

Schriften zum Prozessrecht

Band 20

Normenkontrolle durch Feststellungsklage?

Ein Beitrag zur Frage des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes gegen rechtswidrige Normen

Von

Dr. Hermann Siemer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

HERMANN SIEMER

Normenkontrolle durch Feststellungsklage?

Schriften zum Prozessrecht

Band 20

Normenkontrolle durch Feststellungsklage?

Ein Beitrag zur Frage des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes gegen rechtswidrige Normen

Von

Dr. Hermann Siemer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany
D 6
ISBN 3 428 02364 1

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	9
<i>Erstes Kapitel</i>	
Gegenstand und Ortsbestimmung	12
<i>A. Der Gegenstand der Untersuchung</i>	12
<i>B. Ortsbestimmung der Untersuchung</i>	14
I. Das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO	14
II. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG	19
1. Art. 19 Abs. 4 und die verfassungskonforme Auslegung des § 47 VwGO	19
2. Art 19 Abs. 4 und verfahrensindifferente Lösungsversuche	20
III. Kritik und eigene Ortsbestimmung	21
1. Das Verfahrenssystem der VwGO	21
2. Insbesondere: Die Feststellungsklage nach § 43 VwGO	22
<i>Zweites Kapitel</i>	
Rechtsschutz gegen Normen durch die Feststellungsklage	25
<i>A. Rechtsschutz durch prinzipale und inzidente Normenkontrolle</i>	25
<i>B. Die inzidente Normenkontrolle durch Feststellungsklage</i>	26
I. Die Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit	26
1. Der Begriff des Rechtsverhältnisses i. S. d. § 43 Abs. 1 VwGO	26
a) Der allgemeine Begriff des Rechtsverhältnisses	27
b) Eingrenzungsversuch mittels des Merkmals „Konkretisierung“	27
aa) Die herrschende Definition	27

bb)	Die zwei Formen der Konkretisierung	30
α)	Konkretisierung durch ein Tätigwerden der Behörde oder des Bürgers	31
αα)	Durch formloses Handeln	31
ββ)	Durch rechtsförmiges Handeln	34
γγ)	Kritik: Konkretisierung als Voraussetzung von Streitigkeit und Rechtsschutzbedürfnis	34
β)	Konkretisierung als Tatbestandserfüllung	35
c)	Systematische Begriffsbestimmung des Rechtsverhältnisses i. S. d. § 43 Abs. 1 VwGO	37
aa)	Rechtsverhältnisse im Kräftefeld des Verwaltungs- einzelakts	38
α)	Rechtsverhältnis aufgrund Verwaltungsakts	38
β)	Das dem Verwaltungsakt vorgängige Rechtsver- hältnis	40
γγ)	Die Feststellbarkeit dieser Rechtsverhältnisse i. S. d. § 43 VwGO	42
αα)	Inzidentfeststellung von Nichtigkeit oder Wirk- samkeit eines Verwaltungsakts	42
ββ)	Der Verwaltungsakt als verbindliche Feststel- lung des ihm vorgängigen Rechtsverhältnisses	43
γγ)	§ 43 Abs. 2 VwGO und die strukturelle Unter- scheidung von Anfechtungs- und Feststellungs- klage	47
bb)	Rechtsverhältnisse aufgrund von Normen	49
α)	Entstehung durch Tatbestandserfüllung oder durch Eintritt der Regelungswirkung?	49
αα)	Das Problem des sogenannten Fortsetzungs- rechtsverhältnisses	49
ββ)	Zukünftiges Rechtsverhältnis und vorbeugende Feststellungsklage	50
β)	Insbesondere: Rechtsverhältnis im Bereich der self- executing Norm	51
cc)	Rechtsverhältnisse aufgrund öffentlich-rechtlichen Ver- trages	55
d)	Zwischenergebnis	55
2.	Das Rechtsschutzbedürfnis	56
II.	Die Voraussetzungen ihrer Begründetheit	57
C.	Die Vereinbarkeit der <i>prinzipalen</i> Normenkontrolle nach § 47 VwGO mit der <i>inzidenten</i> Normenkontrolle nach § 43 VwGO	58

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
Bachof, Vornahmeklage	= Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951
BayVBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
BBauG	= Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
Die Grundrechte	= Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Hrsg. von Neumann, Bittermann, Nipperdey, Scheuner Berlin 1956 bis 1962 (zit. nach Band, Halbband, z. B. III/2)
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
ESVGH	= Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
Eyerman-Fröhler	= Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar von Eyer- mann und Fröhler, 4. Aufl. München und Berlin 1965
Festschrift für Laforet	= Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirk- lichkeit. Festschrift für Geheimrat Prof. Dr. Wilhelm Laforet (Veröffentlichung des Institus für Staats- lehre und Politik e. V. in Mainz, Bd. 3) München 1952
GO	= Gemeindeordnung
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
HdbDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts. Hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, 2 Bde., Tü- bingen 1930/32
Jellinek- Gedächtnisschrift	= Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, hrsg. von Otto Bachof, Martin Draht, Otto Gönnerwein und Ernst Walz, München 1955
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts (NF seit 1951)
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
Maurer	= Hartmut Maurer, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen. Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S. 275 bis 312

Maunz-Dürig	= Grundgesetz-Kommentar von Theodor Maunz und Günther Düring, München und Berlin, seit 1958
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
MRVO	= Militärregierungsverordnung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NRW	= Nordrhein-Westfalen
OVG	= Oberverwaltungsgericht
Redeker — v. Oertzen	= Konrad Redeker und Hans Joachim v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Münster 1960
Ule, Verwaltungs- gerichtsbarkeit	= Carl Hermann Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit: M. v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Neue Ausgabe I 2, 2. Aufl. Köln, Berlin, München und Bonn 1962
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VwGO	= (Bundes-) Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Hrsg. von G. Ziegler

Einleitung

Wer vor dem Verwaltungsgericht Rechtsschutz gegen Normen¹ sucht, läßt sich auf ein Glücksspiel ein. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich, das Schrifttum zerstritten; die prozessualen Möglichkeiten sind undurchsichtig². Noch immer ist der Streit nicht ausgetragen, was unter öffentlicher Gewalt i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG zu verstehen³, und folglich, ob gegen Normen überhaupt Rechtsschutz zu gewähren sei⁴. Angesichts dessen verwundert die Rede von „grauen Rechtsschutzzonen“⁵ — wie sie mit dem Grundgesetz unvereinbar seien — nicht. Es drängt sich aber zugleich die Frage auf, inwieweit nicht gerade eine Überfeinerung des Rechtsschutzsystems Ursache für derartiges Niemandsland ist⁶. Im Labyrinth der Rechtswege und Rechtsschutzmöglichkeiten wird allzusehnell — da eine gesetzliche Regelung fehle — die Verfassung beschworen. Es fehlt jedoch nicht am Gesetz, es fehlen seine Interpreten. Das Grundgesetz hat in seinem mit überschwenglichem Lob⁷ bedachten Art. 19 Abs. 4 jedem Bürger die Möglichkeit garantiert, das unabhängige Ge-

¹ Die Begriffe Rechtssatz und Norm werden im folgenden wegen der begrifflichen Affinität zum Normenkontrollverfahren synonym gebraucht. Zur begrifflichen Unterscheidung vgl. Hans J. Wolff VerwR I § 34 II b 1 $\beta\alpha\alpha$, S. 98.

² Vgl. Maurer S. 275 m. w. N.; Rencks Meinung in JuS 1967, S. 547 f., daß „sich auch in der Praxis die Auffassung durchgesetzt haben dürfte, daß der Rechtsschutz unmittelbar gegen Rechtsvorschriften durch die Feststellungsklage nach § 43 VwGO gewährt werden kann“, wird durch die Praxis nicht bestätigt. Vgl. dazu die Nachweise im Laufe der Untersuchung.

³ Noch jüngst hat dazu das BVerfG Stellung genommen, siehe DVBl. 1968, S. 637. Dazu kritisch: Wilken DVBl. 1969, S. 532; Henke JZ 1969, S. 145; Lorenz DVBl. 1969, S. 144. Das BVerfG schließt an die verfehlte Alternative: Legislative ja oder nein? an und läßt die Legislative nicht unter die „öffentliche Gewalt“ fallen. Zu dieser Alternative schon Klein VVDStRL 8, S. 67 (verneinend), v. d. Heydte ebd. S. 162 f. (bejahend). Aus ihr führt Obermayer DVBl. 1965, S. 625 (628) mit der Klarstellung heraus, daß es um die *Verwaltung als Normerlasserin* geht.

⁴ Einen richtigen Ansatzpunkt gibt Bachof, wonach nicht von der Rechtsform des Hoheitsaktes, sondern von seiner Wirkung auszugehen ist: VVDStRL 18, S. 208 ff.; ders. AöR 86, S. 188. Siehe noch Renck JuS 1966, S. 273 (274); Obermayer BayVBl. 1958, S. 69 (70) sowie die zahlreichen Nachweise (auch zur Rspr.) bei Maurer S. 279 bis 287.

⁵ Rupp JZ 1965, S. 370; daran anschließend Renck JuS 1966, S. 273.

⁶ Vgl. Forsthoff VVDStRL 18, S. 202; Dürig, in Maunz-Dürig GG Art. 19 IV Rz. 6 m. N.

⁷ Einige Beispiele führt Dürig an: in MD Art. 19 IV Rz. 1 und 5; vgl. auch Ress S. 247 (bes. Anm. 63).

richt⁸ zur Kontrolle anzurufen, wann immer er sich in seinen Rechten verletzt glaubt; damit gebietet es zugleich, daß eben jene Verfahrensordnungen, die Möglichkeit und Ausgestaltung dieser Kontrolle regeln, klar seien. Wäre dem nicht so, dann könnte dem Bürger de facto wieder genommen werden, was die Verfassung ihm gewährt hat⁹. Indes kann kein Gesetz durch seine bloße Formulierung, und somit auch kein Verfahrensgesetz, diesem Gebot der Transparenz genügen. Vielmehr liegt es dem Richter ob, Möglichkeit und Ausgestaltung des Rechtsschutzverfahrens durch seine interpretatorische Anstrengung zu klären. Dieser Pflicht entzieht er sich, wenn er in die Beliebigkeit der Wörter und Formeln oder in die voreilige Anrufung wirklicher oder vermeintlicher Verfassungsgrundsätze flüchtet.

Die Auseinandersetzung darüber, wie gegen Normen, die den Bürger in seinen Rechten verletzen, Rechtsschutz gewährt werden könne, ist durch eben diese Flucht in „Formelkompromisse“¹⁰ und flugs beschworene verfassungsrechtliche Gebote gekennzeichnet. Das hat zu dem untragbaren Ergebnis geführt, daß der Zufall über den Erfolg einer Klage entscheidet, mit der sich ein Bürger gegen die Verletzung seiner Rechte durch eine Norm wendet¹¹. Leerformeln nämlich sind jedem dienstbar, da sie zwar nicht Gedankengänge zu unterscheiden, wohl aber Begriffe zu vermeiden geeignet sind.

Die folgende Untersuchung möchte für den Rechtsschutz gegen Normen einen Weg aufweisen¹². Ihr Lösungsvorschlag ist in der thematischen Frage angedeutet.

Sie geht von der Erkenntnis aus, daß keine Frage ohne ihre genaue Ortsbestimmung zutreffend gelöst werden kann. Eben an diesem Man-

⁸ Art. 92 und 97 GG.

⁹ Zum Verfassungsgrundsatz der — für das Verfahrensrecht wesentlichen — Rechtssicherheit: Menger, in Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 435 m. w. N.; Maurer DöV 1966, S. 478 Fußn. 8.

¹⁰ Diesen — von Carl Schmitt stammenden — Ausdruck verwenden Renck JuS 1966, S. 273 (274) und Menger/Erichsen VerwArch 57 (1966), S. 392 in bezug auf den Beschluß des BVerwG DöV 1965, S. 169, wonach — im Gegensatz zum Urteil des VGH Mannheim DVBl. 1966, S. 408, das einen gleichliegenden Fall betraf — die Feststellungsklage als Rechtsschutzmittel gegen eine Ortssatzung, die den Benutzungszwang des Städt. Schlachthofs einführte, unzulässig ist, weil damit „die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit einer Norm der eigentliche Gegenstand eines Verwaltungsstreitverfahrens“ und so § 47 VwGO unterlaufen würde.

¹¹ Vgl. die Rechtsprechungsnachweise im Verlaufe der Untersuchung; sowie die vorige Anm.

¹² Es enthält zwar eine zutreffende Beobachtung, aber keine befriedigende Lösung, wenn Klaus Meyer DöV 1969, S. 163, angesichts des Problems, gegen Baupläne Rechtsschutz zu gewähren, schreibt, daß „der Verfechter des Rechtsstaates (sich) nur mit dem Vertrauen helfen (kann), daß unsere Rechtsstaatlichkeit nicht allein durch die Gerichte gewährleistet wird, sondern... auch der Verwaltung selbst als Richtlinie dienen muß“.

gel krankt die bisherige Behandlung des anstehenden Problems. So konnte es geschehen, daß die unvermittelte Konzentrierung der Fragestellung auf das Verfahren nach § 47 VwGO und das System der prinzipalen Normenkontrollverfahren, insbesondere aber ihre voreilige Ansiedlung im Bereich des Art. 19 Abs. 4 GG bisher noch nicht zu einer Antwort geführt hat, die diesem Rechtsschutzgebot entspreche.

Im ersten Teil sollen deshalb — nachdem zuvor der Gegenstand der Untersuchung näher umrissen ist — der Nachweis, daß die bisherigen Fragestellungen desorientiert sind, sowie eine eigene Ortsbestimmung versucht werden. Als gesetzlicher Ort, an dem die Untersuchung angesetzt werden muß, wird sich das Verfahrenssystem der VwGO und in diesem die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage nach § 43 erweisen.

Diese soll sodann im zweiten Teil auf ihre Möglichkeiten, Rechtsschutz gegen Normen zu gewähren, untersucht werden; im Mittelpunkt steht dabei der Begriff des Rechtsverhältnisses i. S. d. § 43 Abs. 1 VwGO.