

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 151

**Die Änderung gesetzlicher Regelungen
durch einfache Rechtsverordnung**

**Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung
des Kernbereichs der gesetzgebenden Gewalt**

Von

Helmut Sinn



Duncker & Humblot · Berlin

HELMUT SINN

Die Änderung gesetzlicher Regelungen durch einfache Rechtsverordnung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 151

Die Änderung gesetzlicher Regelungen durch einfache Rechtsverordnung

Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung des Kernbereichs der gesetzgebenden Gewalt

Von

Dr. Helmut Sinn



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 02419 2

Vorwort

Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes hat der einfache Bundesgesetzgeber keine ausdrücklichen Ermächtigungen zum Erlaß von Verordnungen mit Gesetzesrang — oft als „gesetzesvertretende“ Verordnungen bezeichnet — erteilt. Er hat der Exekutive aber in zahlreichen Fällen das Ändern gesetzlicher Regelungen durch einfache, d. h. im Rang unter dem Gesetz stehende Rechtsverordnungen gestattet.

Während nun die Zulässigkeit von Verordnungen mit Gesetzesrang gleichsam zu den immer wieder erörterten Standardproblemen des deutschen Staatsrechts gehört, sucht man vergeblich nach Stellungnahmen zu der tatsächlich ganz im Vordergrund stehenden Übung, gesetzliche Regelungen durch einfache Rechtsverordnungen zu ändern.

Die vorliegende Arbeit bemüht sich, diese Lücke zu schließen. Sie geht deshalb auf die vieldiskutierte Frage nach der Zulässigkeit von Verordnungen mit Gesetzesrang oder auf die ebenfalls bereits erörterte Möglichkeit von gesetzesändernden Verwaltungsvorschriften nur insoweit ein, wie dies nötig ist, um die Verfassungsmäßigkeit von gesetzesändernden einfachen Rechtsverordnungen zu beurteilen.

Die Arbeit versucht dabei, jeden allgemeinen staatstheoretischen Höhenflug, zu dem das Thema reizen mag, zu vermeiden. Sie bleibt methodisch bewußt „systemimmanent“, d. h. sie orientiert sich am positiven Recht einschließlich der daraus abgeleiteten Wertungen und Grundsätze. Wo dieser Ansatz zu keinen klaren und angemessenen Ergebnissen führt, stellt die Arbeit nicht das System des überkommenen deutschen Staatsrechts als solches in Frage. Sie bemüht sich vielmehr, es in dem betreffenden Bereich zu konkretisieren und von innen heraus so fortzuentwickeln, daß es mit den Bedürfnissen der sich ändernden Lebensverhältnisse harmonisiert.

Frankfurt/Main, im Januar 1970

H. S.

Inhaltsverzeichnis

A. Gesetzesändernde Rechtsverordnungen	9
I. Das Phänomen und seine geschichtliche Entwicklung	9
II. Heutiger Meinungsstand	12
III. Ermächtigungspraxis	15
1. Inhaltliches Verhältnis von Gesetz und Verordnung	15
a) Ermächtigungen zur Änderung des Gesetzeswortlauts	15
b) Ermächtigungen zur abweichenden Regelung	16
2. Rangverhältnis von Gesetz und Verordnung	18
B. Das Rangproblem	21
C. Gesetze unter Verordnungsvorbehalt	24
D. Zulässigkeit von Gesetzen unter Verordnungsvorbehalt als gesetzgebendes Gestaltungsmittel	27
I. Artikel 129 Abs. 3 GG	27
II. Artikel 80 Abs. 1 GG	28
III. Rechtsstaatsprinzip und „Vorrang des Gesetzes“	30
E. Formelle Gestaltungsgrenzen	34
F. Inhaltliche Grenzen	38
I. Artikel 80 GG und das Gewaltenteilungsprinzip	38
II. Schranken auf Grund des Gewaltenteilungsprinzips	40
1. Das Gewaltenmodell des Grundgesetzes	40
2. Der Begriff der „gesetzgebenden Gewalt“	44
a) Historischer Wortsinn und Materialien zum Grundgesetz ..	45
b) Systematische Interpretation	55
aa) Das Rechtsstaatsprinzip	55
bb) Das demokratische Prinzip	60
cc) Artikel 80 Abs. 1 GG	62
dd) Sonstige Einzelvorschriften des Grundgesetzes	64

3. Die Grenzen des Kernbereichs der gesetzgebenden Gewalt	68
a) Kriterien	68
b) Das Merkmal der Bedeutsamkeit	69
aa) Maßstäbe der Bedeutsamkeit	70
bb) Die Bedeutsamkeitsschwelle	71
cc) Angelegenheiten von lokaler Bedeutung	72
c) Die Merkmale der Abstraktheit und Allgemeinheit	72
d) Fließende Grenzen	76
III. Anwendung der ermittelten Schranken in konkreten Fällen	77
Leitsätze	82
Literaturverzeichnis	83

Verzeichnis der weniger gebräuchlichen Abkürzungen

BK	Bonner Kommentar
BSteuerBl.	Bundes-Steuerblatt
BayVwBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BWVwBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
HDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von <i>Anschütz</i> und <i>Thoma</i> , 2 Bde., Tübingen 1930/32
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, hrsg. von <i>Beckerath</i> u. a., Stuttgart, seit 1959
StGH	Staatsgerichtshof
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

A. Gesetzesändernde Rechtsverordnungen

I. Das Phänomen und seine geschichtliche Entwicklung

Die Rechtsetzung durch die Exekutive hat als Paradigma einer angeblichen Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips seit Ende des vergangenen Jahrhunderts immer wieder das besondere Interesse der deutschen Staatsrechtslehre gefunden. Zu den heute als neuralgisch anzusehenden Aspekten des Phänomens gehört dabei die Frage, inwieweit der Gesetzgeber es der Exekutive gestatten kann, im Verordnungswege Regelungen zu treffen, die von bestehenden Vorschriften formeller Gesetze abweichen oder die sogar formelle Gesetze ausdrücklich abändern beziehungsweise sie ganz oder teilweise außer Kraft setzen.

Rechtstechnisch sind solche Verordnungen in vielerlei Gestalt möglich. Sie lassen sich vor allem nach zwei Gesichtspunkten unterscheiden¹. Einmal nach ihrem Verhältnis zum Gesetzeswortlaut in Verordnungen, die den Text des Gesetzes selbst ändern (gesetzesabändernde Verordnungen) und in Verordnungen, die gesetzliche Vorschriften durch eine abweichende Neuregelung außer Kraft setzen (gesetzesablösende Verordnungen). Zum anderen nach ihrem Rang in einfache Verordnungen und in Verordnungen mit dem Rang formeller Gesetze. Letztere werden häufig auch als „gesetzesvertretend“ bezeichnet². Dieser Begriff hat jedoch einen terminologisch so unsicheren Gehalt³, daß er mehr zur Verwirrung als zur Klärung der Verhältnisse beiträgt.

Ein praktisches Bedürfnis für gesetzesändernde Verordnungen in der einen oder anderen Form läßt sich kaum leugnen. Es wäre nicht

¹ Zur Einteilung der Verordnungen im allgemeinen vgl. *Klein*, Übertragung, S. 7 (39 ff.); *H. J. Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 25 VII b.

² Diese sog. klassische Definition der gesetzesvertretenden Verordnung findet sich u. a. in BVerfGE 22, 1 (10) sowie bei *Jacobi*, HDStR Bd. 2, S. 248 f.; *Holtkotten* in BK, Art. 129, Anm. II D 2 a und d; *Ipsen*, DVBl. 50, 385 (389); *Peter*, AÖR 92, 357 (371); *Hahn*, JöR n.F. 14, 15 (34); *Laidig*, Gesetzesvertretende Verordnungen, S. 17 f.

³ Nach manchen sind gesetzesvertretend nur solche Verordnungen mit Gesetzesrang, deren Ermächtigungsgrundlage eine gewisse inhaltliche Weite besitzt und keine eigene materielle Regelung des Gegenstandes enthält. So etwa *Klein*, Übertragung, S. 7 (40); *Schack*, Festschr. f. *Haff*, S. 332 (337) und JZ 64, 252 (253); *Lange*, JR 68, 8 (9). Nach anderen soll es sogar überhaupt nicht auf den Rang der Verordnung, sondern allein auf die Weite der Ermächtigung ankommen. So *H. J. Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 25 VII b 2.

nur wenig angemessen, den formellen Gesetzgeber mit der oft nötigen Modifikation bloßer technischer Details zu belasten. Die moderne Gesetzgebung hat auch als Folge der sich immer rascher ändernden sozialen Verhältnisse einen so hohen Grad an Differenziertheit erreicht, daß es nicht möglich ist, alle Gesetze immer rechtzeitig in dem schwerfälligen Verfahren der ordentlichen Gesetzgebung entsprechend den sich wandelnden Umständen zu novellieren. Das wird etwa auf dem Gebiet der Steuern und Zölle angesichts der Bedürfnisse einer antizyklischen Haushaltspolitik und der Wechselfälle des Konjunkturgeschehens sehr deutlich⁴.

Gesetzesändernde und -ablösende Rechtsverordnungen sind aber keine neue Erscheinung. Sie wurden unter der Geltung der alten Reichsverfassung vom Schrifttum weitgehend gebilligt⁵. Sofern überhaupt, begründete man das mit der dem Gesetzgeber innerhalb seiner verfassungsmäßigen Kompetenzen zustehenden Souveränität. Allerdings regte sich damals bereits Widerstand, der sich auf das immer mehr an Bedeutung gewinnende Gewaltenteilungsprinzip gründete. Das war nicht nur bei *Rönne* der Fall, der einer nicht in der Verfassung vorgesehenen Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen überhaupt kritisch gegenüberstand⁶, sondern auch bei *Laband*. Dieser wollte Verordnungen mit Gesetzesrang nur vorbehaltlich der alsbaldigen Billigung durch das Parlament zulassen⁷. Ansonsten hielt *Laband* die Änderung von Gesetzen durch Rechtsverordnungen nur für gestattet, wenn dem betreffenden Gesetz vorher vom Parlament seine „formelle Gesetzeskraft“ durch Gesetzesänderung entzogen wurde⁸.

In der Weimarer Zeit änderte sich an diesem Meinungsstand wenig. Zwar hatte sich infolge des Gewaltenteilungsgedankens nun die früher

⁴ Von den seit Bestehen der Bundesrepublik bis Ende 1965 in Teil I des Bundesgesetzblatts insgesamt veröffentlichten 1298 Gesetzen, 1541 Ermächtigungen zu Rechtsverordnungen und 4228 Rechtsverordnungen der Bundesexekutive entfallen auf den Sektor Wirtschaft und Finanzen 45,6 % der Gesetze, 53,1 % der Ermächtigungen und sogar 57,7 % der Verordnungen. Für den Bereich des Arbeits- und Sozialrechts einschließlich der Kriegsopferversorgung betragen die entsprechenden Zahlen dagegen nur 14,3 %, 14,1 % und 5,1 %. Vgl. hierzu die Untersuchungen von *Hasskarl*, DÖV 68, 558, denen diese Angaben entnommen sind.

⁵ *Arndt*, Das Ordnungsrecht des dt. Reichs, S. 16 ff., insbes. 21 f. *Georg Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 248 und 383.

⁶ *Rönne*, Staatsrecht des dt. Reiches, S. 13; ders., Staatsrecht der pr. Monarchie, S. 356.

⁷ *Laband*, Staatsrecht, Bd. 2, S. 88. *Thoma*, Zeitschr.f.bad.Verw.u.Verw.Rechtspf. 1906, 93 (96), gestand dem Landesherrn sogar nur ein Notverordnungsrecht zu.

⁸ *Laband*, Staatsrecht, Bd. 2, S. 72; so wohl auch *Haenel*, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 112 f.

bestrittene⁹ Auffassung durchgesetzt, daß jede Rechtsetzung durch die Exekutive einer besonderen gesetzlichen¹⁰ Grundlage bedarf¹¹. Doch hielt man es weiter ganz überwiegend¹² für statthaft, innerhalb gewisser Grenzen auch zur Änderung von Gesetzen durch Verordnungen mit Gesetzesrang zu ermächtigen¹³. Auf Grund einer Delegation in der Verfassung oder in einem verfassungsändernden Gesetz sollten sogar verfassungsändernde Verordnungen zulässig sein¹⁴. Die Praxis machte von solchen Ermächtigungen bekanntlich jetzt einen nahezu exzessiven Gebrauch¹⁵.

Diese Entwicklung kumulierte in ihrer Perversion unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. Seit dem Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. 3. 1933¹⁶, das ein selbständiges Gesetzgebungsverfahren der Reichsregierung eingeführt hatte, wurde von dem formellen Gesetzgebungsverfahren durch den Reichstag so gut wie kein Gebrauch mehr gemacht¹⁷. Wenn man das parlamentarische

⁹ Die konstitutionelle Doktrin nahm weitgehend an, daß die Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen nur im Bereich des allg. Gesetzesvorbehalts, also bei Eingriffen, einer Ermächtigung bedürfe. Vgl. *Arndt*, Das Verordnungsrecht des dt. Reichs, S. 25 ff., insbes. 57; *Georg Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 370 ff.

¹⁰ Eine Ermächtigung in der Verfassung für solche Delegationen hielt man dagegen noch nicht für nötig, vgl. *Jacobi*, HDStR, Bd. 2, S. 242; *Triepel*, Verh. des 32. dt. Juristentags, S. 11 (18).

¹¹ *Jacobi*, HDStR, Bd. 2, S. 240; *Triepel*, Verh. des 32. dt. Juristentags, S. 12 ff.; *Poetzsch*, ebenda, S. 35 ff.; *Anschütz*, Reichsverfassung, Art. 77, Anm. 2 mit weiteren Nachweisen.

¹² Eine Mindermeinung forderte jeweils als Grundlage ein verfassungsänderndes oder -durchbrechendes Gesetz i. S. v. Art. 76 WRV, so etwa *Thoma*, HDStR, Bd. 2, S. 222.

¹³ z. B. *Jacobi*, HDStR, Bd. 2, S. 240, 242; *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 121; *Otto Mayer*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 69.

¹⁴ *Jacobi*, HDStR, Bd. 2, S. 240 f.

¹⁵ Besonders eindrucksvoll das nur zwei Paragraphen umfassende Gesetz v. 13. 10. 1923 (RGBl. I, S. 943), in dem es lakonisch heißt: „Die Reichsregierung wird ermächtigt, die Maßnahmen zu treffen, welche sie auf finanziellem, wirtschaftlichem und sozialem Gebiete für erforderlich und dringend erachtet. Dabei kann von den Grundrechten der Reichsverfassung abgewichen werden.“ Diese Ermächtigung nahm lediglich die Regelung der Arbeitszeit und bestimmter sozialversicherungsrechtlicher Fragen aus, enthielt aber sonst keine Beschränkung. — Eine Übersicht über 195 Verordnungen mit Gesetzesrang, die von Ende 1919 bis Anfang 1924 im sog. „vereinfachten Gesetzgebungsverfahren“ ergangen sind, gibt *Poetzsch*, JÖR, Bd. 13 (1925), 1 (206 ff.).

¹⁶ RGBl. I, S. 141. Vgl. weiter das Gesetz über den Neuaufbau des Reichs v. 30. 1. 1934 (RGBl. I, S. 75), wo es in Art. 4 heißt: „Die Reichsregierung kann neues Verfassungsrecht setzen.“

¹⁷ Das RGBl. I 1934 z. B. enthält neben 440 Verordnungen und 182 Regierungsgesetzen nur ein einziges Gesetz des Reichstags: das sog. Neuaufbaugesetz (s. Fußn. 16), das die Auflösung der Länder aussprach. Selbst das Gesetz v. 1. 8. 1934, das die Vereinigung der Ämter des Reichspräsidenten und des Reichskanzlers anordnete, erging durch die Regierung (RGBl. I, S. 747). In der Spätzeit des Nationalsozialismus wurde von Reichstagsgesetzen kein Gebrauch mehr gemacht.