

Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht

Band 27

Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht

Eine verfassungsrechtliche Studie unter
besonderer Berücksichtigung von § 5 Abs. 1 EnWG

Von

Dr. Ulrich M. Gassner



Duncker & Humblot · Berlin

ULRICH M. GASSNER

**Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte
im Wirtschaftsverwaltungsrecht**

**Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

Herausgegeben von

Wolfgang Graf Vitzthum

in Gemeinschaft mit

**Martin Heckel, Ferdinand Kirchhof
Hans von Mangoldt, Thomas Oppermann
Günter Püttner, Michael Ronellenfitsch**

sämtlich in Tübingen

Band 27

Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht

**Eine verfassungsrechtliche Studie unter
besonderer Berücksichtigung von § 5 Abs. 1 EnWG**

Von

Dr. Ulrich M. Gassner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Gassner, Ulrich M.:

Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im

Wirtschaftsverwaltungsrecht : eine verfassungsrechtliche Studie
unter besonderer Berücksichtigung von § 5 Abs. 1 EnWG /

von Ulrich M. Gassner. – Berlin : Duncker und Humblot, 1994

(Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht ; Bd. 27)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08247-8

NE: GT

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-6061

ISBN 3-428-08247-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
gemäß der ANSI-Norm für Bibliotheken

Vorwort

Diese Arbeit hat im Sommersemester 1994 der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen als Dissertation vorgelegen. Sie wurde Ende März 1994 abgeschlossen und für die Drucklegung nur noch geringfügig überarbeitet.

Dank schulde ich vor allem Herrn Prof. Dr. Günter Püttner, der die Arbeit angeregt und betreut hat. Für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens bin ich Herrn Professor Dr. Michael Ronellenfitsch sehr verbunden. Herrn Prof. Dr. Winfried Brugger (Heidelberg) danke ich dafür, daß er mir während der Tätigkeit an seinem Lehrstuhl genügend Freiraum ließ, um eine solche Studie in absehbarer Zeit anzufertigen. Ebenfalls zu Dank verpflichtet bin ich Herrn Prof. Dr. Wolfgang Graf Vitzthum für die ehrenvolle Aufnahme der Arbeit in die Reihe der Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht. Schließlich danke ich Frau Ingrid Baumbusch für die Erledigung von Satz- und Korrekturarbeiten.

Heidelberg, im August 1994

Ulrich M. Gassner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Annäherungen	15
I. Erwartungssicherheit	15
II. Verrechtlichung	16
III. Entrechtlichung	19
B. Gegenstand	20
C. Abgrenzungen	21
D. Methode	22
E. Gang der Untersuchung	23

Erster Teil

Die Verfassungsmäßigkeit kriterienloser Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht

Erstes Kapitel

Wirtschaftsordnung und Recht	25
A. Wirtschaft als Regelungsobjekt	25
I. Wirtschaft und Recht	25
II. Wirtschaft als dynamisches und komplexes System	28
III. Grenzen rechtlicher Steuerung	29
B. Legislative und Exekutive im Wirtschaftsverwaltungsrecht	31
I. Strukturelemente der Wirtschaftsverwaltung	31
II. Aspekte der Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Exekutive	33
1. Steuerungsrecht	33
2. Überwachungsrecht	34

Zweites Kapitel

Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte	38
A. Idealtypus	38

I. Genehmigungsvorbehalte	38
1. Formen	38
2. Arten	40
3. Typen	40
II. Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte	41
B. Begriffsbestimmung	44
C. Realtypus	44
D. Bezeichnung	45
E. Funktionstypus	47
F. Überblick über den Meinungsstand	49
G. Problemdimensionen	51

Drittes Kapitel

Vom Vorbehalt des Gesetzes zum Parlamentsvorbehalt 53

A. Begriffsklärungen	53
B. Die geschichtliche Entwicklung des Gesetzesvorbehalts	55
I. Entstehungsbedingungen	55
II. Die Ausprägungen des Gesetzesvorbehalts im deutschen Konstitutionalismus	56
1. Frühkonstitutionalismus	56
2. Spätkonstitutionalismus	59
III. Die Tradierung der spätkonstitutionellen Vorbehaltsdogmatik unter der Weimarer Reichsverfassung	64
IV. Kontinuität und Wandel des Gesetzesvorbehalts nach 1945	66
C. Der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeitstheorie	69
I. Die Grundaussagen der Wesentlichkeitstheorie im dogmengeschichtlichen Kontext	69
1. Die Abkehr vom Eingriffskriterium	70
2. Das Wesentlichkeitskriterium	70
3. Der Parlamentsvorbehalt	71
4. Zusammenfassung	72
II. Verfassungsdogmatische Funktion	73
D. Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt	75
E. Entbehrlichkeit des Parlamentsvorbehalts als Bestimmtheitsstandard?	78

Viertes Kapitel

Das allgemeine Bestimmtheitsgebot 80

A. Terminologische Vorklärungen	80
---------------------------------------	----

B. Inhaltsbestimmung	81
C. Begründungsansätze	85
I. Rechtsstaatsprinzip	85
1. Dogmengeschichtliche Entwicklung	85
2. Rechtssicherheit	89
3. Rechtsweggarantie	90
4. Gewaltenteilungsgrundsatz	92
5. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	96
6. Ergebnis	98
II. Demokratieprinzip	99
III. Grundrechte	106
IV. Sonstige Begründungsversuche	112
1. Funktionell-struktureller Ansatz	113
2. Legitimatorischer Ansatz	113
V. Stellungnahme	114
VI. Folgerungen	116
D. Präzisierungen und Abgrenzungen	118
I. Bestimmtheit und Klarheit	118
II. Bestimmtheit und Semantik	121
III. Bestimmtheit und Lücke	123
IV. Bestimmtheit und Auslegung	125
1. Allgemeine Auslegungsgrundsätze	125
2. Verfassungskonforme Auslegung	127
V. Bestimmtheit und Ermessen	131
VI. Bestimmtheit und Zeit	133

Fünftes Kapitel

Bestimmtheitsgebot und Parlamentsvorbehalt 137

A. Rechtsprechung	137
I. Zusammenhänge	137
II. Unklarheiten	139
B. Schrifttum	141
C. Stellungnahme	143
I. Reduktionistischer Ansatz	144
II. Substitutiver Ansatz	148
D. Ergebnis	151

Sechstes Kapitel

Kriterien zur Bestimmung der Regelungsdichte

153

A. Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Direktiven	153
B. Methodische Grenzen	154
C. Formelle Kriterien	156
I. Voraussehbarkeit	156
II. Praktikabilität	159
III. Verwaltungspraxis	161
IV. Schutz vor Willkür	162
V. Inhalt, Zweck und Ausmaß	164
VI. Entstehungszeit des Gesetzes	166
VII. Regelungsmaterie	168
1. Komplexität	170
2. Dynamik	172
3. Autonomie	176
D. Materielle Kriterien	177
I. Der materiale Gehalt des Wesentlichkeitsmaßstabs	177
II. Individuelle Wesentlichkeit	180
1. Grundrechtsrelevanz und Grundrechtsintensität	180
2. Eingriffsintensität	182
3. Determinanten	185
a) Formbezogene Determinanten	185
aa) Allgemeine Kriterien	185
bb) Grundrechtsspezifische Kriterien	187
b) Inhaltsbezogene Determinanten	190
aa) Eindimensionale Freiheitsbeeinträchtigungen	191
α) Allgemeine Kriterien	191
β) Grundrechtsspezifische Kriterien	192
bb) Mehrdimensionale Freiheitsbeeinträchtigungen	194
α) Allgemeine Kriterien	194
β) Grundrechtsspezifische Kriterien	196
III. Generelle Wesentlichkeit	200
1. Inhalt	200
2. Determinanten	201
a) Quantität	201
b) Qualität	202
c) Reversibilität	203
d) Kontroversität	203

E. Ergebnis und Folgerungen	206
I. Prima-facie-Vermutung der Unbestimmtheit	206
II. Widerlegbarkeit	206

Zweiter Teil

Die Verfassungsmäßigkeit von § 5 Abs. 1 EnWG

A. Einführung	208
B. Regelungsgehalt	210
C. Analyse	212
I. Formelle Kriterien	212
1. Voraussehbarkeit	212
2. Praktikabilität	212
3. Verwaltungspraxis	212
4. Schutz vor Willkür	214
5. Inhalt, Zweck und Ausmaß	214
6. Entstehungszeit des Gesetzes	215
7. Regelungsmaterie	217
a) Bereichsanalyse	217
aa) Elektrizitätswirtschaft	217
bb) Gaswirtschaft	223
b) Folgerungen	224
8. Zwischenergebnis	225
II. Materielle Kriterien	226
1. Determinanten individueller Wesentlichkeit	226
a) Formbezogene Determinanten	226
aa) Allgemeine Kriterien	226
bb) Grundrechtsspezifische Kriterien	227
b) Inhaltsbezogene Determinanten	228
aa) Eindimensionale Freiheitsbeeinträchtigungen	228
α) Allgemeine Kriterien	228
β) Grundrechtsspezifische Kriterien	232
bb) Mehrdimensionale Freiheitsbeeinträchtigungen	236
α) Allgemeine Kriterien	236
β) Grundrechtsspezifische Kriterien	238
2. Determinanten genereller Wesentlichkeit	238
3. Zwischenergebnis	239
III. Ergebnis	239

D. Auslegung	240
I. Allgemeine Auslegungsgrundsätze	240
1. Präambel und Gesetzestext	240
2. Gesetzesbegründung	246
3. Amtliche Verlautbarungen	246
4. Normen außerhalb des EnWG	247
5. Sonstige Anhaltspunkte	248
6. Zwischenergebnis	251
II. Verfassungskonforme Auslegung	251
1. Ideologische Grenzen	252
2. Funktionelle Grenzen	255
3. Grammatikalische Grenzen	258
4. Auslegungsmöglichkeiten	259
E. Ergebnis	260
F. Ausblick	261
Zusammenfassung in Thesenform	262
Literaturverzeichnis	272

Abkürzungsverzeichnis

bes.	besonders
BWK	Brennstoff-Wärme-Kraft (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
EU	Europäische Union
EW	Elektrizitätswirtschaft (Zeitschrift)
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
grdl.	grundlegend
Hbd.	Halbbd.
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
jew.	jeweils
RBeil.	Rechtsbeilage der EW
SW	Soziale Welt (Zeitschrift)
u. a.	unter anderem
unveröff.	unveröffentlicht
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln (Schriftenreihe)
WD	Wirtschaftsdienst (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
zutr.	zutreffend(e)

Im übrigen wird auf *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl., Berlin, New York 1993, verwiesen.

Was die Erhaltung der persönlichen Freiheit betrifft, ist die Arbeitsteilung zwischen einer Legislative, die bloß sagt, daß dies oder jenes getan werden soll, und einem Verwaltungsapparat, dem die ausschließliche Macht gegeben ist, diese Instruktionen durchzuführen, die denkbar gefährlichste Einrichtung.

*Friedrich August von Hayek*¹

Einleitung

A. Annäherungen

I. Erwartungssicherheit

Eine der zentralen Aufgaben sozialer Normen und damit auch des Rechts besteht darin, Erwartungssicherheit herzustellen. In dieser funktionellen Zuweisung stimmen die verschiedenen Strömungen der modernen Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie weitgehend überein².

So hat etwa *Arnold Gehlen* die Ansicht vertreten, erst Institutionen und normative Verhaltensordnungen schüfen die Entlastung und Orientierungsgewißheit, derer die Menschen als instinktgeleitete Mängelwesen bedürften³. Auch für *Theodor Geiger* bildet die normative Koordination von Verhaltensweisen eine notwendige Voraussetzung für die soziale Existenz des Menschen. Normen beruhen also letztlich auf sozialer Interdependenz⁴. Als Essentiale jeglichen sozialen Ordnungsgefüges vermitteln sie Ordnungssicherheit⁵. Eine Dimension dieses Begriffs ist die Orientierungssicherheit, die *Geiger* als "das Wissen um den Inhalt von Normen" definiert. Dieses Wissen hat einen aktiven und einen passiven Aspekt: "Ich weiß, welche Handlungsweise die anderen von mir erwarten oder nicht erwarten, und ich weiß, welches Gebaren ich vom anderen

¹ v. *Hayek*, S. 333.

² Vgl. etwa *Henkel*, S. 437 f.; *Kausch*, S. 5 f., 27 f.; *Rehbinder*, S. 142 ff.; *Zippelius*, *Gesellschaft*, S. 54 f.; 68; *ders.*, *Rechtsphilosophie*, S. 59 f., 161 ff.

³ *Gehlen*, *Moral*, S. 95 ff.; *ders.*, *Mensch*, S. 9 ff., 327 ff., 383 f. und passim; *ders.*, *Forschung*, S. 55 ff., 69 ff.

⁴ *Geiger*, S. 45 ff. und passim.

⁵ *Geiger*, S. 64; an ihn anknüpfend *Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, S. 161 f.

zu gewärtigen habe oder nicht."⁶ Die Norm ist aus dieser Sicht also weder Befehl noch Imperativ, sondern, mit *Ernst E. Hirsch* zu sprechen, "Gebarenservartung"⁷. Auch *Niklas Luhmann* zufolge erfüllt das Recht als normatives System die Funktion der "Erwartungserleichterung"⁸. Seine Hauptaufgabe liegt in der Auswahl von Verhaltenserwartungen⁹, d. h., präziser ausgedrückt, von Erwartungen von Erwartungen: Um die Interaktion zwischen zwei Personen zu steuern, ist nicht nur erforderlich, daß die eine erwarten kann, wie sich die andere verhalten wird, sondern sie muß auch erwarten können, welche Erwartungen die andere ihr gegenüber hegt, und sich danach richten¹⁰. In höher entwickelten Gesellschaften kommt dem Recht die Aufgabe zu, jene Erwartungen so zu generalisieren und zu stabilisieren, daß über kontingentes Verhalten bindend entschieden werden kann¹¹. *Luhmann* definiert demzufolge das Recht als die Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht¹². Orientierungsgewißheit bildet für ihn also sogar ein konstitutives Merkmal des Rechtsbegriffs. In ähnlicher Weise ist für *Luhmanns* Antipoden *Jürgen Habermas* Recht u. a. ebenfalls dazu da, "Dämme stabiler Verhaltenserwartungen gegen den geschichtlichen Variationsdruck zu errichten"¹³.

II. Verrechtlichung

Ebenso einig wie in der Beurteilung dieser grundlegenden Funktion des Rechts in modernen Gesellschaften ist man sich grundsätzlich auch in der Diagnose zunehmender Verrechtlichung der Lebensverhältnisse in modernen Gesellschaften¹⁴. Orientiert man sich an den drei staatlichen Institutionen, die an diesem Prozeß beteiligt sind, kann man mit *Rüdiger Voigt* zwischen Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung differenzieren¹⁵. Darüber hinaus werden häufig, vor allem mit Blick auf die namentlich von der Legislati-

⁶ *Geiger*, S. 64.

⁷ *Hirsch*, S. 331.

⁸ *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 100; ausführlich *ders.*, Ausdifferenzierung, S. 73 ff. und passim.

⁹ *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 100.

¹⁰ *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 33 ff.

¹¹ *Luhmann*, Ausdifferenzierung, S. 377 f.

¹² *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 99, 105.

¹³ *Habermas*, Faktizität, S. 269; ähnlich *ders.*, a.a.O., S. 167.

¹⁴ Vgl. dazu die überblicksartigen Darstellungen bei *Görlitz/Voigt*, S. 119 ff., und *Holtzschneider*, S. 43 ff.; jew. m. w. N.

¹⁵ *Voigt*, S. 15, 18 ff. = *ders.*, S. 75, 80 ff.; ebenso *Görlitz/Voigt*, S. 133 ff.; *Hendler*, DVBl 1983, S. 873, 888; kritisch zum analytischen Erkenntniswert dieser Unterscheidung *Dreier*, ZfRSoz 4 (1983), S. 101, 103.

ve ausgehende "Kolonialisierung der Lebenswelt"¹⁶, *externe* und *interne* Verrechtlichung unterschieden¹⁷.

Erstere umschreibt das quantitative Phänomen zunehmender Normierung neuer, bislang nicht erfater Lebensbereiche. Diese "Dynamisierung des Rechts"¹⁸ vor allem hat *Habermas* im Auge, wenn er die Verrechtlichung als säkularen zivilisatorischen Prozeß interpretiert, der sich seit dem Beginn der Neuzeit in vier großen Schüben vollzogen habe¹⁹. Kennzeichnend für die gegenwärtige vierte Phase des sozialstaatlichen Verrechtlichungsschubes sei, daß der Staat das Recht zunehmend als Steuerungs- und Gestaltungsmittel einsetze, um Wirtschaft und Gesellschaft zu formen²⁰. Auch *Luhmann* hat darauf hingewiesen, daß im allgemeinen der Bedarf für kongruent generalisierte Verhaltenserwartungen in dem Maße steigt, wie die Gesellschaft komplexer wird und sich immer mehr funktionell ausdifferenziert²¹. Diesen Bedarf befriedigt allerdings die allseits beklagte Normenflut²² nur vordergründig: Wenn die Gesetzgebung aufgebläht wird und nicht mehr von klaren, überschaubaren Prinzipien geleitet ist, führt dies trotz gestiegener Regelungsdichte keineswegs zu einem Gewinn an rechtlicher Orientierungsgewißheit²³. *Walter Leisner* konstatiert deshalb mit Recht einen *Circulus vitiosus* des Rechtsstaats, und zwar nicht nur in bezug auf die externe, sondern auch im Hinblick auf die interne Verrechtlichung²⁴.

Als interne Verrechtlichung wird die qualitative Dimension dieser Entwicklung bezeichnet. Gemeint ist das Phänomen, daß Lebensbereiche, die bereits geregelt sind, durch Verdichtung des normativen Regelungsgehalts noch weiter durchnormiert werden. Die Regelungsdichte²⁵, d. h. die Präzision und Genau-

¹⁶ So die plakative Formel, mit der *Habermas*, *Theorie*, S. 522 ff., die Folgen der Verrechtlichung für die sozialen Beziehungen der Individuen zu verdeutlichen sucht.

¹⁷ Vgl. etwa *Görlitz/Voigt*, S. 119; kritisch zu dieser Unterscheidung *Schulze-Fielitz*, S. 2.

¹⁸ *Weiß*, *DÖV* 1978, S. 601, 602.

¹⁹ *Habermas*, *Theorie*, S. 524 ff.

²⁰ *Habermas*, *Theorie*, S. 530 ff.

²¹ *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, S. 103.

²² Besonders prägnant *Weiß*, *DÖV* 1978, S. 601 ff.; ferner etwa *Isensee*, *ZRP* 1985, S. 139 ff.; *F. Kirchhof*, *Normenflut*, S. 257 ff.; *Maassen*, *NJW* 1979, S. 1473 ff.; *Starck*, *ZRP* 1979, S. 209 ff.; zuletzt ausführlich *Holtschneider*, S. 28 ff. m. w. N. Weitere Nachweise der Schriftenflut zur Normenflut finden sich bei *Braun*, *VerwArch* 1985, S. 24, 36 Fn. 63; *Ossenbühl*, *Vorbehalt*, S. 9 f.; *Püttner*, *DÖV* 1989, S. 137, 139 Fn. 25; *Schneider*, *Rn.* 427 Fn. 2; *Schulze-Fielitz*, S. 9 ff.

²³ *Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, S. 162, 163 f.

²⁴ *Leisner*, *JZ* 1977, S. 537, 540; ähnlich *Degenhart*, *DÖV* 1981, S. 478, 483 ff.; *Isensee*, *ZRP* 1985, S. 139, 141 ff.

²⁵ Dem sozial- und verwaltungswissenschaftlichen Sprachgebrauch, den Intensitätsgrad der rechtlichen Durchdringung eines Regelungsbereichs nicht als *Regelungsdichte*, sondern als *Regelungstiefe* zu bezeichnen, vgl. etwa *Böhret/Hugger*, S. 11; *Mayntz*, S. 24, 25, wird hier nicht gefolgt, da