

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 65

Prüfung formeller Gesetze im Bereich der Exekutive

Ein Beitrag zur Dogmatik des Verhältnisses
zwischen Legislative und Exekutive
(Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG)

Von

Dieter Kabisch



Duncker & Humblot · Berlin

DIETER KABISCH

Prüfung formeller Gesetze im Bereich der Exekutive

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 65

Prüfung formeller Gesetze im Bereich der Exekutive

Ein Beitrag zur Dogmatik des Verhältnisses
zwischen Legislative und Exekutive
(Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG)

Von

Dr. Dieter Kabisch



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1967 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

Dem Andenken meines Vaters
Dr. Alfred Kabisch
† 29. 7. 1952

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommer-Semester 1967 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Februar 1967 abgeschlossen und für die Drucklegung geringfügig ergänzt, wobei die Anfang des Jahres 1967 erschienene Literatur soweit wie möglich berücksichtigt wurde.

Für die Betreuung der Arbeit sowie für die wertvollen Anregungen und Hinweise sei an dieser Stelle Herrn Prof. Dr. *Klaus Stern* herzlich gedankt.

Den Druck der Schrift ermöglichte Herr Ministerialrat a.D. Dr. *Johannes Broermann* durch die entgegenkommende Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Berlin-Wannsee, im Dezember 1967

Dieter Kabisch

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
<i>Erster Abschnitt</i>	
Zum Problem	16
I. Einführung	16
II. Bisherige Lösungsvorschläge	20
1. Die Ansicht G. Hoffmanns	21
2. Die Ansicht Bachofs	23
3. Die Ansicht Halls	25
III. Kritik der bisherigen Problemsicht	28
IV. Ansatz und Schwerpunktbildung	32
V. Konzentration auf das förmliche (nachkonstitutionelle) Gesetz ..	36
<i>Zweiter Abschnitt</i>	
Grundlagen — Die Gesetzesbindung	37
I. Allgemeines	37
II. Die Stellung der Exekutive gegenüber dem Gesetz	39
1. Die Gesetzesbindung der Exekutive	39
a) Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	39
aa) Die rechtssatzschaffende Kraft des Gesetzes	40
bb) Der Vorrang des Gesetzes — „formelle“ und „materielle“ Gesetzeskraft	41
cc) Der Vorbehalt des Gesetzes	43
b) Die Stellung der Exekutive im Verfassungssystem des GG	44
c) Der Umfang des Gesetzesvorbehaltes	50
d) Die Wirkungen des Gesetzes auf die Exekutive	54
2. Die organisatorische Struktur der Exekutive	58
a) Die Organschaft	63
b) Zum Begriff der Kompetenz	66
c) Kompetenz und Zuständigkeit	67

3. Das Handeln der Exekutive in ihrem Kompetenzbereich	70
a) Allgemeine Handlungszuständigkeit	70
aa) Das Prinzip der Eigeninitiative	70
bb) Das Prinzip der Eigeninitiative im Exekutivbereich	74
cc) Das Prinzip der Determination	78
dd) Legalitäts- und Opportunitätsprinzip	80
ee) Abgrenzungen	83
b) Gesetzes-„anwendung“ und Gesetzesvollziehung durch die Exekutive	84
III. Die Gesetzesbindung der Judikative	97
IV. Ergebnisse	98

Dritter Abschnitt

Der eigene Lösungsversuch 101

<i>Erster Teil: Die Prüfungs-„Kompetenz“</i>	101
A. Das allgemeine Funktionssubjekt	102
B. Die zentrale Bedeutung des Art. 100 Abs. 1 GG	103
C. Die ‚normkritische Situation‘	106
I. Die funktionale Stellung der Exekutivfunktion im Verfassungssystem des GG und die Gesetzesbindung	110
II. Die Wirkungen des Gesetzes auf die Exekutive	111
1. Die funktionellen Voraussetzungen	112
a) Die Bindbarkeit und Bestimmbarkeit der Exekutivfunktion	112
b) Die ‚allgemeine Handlungszuständigkeit‘ der Exekutivorgane	114
c) Gesetzesanwendung im Exekutivbereich — Wahrnehmung von Exekutivkompetenzen durch Exekutivorgane	115
d) Die Verpflichtung der Exekutivorgane zur Wahrnehmung ihrer Kompetenzen	118
aa) Legislativ-determinierte Exekutivkompetenzen	120
bb) Exekutive Eigenkompetenzen	120
2. Die funktionelle Beziehung zwischen dem Gesetz und der Exekutivfunktion	121
3. Die Wirkungen des Gesetzes bei seinem Inkrafttreten	122
a) Auf die Exekutivkompetenzen	122
b) Auf die allgemeine Handlungszuständigkeit der Exekutivorgane	123
III. Die Prüfungskompetenz als Organkompetenz von Exekutivorganen	124

1. Die Prüfungspflicht als Pflicht zur präventiven (Über-)Prüfung der Exekutivkompetenzen anlässlich des Inkrafttretens eines Gesetzes	124
a) Das Entstehen der Prüfungspflicht	132
b) Die ‚Verhaltenserheblichkeit‘ des Gesetzes für die Exekutivorgane	132
aa) Die Entscheidungserheblichkeit für die Judikativorgane	132
bb) Die Verhaltenserheblichkeit für die Exekutivorgane ...	133
2. Der Zeitpunkt der Verhaltenserheblichkeit	134
IV. Die ‚Verhaltenserheblichkeit‘ als Voraussetzung der normkritischen Situation	134
D. Das spezielle Pflichtsubjekt der Prüfungspflicht	137
I. Die Notwendigkeit der Bestimmung des Pflichtsubjektes und die Methode	137
II. Möglichkeiten und Voraussetzungen der Bestimmung	139
1. Im Judikativbereich	139
a) Die verfassungsrechtliche Bestimmung des Pflichtsubjektes für den Judikativbereich („ein Gericht“)	139
b) Die legislative Regelung der Organisation im Judikativbereich	140
2. Im Exekutivbereich	140
a) Unmöglichkeit der Bestimmung des Pflichtsubjektes anhand des ‚Begriffes‘ der Gesetzesanwendung	141
b) Das ‚Befast-Sein‘ mit dem Gesetz bei Einsetzen der Verhaltenserheblichkeit als Kriterium	143
aa) Die Überprüfung der Exekutivkompetenzen anlässlich des Inkrafttretens eines Gesetzes	144
bb) Die Gubernativ-Funktion und die parlamentarische Verantwortlichkeit der (Bundes- bzw. Landes-)Regierung	147
III. Die (Bundes- bzw. Landes-)Regierung als Pflichtsubjekt der Prüfungspflicht	150
E. Die ‚summarische‘ Prüfung	150
<i>Zweiter Teil: Die Folgerungen aus der Prüfungskompetenz</i>	<i>153</i>
A. Der Normenkontrollantrag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG	159
I. Sinn und Bedeutung der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG	159
1. Das einheitliche Institut der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle	160
2. Die Regelung des Zuganges zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, Art. 100 Abs. 1 — 93 Abs. 1 Nr. 2 GG	162

3. Die kommunale Verfassungsbeschwerde, § 91 BVerfGG — Art. 28 GG	162
II. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG als spezifisch auf die Exekutivfunktion ausgerichtete Zugangsregelung	165
1. Die Auswahl der Regierungen als ausschließliche Antragsbe- rechtigte für den Exekutivbereich	169
2. Die Zulässigkeit des Normenkontrollantrages der Regierungen 173	
a) „Zweifel“ im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG	173
b) Die ‚präsentive Rechtskontrollfunktion‘ der abstrakten Nor- menkontrolle	175
c) Die Rechtsbetroffenheit des Antragstellers	178
d) Das Feststellungsinteresse	179
e) Zusammenfassung	180
B. Der Normenkontrollantrag als wirksame, funktionsgerechte Folgerung aus der Prüfungskompetenz	181
C. Die Pflicht der Regierung zur Stellung des Normenkontrollantrages	185
D. Beratungs- und Unterstützungspflichten des Organwalters gegenüber seinem Vorgesetzten	186
E. Abschließende Betrachtung des Ergebnisses	187
<i>Dritter Teil: Ergebnisse und Thesen</i>	190
Literaturverzeichnis	195
Personenverzeichnis	207
Sachverzeichnis	211

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für die zivilistische Praxis
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
APF	= Archiv für Post- und Fernmeldewesen
A.R.A.	= Allgemeiner Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates
AS	= Amtliche Sammlung
Bay.	= Bayern, Bayerische ...
BB	= Der Betriebsberater
BBG	= Bundesbeamtengesetz
Berl.	= Berlin, Berliner ...
BFH	= Bundesfinanzhof
BGH	= Bundesgerichtshof
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BRRG	= Beamtenrechtsrahmengesetz
BStBl.	= Bundessteuerblatt. Teil III. Veröffentlichungen des Bundesfinanzhofes
BSG	= Bundessozialgericht
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	= Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DRiZ	= Deutsche Richterzeitschrift
DV	= Deutsche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt. Zeitschrift
E	= Entscheidung(en)
Entw.	= Entwurf
FR	= Finanz-Rundschau
GG	= Grundgesetz
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
Hess.	= Hessen, Hessisches ...
HDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Anschütz und Thoma. Bd. I, II. Tübingen 1930, 1932.
JbÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts

JR	= Juristische Rundschau, Zeitschrift
JuS	= Juristische Schulung, Zeitschrift
JZ	= Juristenzeitung
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, Loseblattsammlung
LS	= Lammers-Simons (s. Schrifttumsverzeichnis)
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MBliv	= Ministerialblatt für die Preußische Innere Verwaltung
Nds.	= Niedersachsen, Niedersächsisches ...
N.F.	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Pr.	= Preußen, Preußisches ...
RhPf.	= Rheinland-Pfalz, Rheinland-Pfälzisches ...
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RG	= Reichsgericht
Rdnr.	= Randnummer(n)
Rspr.	= Rechtsprechung
RStGH	= Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich
RV	= Reichsverfassung
StGH	= Staatsgerichtshof
SchweizZGB	= Schweizer Zivilgesetzbuch
Verf.	= Verfassung
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
VersR	= Versicherungsrecht, jur. Rundschau für die Individualversicherung
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv, Zeitschrift
VerwRSpr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
WRVerf.	= Weimarer Reichsverfassung
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZSchweizR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung stellt sich zur Aufgabe, einen Beitrag zu der heute noch recht umstrittenen Stellung der Exekutivfunktion in dem geltenden Verfassungssystem des Grundgesetzes, insbesondere soweit es das Verhältnis der Exekutivfunktion zu dem förmlichen Gesetz betrifft*, zu leisten. Es wird dabei versucht, die Aufmerksamkeit auf Problemkreise zu lenken, denen bisher, nach Ansicht des Verfassers zu Unrecht, entweder keine, oder nicht genügende Beachtung geschenkt wurde, und zwar vor allem auf die Frage nach den *unmittelbaren* Wirkungen eines Gesetzes bei seinem Inkrafttreten auf die Exekutivfunktion als solche und auf ihre Organe. Diese Frage steht im engsten Zusammenhang mit der ebenfalls bisher weitgehend vernachlässigten Klärung der grundlegenden Prinzipien, die dem Handeln der staatlichen Organe der Exekutivfunktion zugrunde liegen, nämlich des Prinzips der Eigeninitiative sowie des Legalitäts- und Opportunitätsprinzips und schließlich der Frage nach der Gesetzes-, „anwendung“ durch die Exekutivorgane überhaupt.

Die große Unsicherheit, die hinsichtlich dieser angedeuteten Fragenkomplexe herrscht, kommt wohl nirgends deutlicher zum Ausdruck als bei der bisherigen Behandlung des Problems der Kontrolle von förmlichen (nachkonstitutionellen) Gesetzen im Exekutivbereich, welches das Thema der vorliegenden Untersuchung bildet. Die zahlreichen Unklarheiten, die in den angedeuteten Fragenkreisen bestehen, machen es erforderlich, dem eigenen Lösungsversuch einen Grundlagenteil voranzustellen, der in erster Linie der Behandlung dieser Rechtsmaterien gewidmet ist und auf dessen Ergebnissen dann der eigene Lösungsvorschlag aufgebaut wird. Die daraus resultierenden, jedoch im Interesse der einheitlichen Darstellung des eigenen Gedankenganges nicht zu vermeidenden Überschneidungen werden dabei — soweit dies möglich ist — in engen Grenzen gehalten.

* Diese Problematik bildete wiederum einen Verhandlungsgegenstand auf der Würzburger Staatsrechtslehrertagung im Oktober 1965, VVDStRL 24 (1966), S. 125 ff., und wurde dort in eingehenden Referaten von K. Vogel und Herzog (S. 183 ff.) behandelt.

Erster Abschnitt

Zum Problem

I. Einführung

Die Frage, ob man neben der richterlichen Normenkontrolle eine Normenkontrollbefugnis der Exekutivorgane anzunehmen hat, ist etwa seit dem Jahr 1958 wiederum in den Mittelpunkt einer zunächst immer breiter werdenden Diskussion getreten, die meist unter dem Thema „Normenkontrolle durch die Verwaltung“ oder „die Verwaltungsbehörden“ geführt wurde. Wenn der vorliegenden Untersuchung das Thema „Prüfung formeller Gesetze im Bereich der Exekutive“ vorangestellt ist, so liegen dieser Formulierung sachliche Erwägungen zugrunde, wobei vor allem die Gefahr vermieden werden soll, die Problemsicht bereits durch die Formulierung des Themas sachlich unkritisch zu beschränken und im Ansatz, bewußt oder unbewußt, in unrichtige Bahnen zu lenken. Den eigentlichen Gegenstand der Problematik bildet einzig der Nachweis und die Bestimmung einer Normenprüfungskompetenz im Exekutivbereich im Gegensatz zur richterlichen Prüfungskompetenz im Judikativbereich. Die Formulierung „Normenkontrolle der Verwaltung“ bzw. „der Verwaltungsbehörden“ stellt demgegenüber schon eine starke Einschränkung der Problemstellung dar. Die nachzuweisende Prüfungskompetenz, die zunächst nur, wenn überhaupt, ihrem Wesen nach allgemein als Kompetenz von Exekutivorganen hypothetisch angenommen werden kann, wird nämlich bereits hinsichtlich des sie wahrnehmenden Exekutivorganes im Rahmen der gesamten Exekutivhierarchie unkritisch und voreilig fest fixiert auf den völlig unscharfen und organisatorisch nichtssagenden Begriff der „Verwaltung“ oder der „Verwaltungsbehörde“¹. Hierdurch wird einem der Hauptprobleme, nämlich der richtigen organisatorischen Ansetzung der Prüfungskompetenz innerhalb der einheitlichen Hierarchie der

¹ Vgl. zum Begriff der „Behörde“, E. W. Böckenförde, Die Organisationsgewalt, S. 31, Fußnote 36, wonach mindestens drei Behördenbegriffe nebeneinander gebraucht würden: a) Der Behördenbegriff der Staatspraxis, b) der Behördenbegriff des Verwaltungsprozeßrechtes, c) der verfassungsrechtliche Behördenbegriff. Vgl. andererseits den an einen allgemeinen Behördenbegriff anknüpfenden Bestimmungsversuch in BVerfGE 10, 20 (48).

Exekutivorgane, von vornherein in sachlich nicht gerechtfertigter Weise ausgewichen.

Wie schon bei anderen, einer Klärung bedürftigen verfassungsrechtlichen Fragen hat sich auch die Diskussion der vorliegenden Problematik an einem Teil des Abgabenrechts entzündet. Den Ausgangspunkt bildeten in diesem Falle eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 12. Dezember 1958² im Bereich des § 251 AO³ und das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Februar 1961⁴.

Der Bundesfinanzhof hatte entschieden, daß die Finanzverwaltungsbehörden nicht verpflichtet seien, die Vollziehung einer Steuer auszusetzen, wenn der Steuerpflichtige sich auf die Verfassungswidrigkeit eines Steuergesetzes oder einer steuergesetzlichen Einzelnorm beruft. Diese Auffassung begründete der Bundesfinanzhof mit dem Gegenschluß aus Art. 100 Abs. 1 GG, nicht einmal die Gerichte könnten wegen des „Prüfungsmonopols“ des Bundesverfassungsgerichtes ein Gesetz von sich aus als verfassungswidrig behandeln, um so weniger die Verwaltungsbehörden als Nichtgerichte. Als weiteres Argument diene die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit des ordnungsgemäß erlassenen und verkündeten Gesetzes und schließlich die Bindung der Verwaltung an das Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG.

Demgegenüber kommt das Bundesverfassungsgericht⁵ zu dem Ergebnis, daß der Grundsatz der Gewaltenteilung, der durch die wechselseitige Kontrolle der Gewalten ergänzt werde, nicht zum Vollzug eines Gesetzes zwingt, das wahrscheinlich für nichtig erklärt werden müsse. Nach § 251 AO sei die Aussetzung eine Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde im Sinne des § 2 StAnpG. In der Finanzgerichtsbarkeit und parallel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sei als Grundsatz für die Ausübung des Ermessens entwickelt worden, daß die Beitreibung öffentlicher Abgaben auszusetzen sei, falls ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Abgabenbescheides bestünden. Dieser Grundsatz habe auch für den Fall zu gelten, daß ernste verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Gültigkeit des Gesetzes selbst erhoben würden. Nach Art. 20 Abs. 3, 1 Abs. 3 GG sei die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht, insbesondere jedoch an die Grundrechte gebunden.

² BFHE 68, 361 ff. (364 li.) = BStBl. III 1959, 140.

³ Vgl. nunmehr § 242 Finanzgerichtsordnung vom 6. Oktober 1965 (BGBl. I S. 1477).

⁴ BVerfGE 12, 180 ff. In dieser Entscheidung hatte das BVerfG über eine Verfassungsbeschwerde gegen ein unveröffentlichtes Parallelurteil zu der oben zitierten Entscheidung des BFH, ein Urteil des BFH vom 20. April 1960, zu entscheiden, in welchem auf das Urteil vom 12. Dezember 1958 Bezug genommen wurde.

⁵ BVerfGE 12, 180 (185 ff.).