kiest. Met name de zogenaamde 'blote' *Unvereinbarerklärung* is in de rechtspraak van het Hof welbekend. Samen met de zogenaamde *Appellentscheidung* stelt zij het BVerfG in staat om politiek gevoelige toetsingsuitspraken aan de wetgever te communiceren, zonder dat het Hof zélf de uit die toetsingsuitspraken voortvloeiende keuzes hoeft te maken. De beide uitspraakvarianten bewerkstelligen in sommige gevallen bovendien dat de wetgever een periode de tijd krijgt om zichzelf en de samenleving op een grondwetsconforme situatie in te stellen. Ik bespreek eerst de *Appellentscheidung* (8.4.1) en vervolgens de *Unvereinbarerklarung* (8.4.2).

8.4.1 Nóg verenigbaar: de *Appellentscheidung*

De term '*Appellentscheidung*' is afkomstig van een constitutionele rechter uit de zestiger jaren.[217] Zij doelde daarmee op het verschijnsel dat het BVerfG in een uitspraak bezwaren over de grondwettigheid van een regeling kenbaar maakt zonder haar inconstitutioneel te verklaren of een grondwetsconforme toepassing voor te schrijven.

De eerste keer dat het Hof dat deed was al in 1955, in een zaak over het zogenaamde Saarstatuut.[218] Dit tussen Frankrijk en West-Duitsland gesloten akkoord, voorzag er in dat het – door beide landen traditioneel geclaimde –

217 Vgl. W. Rupp-von Brünneck 1970, p. 355.
218 BVerfG 4 mei 1955, *BVerfGE* 4, 157.

Saarland na afloop van de geallieerde bezetting onder gemeenschappelijk Europees bestuur zou komen. Een meerderheid van de Saarlanders zou zich daar in een referendum tegen uitspreken, maar voor het zover was sprak het BVerfG zich over de rechtmatigheid van de goedkeuringswet uit. Vooral in het feit dat een aantal beleidsterreinen werd opgedragen aan een Europees commissaris die door de Saarlanders niet rechtstreeks gekozen kon worden, zag het Hof spanning met het kiesrecht van artikel 20 lid 2 GG. Het overwoog echter dat de praktijk van dat moment evenmin bevredigend was, en dat de vraag of betere afspraken mogelijk waren geweest voornamelijk een politieke kwestie was waar het beter buiten kon blijven.[219] De politieke gevolgen van een onverenigbaarheidsoordeel wogen niet op tegen de, in het licht van de op dat moment geldende omstandigheden, relatief lichte inbreuk op de rechten van de Saarlanders. Het verklaarde de regeling daarom grondwettig.

Enkele jaren later, in 1963, deed zich iets soortgelijks voor. Weer leek het Hof terug te schrikken voor de mogelijke politieke gevolgen van zijn uitspraak. Een klacht omtrent de grondwettigheid van een voorschrift dat het erfrecht met betrekking tot boerderijen regelde werd afgewezen.[220] Het feit dat alleen mannen zulke boerderijen konden erven was geen schoolvoorbeeld van de gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen, en daarom in strijd met artikel 3 lid 2 GG. Het voorschrift was echter afkomstig van het Britse bezettingsgezag en dat compliceerde de kwestie. Hoewel die bezetting al tien jaar tot het verleden behoorde, was bij verdrag bepaald dat ook ongrondwettige bezettingsvoorschriften hun gelding behielden totdat de wetgever hen zou wijzigen of opheffen.[221] Het Hof stond nu voor de vraag of deze verdragsvoorschriften eigenlijk wel conform de grondwet waren. *Nein* was het antwoord, maar:

> 'Der mit der Verfassung nicht voll in Einklang stehende Zustand konnte aus besonderen, in der Sache liegenden Gründen hingenommen werden. (…) Der Überleitungsvertrag bildet einen Bestandteil des (…) umfangreichen Vertragswerks, demzufolge die Bundesregierung nach Aufhebung des Besatzungsregimes "die volle Macht eines souveränen Staats über ihre inneren und äußeren Angelegenheiten haben" sollte (…). Damit wurde allgemein ein Zustand erreicht, der erheblich "näher beim Grundgesetz steht" als der vorausgehende (…) da der deutsche Gesetzgeber seit dem 5. Mai 1955 Rechtsvorschriften der Besatzungsbehörden aufheben und ändern (…) konnte. Damit wurde er weitgehend in die Lage versetzt, das umfangreiche (…) Besatzungsrecht in eine (…) vom Grundgesetz geforderte Regelung überzuleiten. Demgegenüber bedeutete das zeitweilige Fortbestehen eines verhältnismäßig kleinen Bestandes von verfassungswidrigen Besatzungsnormen nur eine geringe Beschränkung'.[222]

219 *Ibid.,* r.o. 60-61.
220 BVerfG 20 maart 1963, *BVerfGE* 15, 337 (*Höfeordnung*).
221 *Ibid.,* r.o. 28.
222 *Ibid.,* r.o. 34-37.

Waar het de voorschriften van de voormalige bezetters betrof, moest men zich nu eenmaal behelpen, zo lijkt het Hof te zeggen. De kwestie doorkruiste weliswaar de voorrang van het GG maar dat woog niet op tegen het feit dat de afspraken over de gelding van de verordeningen een enorme vooruitgang waren die het de Duitse wetgever mogelijk maakten werk te maken van een grondwetsconforme rechtsorde. Hij was daartoe zelfs binnen afzienbare termijn verplicht, aldus het BVerfG:

> 'Die Zustimmung zum Überleitungsvertrag durfte um so eher erteilt werden, als der Gesetzgeber seit dem 5 Mai 1955 gehalten ist, im Rahmen seiner Kompetenz in angemessener Frist besatzungsrechtliche Vorschriften, die mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind, aufzuheben oder zu ändern, also eine dem Grundgesetz entsprechende Rechtsordnung zu schaffen. Diese verfassungsrechtliche Pflicht folgt allgemein aus seiner Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG)'.[223]

Het Hof meende dat die redelijke termijn nog niet voorbij was. Weliswaar was het al geruime tijd duidelijk dat het ter toetsing voorliggende voorschrift inconstitutioneel was, maar de wetgever kwam de ruimte toe om te beoordelen of hij uitsluitend dit voorschrift wilde wijzigen, dan wel dat hij de wijziging wilde inbedden in een integrale wijziging van het gehele wettelijk stelsel. De wetgever kreeg daarom nog ruim twee jaar de tijd. Tot die tijd zou het BVerfG klachten omtrent de mogelijke onverenigbaarheid van de *Höfeordnung* afwijzen.[224]

Deze beide eerste *Appellentscheidungen* werden gewezen onder bijzondere omstandigheden. Toch ontwikkelde zich uit deze beide uitspraken een algemene lijn, samen te vatten als 'het maximaal haalbare onder de gegeven omstandigheden'. Het Hof is daarmee een conceptuele grens overgegaan. Een norm kan, ondanks materiële mankementen, formeel verenigbaar zijn en wel wegens buiten die norm gelegen factoren. Er is een grijs gebied ontstaan van constitutioneel onvolmaakte normen die zich bewegen tussen ongrondwettige normen enerzijds en volstrekt grondwettige normen anderzijds.[225] Dat grijze gebied roept vragen op. Twee ervan behandel ik hier. In welke gevallen laat het Hof het tegenwoordig bij een appèl aan de wetgever? En heeft zo'n appèl rechtsgevolgen?

8.4.1.1 Toepassing van de Appellentscheidung

Wat men ook vindt van de twee zojuist beschreven zaken, het ging in beide gevallen om een bijzondere en gevoelige feitenconstellatie. De uitspraken waren

223 *Ibid.*, r.o. 38.
224 *Ibid.*, r.o. 45-46.
225 Zie Pestalozza 1976, p. 540. Voorts: Ipsen 1980, p. 132.

minder vanuit het staatsrechtelijk perspectief, dan vanuit het perspectief van hogere politiek te begrijpen.[226] Vanaf de zestiger jaren zet het BVerfG de werkwijze echter geregeld in wanneer van zo'n explosieve situatie geen sprake is. De *Appellentscheidung* leent zich namelijk uitstekend voor situaties waarin het Hof geconfronteerd wordt met veranderende maatschappelijke omstandigheden of opvattingen. Het kan bijvoorbeeld zijn dat de indeling van kiesdistricten langzamerhand verouderd raakt als gevolg van verschuivende bevolkingsaantallen in de desbetreffende districten. Krijgt het BVerfG te maken met de klacht dat het gelijke stemgewicht van bepaalde kiezers in het gedrang komt, dan zal het moeten uitmaken op welk moment de situatie zodanig uit de hand loopt dat zij 'grondrechtelijk onhoudbaar' wordt. Geregeld komt het voor dat het Hof dan oordeelt dat die situatie nóg niet is aangebroken, maar dat zij wel aanstaande is.[227] Iets soortgelijks kan gebeuren wanneer het Hof de wetgever er op wijst dat de opvattingen in de samenleving op een bepaald dossier aan verandering onderhevig zijn zonder dat het vindt dat dit onmiddellijk leidt tot de conclusie dat de grondwet reeds geschonden is.[228]

In de geschetste gevallen is het *Appell* aan de wetgever eigenlijk niets bijzonders. De wetgeving is écht nog niet in strijd met het GG, maar het Hof waarschuwt de wetgever dat dit – naar alle waarschijnlijkheid – niet altijd zo zal blijven. Tot zulke gevallen blijft de inzet van de *Appellentscheidung* echter niet beperkt. Het Hof kan namelijk ook vinden dat de maatschappelijke inzichten of omstandigheden al zodanig zijn veranderd dat wél reeds sprake is van met het *Grundgesetz* onverenigbare wetgeving, maar niettemin besluiten deze wetgeving – formeel – voorlopig nog als grondwettig aan te merken. Het is de Duitse variant van wat in de Angelsaksische wereld bekendstaat als *prospective overruling*. In wat voor soort gevallen besluit het BVerfG om daartoe over te gaan?

Eerste gezichtspunt: 'fehlende Evidenz'

Een belangrijk gezichtspunt is om te beginnen de vraag of de ongrondwettigheid van het bestreden voorschrift voor de wetgever reeds kenbaar was.[229]

---

226 Iets soortgelijks gold voor het recente BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM-Vertrag*). Zie op dit punt: Sillen 2012b, p. 2952-2953.

227 Schoolvoorbeeld is BVerfG 22 mei 1963, *BVerfGE* 16, 130 (*Wahlkreise*), p. 141-142, waarin zo'n regeling volgens het Hof inmiddels wél onrechtmatig was, maar ten tijde van de aangevochten verkiezingen nog niet. Het beperkte zich tot de constatering dat de wetgever de kwestie beter voor de volgende verkiezingen kon regelen.

228 Een prachtig voorbeeld is de langdurige saga over het erfrecht voor onwettige kinderen. Zie BVerfG 23 oktober 1958, *BVerfGE* 8, 210 (*Vaterschaft*) en BVerfG 29 januari 1969, *BVerfGE* 25, 167 (*Nichtehelichkeit*), waarin het Hof in eerste instantie overwoog dat de grondwetgever met artikel 6 lid 5 GG, de wetgever de opdracht had gegeven de rechtspositie van onwettige kinderen geleidelijk te verbeteren. Het Hof vond de wetgeving daarom nog niet in strijd met het GG. Tien jaar later vond het dat moment overigens nog steeds niet aangebroken.

229 Zie over het gebruik van de term '*Evidenz*' in 's hofs jurisprudentie: Yang 2003, p. 163 (vgl. m.n. voetnoot 120).

In de meeste zaken waarin het BVerfG een regeling, ondanks geconstateerde gebreken, tijdelijk grondwettig verklaarde, overwoog het dat de strijd met het GG voor de wetgever 'niet evident' was. Vooral als het Hof 'om' gaat wegens veranderde feitelijke omstandigheden of inzichten, kan daarvan sprake zijn.[230]

Van beide gevallen was sprake in het arrest over de vraag of een regeling omtrent het weduwnaarspensioen in strijd was met het gelijkheidsbeginsel.[231] De hoogte daarvan was afhankelijk van de bijdrage die de overleden echtgenote had geleverd aan het gezinsinkomen. Voor weduwen gold zo'n criterium echter niet.[232] In 1963 vond het Hof dat onderscheid nog gerechtvaardigd.[233] De bescherming van vrouwen, die in het overgrote deel van de gevallen financieel afhankelijk waren van de man, was daarmee gediend. Het omgekeerde geval kwam, aldus het Hof, zelden voor. Tien jaar later ging men om. In de eerste plaats waren de feitelijke omstandigheden volgens het BVerfG veranderd: het aantal werkende vrouwen was inmiddels verviervoudigd.[234] Daarnaast was volgens het Hof beslissend dat de traditionele opvattingen over de rolverdeling van mannen en vrouwen in het gezin waren veranderd.[235] Toch meende het BVerfG niet tot ongrondwettigheid te moeten concluderen:

> 'Der Gesetzgeber hat sich insbesondere nach der früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Verfassungsmäßigkeit der Norm (…) einstellen dürfen. Anlaß zur verfassungsrechtlichen Beanstandung würde jedoch dann bestehen, wenn er es unterließe, sich in Zukunft intensiv um eine sachgerechtere Lösung zu bemühen (…). Aus dieser Situation ist somit jetzt ein Verfassungsauftrag für den Gesetzgeber abzuleiten, eine Neuregelung vorzusehen, die einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG für die weitere Zukunft ausschließt. Für eine solche Regelung sind (…) umfangreiche und zeitraubende Vorarbeiten erforderlich. Das Bundesverfassungsgericht geht jedoch davon aus, daß die Neuregelung bis zum Ende der übernächsten Legislaturperiode in Kraft gesetzt werden müßte'.[236]

Beslissend is dus in de eerste plaats dat de wetgever, op grond van de eerdere rechtspraak van het Hof, te goeder trouw uit was gegaan van de grondwettigheid van de regeling. Aan het objectieve criterium van strijd tussen wet en

230 Daarvan hoeft niet altijd sprake te zijn. Zie bijv. BVerfG 8 juni 1988, *BVerfGE* 78, 249 (*Fehlbelegungsabgabe*).
231 BVerfG 12 maart 1975, *BVerfGE* 39, 169 (*Hinterbliebenenrente II*).
232 Het ging om het *Angestelltenversicherungsgesetz* (AVG).
233 BVerfG 24 juli 1963, *BVerfGE* 17, 1 (*Waisen- und Witwerrente*). Zie tevens: BVerfG 13 december 1951, *BVerfGE* 1, 97 (*Hinterbliebenenrente I*).
234 *Ibid.*, r.o. 65.
235 *Ibid.*, r.o. 76.
236 *Ibid.*, r.o. 90.

Grundgesetz wordt door het BVerfG een subjectief element toegevoegd, namelijk de kenbaarheid voor de wetgever.[237]

Tweede gezichtspunt: 'prangende noodzaak'
Het enkele feit dat de wetgever mogelijk niet op de hoogte was van de ongrondwettigheid, is echter onvoldoende. Er moet ook een reden zijn voor het Hof, om zo coulant jegens de wetgever te zijn, een bijzondere reden om van de normale gang van zaken af te wijken.

Illustratief is het arrest *Fehlbelegungsabgabe*.[238] Die zaak betrof een regeling die bewoners van gesubsidieerde woningen tot het betalen van een belasting verplichtte wanneer hun inkomen een bepaalde grens overschreed. Het doel van die regeling was tegen te gaan dat mensen die inmiddels meer waren gaan verdienen, nog langer ten onrechte zouden profiteren van overheidssubsidie, zonder dat zij onmiddellijk hun woning moesten verlaten. De regeling bepaalde dat zo'n belasting alleen geheven kon worden in, kortgezegd, gemeenten met meer dan 300.000 inwoners. Voor de inwoners van kleinere gemeenten gold de belasting dus niet. Dat onderscheid was, aldus het BVerfG, in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het criterium van 300.000 inwoners, kennelijk ingegeven door de gedachte dat de belastingheffing in de kleinere gemeenten vermoedelijk weinig rendabel zou zijn, had niets te maken met het doel van de regeling: het tegengaan van scheefgroei op de woningmarkt. Toch verklaarde het Hof artikel 1 lid 4 *Gesetz über den Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen* niet ongrondwettig:

> 'Die mithin gegebene Ungleichbehandlung wesentlich gleichgelagerter Sachverhalte läßt sich derzeit noch vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen. Zwar gebietet es der Gleichheitssatz, wesentlich Gleiches auch gleich zu behandeln. Der Gesetzgeber hat aber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit (…). Hierbei ist zu berücksichtigen, daß bei der Ordnung von Massenerscheinungen, wie sie auch die Fehlbelegung öffentlich geförderter Wohnungen darstellt, typisierende Regeln allgemein als notwendig anerkannt (…) worden sind. Handelt es sich um komplexe Sachverhalte, so kann es vertretbar sein, daß dem Gesetzgeber zunächst eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen eingeräumt wird (…). Danach ist der Gesetzgeber

237 Vgl. Ipsen 1980, p. 138; Yang 2003, p. 166-167. Bekend is voorts: BVerfG 22 mei 1963, *BVerfGE* 16, 130 (*Wahlkreise*) een zaak over de indeling van kiesdistricten die, door veranderde bevolkingsaantallen, verouderd was. Dat de regeling daardoor conflicteerde met het kiesrecht was, aldus het Hof, ten tijde van het vaststellen van de kieswet nog niet 'evident' voor de wetgever. Zie voorts bijv.: BVerfG 20 december 1966, *BVerfGE* 21, 12 (*Umsatzsteuer*); BVerfG 14 maart 1972, *BVerfGE* 33, 1 (*Strafgefangene*); BVerfG 8 juni 1988, *BVerfGE* 78, 249 (*Fehlbelegungsabgabe*). Soms komt het ook voor dat het BVerfG wel tot ongrondwettigheid concludeert, maar het bij die vaststelling laat. Hieruit blijkt wel de schimmige grens tussen *Appellentscheidung* enerzijds en *Unvereinbarerklärung* anderzijds. Zie in dit verband bijv. BVerfG 26 juli 1972, *BVerfGE* 34, 9 (*Besoldigungsvereinheitliching*), r.o. 86-87, en BVerfG 25 maart 1992, *BVerfGE* 85, 386 (*Fangschaltungen*).

238 BVerfG 8 juni 1988, *BVerfGE* 78, 249.

> nunmehr verpflichtet, für die Zeit ab 1990 auf der Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse eine dem Gleichheitssatz genügende Regelung zu treffen'.[239]

Hoewel het Hof meent dat hier gelijke gevallen ten onrechte ongelijk worden behandeld, krijgt de wetgever de tijd om uit te vinden wat dan wél een werkbaar en constitutioneel houdbaar criterium is. Tot die tijd laat het *Grundgesetz* het, volgens het BVerfG, toe dat de wetgever een criterium hanteert dat met het gelijkheidsbeginsel eigenlijk op gespannen voet staat. Wat hier meen ik *de facto* gebeurt, is dat het Hof – onder het mom van toetsing – de werking van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel tijdelijk relativeert. Niet, omdat de omstandigheden of de maatschappelijke inzichten zijn veranderd, maar omdat het Hof kennelijk begrip heeft voor het feit dat van de wetgever moeilijke keuzes worden verwacht bij het formuleren van zorgvuldige criteria in het socialezekerheidsrecht. De aard van de wetgeving brengt mee dat de rechter er begrip voor moet opbrengen dat de wetgever het niet steeds in één keer goed doet.

Dat begrip van de rechter schurkt dicht aan tegen het verschijnsel van de marginale toetsing: het Hof had immers óók kunnen besluiten dat het de wetgever *vooralsnog* een ruime discretie laat ten aanzien van de vraag of het gekozen criterium grondwettig is. In de uitkomst van het geschil had dat niet uitgemaakt. De gekozen houding van het BVerfG is wel aanmerkelijk duidelijker: het is zowel voor de klagers, als voor de wetgever helder dat het geldende criterium niet het juiste is en dat dus gezocht zal moeten worden naar een nieuwe. De keerzijde daarvan is dat deze werkwijze vragen oproept over de wijze waarop het Hof zijn bevoegdheid invult: een rechter die uit opportuniteitsoverwegingen, of *begrip* voor de overheid, afziet van het vervullen van zijn taak, die handelt niet langer conform het geldende recht, die maakt beleid.[240]

Verhouding tussen de gezichtspunten

'*Fehlende Evidenz*' en praktische noodzaak zijn wegwijzers die in de richting van een *Appellentscheidung* kunnen wijzen. Harde criteria zijn het niet. Eerder functioneren beide gezichtspunten als communicerende vaten. Zij vullen elkaar aan. Hoe minder evident de strijd tussen wet en GG is, hoe eerder het Hof bereid lijkt om begrip te hebben voor de praktische moeilijkheden waarmee de wetgever geconfronteerd wordt. Hoe dieper de nietigheid van een voorschrift ingrijpt in het maatschappelijk leven, hoe eerder het BVerfG geneigd is te onderzoeken of nu écht wel sprake is van een 'evidente' strijd tussen wet en grondwet.

---

239 *Ibid.,* r.o. 111-113.

240 Die constatering is overigens niet noodzakelijkerwijs negatief geladen. Zie bijv. Van Gerven 1973.

Het eerder aangehaalde arrest inzake de indeling van kiesdistricten uit 1963 illustreert dat.[241] Aan de orde was de indeling van kiesdistricten die, door de veranderde demografie, verouderd was. Het BVerfG overwoog dat de regeling op gespannen voet stond met het kiesrecht. Voor de wetgever hoefde ten tijde van het vaststellen van de Kieswet nog niet evident te zijn dat de kritieke grens van ongrondwettigheid reeds was overschreden. Die conclusie is in de Duitse literatuur fel bekritiseerd.[242] Het BVerfG liet namelijk onbenoemd dat het Duitse equivalent van de Kiesraad (*Wahlkommission*) destijds tot de conclusie was gekomen dat de indeling van kiesdistricten op zijn minst vragen opriep. Als hier geen sprake was van een evident geval van ongrondwettigheid, wat was het dan wel?[243]

Fehlende Evidenz kan in dit geval de koers van het BVerfG dus niet onomstreden verklaren. De gevolgen van ongrondwettigheid en nietigheid kunnen dat wel. Die ongrondwettigheid zou afbreuk hebben gedaan aan de geldigheid van de verkiezingen, en daarmee de legitimatie van de nieuwe Bondsdag. Hadden er dan nieuwe verkiezingen moeten komen en vooral wie was dan bevoegd geweest om een nieuwe indeling vast te stellen? De 'oude' Bondsdag was immers niet meer in functie en de nieuwe ongrondwettig gekozen. Zelfs een onverenigbaarverklaring zou aan het gezag van de nieuwe Bondsdag op zijn minst afbreuk doen.[244]

Het '*Evidenz*'-argument is in een zaak als deze een kwestie van pragmatisme. Naarmate de gevolgen van de uitspraak verstrekkender zijn, dient duidelijker te zijn wie de last en de verantwoordelijkheid voor de ontstane toestand heeft te dragen. Leidt de uitspraak tot ingrijpende gevolgen, dan dragen regering en parlement de politieke verantwoordelijkheid daarvoor. De kwestie of zij van de ongrondwettigheid op de hoogte konden zijn is dan, zo niet juridisch, dan toch in elk geval politiek relevant. Komt de ongrondwettigheid uit de lucht vallen, of vloeit zij voort uit een relatief onbeduidend detail, dan is de verantwoordelijkheid van de wetgever in politieke zin lastig te construeren. De uitspraak heeft dan het effect van een boemerang: haar gevolgen slaan dan terug op het gezag van het BVerfG zelf.

8.4.1.2 Rechtsgevolgen van de Appellentscheidung

De *Appellentscheidung* lijkt soms verdacht veel op een wetgevingsbevel, zeker wanneer zij gepaard gaat met een termijn waarin de wetgever de betrokken regeling moet aanpassen.[245] Dat staat op gespannen voet met het uitgangs-

241 BVerfG 22 mei 1963, *BVerfGE* 16, 130 (*Wahlkreise*).
242 Vgl. bijv. de annotatie van Frowein in DÖV 1963, p. 857-861 (m.n. p. 160). Voorts: Pestalozza 1976, p. 551.
243 Tot een dergelijke conclusie komt Yang 2003, p. 165.
244 Vgl. Ipsen 1980, p. 138; Schlaich & Korioth 2007, p. 242.
245 Vgl. Kreutzberger 2007, p. 215.

punt dat hiërarchie tussen de *Verfassungsorgane* ontbreekt. Welke rechtsgevolgen heeft zo'n appèl aan de wetgever dan wel?

Het uitgangspunt, te vinden in veel handboeken, is dat een appèl van het BVerfG aan de wetgever om een bepaald voorschrift te wijzigen *obiter dictum* en daarom niet bindend is.[246] De laatste is immers niet verplicht om een voorschrift te wijzigen dat in 's Hofs dictum expliciet grondwettig is verklaard. Andere ambten, zoals bestuursorganen of reguliere rechters, moeten het voorschrift dan ook blijven toepassen. De kwestie ligt echter genuanceerder dan dat.

Eerder besprak ik dat het oordeel van het BVerfG omtrent de grondwettigheid van wetgeving declaratoir van aard is. Niet de uitspraak van het Hof maakt een ongrondwettige wet nietig, maar het conflict tussen wet en grondwet zélf. Er is dan een verschil tussen de situatie dat een wettelijk voorschrift in de toekomst ongrondwettig dreigt te worden, en de situatie dat het Hof ervan afziet een voorschrift ongrondwettig te verklaren terwijl dat feitelijk wel (al) het geval is.

Constateert het BVerfG, in de eerste situatie, dat de wettelijke regeling – door wijziging van de feitelijke of juridische omstandigheden – gestaag divergeert van het *Grundgesetz*, maar komt het tot de conclusie dat de kloof nog niet onaanvaardbaar groot is geworden, dan roept het de wetgever op om dit proces te bewaken en zo nodig maatregelen te nemen.[247] Een dergelijke oproep is niet bindend. Het 'monitoren' van nóg grondwettige regelgeving behoort immers tot de competentie van de wetgever zelf.[248] Het is eenvoudig niet aan het Hof om de wetgever diens taak voor te schrijven zolang geen sprake is van een inconstitutionele rechtstoestand. Van een 'wetgevingsplicht' zoals het BVerfG het soms noemt, is dus geen sprake.[249] Uiteraard is het wel verstandig gehoor te geven aan zo'n oproep van het BVerfG. Het kan na verloop van tijd wél tot ongrondwettigheid concluderen. De gevolgen komen dan voor rekening van regering en parlement.[250] Vanaf de *Appellentscheidung* was de schending dan immers 'evident' genoeg.

Ingewikkelder liggen de zaken als het Hof een voorschrift inconstitutioneel vindt, maar dat niet in het dictum opschrijft. Het dictum bevat ook dan niets anders dan de constatering dat het voorschrift grondwettig is. Een eventuele plicht voor de wetgever om de regeling aan te passen volgt dus niet uit de

246 Aldus bijv. Benda & Klein 2001, p. 529. Tevens: Scherzberg in: Ehlers & Schoch 2009, p. 341.
247 Vgl. Schlaich & Korioth 2007, p. 244.
248 Kleuker 1993, p. 52; Benda & Klein 2001, p. 529. Betoogd is wel dat de binding van de wetgever zou voortvloeien uit de plicht tot '*Verfassungsorgantreue*', zoals neergelegd in artikel 20 lid 1 GG. Die plicht geldt echter niet alleen voor de wetgever in zijn relatie tot het BVerfG, maar ook andersom. Het BVerfG begeeft zich dus niet op het terrein van de wetgever als het daartoe de bevoegdheid niet heeft. Zie nader: Kreutzberger 2007, p. 221-222.
249 Zie bijv. BVerfG 12 maart 1975, *BVerfGE* 39, 169 (*Hinterbliebenenrente II*), r.o. 90; BVerfG 21 juni 1977, *BVerfGE* 45, 187 (*Lebenslange Freiheitsstrafe*), r.o. 208.
250 Benda & Klein 2001, p. 529.

uitspraak van het BVerfG zelf.[251] Toch is die plicht er wel. Zij vloeit direct voort uit de voorrang van het *Grundgesetz*. Niet het appèl van het hof bindt de wetgever, maar de volle werking van het GG.[252] De overwegingen van het BVerfG, ook als zij niet in het dictum zijn opgenomen, dienen uitsluitend om de strijd tussen wettelijke en grondwettelijke norm duidelijk te maken. Dat betekent dat mogelijke termijnen die het hof aan zijn appèl kan verbinden, formeel evenmin bindend zijn. Zij geven slechts, in het belang van de rechtszekerheid, aan op welk tijdstip het Hof de voorrang van het GG zal gaan effectueren.[253]

De ingewikkeldheid zit, voor wat betreft die laatste gevallen, vooral in de vraag wat de reguliere rechtspraak aan moet met het impliciete oordeel van het hof dat de regeling onverenigbaar is. Het ligt voor de hand dat het, formeel grondwettigverklaarde, voorschrift moet worden toegepast. Niet-toepassen zou het toetsingsmonopolie van het BVerfG doorkruisen.[254] Die toetsing van het Hof is echter declaratoir van aard. Het is, in theorie althans, niet aan het Hof om te bepalen wat de toekomst van de norm precies is. Als de, impliciet door het hof uitgesproken, onverenigbaarheid tussen wet en grondwet voldoende is om, over de band van de binding aan het GG, een rechtsplicht tot wijziging te scheppen voor de wetgever, dan valt moeilijk in te zien waarom daarmee niet over dezelfde band een toepassingsverbod voor rechtspraak en bestuur gegeven is. Toch nemen de meeste auteurs deze redenering niet over. Daarvoor worden systematische redenen aangevoerd: de *Appellentscheidung* zou zich anders niet meer onderscheiden van een formele onverenigbaarverklaring.[255] In zoverre maakt het uit of de bedenkingen van het BVerfG jegens een regeling onderdeel uitmaken van het dictum of niet.

8.4.1.3 Toelaatbaarheid van de Appellentscheidung

Met betrekking tot de toelaatbaarheid van de *Appellentscheidung*, kan langs dezelfde lijnen als voor wat betreft de rechtsgevolgen worden onderscheiden tussen het appèl aan de wetgever een *dreigende* ongrondwettigheid te verhelpen, én het appèl een, in de overwegingen van het arrest geconstateerde, ongrondwettigheid op te heffen. In het eerste geval zijn, zoals gezegd, de rechtsgevolgen voor de wetgever betrekkelijk gering. Juist omdat het Hof in zo'n geval niet de bevoegdheid bezit om meer te doen dan het geven van een advies, worden zulke *Appellentscheidungen* doorgaans wel toelaatbaar gevonden.[256] Omgekeerd liggen de zaken voor de gevallen waarin het Hof voor-

251 Gusy 1985, p. 206.
252 Benda & Klein 2001, p. 530; Yang 2003, p. 235; Kreutzberger 2007, p. 223. Anders: Schlaich & Korioth 2007, p. 244.
253 Rupp-Von Brünneck 1963, p. 371.
254 Vgl. Kreutzberger 2007, p. 225.
255 Yang 2003, p. 260-264, en Kreutzberger 2007, p. 225 (met nadere verwijzingen).
256 Benda & Klein 2001, p. 530-531.

schriften impliciet reeds ongrondwettig verklaart. Zulke verklaringen brengen, zoals gezegd, wetgevingsplichten met zich. Hoewel de meeste auteurs vinden dat zo'n wetgevingsplicht voor de wetgever wel bestaat, veroordelen diezelfde auteurs de praktijk van het Hof scherp. Het gaat wat hen betreft niet aan dat het Hof er kennelijk van overtuigd is dat de grondwet zich tegen een regeling verzet, maar dat niet in het dictum opneemt.[257] De literatuur hanteert kennelijk een scherper grens tussen verenigbaar en onverenigbaar dan de rechtspraktijk, ook als de gevolgen onaanvaardbaar zouden zijn.

8.4.1.4 Reactie van de wetgever op Appellentscheidungen

Hoe ziet de implementatiepraktijk eruit? Reageert de wetgever op *Appellentscheidungen*? Doet hij dat binnen een redelijke termijn? Of negeert hij zulke oproepen van het BVerfG? Slaat hij misschien zelfs weleens terug? Het beantwoorden van zulke vragen is een precaire kwestie, maar ik probeer er kort iets over te zeggen.[258] Onderzoek uit het belastingrecht geeft, tenminste vanuit het perspectief van de rechtsbescherming, een weinig vrolijk beeld.

Verbindt het BVerfG geen concrete termijn aan de *Appellentscheidung*, dan duurt het over het algemeen lang voordat de wetgever in actie komt. Een termijn van vijf jaar was in het verleden niet ongebruikelijk.[259] In een enkel geval, zoals na een arrest van het Hof uit 1980 over de pensioenen van ambtenaren, was er zeventien jaar na het arrest nog geen nieuwe wettelijke regeling.[260] Van een reparatie, met terugwerkende kracht, van de onrechtmatige toepassing van de wettelijke regeling tijdens de ongrondwettige periode was doorgaans geen sprake.

Noemt het BVerfG wél een concrete termijn in de uitspraak, dan lijkt de wetgever over het algemeen wat sneller te reageren. Dat constateert tenminste de fiscalist Obermeier in 1999.[261] Deze conclusie stoelt hij echter op één geval, waarbij de wetgever een arrest uit 1991 binnen een jaar implementeerde. Daar komt bij dat de wetgever de desbetreffende voorschriften zódanig wijzigde dat opnieuw sprake kon zijn van strijd met het *Grundgesetz*. De reactie van

257 Kreutzberger 2007, p. 217. Tevens: Benda & Klein 2001, p. 531. Anders: Schlaich & Korioth 2007, p. 245, die evenwel menen dat de *Appellentscheidung* in het geheel geen rechtsgevolg toekomt.

258 Waarom precair? Een ontdekkingstocht door parlementaire archieven gaat het bestek van dit boek te buiten. Literatuurstudie leverde echter een probleem op. De *Appellentscheidung* is weliswaar een veelbesproken verschijnsel maar voor de reactie van de wetgever is doorgaans weinig aandacht. Een omvattende studie over de implementatie van Appellentscheidungen ontbreekt. Wel zijn er enkele studies op deelterreinen, zoals het personen- en familierecht en het belastingrecht, verschenen. Erg recent zijn die overigens niet (vgl. Salgo 1994; Obermeier 1999). Ik heb mij op deze literatuur gebaseerd.

259 Obermeier 1999, p. 172.

260 BVerfG 26 maart 1980, *BVerfGE* 54, 11 (*Beamtenpensionen*). Het ging hier om de ongelijke fiscale behandeling van ambtenarenpensioenen ten opzichte van private pensioenen.

261 Obermeier 1999, p. 173.

de wetgever op recentere *Appellentscheidungen* buiten de sfeer van het belastingrecht suggereert evenmin een grote voortvarendheid van de wetgever. De *Appellentscheidung* lijkt daarom, wanneer men de schaars beschikbare literatuur daarover mag geloven, als aanjager van wetgeving geen succes.

8.4.1.5 Resumerend

De *Appellentscheidung* is een term die de literatuur heeft toegekend aan de praktijk van het BVerfG om zijn zorg omtrent de grondwettigheid van een regeling uit te spreken zonder die regeling formeel onverenigbaar met de grondwet te verklaren. Grosso modo komt een dergelijke praktijk in twee varianten voor. In het eerste geval dreigt de wettelijke regeling, als gevolg van veranderende feitelijke of juridische omstandigheden, onverenigbaar te worden. Die onverenigbaarheid is naar de inschatting van het hof op het tijdstip van de uitspraak echter nog niet ingetreden. In het tweede geval is de ongrondwettigheid al wel ingetreden, maar weigert het hof deze formeel vast te stellen. Meestal zal dat het geval zijn wanneer de onverenigbaarheid van de wettelijke regeling niet evident is, of beperkt blijft tot een relatief onbelangrijk detail van overigens zeer complexe wetgeving. De reden voor het hof om in dat laatste geval niet over te gaan tot het onverenigbaar of nietig verklaren van de aangevallen regeling moet voornamelijk worden gezocht in de consequenties die een dergelijke uitspraak kan hebben. Er bestaat een relatie tussen het gewicht en de kenbaarheid van de schending enerzijds, en de politieke en maatschappelijke gevolgen van de vaststelling anderzijds. Het is lastig de wetgever verantwoordelijk te stellen voor de gevolgen van een schending in een zogenaamde '*hard case*'. De *Appellentscheidung* opent de deur voor het hof om de grenzen van zijn rechterlijke taak op te zoeken, ook als het gaat om gevallen van relatief ondergeschikte betekenis.

De praktijk heeft wel een keerzijde: de rechtsgevolgen van de *Appellentscheidung* zijn, althans formeel, relatief beperkt. Gaat het om een beroep op de wetgever een dreigende ongrondwettigheid tijdig te voorkomen, dan heeft dat beroep geen bindende kracht: het gaat, strikt genomen, om een advies van het hof aan de wetgever. In de praktijk heeft het advies wel een sterke feitelijke overtuigingskracht: het nalaten van de wetgever maatregelen te treffen zou immers allicht kunnen resulteren in strengere rechtspraak van het hof.

Een impliciete onverenigbaarverklaring van het hof heeft wel rechtsgevolg in de zin dat vanaf de uitspraak duidelijk is dat op de wetgever een plicht rust de wetgeving aan te passen. Deze plicht vloeit niet voort uit de rechtspraak van het hof zèlf, maar volgt uit de binding van de wetgever aan de grondwet en het constitutionele stelsel: een inconstitutionele norm dient daaruit zo spoedig mogelijk te worden verwijderd. Andere rechtsgevolgen heeft de beslissing van het hof niet. Anders dan de verklaring van onverenigbaarheid, houdt het impliciete onverenigbaarheidsoordeel niet een toepassingverbod van de norm voor de reguliere rechtspraak en het bestuur in. Heeft het hof

een termijn verbonden aan zijn appèl, dan dient de aangevallen norm gedurende die termijn in alle lopende zaken te worden toegepast als ging het om een onproblematisch verenigbare regeling. Is de termijn afgelopen dan is daarmee niet de onverenigbaarheid of de nietigheid van de regeling gegeven. Ook dan dient de reguliere rechtspraak de norm te blijven toepassen, zij het dat dan wederom een prejudiciële vraag aan het BVerfG mogelijk is. Het hof heeft dan, na afloop van de termijn, opnieuw de mogelijkheid om te bepalen of de regeling inmiddels wel nietig – of op zijn minst enkel onverenigbaar – moet worden geacht. Het is evenwel ook mogelijk dat de wetgever intussen niet zozeer de regeling heeft aangepast, als wel kenbaar heeft gemaakt waarom de regeling zijns inziens toch voor verenigbaar moet worden gehouden. Het valt uiteraard niet uit te sluiten dat het hof in dat geval de norm weer 'vol' verenigbaar verklaart.

8.4.2 De Unvereinbarerklärung

Het uitgangspunt moge dan zijn dat een ongrondwettig voorschrift nietig is, in de praktijk ziet het BVerfG er vaak vanaf om die nietigheid vast te stellen. Getalsmatig is het de norm dat het BVerfG zich ertoe beperkt de bepaling *bloß unvereinbar* met het GG te verklaren.[262] Anders dan de nietigheidsverklaring, die op diverse plaatsen in het BVerfGG wordt genoemd, is de *Unvereinbarerklärung* nergens wettelijk geregeld.[263] De uitspraakvariant wordt in de artikelen 31 lid 2, en 79 lid 1 BVerfGG genoemd. De heersende leer erkent die bepalingen echter niet als grondslag.[264] De wetgever heeft zich blijkbaar enkel neergelegd bij het feit dát het BVerfG nu eenmaal geregeld onverenigbaar verklaart, zonder daarvoor een wettelijke basis te scheppen. Een wettelijke basis voor de *Unvereinbarerklärung* had immers afbreuk kunnen doen aan de gedachte dat het rechtsgevolg van onverenigbaarheid nu eenmaal automatisch nietigheid betekent.

De *Unvereinbarerklärung* roept een aantal vragen op. Waar ligt bijvoorbeeld de grens tussen nietigheid en enkele onverenigbaarheid? Ik ga daar eerst op in (8.4.2.1). Een tweede vraag is die naar de rechtsgevolgen. Nietigheid heeft relatief duidelijke en helder te omschrijven rechtsgevolgen. Bij de *unvereinbarerklärung* doen zich complicaties voor. Ik bespreek die complicaties in paragraaf 8.4.2.2. In paragraaf 8.4.2.3 besteed ik aandacht aan de rol van de wetgever bij onverenigbaarverklaringen. Tot slot ga ik in op de legitimatie

262 Dat was reeds zo in de zeventiger en tachtiger jaren (Pestalozza 1976, p. 536; Ipsen 1980, p. 107-108, m.n. vn. 7) en deze ontwikkeling heeft doorgezet. Zie Benda & Klein 2001, p. 518; M. Graßhof, 'Artikel 78 [Entscheidung]', in: Umbach, Clemens & Dollinger 2005, p. 973 (vn. 76 met nadere verw.).

263 Vgl. artikel 78 BVerfGG voor wat betreft de nietigheidsverklaring.

264 Blüggel 1998, p. 16.

voor deze uitspraakvariant, die zoals gezegd geen wettelijke basis heeft en op gespannen voet staat met de traditie van *ipso iure* nietigheid (8.4.2.4).

8.4.2.1 Toepassingsbereik

In welke gevallen kiest het BVerfG voor de zuivere verklaring van onverenigbaarheid? In de vroege rechtspraak van het Hof was het antwoord eenvoudig. Vrijwel alleen bij schendingen van het gelijkheidsbeginsel gebeurde dat. Tegenwoordig is nietigheid niet meer vanzelfsprekend.[265] Lang niet altijd legt het Hof echter uit waarom het de norm *bloß unvereinbar* verklaart, en het is ook niet altijd even precies als het er op aankomt de uitspraakvariant af te bakenen. Pogingen in de literatuur om dat te doen, hebben dan ook tot uiteenlopende resultaten geleid.[266] De één brengt de bijzondere aard van toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in stelling.[267] De ander meent dat het Hof juist in dat soort zaken niet behoort te abstineren.[268] Ruwweg kunnen drie categorieën in de rechtspraak worden onderscheiden. In de eerste plaats is dat de zogenaamde legislatieve omissie. In de tweede plaats, het geval waarin sprake is van keuzevrijheid voor de wetgever en tot slot het geval waarin de gevolgen van nietigheid aanleiding voor het Hof zijn om daarvan af te zien.

De dogmatische categorie: legislatieve omissies

In de eerste groep van gevallen wordt de verklaring van onverenigbaarheid uitgesproken omdat dit de enige mógelijke remedie is.[269] Dat is het geval als wetgeving, in strijd met het GG, ontbreekt of het grondrecht ontoereikend beschermt. Wetstechnisch is het dan zelden mogelijk om iets nietig te verklaren.

---

265 Blüggel telde 123 'bloße Unvereinbarerklärungen' (Blüggel 1998, p. 18-19). Ipsen constateerde eerder, in 1980, dat de uitspraakvariant vooral vanaf de zeventiger jaren in aantal is gegroeid en in 1980 ongeveer de helft van het aantal gegrond verklaarde beroepen omvatte (Ipsen 1980, p. 107-108).

266 Aan de lunchtafel vatte een Duitse auteur deze kwestie ooit, verwijzend naar oud-premier Ben Gurion, ironisch samen: *'where there are two German constitutionalists gathered, there are four opinions'*.

267 Zo: Schlaich & Korioth 2007, p. 226-227 en 232. Terecht anders: Blüggel 1998, p. 21-22.

268 Vgl. Blüggel 1998, p. 188-189.

269 Vgl. Lechner 1973, p. 315-316; Pohle 1979, p. 71; Benda & Klein 2001, p. 525; Schlaich & Korioth 2007, p. 231-232 (kritisch); Kreutzberger 2009, p. 148-150 (weifelend). Maurer 1974, p. 347-348 meent dat deze categorie niet thuis hoort in deze opsomming omdat de verklaring dat het ontbreken van wetgeving onverenigbaar is met de grondwet, de wetgever niet verplicht tot het vaststellen van een regeling. De verklaring kan in dergelijke gevallen ook niet als een remedie worden beschouwd. Ook Hein 1988, p. 65 en 78 meent dat conceptueel moet worden onderscheiden tussen de *Unvereinbarerklärung* van wetgeving en de *Verfassungswidrigerklärung* van het in gebreke blijven van de wetgever. Ook Blüggel 1998, p. 117-120 onderscheidt beide gevallen in deze zin.

In zo'n geval beperkt het Hof zich ertoe het voorschrift (of het ontbreken ervan) onverenigbaar te verklaren.[270]

Deze situatie deed zich bijvoorbeeld voor in een kwestie over het *Mutterschutzgesetz* (MuSchG).[271] Artikel 9 van deze wet kwalificeerde het ontslag van een vrouw tijdens haar zwangerschap als onrechtmatig als de werkgever daarvan uiterlijk twee weken na het ontslag in kennis was gesteld. De vraag die het BVerfG werd voorgelegd, was of deze 'harde' termijn van twee weken ook gold voor vrouwen die (buiten hun schuld) tijdens deze termijn niet op de hoogte waren van hun zwangerschap. Het Hof meende dat artikel 9 MuSchG inderdaad zo moest worden uitgelegd, maar vond het voorschrift zo in strijd met de, door artikel 6 lid 4 GG vereiste, bescherming van de toekomstige moeder. Artikel 9 MuSchG bood dus te weinig bescherming.

Hoe dat op te lossen?

Artikel 9 MuSchG was positief geformuleerd. Het bood vrouwen die wisten van de zwangerschap bescherming. De schending van artikel 6 lid 4 GG vloeide dus niet voort uit wat er in het *Mutterschutzgesetz* zelf stond, maar om wat er níet in stond. Conforme interpretatie kon het euvel, aldus het Hof, niet verhelpen. Zowel de heldere bewoordingen van de wet als de wetshistorie verzetten zich daartegen.[272] In dit geval beperkte het Hof er zich daarom toe de onverenigbaarheid met artikel 6 lid 4 GG uit te spreken. Afgezien van deze ontkenning van de mogelijkheid tot conforme interpretatie laat het BVerfG zich over het rechtsherstel voor inmiddels ontslagen moeders niet uit. Dat lijkt een zaak te zijn voor de reguliere rechters die het hof de prejudiciële kwestie hadden voorgelegd. Wat die rechters te doen stond was echter onduidelijk nu de wettelijke regeling niet conform kon worden uitgelegd, en evenmin nietig was verklaard. Bij de rechtsgevolgen van de verklaring van onverenigbaarheid wordt hierna overigens nog nader stilgestaan.[273]

De democratische categorie: respect voor het terrein van de wetgever

Zowel in historisch als in kwantitatief opzicht is de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel de thuisbasis van de *Unvereinbarerklärung*.[274] De eerste zaken waarin het Hof van nietigheid afzag, betroffen een zogenaamd *willkürlichen Begünsti-*

270 Zie bijvoorbeeld BVerfG 28 november 1984, *BVerfGE* 68, 272 (*Bauvorlagen*), p. 273.
271 BVerfG 13 november 1979, *BVerfGE* 52, 357 (*Mutterschutzgesetz*), r.o. 31.
272 *Ibid.*
273 Zie evenwel ook reeds BVerfG 22 oktober 1980, BVerfG 55, 154 (*Mutterschutz II*), p. 158, waarin het hof ervan lijkt uit te gaan dat het door de reguliere rechter toepassen van de 2 weken-termijn in gevallen zoals hier omschreven niet mogelijk is.
274 Vgl. Ipsen 1980, p. 109.

gungsausschluß.[275] In zo'n geval begunstigt de wetgever een bepaalde groep, maar sluit hij daarvan, zonder aanvaardbare reden, een groep personen uit.

Een relatief recent voorbeeld van zo'n kwestie, betreft het rookverbod in de horeca, dat (ook) in de Bondsrepubliek vanaf 1 januari 2008 van kracht werd en dat, net als in Nederland, vrijwel onmiddellijk juridisch werd aangevochten. De deelstaat Baden-Württemberg zonderde kroegen en restaurants met een rokersruimte uit van het rookverbod. Onder deze uitzondering vielen echter niet de vele discotheken die de *Südweststaat* rijk was. Het Hof vond dat verschil in behandeling merkwaardig en in strijd met de grondwet. Toch lag nietigheid volgens het Hof niet voor de hand. Het verklaarde daarom de regeling slechts onverenigbaar.[276]

Aanvankelijk leek het BVerfG zulke kwesties als een *specialis* van de vorige categorie te beschouwen: de wettelijke regeling noemde de benadeelde groep in veel gevallen ten onrechte niet en dan had het Hof niets om nietig te verklaren. Zo overwoog het in 1967:

> 'Liegt dagegen der angebliche Verfassungsverstoß (…) darin, daß die begünstigende Regelung die benachteiligte Gruppe überhaupt nicht erwähnt (…), so ist es gesetzestechnisch nicht möglich, eine solche Lücke für nichtig zu erklären (…); die Einbeziehung der benachteiligten Gruppe kann also durch eine Nichtigerklärung oder Teilnichtigerklärung der gesetzlichen Regelung nicht erreicht werden. Das Bundesverfassungsgericht kann daher, wenn es den Verfassungsverstoß als gegeben ansieht (…) im Entscheidungssatz nur aussprechen, daß die bestehende gesetzliche Regelung Art. 3 Abs. 1 GG dadurch verletzt, daß sie die betroffene Personengruppe nicht berücksichtigt; die Einbeziehung der Gruppe in die begünstigende Regelung bleibt dann Sache des Gesetzgebers'.[277]

Deze redenering is vol te houden zolang het uitsluitend gaat om regelingen waarin de benadeelden in de regeling niet worden genoemd. Dat is lastig te verteren wanneer men bedenkt dat het dictum van het BVerfG zo zuiver een kwestie wordt van wetgevingstechniek.

De literatuur zocht daarom de essentie van de verklaring van onverenigbaarheid in de bijzondere aard van het gelijkheidsbeginsel. Die bijzondere aard ligt er in dat het gelijkheidsbeginsel, anders dan de overige vrijheidsrechten, niet geschonden wordt door één norm, maar steeds door een samenspel van twee normen: de norm die bepaalde burgers begunstigt en de norm die een

---

275 De eerste keer was: BVerfG 13 december 1961, *BVerfGE* 13, 248 (*Bundesentschädigungsgesetz*). Zie tevens: BVerfG 26 november 1964, *BVerfGE* 18, 257 (*Sozialversicherung*), r.o. 39. Zie echter ook de beslissing van 10 maart 1958, *BVerfGE* 7, 320 (*Freikörperkultur*), die door Hein (1988, p. 29) en Ipsen (1980, p. 107) als eerste *Unvereinbarerklärung* wordt aangemerkt. Beiden kwalificeren de beslissing van het hof om in die zaak af te zien van een nietigheidsvaststelling als relatief toevallig en a-typisch.

276 BVerfG 30 juli 2008, *BVerfGE* 121, 317 (*Rauchverbote*), r.o. 161.

277 BVerfG 28 november 1967, *BVerfGE* 22, 349 (*Waisenrente*), r.o. 29.

andere groep burgers van die begunstiging uitsluit. De eerste norm is als zodanig niet in strijd met de grondwet. Evenmin is de tweede norm *als zodanig* in strijd met enig grondrecht. De overheid is immers niet verplicht om de benadeelde groep te begunstigen. Het is de combinatie van de beide normen die conflicteert met het gelijkheidsbeginsel en dus ongrondwettig is. Het gaat niet aan om één van beide – verenigbare – normen nietig te verklaren.[278]

Het BVerfG zélf heeft deze redenering nooit expliciet gevolgd. Het motiveerde het afzien van nietigheid niet dogmatisch, maar institutioneel. Het nietigverklaren van één van beide normen was misschien mogelijk – daarmee zou de ongelijke behandeling ophouden te bestaan – maar dat was slechts één manier om de kwestie op te lossen. Juist in de sfeer van socialezekerheidskwesties, waarin relatief veel onrechtmatig begunstigende wetgeving voorkwam, is het zaak om dan voorzichtig te zijn. Nietigheid kan dan al snel kwetsbare groepen treffen. Het Hof markeerde de kwestie daarom als behorend tot het terrein van de wetgever. Deze heeft immers de mogelijkheid de begunstiging op een andere, grondwetconforme, manier vorm te geven. In hetzelfde arrest uit 1967 merkt het op:

> 'Eine Nichtigerklärung der gesetzlichen Regelung kann aber auch aus materiellen Gründen ausscheiden, und zwar selbst dann, wenn sie gesetzestechnisch möglich wäre. In den bezeichneten Fällen kann ein Verstoß (…) auf verschiedene Weise geheilt werden: Entweder wird die übergangene Gruppe in die gesetzliche Vergünstigung einbezogen, oder die Vergünstigung wird überhaupt beseitigt, oder der Kreis der Begünstigten wird nach anderen (…) Merkmalen abgegrenzt. Welche dieser Möglichkeiten im konkreten Fall gewählt werden soll, muß grundsätzlich der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen bleiben, zumal ihm bei begünstigenden Regelungen (…) ein weiter Ermessensspielraum zusteht. (…) Etwas anderes gilt nur, wenn mit Rücksicht auf einen zwingenden Verfassungsauftrag oder nach den sonstigen Umständen des Einzelfalles nur diese eine Möglichkeit zur Beseitigung des Verfassungsverstoßes in Betracht kommt'.[279]

Het is duidelijk: het BVerfG verklaart een regeling die in strijd is met het gelijkheidsbeginsel alleen (gedeeltelijk) nietig, als de wetgever *de facto* geen beleidsvrijheid toekomt. Het stoelt zijn argumentatie dus op de *Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*.[280] Dat opent echter de deur naar andere casuïstiek dan alleen het traditionele *willkürlichen begünstigungsausschluß*. Al snel breidde het BVerfG de werkingssfeer van de *Unvereinbarerklärung* dan ook uit naar andere schen-

278 Maurer 1974, p. 352 en 354-355; Ipsen 1980, p. 109-110. Tegenwoordig wordt deze redenering niet zo vaak meer gevolgd. Een uitzondering betreft: Schlaich & Korioth 2007, p. 226-229.

279 BVerfG 28 november 1967, *BVerfGE* 22, 349 (*Waisenrente*), r.o. 31.

280. Vgl. o.a.: BVerfG 26 november 1964, *BVerfGE* 18, 257 (*Sozialversicherung*), r.o. 39; BVerfG 27 mei 1970, *BVerfGE* 28, 324 (*Heiratswegfallklausel*), r.o. 91.

dingen van het gelijkheidsbeginsel.[281] Daarna was de stap naar de andere vrijheidsrechten klein.[282] Ook bij de toetsing aan vrijheidsrechten kan het immers voorkomen dat een ontoelaatbare inbreuk op verschillende wijzen kan worden verholpen, bijvoorbeeld wanneer de inbreuk door het hof als weinig proportioneel wordt aangemerkt en verschillende wél proportionele alternatieven zich aandienen. De keuze uit die alternatieven is dan een keuze die de wetgever behoort te maken. Deze uitbreiding van het toepassingsbereik van de onverenigbaarverklaring treft men met name aan bij de toetsing aan het eigendomsrecht en het recht op vrije beroepskeuze.[283]

De praktische categorie: focus op de gevolgen van nietigheid

Vanaf 1972 treft men naast het democratische argument, dat het BVerfG de beleidsvrijheid van de wetgever respecteert, een argument van een geheel andere orde aan. Het duikt voor het eerst op in het arrest *Numerus clausus I*.[284] In dat arrest gaat het om wetgeving die het mogelijk maakt de aantallen beginnende studenten Geneeskunde overzichtelijk te houden. Het Hof meent dat zo'n fixus mogelijk is, maar leest in de grondwettelijke beroepsvrijheid wel een recht op toelating tot een universitaire studie. Dit recht kan beperkt worden, maar dat moet dan wel door de formele wetgever gebeuren. Die moet de criteria die bij de *numerus clausus* worden gehanteerd, helder vastleggen. Dat heeft de wetgever in dit geval niet gedaan. Toch blijven de relevante voorschriften geldig:

> 'Die Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Norm mit dem Grundgesetz hat regelmäßig zur Folge, daß diese Norm für nichtig zu erklären ist. Da aber die geltende Zulassungsordnung unter Berücksichtigung dieser Entscheidung verfassungskonform angewendet werden kann, besteht keine Notwendigkeit, der gegenwärtigen Ordnung des Zulassungswesens sofort die Grundlage zu entziehen; dadurch würde vielmehr ein Zustand geschaffen (Notkompetenz der Universität ohne gesetzliche Grundlage), der der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der jetzige. (…) Es erscheint deshalb geboten und ausreichend, dem Gesetzgeber innerhalb einer angemessenen Frist die Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes zu ermöglichen'.

Het Hof baseert deze keer de afkeer van nietigheid niet op de keuzevrijheid van de wetgever, maar op de gevolgen die met nietigheid gepaard zouden

281 BVerfG 13 december 1967, *BVerfGE* 23, 1 (*Einkommensteuergesetz*). Voor nadere verwijzingen zie Hein 1988, p. 40-41. Recenter: BVerfG 14 oktober 2008, 1 BvR 2310/06 (*Beratungshilfegesetz*), r.o. 60.

282 BVerfG 11 oktober 1972, *BVerfGE* 34, 71 (*Einzelhandelsgesetz*); BVerfG 14 juli 1981, *BVerfGE* 58, 137 (*Pflichtexemplar*).

283 Zie daarover met name Blüggel 1998, p. 45.

284 BVerfG 3 mei 1972, *BVerfGE* 33, 303 (*Numerus clausus I*), r.o. 96. Sillen 2010, p. 210-211 noemt ook reeds BVerfG 20 december 1966, *BVerfGE* 21, 12 (*Umsatzsteuer*). Ik reken dit arrest echter tot de *Appellentscheidung* nu het Hof geen schending vaststelde: zie r.o. 107.

gaan. Dat zou, aldus het BVerfG, een situatie in het leven roepen die nóg minder met het *Grundgesetz* in overeenstemming zou zijn, dan de ongrondwettige regeling.[285]

Nietigheid kan in twee gevallen een toestand in het leven roepen die zich nóg minder met het *Grundgesetz* verdraagt dan het in stand laten van het ongrondwettige voorschrift. Het kan, ten eerste, zo zijn dat het GG een minimum aan wetgeving voorschrijft. In zo'n geval luidt de redenering dat de gemankeerde wet altijd nog beter is dan géén, of een onvolledige, wet.[286] De grondwet hoeft overigens niet expliciet van een wetgevingsplicht te spreken. Soms kan het grondrecht in kwestie eenvoudig slechts door middel van wetgeving effectief worden gewaarborgd. In de tweede plaats kan nietigheid van het voorschrift een rechtstoestand scheppen die schade zou berokkenen aan bepaalde fundamentele rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel.[287] Het Hof merkt zulke beginselen aan als behorend tot de *Gesamtkonzeption des Grundgesetzes*.[288] Zij staan in de normenhiërarchie dan ook op dezelfde trede als het *Grundgesetz*.[289]

De *Gesamtkonzeption des Grundgesetzes* is een vruchtbaar concept gebleken. Het BVerfG vat de beide categorieën – grondrechten die regelgeving vereisen en rechtsbeginselen – namelijk bijzonder ruim op.[290] Het belang van een adequaat gevulde staatskas valt er bijvoorbeeld zeer geregeld onder.[291] Zo ook de veiligheid op straat. Als het BVerfG zich in 2011 door het EHRM laat overhalen om de Duitse variant van de TBS (de *Sicherungsverwahrung*) nogmaals kritisch tegen het licht te houden, wil hij niet van nietigheid weten. Dat zou onaanvaardbare gevolgen hebben:

---

285 Vgl. tevens BVerfG 27 november 1990, *BVerfGE* 83, 130 (*Josephine Mutzenbacher*), r.o. 81; BVerfG 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 153 (*Existenzminimum*), r.o. 101-102; BVerfG 11 oktober 1994, *BVerfGE* 91, 186 (*Kohlepfennig*), r.o. 95. Zie voor een uitvoerige en heldere beschrijving van de diverse hoeken van deze rechtspraak: Sillen 2010, p. 204-220.

286 Blüggel 1998, p. 63, 75.

287 *Ibid.*, p. 81. Een bijzondere categorie betreft het kiesrecht. Komt het Hof tot de conclusie dat de kieswet (het BWG) onverenigbaar is met de grondwet, dan is het mogelijk dat de, op basis van die kieswet verkozen, bondsdag haar geldigheid verliest. In dergelijke gevallen is het hof bijzonder terughoudend de nietigheid van de desbetreffende bepaling uit te spreken. Zie voor een relatief recent voorbeeld: BVerfG 3 juli 2008, 2 BvC 1/07, 7/07 (*Zweitstimmen*), r.o. 130.

288 BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (*Haftentschädigung*).

289 Sillen 2010, p. 205 wees daarop reeds.

290 Uitvoerig: Sillen 2010, p. 206-220. Hij maakt overigens verschil tussen deze gronden enerzijds en het 'algemeen belang' anderzijds. Dat lijkt mij zeer verdedigbaar. Ik krijg evenwel de indruk dat het Hof zélf de verschillende uitingsvormen van het algemeen belang ook als onderdeel van het *Grundgesetz* beschouwt. Dat zou aansluiten bij het alomvattende karakter dat het GG in de ogen van het Hof heeft. Het is, met recht, een *Gesamtkonzeption* (daarover kritisch: Grimm 2002, p. 135-136). Voor de beoordeling van deze rechtspraak lijkt mij het verschil in benadering tussen Sillen en mij niet van praktisch belang. Wij wijzen beide op de grote reikwijdte die het instituut van de *Unvereinbarerklärung* op deze manier krijgt.

291 BVerfG 24 juni 1986, *BVerfGE* 72, 330 (*Finanzausgleich I*).

> 'Alle in der Sicherungsverwahrung untergebrachten Personen müssten sofort freigelassen werden, was Gerichte, Verwaltung und Polizei vor kaum lösbare Probleme stellen würde. Mit einzubeziehen in die Folgeerwägungen sind sämtliche potentiellen Sicherungsverwahrten, in deren Fall die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zwar angeordnet wurde, die sich aber noch im Vollzug der Freiheitsstrafe befinden, und deren Antritt in die Sicherungsverwahrung trotz ihrer etwaigen hochgradigen Gefährlichkeit nicht möglich wäre'.[292]

'Are we to be murdered in our beds?' Gelukkig niet. Het Hof verordonneert de tijdelijke toepasbaarheid van de norm:

> 'Sämtliche von der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz betroffenen Vorschriften gelten trotz ihrer Verfassungswidrigkeit bis zu einer Neuregelung des Gesetzgebers, längstens bis zum 31. Mai 2013 weiter fort'.[293]

Dat het Hof niet halsoverkop besluit tot nietigheid van een TBS-regeling is goed te begrijpen. Ook in en rond Karlsruhe kan het 's avonds spoken. Maar zoals we in het vorige hoofdstuk, bij de bespreking van het Unierecht, zagen, is ook een staatsmonopolie op het afsluiten van weddenschappen een grondwettelijk belang, zelfs als het BVerfG tot het oordeel komt dat de ongrondwettige regeling dat belang in de praktijk tot dan toe niet adequaat had gediend.[294]

8.4.2.2 Rechtsgevolgen

Waar nietigheid een waterscheiding schept tussen geldige normen die zonder meer toepasbaar zijn enerzijds en ongeldige normen die als ongeschreven dienen te worden beschouwd anderzijds, zijn de gevolgen van de 'enkele' onverenigbaarheid diffuus. Zo is onduidelijk wat de gevolgen van zo'n dictum zijn voor de norm zélf. Is deze nog geldig? En kan hij nog toegepast worden? De vraag rijst bovendien wat de reguliere rechter, het bestuur en de wetgever met zo'n dictum aan moeten. Het antwoord op die vraag is relevant voor de beoordeling van de *Unvereinbarerklärung* in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

Geldigheid van wettelijke voorschriften
Is een voorschrift nietig, dan vervalt de verplichting voor ambten om het toe te passen. Moeilijker ligt het bij de verklaring van onverenigbaarheid. Wij hebben gezien dat volgens de heersende leer de nietigheid (en dus de ongeldigheid) van een norm het rechtstreekse gevolg is van het conflict met de grondwettelijke regeling. Niet de uitspraak van het BVerfG bewerkstelligt de nietig-

292 BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*), r.o. 169.
293 *Ibid.*, r.o. 167.
294 BVerfG 28 maart 2006, *BVerfGE* 115, 276 (*Staatslotteriegesetz I*), r.o. 157.

heid, maar het enkele feit dat de wettelijke en de grondwettelijke norm niet met elkaar in overeenstemming zijn.[295] Het oordeel van het BVerfG heeft, zoals gezegd, declaratoire en niet constitutieve werking. Als dat zo is, dan zou een verklaring van onverenigbaarheid per definitie moeten leiden tot nietigheid van de aangevallen norm: het vaststellen van die nietigheid is dan ook niet noodzakelijk.

Dat is echter niet de praktijk. Het BVerfG heeft zich over de vraag naar de geldigheid van zuiver onverenigbaar verklaarde normen nooit duidelijk uitgelaten.[296] Deze vraag is voornamelijk voorwerp van discussie in de literatuur.[297] Die is betrekkelijk eensluidend in haar oordeel dat wetgeving die 'zuiver' onverenigbaar is verklaard haar geldigheid behoudt.[298] Het instrument van de verklaring zou anders van elke zin worden beroofd. Hoe kan immers iets dat, vanwege allerhande zwaarwegende belangen, tijdelijk moet worden toegepast *niet* geldig zijn of zelfs niet (meer) bestaan? Een argument wordt bovendien gevonden in de jurisprudentie. In het *AFKG*-arrest bepaalde het Hof dat het gevolg van zijn onverenigbaarheidsoordeel niet was dat de oude regeling herleefde.[299]

De opvatting dat zo'n *Unvereinbarerklärung* niet de geldigheid van de aangevallen norm aantast leidt naar een paradox. De nietigheid van een norm volgt niet uit de uitspraak van het BVerfG maar uit de enkele botsing van die norm met het GG. Oordeelt het Hof dat sprake is van zo'n botsing, maar spreekt het de nietigheid niet uit, dan blijft de norm bestaan. Beide beweringen lijken niet met elkaar te rijmen. Zoals we nog zullen zien, heeft de verklaring van onverenigbaarheid, uitzonderingen daargelaten, een embargo op het toepassen van de norm nog tot gevolg. Dit embargo effectueert dan de voorrang van de grondwet.[300] Deze 'verspringt' dus van geldingsvoorrang naar toepassingsvoorrang (*'Anwendungsvorrang'*).[301] De praktijk van het zuiver onverenigbaar verklaren vormt daarmee een nadere uitwerking of differentiatie van de regel dat de voorrang van de grondwet haar beslag krijgt door de *ipso*

295 Vgl. Ipsen 1980, p. 151-152; Schlaich & Korioth 2007, p. 220.

296 Ik kwam zelf geen rechtspraak tegen maar mijn rechtspraakonderzoek was niet uitputtend. Een gelijkluidende conclusie treft men aan in de dissertatie van Blüggel uit 1997, die op een dergelijke kwalificatie wel aanspraak maakt en daarom wellicht meer vertrouwen inboezemt.

297 Meer duidelijkheid verschaft de rechtspraak overigens inzake de praktischer vraag of zuiver onverenigbaar verklaarde normen ook toepasbaar zijn, maar daarop wordt hierna ingegaan.

298 Zie m.n. Schlaich & Korioth 2007, p. 238-241. Voorts: Moench 1977, p. 170; Hein 1988, p. 131; Heyde 1984, p. 54; Blüggel 1998, p. 91-92; Benda & Klein 2001, p. 526-527; Kreutzberger 2009, p. 155 en 159-160.

299 BVerfG 12 februari 1986, BVerfG 72, 9 (*AFKG*), p. 18: 'Im Falle der Verfassungswidrigkeit der (…) Regelung kann das Bundesverfassungsgericht diese zwar nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklären. Entgegen des vorlegenden Gerichts würde damit die alte Fassung des §104 Abs. 1 AFG nicht wieder zum geltenden Recht (…)'.

300 Vgl. Benda & Klein 2001, p. 527.

301 Vgl. tevens Kreutzberger 2009, p. 156. Anders: Ipsen 1988, p. 45.

iure nietigheid van de lagere regeling: in sommige gevallen wordt die voorrang dan juist niet door de nietigheid, maar door de enkele niet-toepasselijkheid bewerkstelligd.

Deze dogmatische beschouwingen daargelaten mag, bondig samengevat, duidelijk zijn dat de verklaring van onverenigbaarheid de geldigheid van de aangevallen norm, ondanks haar onverenigbaarheid met de grondwet, niet aantast. Dat betekent in beginsel dat beslissingen en rechtshandelingen die op basis van een dergelijke norm zijn genomen, in stand blijven. Een bijzonder artikel dat de nadelige effecten van het wegvallen van de norm regelt, zoals artikel 79 lid 2 BVerfGG doet voor wat betreft de nietigheid, is dan ook niet nodig.

De toepassing van wettelijke voorschriften

In tegenstelling tot de geldigheidsvraag is de toepassing van het ongrondwettige voorschrift in het geval van een *Unvereinbarerklärung* dogmatisch niet, maar in de praktijk zeer gecompliceerd. Als de onverenigbaar verklaarde norm geldig blijft, is er een probleem. De norm leidt tot een onrechtmatige toestand. De wetgever dient dat probleem op te lossen maar zo lang deze dat nog niet heeft kunnen doen mag de norm niet worden toegepast.[302] Deze *Anwendungssperre* bevestigde het BVerfG in een zaak die de nationaliteit van kinderen betrof die uit een huwelijk tussen een Duitse moeder en een buitenlandse vader waren geboren.[303]

Zulke kinderen kregen, anders dan kinderen van een Duitse vader en een buitenlandse moeder, niet de Duitse nationaliteit. Dat vond het Hof geen gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het verklaarde de wettelijke regeling in kwestie onverenigbaar met artikel 3 GG. Wat dan te doen? Het Hof overweegt dat gedeeltelijke nietigheid van het relevante voorschrift, een remedie kan zijn: de kinderen van Duitse moeders krijgen dan de Duitse nationaliteit. Daarmee zou het Hof echter op het terrein van de wetgever komen. Deze heeft immers meerdere opties om de ongelijke behandeling op te heffen. Hij zou er bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om nationaliteit niet meer *ius sanguinis*, maar *ius soli* te regelen. Het BVerfG verklaart de norm dus 'slechts' onverenigbaar.

Zolang er nog geen regeling is, geldt:

---

302 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*), r.o. 134. Zie voorts o.m.: BVerfG 8 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 100 (*Kinderzuschuß für Enkel*), r.o. 38; BVerfG 14 juli 1986, *BVerfGE* 73, 40 (*Parteispenden*), r.o. 198; BVerfG 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 153 (*Existenzminimum*), r.o. 103; BVerfG 31 januari 1996, *BVerfGE* 93, 386 (*Auslandszuschlag*), r.o. 52; BVerfG 9 april 2003, *BVerfGE* 108, 82 (*Biologischer Vater*), r.o. 123; BVerfG 18 februari 2004, 1 BvR 193/97 (*Ehemalige Ehename*), r.o. 47.

303 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*).

> 'die Norm darf ab sofort, d. h. vom Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an, in dem sich aus dem Tenor ergebenden Ausmaß nicht mehr angewandt werden'.[304]

Opschortplicht door rechter en bestuur

Heeft het BVerfG gesproken dan is de procedure meestal nog niet ten einde. Ging het om een prejudiciële procedure (de *Richtervorlage*), dan wordt de procedure weer voortgezet voor de reguliere rechter. Ging het om een klacht tegen een uitspraak van zo'n reguliere rechter, dan casseert het BVerfG deze uitspraak en verwijst het de zaak terug. In beide gevallen dient het *Fachgericht* de zaak (opnieuw) definitief te beslissen. Ook hier is het nationaliteitenarrest illustratief:

> 'Die vorlegenden Gerichte müssen die Ausgangsverfahren aussetzen, bis der Gesetzgeber die verfassungswidrige Vorschrift durch eine mit der Verfassung in Einklang stehende Regelung ersetzt hat.'[305]

Achter dit rechtsgevolg van de onverenigbaarverklaring zit een rechtsstatelijk argument, namelijk dat rechter en bestuur niet in strijd met het GG behoren te handelen.[306] Daarnaast garandeert de opschortplicht dat de klager kan profiteren van de in Karlsruhe behaalde overwinning.[307] Dat wil intussen niet zeggen dat zo'n klager krijgt waar hij of zij om vraagt. Zijn zaak wordt slechts 'bevroren' totdat de wetgever er uit is. Het is niet voldoende dat de rechter de onverenigbaar verklaarde norm niet toepast, want dan blijft denkbaar dat de zaak op basis van het overige recht op een, voor de klager ongunstige wijze, wordt afgedaan.[308] Het bevriezen van de rechtstoestand heeft trouwens niet alleen betrekking op de situatie van de klager zelf, maar ook op parallelle procedures.[309] Ook in die gevallen dienen het bestuur en de reguliere rechtspraak ervan af te zien de norm toe te passen en de desbetreffen-

---

304 *Ibid.*, r.o. 134. Zie ook: BVerfG 8 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 100 (*Kinderzuschuß für Enkel*), r.o. 38, waarin het Hof nog duidelijker uitspreekt dat deze verplichting voor bestuur én rechter geldt.

305 *Ibid.*, r.o. 133. Vgl. tevens: BVerfG 28 november 1967, *BVerfGE* 22, 349 (*Waisenrente*), r.o. 33; BVerfG 13 december 1967, *BVerfGE* 23, 1 (*Einkommensteuergesetz*), p. 11; BVerfG 2 december 1992, *BVerfGE* 88, 5 (*Gewerkschaftliche Beratungshilfe*), r.o. 30; BVerfG 31 januari 1996, *BVerfGE* 93, 386 (*Auslandszuschlag*), r.o. 53; BVerfG 12 maart 1996, *BVerfGE* 94, 241 (*Kindererziehungszeiten*), r.o. 68; BVerfG 11 december 2000, 1 BvL 15/00, r.o. 13; BVerfG 8 december 2008, 2 BvL 1-2/07; 1-2/08 (*Werbungskosten und Einkommensteuer*), r.o. 88, 90.

306 Vgl. Hein 1988, p. 189. Gesproken wordt van een '*rechtliche Schwebezustand*': vgl. BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 113; BVerfG 23 september 1992, *BVerfGE* 87, 114 (*Pachtzins*), r.o. 83. Ook: Sachs 1982a, p. 29-30.

307 Hein 1988, p. 188-190; Benda & Klein 2001, p. 527. Kritisch echter: Sachs 1982a, p. 984. Zie ook: BVerfG 28 november 1967, *BVerfGE* 22, 349 (*Waisenrente*), r.o. 33 en BVerfG 12 maart 1996, *BVerfGE* 94, 241 (*Kindererziehungszeiten*), r.o. 68.

308 Zie Blüggel 1998, p. 95-96.

309 Vgl. bijv. BVerfG 2 december 1992, *BVerfGE* 88, 5 (*Gewerkschaftliche Beratungshilfe*), r.o. 39.

de procedure aan te houden. In dat verband werd door het Hof in de *Kleingarten*-zaak wel van een '*rechtliche Schwebezustand*' gesproken.[310]

Op de opschortplicht bestaan uitzonderingen.[311] Het opschorten van de zaak kan voor de klager, diens lotgenoten of voor derde-belanghebbenden nadelige consequenties hebben. Is sprake van 'bijzondere omstandigheden', dan wijkt het BVerfG van de opschortplicht af.[312] In het zojuist aangehaalde nationaliteitenarrest was daarvan sprake. Het Hof overwoog dat:

> 'Die entscheidende Bedeutung der Staatsangehörigkeit für den gesamten Status der betroffenen Kinder läßt es jedoch nicht zu, daß auch nur für kurze Zeit ein rechtliches Vakuum entsteht und sowohl bei den betroffenen Familien wie bei den Behörden Unsicherheit über die Rechtslage herrscht.'[313]

In deze zaak verklaarde het Hof de regeling deels toepasselijk, ontwierp het voor de overige gevallen een, door de wetgever vast te stellen, overgangsregeling en liet het de beslissing om al dan niet op te schorten over aan de reguliere rechter. Die kon inschatten of de klager het meest gebaat zou zijn bij een onmiddellijke toepassing van de wettelijke regeling, of bij het opschorten van zijn zaak totdat de wetgever de overgangsregeling had vastgesteld.[314]

Een bijzondere omstandigheid kan ook zijn, dat de klager, in de ogen van het BVerfG, al zo lang op zijn gelijk heeft moeten wachten dat verdere vertraging een onaanvaardbare inbreuk maakt op diens recht op effectieve rechtsbescherming.[315] Die omstandigheid dient, aldus het BVerfG, te worden afgewogen tegen de belangen die voor opschorting pleiten.[316] Soms weegt het BVerfG die belangen zelf af, maar het komt – wij zagen dat hiervoor bij het nationaliteitenarrest – ook voor dat hij dat aan de reguliere rechter overlaat.[317]

Wanneer de zaak niet wordt opgeschort, welk recht moet de reguliere rechter dan volgen? Soms kan hij uit de voeten met het overgebleven gedeelte van de regeling. Kan dat niet, dan zal hij soms tot vergaande interpretatie genoodzaakt zijn.[318] De opschortplicht heeft nu juist óók tot doel om rechters van deze noodzaak tot rechtsvorming te vrijwaren. De beslissing van het BVerfG

---

310 BVerfG 23 september 1992, *BVerfGE* 87, 114 (*Pachtzins für Kleingärten*), r.o. 83.

311 Ik ga hier slechts op enkele uitzonderingen in. Zie voor een uitputtend overzicht: Blüggel 1998, p. 101-107.

312 BVerfG 17 november 1992, *BVerfGE* 87, 234 (*Einkommensanrechnung*), r.o. 98.

313 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*), r.o. 135.

314 *Ibid.*, r.o. 141.

315 Vgl. BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 113. Zie recenter tevens: BVerfG 14 oktober 2008, 1 BvR 2310/06 (*Beratungshilfegesetz*), r.o. 62.

316 BVerfG 7 maart 1995, *BVerfGE* 92, 158 (*Adoption II*), r.o. 93.

317 BVerfG 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 (*Handelsvertreter*), r.o. 72; BVerfG 5 maart 1991, *BVerfGE* 84, 9 (*Ehenamen*).

318 Zie bijv.: BVerfG 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 (*Handelsvertreter*); BVerfG 14 maart 1989, *BVerfGE* 80, 1 (*Approbationsordnung*), waarin het overigens niet om een zuivere onverenigbaarverklaring, maar om nietigheid ging.

om de opschortplicht op te heffen houdt dan ook een inschatting in, van de vraag of de reguliere rechter zijn rechterlijke taak niet te buiten hoeft te gaan om rechtsbescherming te verlenen. Beslist het Hof dat opschorten van de zaak niet voor de hand ligt, of laat het die beslissing aan de reguliere rechtspraak over, dan betekent dat *de facto* dat de constitutionele rechter zijn reguliere evenknie in zekere zin machtigt om – binnen bepaalde grenzen – richting te geven aan de rechtsontwikkeling. Dat kan het BVerfG doen aangezien het, over de band van artikel 20 lid 3 GG (binding aan wet en recht) een rol vervult bij het toezicht op de grenzen die de reguliere rechtspraak in acht te nemen heeft.

Het kan zijn dat het Hof zich niet in staat acht om te beoordelen of voor het bieden van adequate rechtsbescherming vereist is dat de reguliere rechters buiten de kaders van hun rechterlijke taak treden. Het BVerfG heft in zo'n geval de opschortplicht geclausuleerd op. Het overweegt dan dat de rechtsvorming binnen de kaders van aanvaardbare *Rechtsfortbildung* moet blijven.[319] De beoordeling of dat het geval is laat hij in zo'n geval over aan de zaaksrechter.

8.4.2.3 De wetgever en onverenigbaarverklaringen

De nietigheid van een norm brengt voor de wetgever formeel geen verplichtingen met zich. Met de eliminatie ervan is doorgaans immers de schending van het grondrecht opgeheven. Anders ligt het bij de onverenigbaarverklaring. Deze tast de norm immers niet aan. In zaken waarin het BVerfG zich ertoe beperkt een onverenigbaarverklaring uit te spreken, acht hij het rechtsstelsel zelf niet in staat om de schending – door automatische eliminatie – op te heffen. Daarvoor is nodig dat de wetgever de regeling vervangt door een nieuwe, conforme regeling. Is de wetgever daartoe verplicht en zo ja, moet dat dan nog binnen een bepaalde termijn en onder bepaalde voorwaarden?

Het antwoord op de eerste vraag luidt bevestigend. De wetgever is verplicht om een verklaring van onverenigbaarheid zo spoedig mogelijk te laten volgen door reparatiewetgeving. Het BVerfG spreekt in dat verband van 'die Verpflichtung die Rechtslage mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen.'[320] In de literatuur wordt soms de binding van de wetgever aan de *Verfassungsmäßige Ordnung* van artikel 20 lid 3 GG, en soms de voorrang van de grondwet als grondslag aangewezen.[321] De verplichting als zodanig wordt in elk geval door vrijwel niemand ontkend.[322]

---

319 Zie BVerfG 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 (*Handelsvertreter*), r.o. 72.

320 Vgl. o.m. BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (met name r.o. 138); BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 112; BVerfG 26 april 1994, *BVerfGE* 90, 263 (*Ehelichkeitsanfechtung*), r.o. 42; BVerfG 19 januari 1999, *BVerfGE* 99, 341 (*Testierausschluß für Taubstummer*), r.o. 58; BVerfG 18 februari 2004, 1 BvR 193/97 (*Ehemalige Ehename*), r.o. 46.

321 De eerste grondslag bepleit Heyde 1984, p. 54. De tweede wordt betoogd door Benda & Klein 2001, p. 527.

322 Zie voor een bespreking van de literatuur: Ipsen 1980, p. 266-271; Hein 1980, p. 168-176.

Iets anders is hoe ver de plicht tot wetgeven precies gaat. Is bijvoorbeeld terugwerkende kracht vereist en zo ja, hoe ver gaat dat? In 1992 vatte het de rechtspraak op dit punt samen in het arrest *Kleingärten*.[323] Uitgangspunt is dat het de wetgever niet is toegestaan zich te beperken tot een regeling die de ongrondwettige situatie pas vanaf de inwerkingtreding van de wet opheft:

> 'Er muß vielmehr die verfassungswidrige Lage grundsätzlich jedenfalls von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an beseitigen und kann sogar gehalten sein, für die davorliegende Zeit Regelungen zu treffen, die der verfassungsrechtlichen Beschwer der Betroffenen abhelfen.[324]

Het volledig repareren van de schending dient dus in elk geval terug te gaan tot het tijdstip van de onverenigbaarverklaring door het BVerfG. Voor de periode van het ontstaan van de schending tot de uitspraak van het Hof geldt een bijzonder regime. De wetgever *kan* onder omstandigheden verplicht zijn de nadelige gevolgen van de schending voor de klager zo veel mogelijk op te heffen.[325] Voor deze periode geldt dus dat minder helder vaststaat óf, en zo ja in hoeverre op de wetgever de plicht rust om de schending te repareren. Zo staat immers nog te bezien welke 'omstandigheden' de wetgever ertoe dwingen ook rekening te houden met gevallen van voor de uitspraak van het BVerfG. En aangenomen dát daarvan sprake is, dan laat de formulering van het Hof bovendien ruimte voor een regeling die de nadelige gevolgen voor de klager niet integraal wegneemt, maar deze enkel tegemoet komt. De norm hoeft voor dergelijke gevallen niet '*beseitigt*' te worden. Er moet 'enkel' een regeling worden getroffen om de '*Beschwer der Betroffenen ab* [zu, JU] *helfen*'.

Welke omstandigheden maken nu dat de wetgever wel of juist niet verplicht is voor volledige terugwerkende kracht zorg te dragen? Het Hof vat het antwoord op die vraag anno 2013 als volgt samen:

> 'Vom Grundsatz der Rückwirkung können allerdings insbesondere im Interesse verlässlicher Finanz- und Haushaltsplanung bei haushaltswirtschaftlich bedeutsamen Normen Ausnahmen zugelassen werden (…). Gleiches gilt, wenn die Verfassungsrechtslage bisher nicht hinreichend geklärt gewesen und dem Gesetzgeber aus diesem Grund eine angemessene Frist zur Schaffung einer Neuregelung zu gewähren ist (…). Andererseits kann der Umstand, dass die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung stets umstritten war, gegen eine Ausnahme vom Grundsatz der rückwirkenden Heilung von Verfassungsverstößen sprechen.'[326]

---

323 BVerfG 23 september 1992, *BVerfGE* 87, 114 (*Pachtzins für Kleingärten*). Zie ook het kort daarna gewezen: BVerfG 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 153 (*Existenzminimum*).

324 *Pachtzins für Kleingärten*, r.o. 85. Eerder: BVerfG 8 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 100 (*Kinderzuschuß für Enkel*).

325 *Ibid.*

326 BVerfG 7 mei 2013, 2 *BvR* 909/06 (*Ehegattensplittung Lebenspartnern*), r.o. 109.

Het BVerfG noemt twee verschillende gezichtspunten. In de eerste plaats ligt terugwerkende kracht niet voor de hand als dat een aanzienlijke aanslag zou betekenen op de overheidsfinanciën. In de tweede plaats introduceert het Hof een *quasi* 'schuld-criterium'. Als de wetgever moeilijke keuzes te maken heeft op een terrein waar lang niet altijd duidelijk is waar de grens ligt, dan hoeft hij niet het volledige financiële risico te dragen. Mag echter aangenomen worden dat de wetgever wél op de hoogte kon zijn van de ongrondwettgheid, dan ligt terugwerkende kracht te meer voor de hand.

Los van deze gevallen zijn er ook situaties waarin uitsluitend toekomstige werking is toegestaan. Zo behoeft de wetgever géén overgangsrecht te maken als dat praktisch niet of moeilijk mogelijk is, als dat zinloos zou zijn– bijvoorbeeld omdat de schade van de klager in de tussentijd is weggevallen – of als daarmee onevenredige schade zou worden toegebracht aan andere, door het constitutionele recht erkende, beschermenswaardige belangen.[327] Bij dergelijke belangen kan men denken aan de rechtszekerheid, maar ook het belang van de staat bij een gezonde en betrouwbare begroting.[328] Deze rechtspraak wordt gerechtvaardigd onder verwijzing naar artikel 79 BVerfGG. Dit artikel weerspiegelt, aldus het BVerfG, een algemeen beginsel.[329] Bij haar totstandkoming is het belang van het individu bij effectieve handhaving van de grondwet afgewogen tegen het belang van rechtszekerheid en deze afweging is naar vaste rechtspraak van het BVerfG verenigbaar met de grondwet.[330]

In een groeiend aantal gevallen verbindt het BVerfG een termijn aan het declaratoir.[331] De toelaatbaarheid van zulke termijnen wordt soms in twijfel getrokken.[332] In de rechtspraktijk zijn zij echter gemeengoed. Het Hof 'verkoopt' hen onder verwijzing naar het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In het arrest *Kündigungsfristen* overweegt het:

> 'Ein (…) Schwebezustand kann seinerseits verfassungswidrig werden, wenn er zu lange andauert. Das Grundgesetz gewährleistet wirksamen Rechtsschutz auch in bürgerlich- rechtlichen Streitigkeiten (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfGE 74, 228 [234]). Eine Aussetzung von Gerichtsverfahren wegen einer verfassungswidrigen Rechts-

327 *Ibid.*

328 Vgl. BVerfG 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 153 (*Existenzminimum*), r.o. 105; BVerfG 22 juni 1995, *BVerfGE* 93, 121 (*Einheitswerte II*), r.o. 80; BVerfG 12 maart 1996, *BVerfGE* 94, 241 (*Kindererziehungszeiten*), r.o. 65.

329 BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (*Haftentschädigung*), r.o. 86. Zie ook Heyde 1984, p. 57-59; Hein 1988, p. 174.

330 Vgl. het in de vorige voetnoot genoemde arrest.

331 Het aantal gevallen is inmiddels talrijk. Zie voor een willekeurige selectie: BVerfG 24 juni 1986, *BVerfGE* 72, 330 (*Finanzausgleich I*), r.o. 261; BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 114; BVerfG 26 april 1994, *BVerfGE* 90, 263 (*Ehelichkeitsanfechtung*), r.o. 42; BVerfG 18 februari 2004, 1 BvR 193/97 (*Ehemalige Ehename*), r.o. 46; BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*), r.o. 162. Nader: Obermeier 1999, p. 144.

332 Zo bijvoorbeeld Hein 1988, p. 172-173.

> lage kann deswegen nur für eine begrenzte Zeit hingenommen werden. (…) Hier kann nicht länger als bis zum 30. Juni 1993 auf eine Neuregelung gewartet werden. Ein weiterer Aufschub wäre mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar'.[333]

De termijnen die het hof stelt variëren van anderhalf tot vier à vijf jaar.[334] Soms houdt de termijn verband met een financieel jaar (zoals het geval kan zijn in belastingzaken), soms met een bepaalde gebeurtenis (zoals bijvoorbeeld de volgende parlementsverkiezingen).[335] Bij het vaststellen van de termijn weegt het hof op pragmatische wijze de belangen van de klager af tegen de vermoedelijke complexiteit van het wetgevingsproces.[336] Het is het Hof er veel aan gelegen een realistische termijn te stellen en dat ligt voor de hand. Zoals we nog zullen zien, is de vraag wat het BVerfG te doen staat wanneer de termijn niet gehaald wordt, een lastige. Men geeft de wetgever daarom liever wat tijd te veel dan te weinig.

Noemt het BVerfG geen termijn, dan is de wetgever allerminst vrij de zaken op hun beloop te laten. Buiten de termijnen geldt een *quasi* 'algemene regeling': de wetgever dient *unverzüglich*, oftewel onverwijld aan de slag te gaan en zo spoedig mogelijk zorg dragen voor een nieuwe regeling.[337] Zij moet er binnen een redelijke termijn zijn. Wat daaronder moet worden verstaan hangt, net als wanneer het BVerfG zelf de termijn stelt, af van de omstandigheden waarin de klagers zich bevinden en van de complexiteit van het wetgevingsproces. Zoveel is zeker: het nalaten van het BVerfG een termijn te stellen moge wellicht een indicatie zijn dat het met de vereiste spoed wel meevalt, het is de wetgever niet toegestaan om de zaken op de lange baan te schuiven.[338]

Handhaving van wetgevingsplichten

Uit onderzoek naar de naleving van *Unvereinbarerklärungen* in het belastingrecht, werd in 1999 geconcludeerd dat de wetgever zulke verklaringen over het algemeen binnen afzienbare tijd uitvoerde.[339] Noemde het Hof een termijn, dan liep de wetgever niet harder dan strikt noodzakelijk: de termijnen werden volledig verbruikt. Zij werden echter zelden overschreden. Noemde het BVerfG géén termijn, dan volgde over het algemeen binnen afzienbare tijd

---

333 BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 114. Zie ook: BVerfG 27 november 1990, *BVerfGE* 83, 130 (*Josephine Mutzenbacher*), r.o. 81.

334 Blüggel 1998, p. 109-110.

335 *Ibid.*, p. 110. Het voorbeeld van de verkiezingen.: BVerfG 3 juli 2008, 2 BvC 1/07, 7/07 (*Zweitstimmen*), r.o. 144.

336 In de recente *Zweitstimmen*-uitspraak (voetnoot hiervoor) werd bijvoorbeeld uitgebreid ingegaan op de complexiteit van het wetgevingsproces in deze gevoelige kiesrechtzaak. Die complexiteit werd gezet tegenover het belang bij een zo grondwettelijk en fair mogelijke verkiezing van de leden van de Bondsdag (vgl. r.o. 141-144).

337 Heußner 1982, p. 258; Heyde 1984, p. 54; Hein 1988, p. 172-173; Choi 2002, p. 143.

338 BVerfG 8 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 100 (*Kinderzuschuß für Enkel*), r.o. 38.

339 Obermeier 1999, p. 144-145.

een reactie van de wetgever. In zoverre lijkt de *Unvereinbarerklärung* een effectief instituut. Op andere terreinen, zoals het arbeidsrecht, het kiesrecht en het personen- en familierecht, lijkt de situatie minder rooskleurig. Toen het Hof de federale kieswet in 2008 ongrondwettig verklaarde, en het de wetgever tot 30 juni 2011 de tijd gaf om daar iets aan te doen, diende men het wetsvoorstel op 28 juni 2011 in: twee dagen voor het aflopen van de termijn.[340] En in een kwestie over verschillen in opzegtermijnen in het arbeidsrecht uit 1982, diende de regering zelfs geen wetsvoorstel in, eerst omdat men het 'niet nodig' vond, later omdat het te gevoelig zou liggen.[341]

In zulke gevallen rijst de vraag of de termijnen van het BVerfG af te dwingen zijn. Wat te doen als de wetgever zich inderdaad oostindisch doof houdt? Laat de wetgever het er bij zitten dan zullen de meeste klagers als eerste arriveren bij de reguliere rechter. Hun procedures bij die rechter zijn immers opgeschort. Deze heeft dan te beslissen of hij de kwestie wederom voorlegt aan het BVerfG, of dat hij de kwestie zelf kan afdoen.

Sommige auteurs menen dat dit laatste, onder omstandigheden, kan. Zij menen dat het uitblijven van wetswijziging alsnog de nietigheid van het voorschrift met zich brengt.[342] Het maakt in zo'n geval uit of het BVerfG een termijn aan de eerdere *Unvereinbarerklärung* verbond. Is dat het geval, dan wordt wel verdedigd dat met het verstrijken van de termijn, ook de beperking van de nietigheid 'verloopt'. De norm is dan *ipso iure* nietig en de reguliere rechter kan het geschil, met voorbijgaan aan de ongrondwettige norm, beslechten.[343] Is geen sprake van een termijn, dan moeten de *Fachgerichte* de kwestie opnieuw voorleggen aan het BVerfG.[344]

In beide gevallen doet zich echter een probleem voor. Men mag aannemen dat het Hof in eerste instantie niet voor niets heeft afgezien de nietigheid uit te spreken. Zoals we zagen doet het BVerfG dat in twee gevallen: als er verschillende grondwetsconforme oplossingen denkbaar zijn, of als de nietigheid van de norm een situatie in het leven zou roepen die zich, bij gelijkblijvende omstandigheden, nóg slechter met het GG zou verdragen dan de schending zelf. Die situatie zal met het verlopen van de termijn niet zijn veranderd. Kan de rechter dan eigenlijk wel ingrijpen?

Ja, aldus het *Bundesarbeitsgericht* (BAG) in 1985.[345] De hoogste rechter in arbeidsrechtelijke geschillen meende dat normaal gesproken van rechtsvorming diende te worden afgezien wanneer de wetgever diverse opties had om

340 BVerfG 3 juli 2008, *BVerfGE* 121, 226 (*Zweitstimmen*). Zie tevens: *BT-Drucks.* 17/6290, van 28 juni 2011.

341 BVerfG 16 november 1982, *BVerfGE* 62, 256 (*Arbeiter/Angestellte*), en het 'antwoord' van de regering in *BTag* 10/255.

342 Maunz 1980, p. 518; Schlaich 1985, p. 78 (die daarover in de derde druk van het boek in 1994 anders dacht). Recenter: Choi 2002, p. 143-144.

343 Graßhof 2003, p. 173.

344 *Ibid.*, p. 174. Tevens: Sachs 1982b, p. 657, 659.

345 BAG 28 februari 1985, 2 AZR 403/83.

aan de onverenigbaarheid een einde te maken. Wanneer de wetgever te lang zou wachten, zo waarschuwde het, zou echter de rechtszekerheid in het geding komen. Dat kon de plicht tot terughoudendheid doorbreken.[346]

In 1990 sluit het BVerfG zich bij deze lijn aan.[347] Zoals gezegd hhet ad al in 1982 bepaald dat een regeling over opzegtermijnen ongrondwettig was.[348] In 1990 is daar nog niets aan gebeurd. Het kabinet had aan de Bondsdag laten weten dat men een nieuwe regeling niet noodzakelijk vond.[349] Voor het BVerfG neemt men een ander standpunt in. Nu verklaart de regering dat de kwestie politiek gevoelig ligt en tijdrovend is.[350] Het Hof verklaart de regeling opnieuw onverenigbaar, noemt deze keer een termijn waarbinnen de regeling moet worden aangepast en roept de *Fachgerichte* hernieuwd op lopende zaken aan te houden. Maar, zegt het BVerfG erbij:

> 'Ein solcher Schwebezustand kann seinerseits verfassungswidrig werden, wenn er zu lange andauert. Das Grundgesetz gewährleistet wirksamen Rechtsschutz auch in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfGE 74, 228 [234]). Eine Aussetzung von Gerichtsverfahren wegen einer verfassungswidrigen Rechtslage kann deswegen nur für eine begrenzte Zeit hingenommen werden. Bereinigt der Gesetzgeber den Verfassungsverstoß nicht in angemessener Frist, dann müssen die Gerichte, wollen sie nicht selbst verfassungswidrig handeln, die bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten fortführen und verfassungskonform entscheiden'.[351]

Deze overweging moet zó worden opgevat, dat de termijnoverschrijding door de wetgever een zelfstandige schending van de grondwet oplevert. De rechter kan aan deze schending een eind maken door zelf in de kwestie te voorzien. Daaruit volgt dat hij dit dan ook mag.[352]

Die koers is in latere jaren bestendigd. In 1998 bijvoorbeeld, preludeert het BVerfG zelfs al meteen op de mogelijkheid dat de wetgever de gestelde termijn laat overschrijden. In een arrest over een regeling die omroepen verplicht tot kosteloze berichtgeving, overweegt het Hof:

> 'Die partielle Unvereinbarkeit (…) führt nicht zur Nichtigkeit der Regelung. (…) Für die Korrektur der Vorschrift ist dem Gesetzgeber ein Zeitraum von fünf Jahren ab Verkündung des Urteils zuzubilligen. Diese Spanne erscheint wegen des langwierigen Gesetzgebungsprozesses nötig. (…) Sollte es innerhalb der Frist nicht zu einer Neuregelung kommen, können die Gerichte Streitigkeiten über die Höhe des

346 *Ibid*, §3 onder c. De koers werd kort daarvoor reeds bepleit door Sachs 1982b, p. 659.
347 BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 111-115.
348 BVerfG 16 november 1982, *BVerfGE* 62, 256 (*Arbeiter/Angestellte*).
349 Zie *BTag* 10/255.
350 Vgl. BVerfG 16 november 1982, *BVerfGE* 62, 256 (*Arbeiter/Angestellte*) r.o. 54-55.
351 Zie r.o. 13.
352 Zie bijv. Dietz 2011, p. 224-225.

> Entgelts für die Kurzberichterstattung nach Maßgabe der in den Gründen dargelegten Gesichtspunkte entscheiden'.[353]

Er zijn auteurs die ervoor pleiten dat het BVerfG zulke gevallen niet aan de reguliere rechter overlaat, maar zelf een tijdelijke regeling uitvaardigt.[354] Artikel 35 BVerfGG, waaraan het Hof de bevoegdheid ontleent om te bepalen hoe zijn arresten worden nageleefd, zou daarvoor een grondslag bieden. Soms pakt het BVerfG het inderdaad zo aan.[355] Over het algemeen prefereert hij echter dat de reguliere rechter het voortouw neemt.[356] Dat is, gelet op de specifieke deskundigheid van de reguliere rechter ook wel voorstelbaar. Het Hof toetst dan, over de band van artikel 20 lid 3 GG, marginaal of de rechtsvorming van de reguliere rechter binnen aanvaardbare grenzen blijft.

Of de regeling nu van het BVerfG of van de reguliere rechter komt, zulke rechtspraak vindt bij sommige auteurs geen genade.[357] Zij wijzen daarbij op de ratio van de *Unvereinbarerklärung*. Als de reguliere rechter noch het BVerfG de kwestie in eerste instantie konden oplossen, waar halen zij dan de bevoegdheid vandaan om dat op een later tijdstip wél te doen?[358] Volgens zulke auteurs is de rechter geen 'wetgever-plaatsvervanger' en wordt hij dat ook niet. Men moet echter in het oog houden dat deze auteurs over het algemeen een bijzondere opvatting over de toelaatbaarheid van de *Unvereinbarerklärung* als zodanig hebben. Zij menen dat daarvan uitsluitend sprake kan zijn bij schendingen van het gelijkheidsbeginsel omdat er in zo'n geval niet één ongrondwettig voorschrift is dat nietig kan worden verklaard. Dan rest er niets anders dan het declaratoir. Al wacht men tot Sint Juttemis, die omstandigheid zal niet zijn veranderd.[359] Afgezien van het toekennen van schadevergoeding kunnen constitutionele en reguliere rechter, in die optiek, niets anders doen dan afwachten.[360] Het merendeel van de literatuur wijst deze opvatting echter van de hand.[361] Op de rechtspraak heeft zij evenmin invloed gehad.

---

353 BVerfG 17 februari 1998, *BVerfGE* 97, 228 (*Kurzberichterstattung*). Zie ook BVerfG 10 november 1998, *BVerfGE* 99, 216 (*Familienlastenausgleich II*), waarin het Hof zélf een regeling vaststelde voor het geval de wetgever in gebreke zou blijven.

354 Vgl. Pohle 1979, p. 162-163.

355 Zie bijv. BVerfG 1 juli 1998, *BVerfGE* 98, 169 (*Arbeitspflicht*).

356 Sachs 1982b, p. 659.

357 Hein 1988, p. 178; Korioth in: Schlaich & Korioth 2007, p. 239; Kreutzberger 2007, p. 165.

358 Een soortgelijk argument is in de Nederlandse context opgeworpen door Bovend'Eert (2009). Zie par. 4.3.3.2.

359 Korioth in: Schlaich & Korioth 2007, p. 239. Opvallend is dat de oorspronkelijke auteur van dit handboek, Klaus Schlaich, er in een eerdere druk (1985, p. 78) anders over dacht. Wellicht dat Schlaich zich heeft laten overtuigen door het betoog van zijn eigen promovendus, Peter Hein (vgl. Hein 1988, p. 179).

360 Die schadevergoeding lijkt mij overigens een wassen neus. Zie daarvoor par. 8.4.4.

361 Vgl. Graßhof 2003, p. 174.

8.4.2.4 De rechtsgevolgen samengevat

De *Unvereinbarerklärung* heeft niet tot gevolg dat het inconstitutionele voorschrift zijn gelding verliest. Het voorschrift mag door rechter en bestuur echter niet meer worden toegepast. Dat laat overigens onverlet dat het BVerfG bij wijze van overgangsregeling wél de tijdelijke toepasbaarheid van de norm kan bevelen. Over die bevoegdheid gaat het in paragraaf 8.4.3.

Naast de niet-toepasbaarheid van het voorschrift, heeft de *Unvereinbarerklärung* tot gevolg dat de reguliere rechter alle reeds lopende procedures waarin het voorschrift relevant is, dient aan te houden totdat een nieuwe regeling van kracht is. Op deze opschortplicht maakt het Hof soms een uitzondering. Dat doet het als opschorten nadelige gevolgen voor de klager heeft, of als de procedure onaanvaardbaar lang gaat duren.

Voor de wetgever brengt de *Unvereinbarerklärung* de plicht met zich, om voor wijzigingswetgeving te zorgen. Als hoofdregel geldt dat die wetgeving terugwerkende kracht heeft tot het moment van de uitspraak van het BVerfG. Daarnaast kan de wetgever, onder omstandigheden, verplicht zijn een redelijke oplossing te vinden voor diegenen die nog vóór de uitspraak schade hebben geleden. In uitzonderlijke omstandigheden kan de wetgever zich beperken tot een zuiver prospectieve regeling. Dat is het geval als het voorzien in rechtsherstel zinloos of uiterst moeilijk is, of als dit onevenredige schade toebrengt aan grondwettelijk erkende belangen.

Het BVerfG verbindt geregeld een termijn aan de onverenigbaarverklaring. Doet het dat niet dan is de wetgever verplicht om binnen afzienbare tijd voor wetgeving te zorgen. Dat lukt niet altijd. Laat de wetgever te lang op zich wachten, dan draagt het BVerfG de reguliere rechter doorgaans op een grondwetsconforme oplossing te vinden. Deze koers van het Hof rechtvaardigt het Hof met een beroep op het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

8.4.2.5 Kritiek

Zowel het verschijnsel van de *Unvereinbarerklärung* zélf, als de toepassing ervan door het BVerfG zijn omstreden. De kritiek richt zich op twee punten: de rechtsbescherming van justitiabelen, en de gretigheid waarmee het BVerfG de onverenigbaarverklaring inzet.

Verklaart het BVerfG een voorschrift onverenigbaar, dan wordt – zoals we zagen – de procedure aangehouden totdat de wetgever zich over de kwestie heeft gebogen. De gedachte hierachter is uiteraard, dat de klager dan kan profiteren van een wetswijziging die mogelijkerwijs ook voor hém gunstig uitpakt. Toch vindt niet iedereen dat de klager daar veel mee opschiet. Sachs wijst er bijvoorbeeld op dat de klager, die normaal gesproken al een lange

procedure heeft doorlopen, opnieuw om geduld wordt gevraagd.[362] Deze is er niet zeker van dat het met zijn vordering uiteindelijk goed komt, met alle gevolgen van dien voor de rechtszekerheid.[363] Het belangrijkste is echter, aldus Sachs, dat de verantwoordelijkheid om de schending op te heffen wordt gelegd bij een politiek orgaan dat allerminst homogeen is. Blijft de wetgever in gebreke, dan hoeft dit nog geen onwil of halsstarrigheid van de wetgever te betekenen:

> 'Bundestag und Bundesrat können je für sich verfassungskonforme, aber voneinander verschiedene Gesetzgebungspläne verfolgen; gleichwohl kann eine Einigung auf eine bestimmte der möglichen verfassungsgemäßigen Lösungen scheitern. Dasselbe gilt – je nach der politischen Konstellation – für die Mehrheitsbildung in diesen Verfassungsorganen. (…)
>
> Durch die Praxis der Unvereinbarerklärungen begründet das *BVerfG* ohne Not immer wieder Pflichten des "Gesetzgebers", denen dieser aufgrund seiner Struktur allenfalls zufällig nachkommen kann'.[364]

Het is in dat licht volgens Sachs nog helemaal zo gek niet dat het niet de politiek maar de rechter is, die voor de oplossing zorgdraagt door de norm nietig te verklaren:

> '(…) denn hierdurch wird die als Rechtsfolge festgestellter Verfassungswidrigkeit auszusprechende Beseitigung des Verfassungsverstoßes von der Fähigkeit der politischen Kräfte zum Kompromiss freigestellt'.[365]

Het lot van de klager dient, kortom, volgens Sachs, niet afhankelijk te worden gemaakt van de twijfelachtige kans dat politieke partijen op een compromis uitkomen. Het uitblijven van zo'n compromis is bovendien onnodig schadelijk voor het gezag van het BVerfG, dat immers geen middel heeft om de wetgever te dwingen het *quasi*-wetgevingsbevel na te komen.[366]

Ook op het brede toepassingsbereik is kritiek gekomen. Die kritiek hangt samen met de gebrekkige grondslag van de *Unvereinbarerklärung*. Zoals gezegd is zij niet wettelijk geregeld. Weliswaar wordt in de artikelen 31 lid 2 en 79 lid 1 BVerfGG van haar gewag gemaakt, maar vrij algemeen wordt, op basis van de parlementaire geschiedenis, aangenomen dat dat geen grondslag is.[367] Nu nietigheid de hoofdregel is, kan de 'blote' onverenigbaarverklaring alleen

362 Sachs 2004, p. 60.
363 Sachs 1982a, p. 30.
364 Sachs 1982b, p. 661.
365 *Ibid.*
366 *Ibid.*
367 Blüggel 1998, p. 16.

als praktisch noodzakelijke uitzondering gelegitimeerd zijn. Het probleem is dat juist op dat punt, de opvattingen nogal uiteen gaan.

Aan de ene kant van het spectrum vinden we het handboek van Schlaich en Korioth. Daarin wordt de opvatting verdedigd dat de onverenigbaarverklaring onlosmakelijk verbonden is met de bijzondere aard van het gelijkheidsbeginsel.[368] Het bijzondere is in zo'n geval dat de schending van de grondwet niet het gevolg is van een ongrondwettig voorschrift, maar van de combinatie van twee voorschriften die als zodanig grondwettig zijn. Als de wetgever een subsidieregeling in het leven roept voor vrouwen om altvioollessen te financieren, en voor mannen niet, dan is geen van beide voorschriften *als zodanig* in strijd met het *Grundgesetz*. De wetgever mag vrouwen recht geven op een subsidie. Omgekeerd is hij niet verplicht om mannen subsidie te geven. Onrechtmatig is alleen de combinatie van beide rechtmatige normen.[369] Volgens de leer van de *ipso iure* nietigheid is een ongrondwettig *voorschrift* nietig. Volgens een belangrijke stroming in de literatuur is het daarom onmogelijk voor het BVerfG om discriminerende wetgeving nietig te verklaren.[370] Dat is geen kwestie van rechterlijke terughoudendheid, maar van bevoegdheid.[371] Uitbreiding van *Unvereinbarerklärung* naar een algemener criterium zoals de beleidsvrijheid van de wetgever of de maatschappelijke gevolgen van de uitspraak, worden door zulke auteurs resoluut afgewezen.[372]

Deze 'theorie van de *Verfassungswidrige Normenrelation*' is hard aangevallen, onder meer door Graßhof. Deze merkt op dat een norm alleen grondwettig of ongrondwettig kan zijn. Het feit dat de norm in strijd is met een grondwettelijke bepaling die niet specifiek een bepaalde inhoud voorschrijft of verbiedt, doet daar niets aan af. Ook de context maakt de norm zélf inconstitutioneel:

> 'Wenn Hein formuliert "Jede der beiden Normen [die einen Gleichheitsverstoß konstituieren] wäre für sich gesehen verfassungsgemäß, wenn es die andere nicht gäbe", so ist die Wahl des Konjunktivs bezeichnend: Gäbe es die jeweils andere Norm nicht, gälte also eine der beiden Normen für alle relevanten Fälle, wäre diese Norm tatsächlich nicht verfassungswidrig. Jedoch gilt die Norm eben nicht für alle relevante Fälle, sondern nur für einen Teil und verstoßt daher gegen den Gleichheitssatz'.[373]

368 Schlaich & Korioth 2007, p. 229-231 en 233.
369 Ipsen 1980, p. 109, noemt dat een *verfassungswidrige Normenrelation*.
370 Maurer 1974, p. 344-345; Ipsen 1980, p. 215; Hein 1988, p. 114-122; Schlaich & Korioth 2007, p. 228; Dietz 2011, p. 171. Deze stroming ligt echter ook stevig onder vuur. Anders namelijk: Moench 1977, p. 140; Pohle 1979, p. 72; Hartmann 1997, p. 1269; Blüggel 1998, p. 159-161; Graßhof 2005, p. 974-977.
371 Schlaich & Korioth 2007, p. 228.
372 Schlaich & Korioth 2007, p. 229-231 en 233; Dietz 2011, p. 171.
373 Graßhof 2003, p. 110-111.

Het is, aldus Graßhof, ook niet zo dat een regeling die in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, niet nietig kan zijn. Is de strijd gelegen in een combinatie van twee voorschriften, dan zijn beide voorschriften in beginsel nietig.[374] De ware reden achter de *Unvereinbarerklärung* is voor auteurs als Graßhof dan ook niet dogmatisch van aard, maar institutioneel. Het Hof voorkomt ermee dat het '*eine irreversiblen Rechtslage*' schept, waarmee de wetgever feitelijk voor het blok wordt gezet.[375]

Geheel aan de andere kant van het spectrum, tot slot, staat Blüggel. De argumentatie van Graßhof is in wezen dezelfde als die van Blüggel, maar de laatste is scherper in zijn afwijzing van de *Unvereinbarerklärung*. Ook voor Blüggel is zij geen kwestie van de onmogelijkheid van nietigheid, maar daaruit trekt Blüggel de conclusie dat het abstineren van de rechter bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel ook niet is toegestaan.[376] Wel acht hij het aanvaardbaar als het BVerfG nietigheid achterwege laat omdat dit anders een situatie in het leven zou roepen die zo mogelijk nóg inconstitutioneler is dan de geconstateerde schending. Gaat het om een keuze tussen twee kwaden, dan is het Hof bevoegd voor de minst vergaande inbreuk te kiezen.[377]

Tot slot. Zoveel is duidelijk: in de literatuur is de onverenigbaarverklaring een splijtzwam. Over de grondslag, noch over het correcte toepassingsbereik is men het eens. Zelfs over de koers van het BVerfG wordt getwist.[378] Deze broedertwist kan echter met een korrel zout genomen worden. Doorgaans kenmerkt de literatuur zich nameljk door een zekere berusting. De *Unvereinbarerklärung* is na een kleine vijftig jaar wel zo'n beetje ingeburgerd. Zij is niet meer weg te denken uit de Duitse constitutionele rechtspraak. Een wezenlijk alternatief ontbreekt bovendien. Aan de gedeeltelijke nietigheid en de grondwetsconforme interpretatie zijn allebei bezwaren verbonden en zij kennen ook zo hun grenzen. De onverenigbaarverklaring is er dus, *and it's there to stay*.

8.4.2.6 Resumerend

Als variant op de wettelijk en dogmatisch voorgeschreven nietigheid heeft zich in de vroege rechtspraak de verklaring van onverenigbaarheid ontwikkeld. Volgens de meeste schattingen komt deze uitspraakvariant inmiddels ongeveer even vaak voor als het nietigheidsoordeel. Toch heeft ze nog altijd geen wettelijke basis. Ze heeft zich ontwikkeld uit de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel.

---

374 *Ibid.*, p. 117.Zo ook: Sachs 1982b, p. 661. Pohle 1979, p. 82 meent daarentegen dat het belang van de klager en van derden zich tegen nietigheid van de begunstigende maatregel verzet.

375 Graßhof 2003, p. 152.

376 Blüggel 1998, p. 153-161.

377 Blüggel 1998, p. 188-190.

378 Zo menen Schlaich & Korioth 2007, p. 229, dat het BVerfG is teruggekeerd van zijn dwaalwegen, en weer is teruggekeerd naar de klassieke inzet van de onverenigbaarverklaring bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Andere auteurs nemen dat, terecht, niet voor hun rekening. Zie het meest recent: Dietz 2011, p. 63-64.

Aanvankelijk werd ze gemotiveerd met een beroep op de onmogelijkheid om een *Normenrelation* nietig te verklaren. In latere zaken vergrootte het Hof de reikwijdte van de onverenigbaarverklaring naar gevallen waarin de wetgever over beleidsvrijheid beschikte om een grondwetsconforme oplossing te bewerkstelligen, en waarin nietigheid zou leiden tot een nieuwe schending van een grondwettelijk erkend belang. Een deel van de literatuur verwerpt de laatste twee categorieën, een ander deel juist de eerste twee. Komt het Hof tot een zuivere onverenigbaarverklaring, dan behoudt het voorschrift zijn geldigheid maar kan het niet meer toegepast worden door rechter en bestuur. De behandeling van zaken die op het moment van de uitspraak van het BVerfG aanhangig zijn moet dan worden opgeschort totdat de wetgever wijzigingswetgeving heeft geïnitieerd. De wetgever is daartoe volgens het Hof en de doctrine verplicht. Soms stelt het BVerfG daartoe een termijn. Doet het dat niet, dan dient de wetgever binnen een redelijke termijn in actie te komen. Gebeurt dat niet, dan machtigt het BVerfG de reguliere rechter doorgaans, om zelf in een grondwetsconforme oplossing van het voorliggende geschil te voorzien.

Ik heb het tot dusver gehad over de *Unvereinbarerklärung* in haar zuivere vorm. Met name de gevallen waarin het Hof zich tot zo'n verklaring beperkt vanwege de maatschappelijke gevolgen, gaan doorgaans gepaard met tijdelijke toepasbaarheid van het voorschrift. Het wijkt dan af van de regel dat een ongrondwettig voorschrift niet kan worden toegepast. Op die gevallen ga ik nu in.

8.4.3 Tijdelijke regelingen

Verklaart het BVerfG een voorschrift nietig of *bloß unvereinbar*, dan kan het in beide gevallen niet meer door rechter en bestuur worden toegepast. Het verschil is dat zo'n voorschrift in dat tweede geval wél zijn geldigheid behoudt en dat de behandeling van lopende zaken en aanvragen wordt opgeschort. Niet-toepassing kan echter tot aanzienlijke problemen leiden. Men denke aan een regeling die de bevoegdheid om de geneeskunde te beoefenen reguleert. Zou zo'n regeling niet mogen worden toegepast, dan leidt dat ófwel tot een tekort aan medici, ófwel tot een verontrustende hausse in abonnementen op de *Arts & Auto*.

Het BVerfG onderkent deze bedreiging. In de vorige paragraaf kwam het zogenaamde 'nationaliteitenarrest' al even ter sprake.[379] De regel dat kinderen met alleen een Duitse vader wél, en kinderen met alleen een Duitse moeder níet de Duitse nationaliteit verwierven, was '*bloß unvereinbar*' met artikel 3 lid 2 GG. Volgens de hoofdregel kan de regeling dan niet meer worden toege-

379 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*).

past.[380] Voor beide groepen kinderen geldt echter dat zij, en hun ouders, geregeld belang hebben bij snelle duidelijkheid over hun nationaliteit. Het BVerfG verklaart de norm in zo'n geval niet alleen nietig of *bloß unvereinbar*, maar voorziet ook in een noodverband: een eigen regeling die geldt totdat de wetgever heeft voorzien in het vacuüm dat met de uitspraak ontstaat. Dergelijke regelingen zijn tijdelijk, al kunnen zij bij gelegenheid langer dan een jaar blijven gelden.[381] Zij worden door het BVerfG gebaseerd op artikel 35 BVerfGG.[382] Dit voorschrift luidt zo:

> 'Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln'.

Deze basis voor de hierna te bespreken rechtersregelingen is twijfelachtig. De meeste auteurs gaan er niet van uit dat zulke regelingen kunnen worden opgevat als aanwijzingen hoe de arresten van het BVerfG moeten worden 'uitgevoerd' (*vollstreckt*).[383] De parlementaire geschiedenis wijst ook niet in die richting.[384] Het Hof stelt in de regel immers slechts de nietigheid of de 'blote' onverenigbaarheid vast. Dat zijn allebei varianten van een declaratoir. Zo'n declaratoir laat zich niet goed 'uitvoeren'. Volgens sommige auteurs is zo'n opvatting echter te beperkt. Artikel 35 BVerfGG geeft volgens hen uitdrukking aan een principiële gedachte, namelijk dat het BVerfG een bijzondere verantwoordelijkheid heeft bij de bescherming van grondrechten. Zo merken Benda en Klein op:

> 'Die Rechtfertigung [van overgangsregelingen, JU] folgt vielmehr aus dem generellen Gesichtspunkt der Entscheidungsverantwortlichkeit des BVerfG. Die Entscheidung ergeht im Blick auf die Klärung einer verfassungsrechtlich umstrittenen Frage, die die Basis eines verfassungsmässigen Zustandes herstellen helfen soll. (…) Die übergangsweise Regelung, deren zeitlichen Daeuer zu begrenzen ganz in der Hand

380 Vgl. bijv. BVerfG 14 juli 1986, *BVerfGE* 73, 40 (*Parteispenden-Urteil*), r.o. 198. Voorts BVerfG 31 januari 1996, *BVerfGE* 93, 386 (*Auslandszuschlag*), r.o. 52, en het veelbesproken *Kleingarten*-arrest (BVerfG 23 sep. 1992, *BVerfGE* 87, 114), r.o. 83. Een recent voorbeeld waarin het hof uitdrukkelijk sprak van een uitzondering, die het vervolgens niet wilde aannemen betreft: BVerfG 29 januari 2003, *BVerfGE* 107, 150 (*Sorgeerklärungen*), r.o. 95.

381 Zo duurde het ruim een jaar tot de wetgever de tijdelijke regeling omtrent abortus verving die het hof in zijn eerste Abortusarrest (BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 37, 1) had geformuleerd. Pas vanaf 18 mei 1976 trad de wijzigingswet in werking (*BGBl.* I [1976], p. 1213).

382 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*), r.o. 204; BVerfG 13 april 1978, *BVerfGE* 48, 127 (*Wehrpflichtnovelle*); BVerfG 5 december 1995, *BVerfGE* 93, 362 (*Postulationsfähigkeit*); BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*), r.o. 167.

383 Kritisch zijn bijv. Ipsen 1980, p. 239; Pestalozza 1991, p. 26-267; Sachs 2004, p. 168; Schlaich & Korioth 2007, p. 263-264; Sillen 2010, p. 204. Wel positief: Benda & Klein 2001, p. 559, en Graßhof 2003, p. 292-293.

384 Zie Sillen 2010, p. 203-204.

> des Gesetzgebers liegt, greift zwar in dessen Kompetenz ein, ist aber aus der Rolle des BVerfG gerechtfertigt, das mit der letzten Autorität auch die letzte Verantwortung trägt'.[385]

Hoewel een legimatie als deze, waar een eindverantwoordelijkheid wordt geclaimd en ingezet als basis voor een bevoegdheid, als zodanig wel wat wankel is, lijkt mij dat zulke auteurs de verhoudingen wel beter aanvoelen dan de scherpslijpers die van een bevoegdheid tot het uitvaardigen van tijdelijke regelingen niet willen weten. Het feit dat de wetgever artikel 35 BVerfGG niet bedoeld heeft als basis voor toepassingsgeboden of overgangsregelingen, kan intussen niet verhullen dat zowel de wetgever als het bestuur, dat de regelingen immers moeten naleven, daarvan nooit een serieus probleem hebben gemaakt. Dat kan iets te maken hebben met de wijze waarop het Hof de regelingen vormgeeft, namelijk als een compromis tussen effectieve rechtsbescherming en het algemeen belang. Dat maakt nieuwsgierig naar de inhoud van zulke regelingen. Waaruit bestaan zij?

De overgangsregelingen van het Hof zijn in twee categorieën op te delen. Verreweg de meeste overgangsregelingen bestaan er in, dat het BverG de ongrondwettig verklaarde regeling tijdelijk toepasbaar verklaart. Daarnaast formuleert het Hof soms een eigen regeling die in combinatie, of in plaats van, de tijdelijk toepasbare norm te gelden heeft. Ik loop beide varianten na.

8.4.3.1 Tijdelijke toepasbaarheid

De gevallen waarin het BVerfG de tijdelijke toepasbaarheid van een ongrondwettig verklaard voorschrift beveelt zijn, in de Nederlandstalige context, onlangs helder beschreven door Sillen.[386] Hij wijst in dat verband op het arrest *Hartz-IV* uit 2007, waarin het Hof opsomt in welke gevallen tot tijdelijke toepasbaarheid wordt besloten.[387]

> 'Die bloße Unvereinbarerklärung, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung, kommt (…) als Rechtsfolge dann in Betracht, wenn es aus verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbar ist, eine verfassungswidrige Vorschrift für eine Übergangszeit fortbestehen zu lassen, damit

385 Benda & Klein 2001, p. 559.

386 Sillen 2010, p. 204-221. Een noot terzijde. Sillen beschouwt de tijdelijke toepasbaarheid van het voorschrift als een variant van de *Unvereinbarerklärung*. Ik kies zelf voor een andere categorisering. Volgens mij is sprake van twee verschillende uitspraakbevoegdheden (voor zover van 'bevoegdheden' kan worden gesproken, zie daarover kritisch: Sillen 2010, p. 202-204). Het bevel tot tijdelijke toepasbaarheid op de voet van art. 35 BVerfGG, staat n.m.m. los van de gevolgen van de *Unvereinbarerklärung*. Het wordt ook ingezet wanneer nietigheid aan de orde (en problematisch) is. Zie Graßhof 2003, p. 179-189. Anders overigens: Dietz 2011, p. 67 e.v.

387 BVerfG 20 december 2007, *BVerfGE* 119, 331 (*Hartz-IV*).

> in dieser Zeit nicht ein Zustand besteht, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige (…). Neben den Grundrechten (…) wird vor allem das Rechtsstaatsprinzip in der Ausprägung des Prinzips der Rechtssicherheit (…) als ein Rechtsgut anerkannt, zu dessen Schutz die befristete Weitergeltung einer nicht verfassungskonformen Regelung gerechtfertigt und geboten sein kann. Dieses ist dann betroffen, wenn mit der Nichtigerklärung der angegriffenen Regelung ein rechtliches Vakuum aufträte und sowohl bei den Behörden als auch bei den Rechtsunterworfenen Unsicherheit über die Rechtslage entstünde (…). Die Feststellung der Unvereinbarkeit einer Rechtslage mit dem Grundgesetz darf auch nicht dazu führen, dass der Verwaltung zeitweilig die Erfüllung verfassungsrechtlicher Pflichtaufgaben mangels hinreichender gesetzlicher Grundlage unmöglich gemacht wird (…); dies gilt auch für die tatsächliche Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben'.[388]

De tijdelijke toepasbaarheid van een ongrondwettig voorschrift ligt volgens het Hof dus voor de hand als het buiten toepassing laten zou leiden tot een situatie die zich nóg minder met het grondwettelijk systeem laat verenigen dan de ongrondwettigheid zélf. Drie situaties komen in dat verband naar voren. Zo'n situatie kan, ten eerste, een (ander) grondrecht bedreigen, ten tweede in strijd komen met een rechtsbeginsel zoals de rechtszekerheid, en ten derde de effectieve uitoefening van het overheidsbestuur onmogelijk maken.

Van de eerste categorie, een dreigende inbreuk op een grondrecht, was sprake in het arrest *Kurzberichterstattung*.[389] In dit arrest ging het (onder meer) om het *WDR-Gesetz*, dat veilig stelde dat radio en televisie kostenloos konden berichten over 'Veranstaltungen und Ereignisse, die öffentlich zugänglich und von allgemeinem Informationsinteresse sind'. Met de regeling werd beoogd informatiemonopolies van bepaalde zenders tegen te gaan, zodat over openbare gelegenheden in elk geval een minimum aan berichtgeving kon worden gegarandeerd. Voor gelegenheden, zoals voetbalwedstrijden, waar het ging om beroepsuitoefening, zag het BVerfG echter een schending van de beroepsvrijheid. Het verklaarde de regeling in zoverre *unvereinbar* met het GG. Zij kon nog vijf jaar worden toegepast. Met het wegvallen van de regeling zou immers de, in artikel 5 GG neergelegde, vrije nieuwsgaring in de knel komen:

> 'Das ergibt sich daraus, daß die Rechtslage beim vorübergehenden Fehlen eines Kurzberichterstattungsrechts hinsichtlich berufsmäßig durchgeführter Veranstaltungen den verfassungsrechtlichen Leitvorstellungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ferner stünde als bei der befristeten Fortgeltung der jetzigen, im Kern verfassungsmäßigen Regelung'.[390]

388 *Ibid.*, r.o. 204.
389 BVerfG 17 februari 1998, *BVerfGE* 97, 228 (*Kurzberichterstattung*). Klassiek is ook: BVerfG 27 november 1990, *BVerfGE* 83, 130 (*Josephine Mutzenbacher*), r.o. 81.
390 *Ibid.*, r.o. 158.

Als voorbeeld van de tweede categorie, de rechtszekerheid, kan een zeer recent arrest dienen. Net als zijn Nederlandse evenknie, kent de Duitse belastingdienst het verschijnsel van de 'fiscale partners'. Dat zijn geen vennoten bij Ernst & Young, maar belastingplichtigen die samenwonen en hun inkomsten en aftrekposten mogen 'poolen'. Anders dan in Nederland echter, moet men in Duitsland getrouwd zijn om 'fiscale partner' te kunnen zijn.[391] In mei 2013 verklaart het BVerfG de regeling ongrondwettig voor zover geregistreerd partners ervan zijn uitgesloten.[392] Omdat het gaat om een schending van het gelijkheidsbeginsel, kiest het Hof ervoor de regeling *unvereinbar* te verklaren. Opvallend is overigens, dat het Hof expliciet opmerkt dat de klager bij nietigheid geen baat zou hebben gehad.[393] Ten aanzien van de toepasbaarheid van de regeling merkt het op:

> 'Werden Normen mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärt, hat dies grundsätzlich zur Folge, dass Gerichte und Verwaltungsbehörden diese im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit nicht mehr anwenden dürfen und laufende Verfahren auszusetzen sind (…). Um zu vermeiden, dass bei den betroffenen Steuerpflichtigen wie bei den Behörden in der Zeit bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber Unsicherheit über die Rechtslage herrscht, ist es geboten, eine Übergangsregelung zu treffen (…), die sich möglichst weitgehend an das Regelungskonzept des Gesetzgebers anlehnt und damit vermeidet, dass übergangsweise ein dem Willen des Gesetzgebers offensichtlich besonders fernstehender Rechtszustand eintritt (…). § 26, 26b, 32a Abs. 5 EStG bleiben bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung, die der Gesetzgeber unverzüglich zu treffen hat, anwendbar mit der Maßgabe, dass auch eingetragene Lebenspartner, deren Veranlagungen noch nicht bestandskräftig durchgeführt sind, mit Wirkung ab dem 1. August 2001 unter den für Ehegatten geltenden Voraussetzungen eine Zusammenveranlagung und die Anwendung des Splittingverfahrens beanspruchen können'.[394]

Het Hof wijst er dus op dat belastingplichtigen en de autoriteiten in onzekerheid komen te verkeren wanneer de regeling tijdelijk niet kan worden toegepast. Of het hier zozeer om rechtsonzekerheid ging, danwel om de inschatting van het Hof, dat de wetgever de regeling uiteindelijk ook naar geregistreerd partners zal uitbreiden en het discontinuïteit voor de gehuwden wil voorkomen, dat staat te bezien. Met de knagende onzekerheid van de *Behörden* zal het, meen ik, wel meevallen. Ook het belang van de belastingplichtigen bij het handhaven van de regeling is relatief bescheiden. Het ligt eerder voor de hand aan te nemen dat het Hof derden (gehuwden) niet een voordeel wil ontzeggen als dat niet écht noodzakelijk is. Het is in dat verband opvallend

391 Om die reden heet het verschijnsel in Duitsland ook niet 'fiscale partner', wat buitengewoon jammer is. Men stelt zich toch op feesten en partijen graag voor als 'de fiscale partner' van…
392 BVerfG 7 mei 2013, 2 *BvR* 909/06 (*Ehegattensplittung Lebenspartnern*).
393 *Ibid.*, r.o. 105.
394 *Ibid.*, r.o. 113.

dat het Hof expliciet de vermoedelijke wil van de wetgever naar voren haalt. Tot slot zij er op gewezen dat het BVerfG de regeling niet slechts tijdelijk toepasbaar verklaart, maar haar gedurende die termijn ook openstelt voor geregistreerd partners.

Tot slot de derde categorie: de bestuurbaarheid van het land. Dat kan worden beschouwd als een restcategorie waaronder vele kwesties van algemeen belang kunnen worden geschaard. Het BVerfG beschouwt het algemeen belang in zulke gevallen als onderdeel van de *Gesamtkonzeption des Grundgesetzes*. Dat is '*Gemeinschaftswohlorientiert*'.[395] De variant werd in 1994, in het arrest *Kohlepfennig*, geïntroduceerd.[396] Het ging in dat arrest om een heffing op de afname van stroom die de noodlijdende Duitse kolenindustrie moest veiligstellen. Nietigheid van de regeling lag volgens het Hof niet voor de hand. Het algemeen belang was daar niet mee gediend. Wierp het Hof zich hier op als de beschermheer van de Duitse kolenindustrie? Men zou het bijna denken.[397] Bij nader inzien lijkt het vooral een staaltje pragmatisme van het BVerfG. De financiering van de kolenindustrie was, als de *Kohlepfennig* nietig was verklaard, via andere zij het aanmerkelijk inefficiëntere, kanalen doorgegaan. Daar stond tegenover dat de *Kohlepfennig*, hoewel ongrondwettig, nauwelijks kon worden beschouwd als een forse inbreuk op het leven van burgers die haar moesten betalen. Inhoudelijk was de heffing namelijk niet onrechtmatig, slechts de gekozen vorm was dat.[398] De afweging was dus niet, het redden van de kolenindustrie versus de portemonnee van de burger, maar tussen ingewikkelde financieringsconstructies of een tijdelijk ongrondwettige procedure.

Zoals gezegd is de categorie 'algemeen belang' intussen uitgegroeid tot een verzamelpunt van allerhande belangen, zoals het betalingsverkeer, de veiligheid op straat, de volksgezondheid of de bestrijding van gokverslaving, kan een rol spelen bij de beslissing van het hof om de aangevallen regeling nog even in haar toepassing te handhaven.[399] Een bijzondere categorie in dat verband, is de bescherming van de overheidsfinanciën.[400] Nietigheid of niet-toepasbaarheid van belastingwetgeving heeft immers grote consequenties

395 Zie in dat verband Graßhof 2003, p. 210-214.
396 BVerfG 11 oktober 1994, *BVerfGE* 91, 186 (*Kohlepfennig*), r.o. 95.
397 Dat lijkt i.e.g. Sillen 2010, p. 215 te suggereren.
398 Graßhof 2003, p. 221.
399 Vgl. o.a. BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*); BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*), r.o. 166-167; BVerfG 28 maart 2006, *BVerfGE* 115, 276 (*Staatslotteriegesetz I*). Wel heel markant is BVerfG 13 december 2000, 1 BvR 335/97 (*Rechtsanwaltsordnung*), waarin een regeling die advocaten in bepaalde *Länder* bond aan één arrondissement, ongrondwettig werd verklaard. Het BVerfG motiveerde de tijdelijke toepasbaarheid van de regeling met het argument dat advocaten zich er op moesten kunnen instellen dat zij ook in andere arrondissementen werkzaam mochten zijn. De overgang moest kennelijk een beetje ordentelijk verlopen.
400 Men knoopte deze categorie aanvankelijk op aan de rechtszekerheid, maar inmiddels lijkt ze een zelfstandig leven te leiden. Zie Dietz 2011, p. 70-72.

voor de schatkist, en juist het belastingrecht staat relatief vaak aan de toets van het gelijkheidsbeginsel bloot.[401] Die grote consequenties zet het BVerfG dan af tegen meer of juist minder geringe last die betaling van de belasting voor de burger met zich meebrengt. Zo merkt het Hof in een arrest over het *Hamburger Spielgerätesteuergesetz* op:

> 'Grund für die Erklärung der Anwendbarkeit von § 4 Abs. 1 SpStG ist zum einen das haushälterische Interesse der Freien und Hansestadt Hamburg an den veranschlagten Einnahmen aus der Spielgerätesteuer (…). Die Freie und Hansestadt Hamburg durfte sich außerdem bis zur Rechtsprechungsänderung des Bundesverwaltungsgerichts durch die Urteile vom 13. April 2005 (…) im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung von Bundesverwaltungsgericht und Bundesfinanzhof wissen. (…)
>
> Zum anderen erscheint die Belastung der Automatenhalter durch die Anwendung des Stückzahlmaßstabs für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten des neuen Spielvergnügungsteuergesetzes relativ gering. Durch die verfassungswidrige Gleichbehandlung im Steuersatz müssen sie nicht notwendig benachteiligt werden, sondern können je nach den von ihnen im Einzelfall erzielten Spielgeräteumsätzen auch einer vergleichsweise günstigen Besteuerung unterliegen.'[402]

Voor het BVerfG zijn dus drie gezichtspunten van belang de relatieve belangen van de overheid en de belastingbetaler, en de vraag of de wetgever min of meer te goeder trouw was. Met dat laatste lijkt het Hof een brug te slaan naar de, hiervoor behandelde, rechtspraak waarin het de wetgever van de verplichting ontslaat om kwesties met terugwerkende kracht te regelen.[403]

8.4.3.2 Modificerende regelingen

Verklaart het BVerfG een regeling tijdelijk toepasbaar, dan trekt de klager aan het kortste eind. Zijn zaak wordt alsnog behandeld onder het ongrondwettige recht. Bovendien wordt de norm van het *Grundgesetz* tijdelijk niet geëffectueerd. Diverse auteurs, en ook sommige rechters in het Hof, zijn daarom uitgesproken kritisch over het instituut van de tijdelijke toepasbaarheid.[404] Daarmee wordt er echter aan voorbijgegaan dat het BVerfG het toepassingsgebod in de meeste gevallen vergezeld doet gaan van, wat men zou kunnen noemen, 'flankerend beleid'. Het Hof schrijft dan een gewijzigde toepassing van het voorschrift voor, of het beveelt andere maatregelen aan die gepaard moeten gaan met de tijdelijke toepasbaarheid van de norm. Het probeert zo tegemoet te komen

---

401 Vgl. voor een pregnant voorbeeld: BVerfG 20 december 1966, *BVerfGE* 21, 12 (*Umsatzsteuer*). Zie uitgebreider: Sillen 2010, p. 210-214.

402 BVerfG 4 februari 2009, 1 BvL 8/05 (*Spielautomatensteuer*), r.o. 99-100. Zie ook: Vgl. bijv. BVerfG 22 juni 1995, *BVerfGE* 93, 121 (*Einheitswerte II*), r.o. 80.

403 Zie par. 8.4.2.3.

404 Sachs 1982b; Hein 1988, p. 120; K. Stern, 'Artikel 93', in: Dolzer e.a. (red.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller (losbl.), rn. 285. Zie voorts: Sillen 2010, p. 218-219.

aan de, door hemzelf geïdentificeerde, grondwettelijke bezwaren tegen de regeling.

De voorbeelden liggen voor het oprapen. In het vorige hoofdstuk besprak ik reeds het arrest over het *Staatslotteriengesetz* (dat de aanleiding was voor het Luxemburgse arrest *Winner Wetten*).[405] Het Hof bevond deze wet ongrondwettig omdat de Staat zichzelf, ter bestrijding van gokverslaving, een monopolie op het afsluiten van sportweddenschappen had toegekend. Het overwoog dat de wijze waarop de Staat dit monopolie gebruikte, niet echt bijdroeg aan de bestrijding van goklust, het eerder bevorderde, en dat zo'n monopolie daarom niet gerechtvaardigd was. Omdat de wetgever op diverse manieren aan de bezwaren van het Hof tegemoet kon komen, verklaarde het de regeling alleen *unvereinbar*. En omdat het vrijgeven van de markt voor weddenschappen volgens het Hof, het tegengaan van gokverslaving niet zou helpen, werd de regeling nog zo'n anderhalf jaar toepasbaar verklaard. Het geeft zich er echter rekenschap van dat het de regeling niet voor niets ongrondwettig heeft verklaard en beveelt daarom dat tegelijkertijd alvast een begin moet worden gemaakt met het daadwerkelijk tegengaan van gokverslaving:

> 'Auch in der Übergangszeit muss allerdings bereits damit begonnen werden, das bestehende Wettmonopol konsequent an einer Bekämpfung der Wettsucht und einer Begrenzung der Wettleidenschaft auszurichten. Der Staat darf die Übergangszeit nicht zu einer expansiven Vermarktung von Wetten nutzen. Daher sind bis zu einer Neuregelung die Erweiterung des Angebots staatlicher Wettveranstaltung sowie eine Werbung, die über sachliche Informationen zur Art und Weise der Wettmöglichkeit hinausgehend gezielt zum Wetten auffordert, untersagt. Ferner hat die Staatliche Lotterieverwaltung umgehend aktiv über die Gefahren des Wettens aufzuklären'.[406]

Het BVerfG beveelt, met andere woorden, flankerend beleid. Dat moet ervoor zorgen dat aan de grondwettelijke bezwaren voor een groot deel tegemoet wordt gekomen. Had de Staat dit eerder zo gedaan, dan was de regeling vermoedelijk niet inconstitutioneel verklaard.

In de zaak over het *Staatslotteriengesetz* profiteerde de klager, een kantoor van *bookmakers*, niet van de interimregeling van het Hof. Geregeld ligt dat echter anders, zoals in het hier al vaker genoemde nationaliteitenarrest.[407] Het ging in die zaak om de ongelijke behandeling tussen kinderen van een Duitse vader en een buitenlandse moeder, die automatisch de Duitse nationaliteit kregen, en kinderen van een Duitse moeder en een buitenlandse vader

405 BVerfG 28 maart 2006, *BVerfGE* 115, 276 (*Staatslotteriegesetz*). Zie par. 7.3.3.
406 *Ibid.*, r.o. 160.
407 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*).

voor wie dat niet gold. Het Hof droeg de wetgever op om aan die ongelijke behandeling een eind te maken. Het erkende echter dat zelfs een tijdelijk juridisch vacuüm op dit terrein, gelet op het wezenlijke belang van nationaliteit voor de status van de kinderen, niet aan de orde kon zijn. Het overwoog:

> 'Die bisherige Regelung gilt daher zunächst in ihrem positiven Gehalt weiter, d. h. soweit sie ehelichen Kindern mit nur einem deutschen Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit gewährt: (…) werden also eheliche Kinder eines deutschen Vaters und (…) einer nichtdeutschen Mutter, (…) wie bisher mit der Geburt deutsche Staatsangehörige. (…).
>
> Demgegenüber erhalten die nach dieser Entscheidung in dem Zeitraum bis zur gesetzlichen Neuregelung geborenen ehelichen Kinder deutscher Mütter und ausländischer Väter (…) nicht schon durch die Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit. Der Gesetzgeber muß diese Kinder jedoch in die ohnehin gebotene Übergangsregelung einbeziehen'.[408]

Met de tijdelijke toepasbaarheid van de wettelijke regeling zou de discriminatie, zij het dan tijdelijk, in stand blijven. Tenminste zo lijkt het. Kinderen die tussen het arrest van het Hof en de inwerkingtreding van de nieuwe wet geboren worden, krijgen immers niet zonder meer de Duitse nationaliteit. Wel wordt de Duitse wetgever opgedragen voor overgangsrecht te zorgen. En ook op dat punt doet het Hof een duit in het zakje. Het verklaart dat ook kinderen die onder het 'oude regime' werden geboren, recht hebben op gelijke behandeling. Aangezien het ondenkbaar is om de kinderen die in het verleden bevoorrecht werden, hun nationaliteit te ontnemen, heeft de wetgever feitelijk maar één keus: hij moet alle kinderen van Duitse moeders een optierecht op de Duitse nationaliteit toekennen.[409] En aangezien de wetgever ook geen ongelijke behandeling in het leven mag roepen tussen kinderen die voor, respectievelijk ná het arrest van het BVerfG worden geboren, moet hij ook de laatste groep zo'n optierecht toekennen. Zolang dat optierecht er nog niet is, blijft het aan de *Fachgerichte* om te bepalen of opschorting, gelet op de overgangsregeling, geboden is.[410] Op deze manier verzekert het Hof dat kinderen die onder de wet reeds recht hadden op de Duitse nationaliteit, dat houden terwijl voor kinderen die dat recht niet hadden, veilig wordt gesteld dat zij dat zullen krijgen en dat hun zaken in de tussentijd, niettegenstaande de tijdelijke toepasbaarheid van de regeling, kunnen worden aangehouden.

De oplossingsgerichtheid van het Hof in het nationaliteitenarrest staat niet op zichzelf. Veel van de zaken waarin de tijdelijke toepasbaarheid van het ongrondwettige voorschrift wordt bevolen, bevatten een subtiele regeling ten behoeve van de klagers. Ik noem er hier nog twee: het recente arrest over de

408 *Ibid.*, r.o. 135-136.
409 *Ibid.*, r.o. 139.
410 *Ibid.*, r.o. 141.

fiscale partners (*'Ehegattensplittung für Lebenspartnern'*), en een arrest waarin, omgekeerd, juist de aftrek van kosten voor de kinderopvang aan gehuwden werd onthouden. Uit dat eerste arrest citeerde ik in de vorige paragraaf reeds. Het Hof verklaarde dat de regeling die het alleen gehuwde partners toestond om hun inkomsten en aftrekposten gunstig onder elkaar te verdelen, hoewel zij ongrondwettig was, tijdelijk toepasbaar bleef, maar breidde de werking bij wijze van tijdelijke maatregel ook uit over de groep geregistreerde partners.[411] Ook hier geldt dus dat de toepasbaarheid van de regeling niet in de weg stond aan het bieden van rechtsbescherming. Uiteraard stond het de wetgever vrij om de regeling anderszins aan te passen, maar tot die tijd werd de regeling *de facto* ook op de benadeelde groep van toepassing.

In *Familienlastenausgleich II* ging het onder andere om een belastingaftrek voor de kosten van kinderopvang. Die regeling gold alleen voor alleenstaanden, maar de wetgever was er gemakshalve van uitgegaan dat alle niet-gehuwde ouders, of zij nu samenleefden of niet, alleenstaand waren.[412] Voor gehuwden gold de regel alleen als zij waren gescheiden van tafel en bed. Het BVerfG zag daarin een verboden onderscheid. Niettemin kon de regeling nog even worden toegepast. Bijzonder aan dit geval is echter, dat het Hof een *preventieve* overgangsregeling trof. Het verklaarde dat bij uitlijven van een wetgevende reactie, de aftrekpost ook voor gehuwde ouders zou gaan gelden.[413] Op die koers van het Hof is kritiek mogelijk en die is er ook gekomen. Grasshof wijst er op dat het Hof de tijdelijke regeling op deze manier inzet als *quasi* permanent instrument. Laat de wetgever de kwestie, ook na ommekomst van de termijn, op haar beloop, dan verwordt de voorlopige voorziening van het Hof, de definitieve grondslag voor de belastingkorting. Dan valt niet goed meer in te zien waarom het Hof niet eenvoudig kiest voor de (gedeeltelijke) nietigheid van de beperking.[414]

Bij de voorgaande voorbeelden ging het om relatief eenvoudige regelingen. Het ging vaak om schendingen van het gelijkheidsbeginsel. Het BVerfG laat het in zulke gevallen weliswaar over aan de wetgever om de kwestie op te lossen, maar het verklaart de regeling in de tussentijd wél van toepassing op de benadeelde groep, of het doet dat bij wijze van preventieve maatregel voor het geval de wetgever in gebreke blijft. In het voorbeeld waarin het niet om het gelijkheidsbeginsel ging, de kwestie van het *Staatslotteriengesetz*, vloeide uit de overwegingen van Hof relatief eenduidig voort op welke, minst vergaande wijze, een grondwetsconforme situatie kon worden bereikt.

411 BVerfG 7 mei 2013, 2 *BvR* 909/06 (*Ehegattensplittung Lebenspartnern*), r.o. 109.
412 BVerfG 10 november 1998, *BVerfGE* 99, 216 (*Familienlastenausgleich II*), r.o. 72.
413 *Ibid.*, r.o. 99-100. Enigszins vergelijkbaar, maar minder concreet: BVerfG 17 februari 1998, *BVerfGE* 97, 228 (*Kurzberichterstattung*).
414 Grasshof 2003, p. 290.

In sommige, uitzonderlijke, gevallen gaat het BVerfG echter een duidelijke stap verder. Het ontwerpt dan gedetailleerde regelingen die lang niet altijd uitsluitend ten gunste van burgers werken. De arresten waarin het Hof zich uitlaat over abortus en het rookverbod in de horeca zijn in dat verband illustratief. De laatste groep is het minst vergaand. Laat ik daarmee beginnen.

De casus van het rookverbod in de horeca is, ook in Nederland, welbekend. Diverse *Länder* kenden een wettelijk rookverbod. Dat gold zowel voor restaurants en kroegen, als voor discotheken. In die eerste twee categorieën mocht nog wel gerookt worden in speciale rokersruimten. Voor discotheken gold die uitzondering niet omdat de wetgever jongeren extra tegen de gevaren van het roken wilde beschermen. Het Hof zag twee constitutionele defecten. In de eerste plaats was het onderscheid tussen discotheken en andere horecagelegenheden niet gerechtvaardigd voor zover het ging om discotheken die uitsluitend volwassenen toelieten. In de tweede plaats differentiëerde de wetgever daarentegen juist weer te weinig tussen relatief grote eetgelegenheden en kleine kroegjes waar het onmogelijk was om een aparte rookruimte in te richten. Het was de wetgever weliswaar toegestaan om een strikt antirookbeleid te voeren maar dan moest hij niet beginnen aan uitzonderingen. Als hij dat wel deed, dan moesten die uitzonderingen wel voldoen aan het gelijkheidsbeginsel. Het Hof verklaarde de regeling dus *unvereinbar.* Niettemin zag hij aanleiding om de regeling tijdelijk toepasbaar te verklaren.[415] Het belang van de volksgezondheid was daarmee gediend. Geheel in lijn met de eerdere voorbeelden, spant het Hof zich wél in om de gedupeerde uitbaters enig perspectief te bieden. Het formuleert een overgangsregeling. Die ziet er als volgt uit (en nu volgt de reden waarom dit boek zo dik is):

> 'Mit Blick auf die Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber und um für sie in beruflicher Hinsicht existentielle Nachteile zu vermeiden, besteht jedoch für den Zeitraum bis zu den gesetzlichen Neuregelungen ein unabwendbares Bedürfnis nach einer Zwischenregelung durch das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage des § 35 BVerfGG (…). Da hierbei größtmögliche Schonung der Gestaltungsfreiheit der Landesgesetzgeber geboten ist (…), gilt es, das Regelungskonzept des Gesetzgebers so weit als möglich zu erhalten und ihm nach Möglichkeit nicht vorzugreifen (…). Das Bundesverfassungsgericht setzt daher nicht in Abweichung von der bisherigen Schutzkonzeption der Landesgesetzgeber sämtliche Ausnahmen vom Rauchverbot aus, sondern erweitert die in den Nichtraucherschutzgesetzen bereits vorgesehenen Ausnahmen um eine weitere zugunsten der getränkegeprägten Kleingastronomie.
>
> Die vorläufige Regelung der von dieser zusätzlichen Ausnahme erfassten Gaststätten orientiert sich an der Zielvereinbarung zum Nichtraucherschutz in Hotellerie und Gastronomie zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 1. März 2005. Dort wurde mit den Interessenvertretern des Gaststättengewerbes als ein Maßstab für die Befreiung vom Nichtraucherschutz eine Gastfläche – defi-

415 BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*).

niert als der Bereich, in dem Tische und Stühle für den Aufenthalt von Gästen bereitgehalten werden – von weniger als 75 m2 vereinbart, weil für derart kleine Lokale eine Trennung von Raucher- und Nichtraucherbereichen "in aller Regel nicht sinnvoll" sei. Anders als die – ohne Zwang (…) zur räumlichen Trennung – alternativ vereinbarte Grenze von weniger als 40 Sitzplätzen, erscheint die – nicht ohne weiteres zu verändernde – Gastfläche als geeignete Größe, um bei typisierender Betrachtung als Indikator für die Möglichkeit der Einrichtung eines abgetrennten Raucherzimmers zu dienen. Soweit solche Gaststätten trotz der geringen Gastfläche einen abgetrennten Nebenraum im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg beziehungsweise § 4 Abs. 3 Satz 1 NRSG Berlin vorweisen und damit einen Raucherbereich einrichten können, gibt es allerdings keinen Anlass für eine Ausnahme vom Rauchverbot. Außerdem ist die Befreiung, um die typischerweise besonders belastete Gruppe zu erfassen, auf solche Gaststätten zu beschränken, die keine zubereiteten Speisen anbieten und nicht über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 GastG verfügen.

Dem weiteren Regelungsziel der Landesgesetzgeber, insbesondere Kinder und Jugendliche vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen (…), wird für die Übergangszeit dadurch Rechnung getragen, dass ein Gastwirt von der Ausnahme vom Rauchverbot nur Gebrauch machen kann, wenn er Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr den Zutritt zu seiner Gaststätte verwehrt. Am bisherigen gesetzgeberischen Konzept ausgerichtet (…) ist auch die Regelung zur Kennzeichnungspflicht der Rauchergaststätte und der damit geltenden Zutrittsbeschränkung'.

Ik heb hier, in het belang van de leesbaarheid, alleen de regeling opgenomen die het Hof met betrekking tot de kleine kroegjes (de zogenaamde *Kneipen*). Zij illustreert echter dat het Hof, om de klagers en de wetgever (die volgens het Hof immers voor uitzonderingen en niet voor een strikt rookverbod had gekozen) ter wille te zijn, moet afdalen in de krochten van de beleidsoverwegingen. Speciaal voor de liefhebbers van *soft law*, wordt aangeknoopt bij eerdere afspraken tussen vertegenwoordigers van de horeca en de overheid, om een grens tussen de *Kneipe* en het *Grand café* te bepalen. Of de, door het BVerfG gekozen, oplossing te handhaven was, blijft maar even buiten beschouwing.[416] De regeling is in elk geval relatief ingewikkeld. Daar komt bij dat de regeling misschien nog kan worden verdedigd als *een* manier om kleine kroegen voorlopig in bescherming te nemen terwijl het de wetgever uiteraard vrijstaat om andere maatregelen te nemen, maar dat het Hof in latere rechtspraak andere criteria van de wetgever van tafel veegde als onvoldoende gerechtvaardigd. Zo was het criterium van de Hamburger wetgever, dat in kleine kroegen geen maaltijden worden geserveerd, volgens het BVerfG van onvoldoende gewicht.[417] Opnieuw besloot het Hof dat de regeling voorlopig

416 De auteur kon geen literatuur ter onderbouwing vinden maar leerde bij een bezoek aan Heidelberg dat het rookverbod door de autoriteiten ook in grotere gelegenheden niet wordt gehandhaafd. Volgens rokende medewerkers van het Max-Planck-Institut, omdat 'algemeen bekend' was dat de regeling van het BVerfG te ingewikkeld was.

417 BVerfG 24 januari 2012, 1 BvL 21/11 (*Rauchverbot Hamburg*).

moest worden uitgebreid. Het BVerfG moet echter worden nagegeven dat de kleine kroegjes, die in Karlsruhe hadden betoogd failliet te zullen gaan wanneer zij geen rokers mochten tolereren, in de jaren daarna schijnen te hebben gebloeid als nooit tevoren.[418] Mogelijk heeft de vrees voor het voortbestaan van de *Eckkneipe* een rol gespeeld bij de beslissing tot deze demonstratie van rechterlijke originaliteit.

Nog een stap verder dan in de rechtspraak over het rookverbod, ging het Hof in de arresten over abortus.[419] In het eerste Abortusarrest ging het om een wijziging van de strafwet die de strafbaarheid wegens het plegen van abortus in de eerste twaalf weken van de zwangerschap ophief mits door een arts uitgevoerd en vooraf advies was ingewonnen. Na die termijn was abortus wel strafbaar maar alleen wanneer de zwangerschap geen gevaar was voor het leven of de lichamelijke gezondheid van de moeder, of dat gevreesd werd voor ernstige afwijkingen van het kind.[420] Volgens het BVerfG beschermde deze regeling het recht op leven van de ongeboren vrucht onvoldoende. Zij was daarom nietig.[421] Dat leverde echter een probleem op. Algehele nietigheid van de nieuwe wettelijke regeling zou ten gevolge hebben dat geen enkele abortus meer strafbaar zou zijn. Het leven van de ongeboren vrucht was daarmee nog minder gediend dan met de door het Hof te licht bevonden wet.[422] De nietigheid van uitsluitend de bepaling die de strafbaarheid binnen de twaalf weken ontnam (art. 218a), zou er in resulteren dat abortus wél strafbaar was, maar óók in gevallen waarin sprake was van levensbedreigende situaties. Dat resultaat was niet alleen onwenselijk, maar ook weinig coherent nu, op basis van een andere bepaling (art. 218b), dat soort abortussen wél weer waren toegestaan ná 12 weken. Het BVerfG verklaarde artikel 218a daarom gedeeltelijk nietig, namelijk:

> 'insoweit (…) als er den Schwangerschaftsabbruch auch dann von der Strafbarkeit ausnimmt, wenn keine Gründe vorliegen, die nach den vorstehenden Ausführungen vor der Wertordnung des Grundgesetzes Bestand haben'.[423]

Daar bleef het niet bij. Want wat waren dan 'grondwettelijk' gegronde redenen voor het afbreken van de zwangerschap? Dat was, aldus het Hof, in de eerste

418 Aldus tenminste het tijdschrift *Der Spiegel*: 10 april 2011, 'Gastronomie: Kneipen-Umsätze steigen trotz Rauchverbot' (internetpublicatie www.derspiegel.de).

419 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*); BVerfG 28 mei 1993, *BVerfGE* 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch II*). Zie echter ook: BVerfG 13 april 1978, *BVerfGE* 48, 127 (*Wehrpflichtnovelle*); BVerfG 5 december 1995, *BVerfGE* 93, 362 (*Postulationsfähigkeit*).

420 Vgl. de toenmalige §218-218c StGB.

421 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*), r.o. 204.

422 Aangetekend zij dat strafbedreiging volgens het BVerfG niet de enige mogelijke manier was om het ongeboren leven te beschermen. In dit geval waren de gekozen maatregelen echter onvoldoende.

423 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*), r.o. 204.

plaats een kwestie voor de wetgever. Die moest maar aangegeven wanneer een abortus 'geïndiceerd' was. Dat was om te beginnen het geval wanneer de gezondheid van de moeder gevaar liep, maar de wetgever had de vrijheid verder te gaan:

> 'Darüber hinaus steht es dem Gesetzgeber frei, auch bei anderen außergewöhnlichen Belastungen für die Schwangere, die (…) ähnlich schwer (…) wiegen, den Schwangerschaftsabbruch straffrei zu lassen. Hierzu können insbesondere die (…) im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens erörterten Fälle der eugenischen (…), der ethischen (kriminologischen) und der sozialen oder Notlageindikation zum Schwangerschaftsabbruch gezählt werden'.[424]

Voor de periode dat de wetgever de kwestie nog in beraad had, formuleerde het BVerfG in het dictum echter een tussentijdse regeling:

> 'Im Interesse der Rechtsklarheit bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung erschien es geboten, gemäß § 35 BVerfGG eine Anordnung des aus dem Urteilstenor ersichtlichen Inhalts zu erlassen. Eine Fortsetzung der Schwangerschaft ist unzumutbar, wenn der Abbruch erforderlich ist, um von der Schwangeren eine Gefahr für ihr Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes abzuwenden.'[425]

Het arrest heeft nogal wat kritiek uitgelokt, hoewel zij doorgaans relatief mild is. De bijzondere aard van de zaak en de belangen die daarin op het spel stonden draagt aan die mildheid stellig bij.[426] Met name het feit dat het Hof de bescherming van het recht op leven en de menselijke waardigheid in het gedrang vond komen is een indicatie dat hier sprake was van een uitzonderlijke situatie. Niettemin is een veelgehoorde klacht dat het BVerfG in het eerste abortusarrest de strafbaarheid middels rechtersrecht uitbreidde terwijl artikel 103 lid 2 GG daarvoor een formeel-wettelijke grondslag vereist.[427] Hoewel het dictum van de uitspraak van het BVerfG '*Gesetzeskraft*' heeft, wil dat niet zeggen dat daarmee aan een dergelijke legaliteitseis is voldaan: kracht van wet is niet gelijk te stellen met een wet in formele zin. Daarbij komt dat

---

424 *Ibid.*, r.o. 162 en dictum, onder 5.

425 *Ibid.*, r.o. 204 (eerste deel, voor het door mij toegevoegde 'namelijk') en dictum, nr. 5 (tweede deel).

426 Zie bijvoorbeeld Blüggel 1998, p. 125-126; Steiner 2001, p. 2919-2924. Mild zijn ook Benda & Klein 2001, p. 523. Daarbij past enerzijds de kanttekening dat Benda als president van het BVerfG de desbetreffende uitspraak medeondertekend heeft, en anderzijds dat dit gedeelte van het handboek door Klein is geschreven.

427 Zo bijv. Ipsen 1980, p. 242; Gusy 1985, p. 199-201; Blüggel 1998, p. 124; Kreutzberger 2007, p. 189. Het hof heeft getracht op deze kritiek antwoord te geven in het tweede abortusarrest (BVerfG 28 mei 1993, *BVerfGE* 88, 203). De kritiek is daarop echter niet verstomd: vgl. Blüggel 1998, p. 124; Kreutzberger 2007, p. 187-189.

uitsluitend het dictum deze kracht van wet toekomt terwijl het rechtersrecht in de meeste gevallen te vinden is in de overwegingen.[428]

Fundamenteler kritiek vinden we bij Lamprecht, die het Hof verwijt de machtenscheiding bij het grofvuil te hebben gezet.[429] Soortgelijke observaties, zij het genuanceerder komen van Ipsen.[430] Deze signaleert dat de overgangsregeling van het Hof getuigt van groeiende onzekerheid omtrent het stelsel van constitutionele toetsing in de Bondsrepubliek. De opkomst van de sociale rechtsstaat met zijn positieve verplichtingen heeft het stelsel op zijn grondvesten doen schudden. Dat stelsel, waarin nietigheid of tenminste vernietigbaarheid het belangrijkste gereedschap vormen, is immers ingesteld op wetgeving die grondwettelijke verboden te boven gaat en niet op normen die de standaard van grondwettelijke *ge*boden niet halen.

8.4.4 De mogelijkheid van schadevergoeding

Wordt een justitiabele in Duitsland geconfronteerd met een *Unvereinbarerklärung* die gepaard gaat met een toepassingsgebod, dan lijkt zijn situatie wel wat op die van een Nederlandse klager die te maken krijgt met een *terme de grâce*. Hoewel het Duitse stelsel van rechtsbescherming, zoals we zagen, verschillende waarborgen bevat om ervoor te zorgen dat de procederende burger kan profiteren van het toetsingsoordeel van het BVerfG, is er een categorie klagers die tussen wal en schip valt. Dan doet zich de vraag voor of dergelijke klagers dan tenminste hun schade vergoed kunnen krijgen. Voor deze kwestie is in de Duitse literatuur echter relatief weinig aandacht. In de Duitse optiek ligt het zwaartepunt van de grondrechtenbescherming, zeker waar het wetgeving betreft, bij het BVerfG. Dit Hof heeft niet de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen. Dat ligt ook niet in de aard van het stelsel. Uit de bespreking van de ideaaltypische rechtsgevolgen bleek dat het nietigheidsdogma diep in de Duitse cultuur zit ingebakken, en dat deze doctrine sterk in verband wordt gebracht met de rechtsbescherming van het individu.

Het Duitse recht kent geen aparte aansprakelijkheidsactie voor onrechtmatige wetgeving. Een burger die zijn schade, veroorzaakt door ongrondwettige wetgeving, vergoed wil zien, zal gebruik moeten maken van het reguliere overheidsaansprakelijkheidsrecht. Dat kent verschillende vorderingen. Naast de *Amtshaftung*, de algemene schadevergoedingsactie, zijn dat de zogenaamde vorderingen uit *Folgenbeseitigungsanspruch, Enteignungsgleiche Eingriff* en *Aufopferung*. Ik bespreek hier alleen de *Amtshaftung*. De andere gevallen zijn voor

428 *Ibid.* Met betrekking tot het laatste moet worden opgemerkt dat de regeling in de eerste abortuszaak nu juist wel in het dictum van de uitspraak was opgenomen.
429 Lamprecht 1994, p. 3272.
430 Ipsen 1980, pp, 243-244.

het leerstuk van de ongrondwettige wetgeving ofwel niet geschikt, ofwel te specifiek.[431] De grondslag voor *Amtshaftung* is artikel 34 GG, dat bepaalt:

> 'Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden'.

Het artikel wordt ingeroepen in samenhang met de algemene aansprakelijkheidsgrondslag, artikel 539 BGB. Het vertrekpunt is de gedachte dat men in beginsel de ambtsdrager in persoon aansprakelijk stelt voor onrechtmatig handelen. De Staat neemt deze verantwoordelijkheid dan in rechte over.[432] Het betekent wel dat de aansprakelijkheid, ook als het uiteindelijk de Staat is die de rekening betaalt, aangrijpt op het handelen van individuele ambtsdragers. Bij *legislatives Unrecht* wordt dan in de regel het individuele lid van de Bondsdag verantwoordelijk gehouden.[433]

De volgende stap is dat de gedupeerde burger duidelijk maakt dat de parlementariër een *Amtspflicht* heeft geschonden, en wel jegens hem persoonlijk. Het eerste is geen probleem: het is een plicht van ambtsdragers om de rechten van burgers niet te schenden.[434] Dat laatste echter, de relativiteit, is wel problematisch. Ondanks hevige kritiek vanuit de literatuur, stelt het BGH zich traditioneel op het standpunt dat parlementariërs plichten hebben jegens het algemeen belang en niet jegens individuele individuen.[435] Sinds 1971 is dat vaste rechtspraak. Zo merkt het BGH in 2012 nog op:

> 'Eine Haftung des Beklagten (…) wegen legislativen Unrechts kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber lediglich Aufgaben der Allgemeinheit wahrnimmt, denen die Richtung auf bestimmte Personen oder Personenkreise fehlt, ihm daher grundsätzlich keine drittschützenden Amtspflichten im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB obliegen'.[436]

---

431 Ongeschikt, omdat de *Folgenbeseitigungsanspruch* geeft geen aanspraak op schadevergoeding maar op het ongedaan maken van de publieke rechtshandeling: dat is bij een bloot onverenigbaar verklaarde wet niet mogelijk want dat zou het toetsingsmonopolie van het BVerfG doorkruisen. Zie Fetzer 1994, p. 157-170.

432 Zie daarover uitgebreider: Oeter 1998, p. 103-108.

433 Fetzer 1994, p. 49-50.

434 Walther 2005, p. 23.

435 BGH 29 maart 1971, *NJW* 1971, 1172. Zie voor een overzicht van de kritiek: Fetzer 1994, p. 50.

436 BGH 18 oktober 2012, *NJW* 2013, 168 (*Winner Wetten III*). Zie tevens o.a. BGH 4 juni 2009, *BGHZ* 181, 199.

Parlementariërs, en daarmee in brede zin: de wetgever en de Staat, zijn dus niet door individuele burgers aansprakelijk te stellen wegens het vaststellen van wetgeving, tenminste voor zover die wetgeving algemeen van aard is. Het kan anders liggen als de wet betrekking heeft op specifieke individuen, maar dat is zelden het geval.[437] Traditioneel maakt dat het verkrijgen van schadevergoeding uit onrechtmatige wetgeving bijzonder lastig.[438]

Dit alles heeft in Duitsland wel voor enige discussie gezorgd. Vooral een reeks arresten van het EHRM was aanleiding dat debat te vernieuwen en op zoek te gaan naar oplossingen. Ook voor het EVRM geldt immers dat als de schending in wetgeving is gelegen, aansprakelijkheid op nationaal niveau moeilijk te construeren is.[439] De klager moet dan naar Straatsburg om zijn schade vergoed te krijgen.[440] Dat leidde onlangs tot een opzienbarende uitspraak van een rechtbank in Karlsruhe die in hoger beroep in stand bleef.[441] De rechtbank werd geconfronteerd met een klager die lange tijd in TBS had gezeten. In een reeks zaken, te beginnen met *M. t. Duitsland*, verklaarde het EHRM de regeling omtrent TBS (*'Sicherungsverwahrung'*) in strijd met de artikelen 5 en 7 EVRM.[442] Het BVerfG verklaarde, niet lang daarna, de regeling ongrondwettig maar liet het bij een *Unvereinbarerklärung*. In het belang van de veiligheid op straat verklaarde het Hof de regeling bovendien toepasbaar.[443] Verschillende TBS'ers richtten volgens de blik op Straatsburg. Van hun eigen civiele rechter verwachtten zij geen heil. Maar een enkeling probeert het wel en krijgt van de Karlsruher rechtbank gelijk.

De rechtbank baseert in dit geval de aansprakelijkheid van de Staat niet op het handelen van de formele wetgever, maar op dat van de rechter die de ongrondwettige voorschriften toepaste. Normaal gesproken is dat een heilloze weg: reguliere rechters en het bestuur ontlopen aansprakelijkheid voor het toepassen van een *bloß unvereinbare* wet normaal gesproken via het ontbreken van toerekenbaarheid: zij mochten – gelet op de uitspraak van het BVerfG – van de grondwettigheid van hun handelen uitgaan.[444] In dit geval legt de rechtbank dat criterium echter conform artikel 5 EVRM uit: dat vereist immers dat wie onrechtmatig gedetineerd was, recht heeft op compensatie. Dat in dit geval de rechter die de TBS oplegde in dienst was van de deelstaat Baden

437 Vgl. Oeter 1998, p. 117.

438 Voor schadevergoeding wegens schending van Unierecht aanvaardt het BGH intussen een aparte rechtsgang die dogmatisch moet worden onderscheiden van de reguliere *Amtshaftung*: Zie BGH 14 december 2000, *NJW* 2001, 1865; BGH 9 oktober 2003, *NJW* 2004, 1241; BGH 20 januari 2005, *NJW* 2005, 742. Voor het EVRM is zo'n aparte rechtsgang er niet. Zie evenwel hierna.

439 Zie Trassl 1994, p. 125-140.

440 Vgl. Breuer 2012.

441 LG Karlsruhe 24 april 2012, 2 O 278/11; OLG Karlsruhe 29 november 2012, 12 U 60/12.

442 EHRM 17 december 2009, *no.* 1935/04 (*M. t. Duitsland*).

443 BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*).

444 Vgl. bijv. BGH 18 oktober 2012, *NJW* 2013, 168 (*Winner Wetten III*).

Württemberg, terwijl de wet in kwestie een federale wet was, maakt in dat verband even niet uit. In de literatuur is de uitspraak met instemming begroet als een bouwsteen voor een wat beter aansprakelijkheidsregime met betrekking tot aansprakelijkheid na Straatsburgse uitspraken.[445]

Ik teken, tot slot, wel aan dat de rechter in dit geval kon sturen op artikel 5 EVRM. In zuiver nationale kwesties lijkt mij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige wetgeving nog altijd lastig.

8.5 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Dit hoofdstuk ging over de manier waarop de Duitse rechter rechtsbescherming biedt wanneer grondrechten onder druk komen te staan als gevolg van wetgeving in formele zin. Eerst is in dat kader bezien hoe het Duitse stelsel van grondrechtenbescherming functioneert. De studie beperkte zich daarbij tot de toetsing van wetgeving in formele zin van respectievelijk de federale wetgever en zijn equivalenten in de deelstaten. Als maatstaf werd gekozen voor de grondrechten die zijn vervat in de Duitse grondwet. Wij hebben gezien dat de mensenrechtenverdragen, hoe invloedrijk zij op het Duitse recht ook zijn, voornamelijk secundaire betekenis hebben voor de rechtspraktijk.

De bescherming van de, in de federale grondwet vervatte, grondrechten is voornamelijk in handen van het BVerfG. Desalniettemin speelt ook de reguliere rechter een niet te onderschatten rol in dit stelsel. Hij vormt gedeeltelijk de toegangspoort tot het BVerfG en vermindert door zelf rechtsbescherming te bieden de werklast van het hof in aanzienlijke mate. Deze rechtsbescherming kan de reguliere rechter niet bieden door normen buiten toepassing te laten of hen te vernietigen. Hij zal daarvoor zijn toevlucht moeten nemen tot de conforme interpretatie van de wettelijke regeling. Het constitutionele hof dringt er dan ook geregeld bij de reguliere rechter op aan om van die bevoegdheid in een zo ruim mogelijke mate gebruik te maken.

De taak van het hof zelf is tweeledig. Enerzijds dient het de handhaving van het objectieve recht en anderzijds heeft het, zoals gezegd, tot taak subjectieve rechtsbescherming te verlenen. Een aantal procedures zoals de *Parteienklage*, de *Richtervorlage* en de *Verfassungsbeschwerde* staan daarvoor open. De remedies die het hof in zijn gereedschapskist heeft zijn voor die drie procedures dezelfde. Voorop staat dat wetgeving die in strijd is met de grondwet nietig, dus met terugwerkende kracht ongeldig is. Hierin komt duidelijk het gedeeltelijk objectiefrechtelijke karakter van het Duitse stelsel van grondrechtenbescherming tot uitdrukking. Grondslag voor de rechterlijke toetsing van regelgeving is in de Bondsrepubliek van oudsher de gedachte dat wetgeving die in strijd is met de grondwet, eigenlijk niet tot stand is gekomen.

445 Breuer 2012.

Dit uitgangspunt wordt tegenwoordig niet meer aangehangen, maar het ligt wel ten grondslag aan de wettelijke en grondwettelijke regels op dit terrein. Wel maakt met name het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* belangrijke uitzonderingen op de rechtsgevolgen van het nietigheidsuitgangspunt. De bestuursbesluiten en de rechterlijke uitspraken die niet meer in rechte aan te vallen zijn, worden door artikel 78 BVerfGG voor geldig verklaard. Een belangrijke consequentie van de nietigheid is wel dat de uitvoering van deze besluiten, voor zover zij uitvoering behoeven, achterwege moet blijven.
Op de gedachte dat de rechtszekerheid in dergelijke gevallen dient te prevaleren wordt voor wat betreft het strafrecht wel een uitzondering gemaakt: heropening van de procedure moet in elk geval mogelijk blijven.

Daarmee is duidelijk dat de *ipso iure* nietigheid van wetgeving ook in het Duitse recht niet zonder uitzonderingen is. Zij kan wijken voor zwaarwegende belangen zoals de rechtszekerheid. Toch is de regel van artikel 79 BVerfGG voor het hof kennelijk onvoldoende geweest om schade aan die belangen te voorkomen. Daarvoor heeft het op eigen gezag een tweetal nieuwe instituten in het leven geroepen. Zo ziet het er geregeld van af om de nietigheid van een ongrondwettige regel te constateren en laat het hof het bij de enkele onverenigbaarverklaring. Dat is op zijn minst merkwaardig omdat lange tijd is aangenomen dat het onverenigbaarheidsoordeel van het hof zuiver declaratoire werking heeft. De toelaatbaarheid van dit verschijnsel is dan ook een heet hangijzer in het Duitse staatsrecht. Doorgaans wordt, zeer ruw geschetst, aangenomen dat de onverenigbaarheid zich in drie categorieën voordoet, namelijk wanneer er een schending van het gelijkheidsbeginsel aan de orde is, wanneer er verschillende keuzes voor de wetgever zijn om de schending op te lossen en wanneer nietigheid van de ene ongrondwettigheid zou leiden tot een andere ongrondwettigheid, meestal omdat de nietigheid leidt tot een rechtsvacuüm dat schade berokkent aan grondwettelijke erkende maatschappelijke belangen. De overheidsfinanciën behoren overigens nadrukkelijk tot die categorie.

De onverenigbaarverklaring lijkt in deze zin wat op de zogenaamde *Appellentscheidung*. Ook daarbij speelt voornamelijk een rol dat voorkomen moet worden dat een gevaarlijk rechtsvacuüm ontstaat. De *Appellentscheidung* houdt kortgezegd in dat het hof zelfs geen onverenigbaarverklaring uitspreekt, maar het laat bij een appèl aan de wetgever de kwestie op te lossen. Daarbij moet wel bedacht worden dat in veel van de kwesties waarin de *Appellentscheidung* een rol speelt, nog geen sprake is van een schending (die dreigt alleen maar). In de overige gevallen is wel sprake van een schending, maar dan gaat het om een relatief lichte ongrondwettigheid die voornamelijk kleeft aan één element van een zeer omvattende regeling.

De rechtsgevolgen van de verklaring van onverenigbaarheid en de *Appellentscheidung* zijn verschillend. De verklaring van onverenigbaarheid heeft tot gevolg dat de bepaling, behoudens een regeling van het hof, niet meer kan worden toegepast. Dat is anders in het geval van de *Appellentscheidung* die immers een verenigbaarverklaring inhoudt. Relatief gelijk zijn echter de rechts-

gevolgen voor de wetgever. In het geval van de onverenigbaarverklaring rust op de wetgever steeds de plicht om de wetgeving aan te passen. Bij de *Appellentscheidung* volgt die plicht alleen uit een eventueel in de gronden geconstateerde schending.

Tenslotte heeft de Duitse rechter zichzelf de bevoegdheid toegekend aan de nietig- of onverenigbaarverklaring, en aan de *Appellentscheidung* een tijdelijke regeling te koppelen. Deze regeling houdt in de eerste twee gevallen vaak de tijdelijke toepasbaarheid van de norm in. Dergelijke regelingen treft men geregeld aan in de jurisprudentie van het hof. Regelingen die ertoe strekken een nieuwe, door het hof ontworpen, tijdelijke norm te introduceren zijn zeer omstreden en komen alleen in uitzonderlijke situaties voor. De grondslag die het hof noemt voor die regelingen, artikel 35 BVerfGG, wordt uitsluitend in dergelijke situaties aanvaard.

Het stelsel van rechtsgevolgen in het Duitse recht is gecompliceerd. Dat is het gevolg van de creativiteit die het hof aan de dag heeft gelegd bij het toepassen van de zo starre Duitse dogmatiek op dit terrein. De normen van het BVerfGG en de grondwet dienen vooral als verre aanknopingspunten voor de rechtsvormende rol van het hof op dit terrein. Dàt het hof nogal ondernemend van aard is heeft het verschillende keren laten zien. Het koppelt daarmee bij tijd en wijle een uitvoerige en grondige theorie over zijn terughoudende rol ten opzichte van de wetgever aan een activistische houding wanneer hij dat ter bescherming van bepaalde zwaarwegende belangen – of het slachtoffer zelf – nodig acht. De manier waarop het hof zijn rol vormgeeft met betrekking tot de conforme interpretatie biedt daarvoor de illustratie.