



Ausarbeitung

Auswirkungen des Art. 125a Abs. 1 GG auf die Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen § 21 Versammlungsgesetz des Bundes nach Nichtigerklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes

Ergänzung zu WD 3 - 279/11

Patrizia Robbe

Auswirkungen des Art. 125a Abs. 1 GG auf die Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen § 21 Versammlungsgesetz des Bundes nach Nichtigerklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes

Ergänzung zu WD 3 - 279/11

Verfasser/in:	Regierungsdirektorin Patrizia Robbe/Rechtsreferendarin Heike Münzing
Aktenzeichen:	WD 3 – 3000 – 308/11
Abschluss der Arbeit:	27. September 2011
Fachbereich:	WD 3: Verfassung und Verwaltung
Telefon:	+49-30-227-32325

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Fragenkatalog	5
2.1.	Zur Nichtigerklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes durch den Sächsischen Verfassungsgerichtshof	5
2.2.	Zum Verhältnis Bundesrecht/Landesrecht im Rahmen des Art. 125a Abs.1 GG	8
2.3.	Zu Art. 125 a Abs. 1 GG im Zusammenhang mit Strafgesetzen	10

1. Einleitung

Mit der **Föderalismusreform 2006** ist die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das **Versammlungsrecht** gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 a. F. Grundgesetz (GG) entfallen. Seither besitzen die **Länder** gemäß Art. 70 Abs. 1 GG die **ausschließliche Gesetzgebungskompetenz** auf diesem Gebiet. In der Folge haben die Bundesländer Bayern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Niedersachsen Landesversammlungsgesetze erlassen.¹ In den übrigen Bundesländern gilt nach **Art. 125a Abs. 1 GG** weiter das Versammlungsgesetz des Bundes (VersG Bund). Art. 125a Abs. 1 GG lautet: „Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, aber wegen der Änderung des Artikels 74 Abs. 1, der Einfügung des Artikels 84 Abs. 1 Satz 7, des Artikels 85 Abs. 1 Satz 2 oder des Art. 105 Abs. 2a Satz 2 oder wegen der Aufhebung der Artikel 74a, 75 oder 98 Abs. 3 nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, gilt als Bundesrecht fort. Es kann durch Landesrecht ersetzt werden.“

Die landesrechtlichen Regelungen in Bayern² und Sachsen³ waren bereits **Gegenstand verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung**.⁴ So hat der **Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen (SächsVGH)** mit Urteil vom 19. April 2011 auf einen abstrakten Normenkontrollantrag von 52 Mitgliedern der Oppositionsfractionen im Sächsischen Landtag (Linke, SPD, Grüne) hin das Gesetz über die landesrechtliche Geltung des Gesetzes über Versammlungen und Aufzüge vom 20. Januar 2010 (**Sächsisches Versammlungsgesetz - SächsVersG**) für „**mit Art. 70 Abs. 1 der Verfassung des Freistaates Sachsen unvereinbar und nichtig**“⁵ erklärt. Das Gericht begründet die Entscheidung damit, dass die Gesetzesinitiative den inhaltlichen Anforderungen nach Art. 70 Abs. 1 der Verfassung des Freistaates Sachsen (SächsVerf) i. V. m. dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip nicht genüge,⁶ da es an der authentischen Wiedergabe des Wortlauts des zu verabschiedenden Gesetzes fehle.⁷ Erforderlich sei für eine Gesetzesvorlage ein verständlicher, schriftlich niedergelegter, als Stamm- oder Änderungsgesetz gefasster und endgültig gemeinter beschlussreifer Textvorschlag.⁸ Zur Frage einer möglichen weiteren materiellen Verfassungswidrigkeit, die die Antragssteller ebenfalls gerügt hatten, nahm der SächsVGH keine Stellung.⁹

-
- 1 Scheidler, Wie man Gesetze nicht macht- Zur Nichtigkeit des Sächsischen Versammlungsgesetzes, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2011, S. 924 ff., S. 924.
 - 2 Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 17. Februar 2009, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 122, 342.
 - 3 Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen (SächsVGH), Urteil vom 19. April 2011, Az. Vf. 74-II-10, abzurufen unter: <http://www.juris.de>.
 - 4 Scheidler, in: NVwZ 2011, S. 924 ff., S. 924.
 - 5 SächsVGH, Urteil, Tenor, Hervorhebung durch Verfasserin.
 - 6 SächsVGH, Urteil, B. I. 1 a)
 - 7 SächsVGH, Urteil, B. I. 1 b)
 - 8 SächsVGH, Urteil, B. I. 1 b) bb).
 - 9 Hierzu: Scheidler, in: NVwZ 2011, S. 924 ff., S. 924 und Poscher, Ralf/Rusteberg, Benjamin, Die materielle Verfassungswidrigkeit des Sächsischen Versammlungsgesetzes, in: Sächsische Verwaltungsblätter (SächsVBl) 2011, S. 173 ff.

Zum Verständnis des Art. 125a Abs.1 GG stellt das Gericht allein klar, dass diese Bestimmung in Bezug auf den Inhalt von Gesetzesvorlagen keine Anforderungen enthalte, sondern dass sie sich mit der Fortgeltung von Recht bei Änderungen im Kompetenzgefüge zwischen Bund und Ländern befasse und die jeweiligen Ersetzungsbefugnisse zuweise.¹⁰

Es lehnt weiter die Tenorierung der bloßen Unvereinbarkeit ab, weil die Fallkonstellation, dass gewichtige rechtliche Belange es nicht rechtfertigten, die Regelung für eine Übergangszeit fortbestehen zu lassen, vorliegend nicht einschlägig sei. Hiervon sei auszugehen, wenn der Zustand, der sich im Falle der Nichtigkeit ergebe, der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als die befristete Weitergeltung der verfassungswidrigen Regelung. Dies wird verneint. Ohne jedoch Art. 125a Abs.1 GG zu erwähnen, stellt das Gericht fest: „Da mit der Nichtigkeit des Artikelgesetzes das Versammlungsgesetz des Bundes wieder Wirksamkeit entfaltet, ist für einen solchen Zustand nichts ersichtlich.“¹¹

Als Konsequenz aus den Feststellungen des Gerichts wird nunmehr das Versammlungsgesetz des Bundes auch für vor der Nichtigklärung begangene Straftaten als einschlägig betrachtet. § 21 SächsVersG sah einen Strafraum von bis zu zwei Jahren vor, die ansonsten textgleiche bundesgesetzliche Strafvorschrift in § 21 VersG (Bund) enthält einen Strafraum von bis zu drei Jahren.

Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend Fragen zu den Rechtsfolgen einer verfassungsgerichtlichen Nichtigklärung eines Gesetzes (2.1), zur möglichen Bedeutung des Art. 125a Abs. 1 GG in diesem Zusammenhang (2.2) und zu den Konsequenzen im Hinblick auf die strafrechtliche Ahndung von vor der Nichtigklärung begangener Taten (2.3) beantwortet.

2. Fragenkatalog

2.1. Zur Nichtigklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes durch den Sächsischen Verfassungsgerichtshof

- a) Ist die Nichtigklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes durch den Sächsischen Verfassungsgerichtshof ein feststellender oder ein rechtsgestaltender Akt und welche Konsequenzen ergeben sich hieraus vorliegend im Zusammenhang mit Art. 125a Abs. 1 GG?

Im Verfahren der **abstrakten Normenkontrolle** nach Art. 81 Abs. 1 Nr. 2 SächsVerf, § 7 Nr. 2 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen (Sächsisches Verfassungsgerichtshofgesetz – SächsVerfGHG), §§ 21 ff. SächsVerfGHG erklärt der Verfassungsgerichtshof gemäß § 23 S. 1 SächsVerfGHG die zur Prüfung gestellten Bestimmungen für nichtig, wenn er zu der Überzeugung kommt, dass Landesrecht mit der Verfassung unvereinbar ist. Diese Regelung entspricht § 78 S. 1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Verfahren der abstrakten Normenkontrolle.

10 SächsVGH, Urteil, Gründe B. I 1. b) bb).

11 SächsVGH, Urteil, Gründe B. II.

Entscheidungen im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 81 Abs. 1 Nr. 2 SächsVerf, § 7 Nr. 2 SächsVerfGHG, §§ 21 ff. SächsVerfGHG haben gemäß § 14 Abs. 2 SächsVerfGHG **Gesetzeskraft**. So sieht es entsprechend auch § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vor. Gesetzeskraft bedeutet allerdings nicht, dass die gerichtliche Entscheidung selbst Gesetz ist, sie erwächst zwar in Allgemeinverbindlichkeit, wird dadurch aber nicht zur Norm. Es bleibt beim Charakter eines Richterspruchs.¹²

Aufgrund der Identität mit den Bestimmungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes kann in Bezug auf die Wirkung der Nichtigkeitserklärung von abstrakten Normenkontrollentscheidungen des Sächsischen Verfassungsgerichtshofes hier wie dort festgestellt werden:

Die Normenkontrollentscheidung ist nach herrschender Meinung **feststellender (deklaratorischer) Natur**.¹³ Dies gelte sowohl für die eine Norm bestätigende als auch die verwerfende Entscheidung.¹⁴ Dies ergebe sich bereits aus der Anordnung des Gesetzes, dass das Gericht die betreffende Norm „für nichtig erklärt“. Die Entscheidung habe also keinen konstitutiven, gestalten-, vernichtenden oder verändernden Charakter. Diese Feststellung sei eine Konsequenz aus dem Grundsatz, dass die Nichtigkeit einer Norm, die gegen höherrangiges Recht verstößt, **ipso iure** bzw. **eo ipso** gegeben sei.¹⁵ Die Nichtigkeit sei also nicht erst Folge der Normenkontrollentscheidung. Das Gericht stelle lediglich fest, was rechtens sei. Konstitutiv wirke allein die nunmehr eintretende Gewissheit, d. h. die Rechtssicherheit, dass das Gesetz wirklich nichtig sei.¹⁶ Die Norm habe dagegen nie (materielle) Gültigkeit erlangt.¹⁷ Etwas anderes gelte nur, wenn die Maßstabnorm nach der geprüften Norm in Kraft trete; dann sei dieser Zeitpunkt maßgeblich.

Nach anderer Ansicht, der sog. **Vernichtbarkeitslehre**, behalten Normen solange ihre Gültigkeit, bis ihre Verfassungswidrigkeit autoritativ festgestellt wird.¹⁸ Insbesondere die Existenz der konkreten Normenkontrolle mit einer Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungs- bzw. der Landesverfassungsgerichte mache dies deutlich. Es sei davon auszugehen, dass die „Nichtigkeitserklärung“ als Aufhebung („Vernichtung“) der Norm zu lesen und zu verstehen sei. Die Nichtigkeit könne erst dann unstreitig und verbindlich werden, wenn die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorliege. Vor dieser Entscheidung bestehe ein Rechtsschein zugunsten der Gültig-

12 Bethge, Herbert, in: Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, 34. Lfg., Stand: Januar 2011, § 31 Rn. 156 (29. Lfg, Stand: Oktober 2008).

13 Klein, Eckart, in: Benda, Ernst/Klein, Eckart, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2001; 1251; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., § 31 Rn. 139 f.; Pestalozza, Christian, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. München, 1991, S. 275; Menzel, Andreas, Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Land in der Gesetzgebung, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1997, S. 640 ff., abzurufen unter: <http://www.lexisnexis.com>.

14 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., § 31 Rn. 140.

15 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., § 31 Rn. 140.

16 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., § 31 Rn. 152.

17 Klein, in: Benda/Klein, Rn. 1251

18 Heckmann, Dirk, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, Tübingen, 1997, S. 53 ff.

keit der Norm; das Bundesverfassungsgericht beseitige diesen Rechtsschein.¹⁹ Demzufolge handle es sich bei der Entscheidung des Verfassungsgerichts im Falle der abstrakten Normenkontrolle um eine **konstitutive Aufhebung** verfassungswidriger Gesetze.²⁰ In der Tendenz sei der **gestaltende Charakter der Nichtigerklärung** des Bundesverfassungsgerichts unübersehbar.²¹ Wenn dagegen die Nichtigkeit ipso iure bestehe, könne diese von jedermann geltend gemacht werden, der zu dieser Feststellung in der Lage sei. Dies widerspreche der Rechtssicherheit, die hier als Gebot zu verstehen sei, die Rechtsgeltung nach einem von der Meinung des Rechtssubjekts unabhängigen Maßstab zu bestimmen.²² Eine Rechtsordnung mit richterlichem Verwerfungsmonopol brauche keine automatische Nichtigkeitsfolge. Im Sinne einer **widerlegbaren Geltungsvermutung** und schließlich einer **Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung** wird mitunter argumentiert, dass es keine rechtswidrigen Normen an sich gebe, sondern nur solche, deren Rechtmäßigkeit umstritten sei. Zu Beginn dieses Geltungsstreits stünden Geltungsbehauptungen.²³ Wegen der vielfachen Absicherungen demokratisch-rechtsstaatlicher Gesetzgebungsverfahren bestehe eine Vermutung zugunsten der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, die lediglich in den dafür vorgesehenen Normenkontrollverfahren widerlegt werden könne.²⁴ Die konstitutive Aufhebung verfassungswidriger Gesetze durch ein Verfassungsgericht breche zwar in die Gewaltenteilung ein, verletze sie aber nicht. Es sei vielmehr Kennzeichen einer rechtsstaatlichen Demokratie, den Gesetzgeber notfalls durch verfassungsgerichtliche Entscheidungen in seine Schranken zu weisen.²⁵

Von dem Streit um die eo-ipso-Nichtigkeit oder der Vernichtbarkeit einer Rechtsnorm durch das Bundesverfassungsgericht ist die Frage zu differenzieren, welche Wirkung die – je nach Sichtweise entweder als deklaratorisch oder konstitutiv qualifizierte – verfassungsgerichtliche Normenkontrollentscheidung hat, d. h. ex-tunc-Nichtigkeit (rückwirkend) oder ex-nunc-Nichtigkeit (ab der Nichtigkeitserklärung) des Gesetzes (siehe hierzu 2.2).²⁶

- b) Hätte der Sächsische Verfassungsgerichtshof – ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht – auch die weitere Anwendbarkeit des für unvereinbar erklärten Gesetzes anordnen können?

Auch in Bezug auf die Unvereinbarkeitserklärung kann wegen der Textidentität von BVerfGG und SächsVerfGHG für Bundesverfassungsgericht und Landesverfassungsgericht vergleichbar argumentiert werden: Die vom Bundesverfassungsgericht zunächst ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung eingeführte Tenorierungspraxis einer Unvereinbarkeitserklärung findet inzwi-

19 Maunz, Theodor, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert, u.a., Grundgesetz, Kommentar, 61. Erglfg., Stand: Januar 2011, Online-Kommentar abzurufen unter: <http://beck-online.beck.de>, Art. 93 Rn. 33 f.

20 Heckmann, S. 55.

21 Heckmann, S. 57.

22 Heckmann, S. 57.

23 Heckmann, S. 59.

24 Heckmann, S. 481.

25 Heckmann, S. 55.

26 So auch differenzierend: Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 93 Rn. 33.

schen ihren Niederschlag im BVerfGG. Aus den Bestimmungen der § 31 Abs.2 S. 2 und 3 und § 79 Abs. 1 BVerfGG ergibt sich dies. In beiden Bestimmungen ist nämlich ausdrücklich die Rede von zwei **Tenorierungsalternativen**, „für mit dem Grundgesetz unvereinbar oder nichtig“. Entsprechendes enthalten § 14 Abs. 2 S. 2 und § 24 SächsVerfGHG unter Verweis auf § 79 BVerfGG.

Allerdings gilt hier wie auch für das Bundesverfassungsgericht, dass der Gesetzgeber selbst nicht festgelegt hat, unter welchen Voraussetzungen der Verfassungsverstoß die Nichtigkeit der Norm zur Folge hat oder lediglich eine Unvereinbarkeitserklärung des Verfassungsgerichts nach sich zieht.²⁷ **Maßgeblich ist die Entscheidung des Verfassungsgerichts.** Somit ist nicht ersichtlich, warum –abweichend von den Möglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts – eine bloße Unvereinbarkeitserklärung durch den Sächsischen Verfassungsgerichtshof nicht vorgenommen werden könnte.

In der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung haben sich **Fallkonstellationen** herausgebildet, nach denen die Weitergeltung legitimiert werden kann. Entsprechendes dürfte auch für die Landesverfassungsgerichte gelten. Die Unvereinbarkeitserklärung kommt u.a. dann zur Anwendung, wenn der Ausspruch der Nichtigkeit zu einer schwer erträglichen Rechtslage, etwa einer unerträglichen Regelungslücke, führen würde oder der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen (vor allem im Bereich des Gleichheitssatzes).²⁸

Der Sächsische Verfassungsgerichtshof hat die hier allein in Betracht kommende Variante einer Unvereinbarkeitserklärung aufgrund einer schwer erträglichen Rechtslage wegen einer Regelungslücke – wie in der Einleitung (1.) bereits zitiert – unter dem Hinweis verneint, dass ein solcher Zustand nicht eingetreten sei, weil „das Versammlungsgesetz des Bundes wieder Wirksamkeit entfalte“.²⁹

2.2. Zum Verhältnis Bundesrecht/Landesrecht im Rahmen des Art. 125a Abs.1 GG

- a) Ist das Versammlungsgesetz des Bundes in Sachsen unerkant in Geltung geblieben?
- b) Oder entfaltet das Versammlungsgesetz des Bundes mit der Nichtigkeit des sächsischen Versammlungsgesetzes wieder Wirksamkeit?

Nach der **Rechtsprechung** des Bundesverfassungsgerichts ist ein Gesetz, das nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen und wegen Verfassungswidrigkeit für nichtig erklärt wurde „von Anfang an unwirksam“.³⁰

Der **Theorie von der ex tunc-Nichtigkeit** folgt auch die **Literatur**.³¹ Begründet wird diese Auffassung von den **Vertretern der eo-ipso-Nichtigkeit** u.a. damit, dass das verfassungswidrige Gesetz

27 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., § 78 Rn. 59.

28 Ausführlich zu den Fallgruppen: Benda/Klein, Rn. 1267 ff.; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., § 78 Rn. 68.

29 SächsVGH, Urteil, Entscheidungsgründe B. II.

30 Siehe z. B. BVerfGE 7, 377, 387: "Die Feststellung der Nichtigkeit wirkt ex tunc."; BVerfGE 8, 51, 71: "Soweit Rechtsvorschriften für nichtig erklärt werden, gilt die Nichtigkeit rückwirkend vom Zeitpunkt ihres ersten Inkrafttretens an."

von Anfang an nichtig sein müsse, weil bereits die vorübergehende Geltung dieses Gesetzes den Vorrang des Gesetzes und der Verfassung nicht ernst nehme.³² Nach dieser Ansicht könnte man also eine „unerkannte Geltung“ des Versammlungsgesetzes des Bundes annehmen.

Dass ein rechtsfehlerhafter Rechtsetzungsakt durch die Nichtigkeitsfolge nicht ungeschehen gemacht werden könne, wird allerdings auch nach dieser Ansicht nicht bestritten. Er bleibe als **tatsächliches Geschehen** in der Welt und könne daher auch Rechtsfolgen auslösen.³³ So stehe es der Nichtigkeitsfolge nicht entgegen, dass das Vertrauen auf einen solchen Akt schutzwürdig sein könne – z. B. bei der jahrelangen Anwendung eines Gesetzes in der sich letztlich als falsch herausstellenden Annahme, es sei verfassungsgemäß. Der Gesetzgeber habe hinsichtlich der Auswirkungen einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf als verfassungswidrig erkannte Gesetze gestützte Maßnahmen durch § 79 BVerfGG Rechnung getragen - im übrigen schließe das Bundesverfassungsgericht Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzlücken gestützt auf die Rechtsstaatlichkeit durch eigene Übergangsregelungen.³⁴

Die **Theorie von der Vernichtbarkeit** unterscheidet sich in der Argumentation von den Vertretern der eo-ipso-Nichtigkeit: Die Nichtigkeit könne erst dann unstreitig und verbindlich werden, wenn die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorliege.³⁵ Vor der Entscheidung bestehe ein **Rechtsschein zugunsten der Gültigkeit der Norm**. Es existiere eine Rechtsnorm, wenn auch nur eine **Scheinrechtsnorm**. Erkläre das Bundesverfassungsgericht die Rechtsnorm für verfassungswidrig, so verändere es die Rechtslage insofern, als es diesen Rechtsschein beseitige und damit eine rechtserhebliche Tatsache aus der Welt schaffe.³⁶ Danach wäre wohl davon auszugehen, dass das Versammlungsgesetz des Bundes nach der verfassungsgerichtlichen Nichtigklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes erst wieder wirksam werde, weil zuvor die „Scheinrechtsnorm“ des Sächsischen Versammlungsgesetzes gelten würde.

Diese eher akademische Auseinandersetzung ändert allerdings nichts an der wohl weitgehend unbestrittenen Tatsache, dass verkündete Gesetze solange und soweit uneingeschränkt verbindlich sind, als sie nicht vom Bundesverfassungsgericht bzw. - bei landesverfassungsgerichtlicher Zuständigkeit - vom jeweiligen Landesverfassungsgericht für nichtig erklärt wurden³⁷ bzw. der Gesetzgeber selbst das Gesetz geändert hat. Das Sächsische Versammlungsgesetz war danach bis zur verfassungsgerichtlichen Nichtigklärung anzuwendendes Recht in Sachsen.

31 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., § 31 Rn. 140.

32 Menzel, in: DVBl 1997, S. 640 ff. (Abschnitt III. 2 c).

33 Menzel, in: DVBl 1997, S. 640 ff. (Abschnitt III. 2 c).

34 Menzel, in: DVBl 1997, S. 640 ff. (Abschnitt III. 2 c).

35 So Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a., Art. 93 Rn. 33.

36 Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a., Art. 93 Rn. 34.

37 So explizit Bundesfinanzhof (BFH), Beschluss vom 27. Oktober 2000, Az. B 77/00, abzurufen unter: <http://www.juris.de>, Rn. 34.

- c) Oder ist die Geltung des Bundesgesetzes nach Art. 125a Abs.1 GG in Sachsen entfallen und das Landesgesetz nichtig, so dass in Sachsen derzeit kein Versammlungsgesetz gilt?
- (1) Liegt ein „Ersetzen“ i. S. d. Art. 125a Abs. 1 GG auch dann vor, wenn das fragliche Landesgesetz von Anfang an nichtig war?
 - (2) Steht dem „Wiederaufleben“ des Bundesrechts eine fehlende Bundeszuständigkeit entgegen?
 - (3) Steht dem „Wiederaufleben“ des Bundesrechts eine fehlende Länderkompetenz entgegen, einem Bundesgesetz wieder Geltung zu verschaffen?
 - (4) Steht dem „Wiederaufleben“ des Bundesrechts eine fehlende Kompetenz eines Landesverfassungsgerichts entgegen, einen legislativen Akt eines Landesgesetzgebers durch Bundesgesetz zu ersetzen?

Nach beiden zur Wirkung der verfassungsgerichtlichen Nichtigerklärung eines Gesetzes vertretenen Auffassungen (siehe 2.1) kommt es nicht zu der Konstellation, dass in Sachsen überhaupt kein Versammlungsrecht mehr gilt, denn in jedem Fall gilt nach der Nichtigerklärung das Versammlungsgesetz des Bundes. Dazu bedarf es nicht der Regelung des Art. 125a Abs.1 GG. Diese wird übrigens im Zusammenhang mit der Wirksamkeit des Bundesrechts auch vom Sächsischen Verfassungsgerichtshof nicht ausdrücklich herangezogen (siehe 1.). Art. 125a Abs. 1 GG schafft – ausgehend von der unterstellten Verfassungsmäßigkeit des Bundes- bzw. Landesrechts – lediglich eine Fortgeltungsregelung für Bundesrecht bzw. eine Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers bei einer Änderung des Kompetenzgefüges.

Vielmehr ergibt sich die Folge, dass das Versammlungsrecht des Bundes grundsätzlich anzuwenden ist, bereits aus den allgemeinen Erwägungen, die beide Ansichten jeweils vortragen. Nach der einen Ansicht, weil das Landesversammlungsgesetz als eo ipso nicht existent angesehen wird, nach der anderen Ansicht, weil das Gericht die Autorität besitzt, die Wirkung des Gesetzes durch gestaltenden Akt zu beenden (Vernichtbarkeit, autoritative Geltungsbeendigung).

Zur Frage der „Ersetzungsbefugnis“ ist im Übrigen festzustellen, dass nach der eo-ipso-Nichtigkeitstheorie das Verfassungsgericht mit seiner Nichtigerklärung ohnehin nicht gestaltet, sondern der Zustand aus sich heraus eintritt. Nach der These von der widerlegbaren Geltungsvermutung bzw. autoritativen Normgeltungsbeendigung ist das Landesverfassungsgericht aus den unter 2.1. dargestellten Gründen zur „Ersetzung“ befugt. Es ersetzt einen legislativen Akt eines Landesgesetzgebers allerdings auch nach dieser Auffassung nicht durch Bundesrecht, sondern bestimmt lediglich – im Rahmen seiner Zuständigkeit – die Beendigung der Geltung des Landesgesetzes. Logische Folge, aber nicht der Gestaltungsmacht des Gerichts entsprungen, ist das Wiederaufleben der ursprünglichen Rechtslage, d. h. der Geltung des Versammlungsgesetzes des Bundes ab dem Zeitpunkt der Nichtigerklärung.

2.3. Zu Art. 125 a Abs. 1 GG im Zusammenhang mit Strafgesetzen

Können auch Strafvorschriften „wiederaufleben“ bzw. unerkannt in Geltung bleiben oder steht das Gesetzlichkeitsprinzip, insbesondere das Bestimmtheitsgebot und/oder das Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB, Art. 7 EMRK) entgegen?

- a) Werden durch die Nichtigkeitserklärung des SächsVersG durch den Sächsischen Verfassungsgerichtshof und die von ihm angenommene Geltung des Versammlungsgesetzes des Bundes mit seinem höheren Strafraumen die vom sächsischen Gesetzgeber gezogenen Grenzen der Strafbarkeit überschritten, sodass darin ein Verstoß gegen die Gesetzlichkeit der Strafbarkeit liegt?
- b) Ist die Einleitung eines Strafverfahrens wegen Verstoßes gegen § 21 VersG (Bund) für den Zeitraum zwischen Verkündung und Nichtigkeitserklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot vereinbar? Konnte der Einzelne – insbesondere wenn man davon ausgeht, dass das Versammlungsgesetz des Bundes unerkannt fortgegolten bzw. rückwirkend wieder aufgelebt ist – wissen, was verboten ist und welche Strafe ihm droht? Ist Unbestimmtheit bereits dadurch gegeben, dass zur Zeit der Tat nicht erkennbar war, welche Rechtsfolge an die Tatbegehung geknüpft ist?
- c) Ist die Einleitung des Strafverfahrens wegen Verstoßes gegen § 21 Versammlungsgesetz des Bundes für den Zeitraum zwischen Verkündung und Nichtigkeitserklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot vereinbar?
- d) Kann als „milderes Gesetz“ im Sinne des § 2 Abs. 3 Strafgesetzbuch (StGB) – ggf. durch eine analoge Anwendung der Vorschrift – auch ein nichtiges Gesetz gelten? Oder würde dies letztlich eine Analogie zulasten des Täters darstellen, weil sie eine Strafbarkeit schafft, die andernfalls gar nicht gegeben wäre?

Das in Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich gewährleistete **Gesetzlichkeitsprinzip** umfasst neben dem Gebot formell-gesetzlicher Begründung der Strafbarkeit (Verbot von Gewohnheitsrecht) und dem Analogieverbot das Gebot bestimmter Strafgesetze (**Bestimmtheitsgebot**) sowie das Erfordernis der Begründung der Strafbarkeit vor Begehung der Tat (**Rückwirkungsverbot**).³⁸ Das Gebot der Bestimmtheit gilt auch für die **Rechtsfolge** einer Norm, also die Strafandrohung.³⁹ Das bedeutet, dass die Strafe als missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht **in Art und Maß** durch den parlamentarischen Gesetzgeber **normativ bestimmt** werden muss und die für eine Zuwiderhandlung gegen eine Strafnorm drohende **Sanktion** für den Normadressaten **vorhersehbar** sein muss.⁴⁰ Der **Strafraumen** und die Wertungskriterien, an welchen sich die richterliche Entscheidung auszurichten hat, sind daher durch den Gesetzgeber festzulegen.⁴¹ Der Gesetzgeber hat den Strafraumen so zu bestimmen, dass das Mindestmaß einer Strafe ebenso wie eine **Sanktionsobergrenze** erkennbar ist.⁴²

Das **Rückwirkungsverbot** führt zum einen dazu, dass niemand aufgrund eines Gesetzes bestraft werden kann, das zum Tatzeitpunkt noch nicht in Kraft war, und zum anderen, dass niemand

38 Nolte, Georg, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage 2010, Art. 103 Abs. 2 Rn. 96.

39 Radtke, Henning/Hagemeier, Andrea, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian, Beck'scher Online-Kommentar GG, 11. Edition, München, Stand: 1. Juli 2011, Art. 103 Rn. 36, abzurufen unter: <http://beck-online.de>.

40 BVerfG, Urteil vom 20. März 2002, Az. 2 BvR 794/95, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, S. 1779.

41 Schmid-Aßmann, Eberhard, in: Maunz/Dürig, Herzog/Scholz u. a., Art. 103 Abs. 2 Rn. 197.

42 BVerfG in: NJW 2002, S. 1779.

schärfer bestraft werden kann, als es zur Zeit der Tat normiert war.⁴³ Ein Täter kann demnach nur aufgrund eines Gesetzes bestraft werden, welches ihm schon in seiner Existenz wie auch in seinen Folgen bekannt sein konnte. Das Rückwirkungsverbot schließt somit sowohl eine **rückwirkende Strafbegründung**, als auch eine **rückwirkende Strafschärfung** aus.⁴⁴ Das in Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB enthaltene Rückwirkungsverbot wird in **§ 2 StGB**, welcher die zeitliche Geltung des Strafrechts betrifft, **konkretisiert**.⁴⁵ Nach der in § 2 Abs. 1 StGB normierten **Grundregel gilt das Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt**.⁴⁶ Die **herrschende Meinung** sieht hierin eine Konsequenz des Rückwirkungsverbots und geht von der **grundsätzlichen Anwendbarkeit des Tatzeitrechts** aus, das den Richter auch zum Urteilszeitpunkt an diese Rechtslage bindet.⁴⁷

Zunächst kommt die Einleitung eines Strafverfahrens auf Grundlage des Bundesversammlungsgesetzes als unmittelbare Konsequenz aus der oben dargestellten Rückwirkung der Nichtigerklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes in Betracht (2.2). Im Hinblick auf das verfassungsrechtlich gewährleistete Bestimmtheits- und Rückwirkungsverbot könnte die damit einhergehende Anwendung der schärferen Strafvorschrift jedoch problematisch sein. Zunächst ist festzuhalten, dass sich das verfassungsrechtlich gewährleistete Bestimmtheitsgebot, wie dargestellt, nicht nur auf den strafrechtlichen Tatbestand – dieser ist in Bundes- und Landesversammlungsgesetz identisch –, sondern **auch auf die Rechtsfolgenseite** bezieht. Zur Zeit der Tatbegehung am 19. Februar 2011 konnte der Einzelne im vorliegenden Fall wohl wissen, **welche Handlung** verboten ist und auch dass diese strafbewehrt ist. Der Strafraum von bis zu zwei Jahren war für ihn ersichtlich. Jedoch war ein Strafraum von bis zu drei Jahren entsprechend der Strafvorschrift des Versammlungsgesetzes des Bundes für den Einzelnen zum Zeitpunkt der Tat **nicht vorhersehbar**. Insbesondere handelt es sich bei der Anwendung des Bundesversammlungsgesetzes anstelle des nichtigen Landesversammlungsgesetzes nicht um einen bloßen Normenaustausch, da keine vollständige Textidentität der Vorschriften besteht.⁴⁸

Hinzu kommt, dass bei Anwendung des § 21 VersG (Bund) das schärfere Gesetz zugrundegelegt wird und damit das Rückwirkungsverbot verletzt sein könnte. Denn grundsätzlich gilt, dass bei einer verschärfenden Gesetzesänderung nach Tatbegehung aus dem Rückwirkungsgebot folgt, das neue Recht nicht auf den Täter anzuwenden.⁴⁹ Ein **Kernproblem** ist, ob das **Rückwirkungsverbot**

43 Radtke/Hagemeyer, in: Epping/Hillgruber, Art. 103 Rn. 42.

44 BVerfGE 81, 132, 135.

45 von Heintschel-Heinegg, Bernd, in: von Heintschel-Heinegg, Bernd, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 15. Edition, München, Stand: 1. Mai 2011, § 2 Rn. 1.

46 § 2 Abs. 2 StGB bezieht sich auf Änderungen der Rechtslage während der Tatbegehung und ist für die vorliegende Konstellation nicht relevant. Ebenso wenig ist die in Absatz 4 normierte Sonderregelung für Zeitgesetze einschlägig.

47 Schröder, Christian, Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts trotz Rechtsänderung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 2000, S. 44 ff., S. 45. Einige Autoren gehen dagegen von einer grundsätzlichen Derogation des Tatzeitrechts und der Anwendung des zum Zeitpunkt des Urteils geltenden Rechts aus, so: Tiedemann, Klaus, Zeitliche Grenzen des Strafrechts, in: Festschrift für Karl Peters, 193 (197).

48 Vergleiche zum zulässigen Normenaustausch Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a., Art. 103 Abs. 2 Rn. 237.

49 Schmitz, in: Münchner Kommentar, 1. Aufl. 2003, § 2 Rn. 17.

des Art. 103 Abs. 2 GG auch bei der verfassungsgerichtlichen Nichtigerklärung eines milderen Gesetzes und nicht nur bei der strafschärfenden Gesetzesänderung nach Tatbegehung durchgreift. Art. 103 Abs. 2 GG ist eine **spezielle Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips** unter dem Gesichtspunkt der **Rechtssicherheit**⁵⁰ mit der Konsequenz, dass eine Bestrafung nur zulässig ist, wenn sie im Tatzeitpunkt für den Bürger vorhersehbar und berechenbar war. Im Vordergrund steht also der **besondere Vertrauensschutz des Bürgers auf die zur Tatzeit geltende Strafrechtsnorm**. Da sowohl im Falle der späteren Gesetzesänderung als auch bei der späteren Nichtigerklärung eines Straftatbestandes jedenfalls mit dem **in Kraft getretenen Parlamentsgesetz ein Vertrauensschutztatbestand für den Täter** entsteht, wenngleich beim verfassungswidrigen Gesetz nur als tatsächliches Geschehen bzw. Rechtsschein (siehe oben 2.2), dürfte hier Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlich gleichermaßen einschlägig sein mit der Folge, dass § 21 VersG Bund nicht anzuwenden ist.

Eine **weitere Frage** ist, **welches Gesetz** nun in der Konsequenz der Unanwendbarkeit des Bundesgesetzes **einschlägig** ist, d. h. ob für Fälle, die sich vor der Nichtigerklärung zugetragen haben, aber erst nach dieser verfolgt bzw. verhandelt werden, das nichtige, mildere Landesgesetz anstatt des schärferen Bundesgesetzes maßgeblich ist oder ob von einer gänzlichen Strafflosigkeit der Tat aufgrund der verfassungsgerichtlichen Nichtigerklärung des Landesgesetzes auszugehen ist.

Eine **Begründung der Strafbarkeit** nach dem Landesgesetz erscheint auf Grundlage einer analogen Anwendung des § 2 Absatz 3 StGB bereits insoweit verfehlt, als dass nach dieser Vorschrift der **Grundsatz der Meistbegünstigung** gilt.⁵¹ Dies könnte hier aufgrund der Nichtigerklärung des milderen Gesetzes aber gerade die Straffreiheit sein.

Auch die in **§ 2 Abs. 1 StGB normierte Grundregel**, dass das Gesetz, das **zur Zeit der Tat** maßgeblich ist, führt im Falle eines für verfassungswidrig erklärten Gesetzes nicht weiter. Mit der **herrschenden Meinung** ist diese Regelung als **Rechtsgeltungsregel** zu verstehen, die den allgemeinen Grundsatz, dass ein späteres Gesetz einem früheren Gesetz desselben Ranges vorgeht (**lex-posterior-Prinzip**), für den Bereich des Strafrechts durchbricht.⁵²

Nicht durchbrochen ist damit allerdings die grundsätzliche **Bindung** der Staatsanwaltschaft **an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG**, der die Anwendung (festgestellt) verfassungswidrigen Rechts zuwiderliefe. Ab dem Zeitpunkt der Nichtigerklärung darf aus diesem Grunde § 21 SächsVersG nicht mehr angewendet werden. Anderes hätte nur im Falle der bloßen verfassungsgerichtlichen Unvereinbarkeitserklärung gegolten, die hier aber der Sächsische Verfassungsgerichtshof eben gerade nicht vorgenommen hat.

Die ex-tunc-Wirkung der Nichtigkeit führt dazu, dass auf das Gesetz ab der verfassungsgerichtlichen Entscheidung auch für Tathandlungen vor der Nichtigerklärung nicht mehr zurückgegriffen werden darf. Der unter 2.2 erörterte Rechtsschein bzw. die tatsächliche Wirkung des Landesge-

50 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl., München 2011, Art. 103 Rn. 43.

51 Hassemer, Winfried/Kargl, Walter, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, Strafgesetzbuch (Kommentar, abzurufen unter: <http://www.beck-online.beck.de>), 3. Aufl. 2010, § 2 Rn. 16.

52 Schröder, Christian, Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts trotz Rechtsänderung, ZStW 2000, 44 (49 ff.).

setzes, die zuvor bestanden haben, sind damit beseitigt. Die Norm gilt nunmehr als von Anfang an nicht mehr existent und kann daher nicht mehr Grundlage strafrechtlicher Ermittlungen und Verurteilungen sein.

Im Ergebnis dürfte nach alledem nach der Nichtigerklärung des Sächsischen Versammlungsgesetzes die Einleitung eines Strafverfahrens **für Taten für den Zeitraum zwischen Verkündung und Nichtigerklärung** wegen der dargestellten **Strafbarkeitslücke** nicht möglich sein. Mag die Strafflosigkeit dieser Taten vielleicht auf den ersten Blick unbillig erscheinen, weil die Handlungen für die Betroffenen wegen des Rechtsscheins bzw. der tatsächlichen Wirkung des § 21 SächsVersG zur Tatzeit schließlich erkennbar strafbewehrt waren, so erscheint doch aus allgemeinen bzw. besonderen rechtsstaatlichen Gesichtspunkten im Hinblick auf § 21 SächsVersG - wegen der Bindung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG - und in Bezug auf § 21 VersG Bund - wegen des Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG - eine andere Bewertung verfassungsrechtlich problematisch.

(Patrizia Robbe)

(Heike Münzing)