

Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht

Band 35

Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung

Eine rechtsvergleichende Studie des deutschen
und schweizerischen Rechts

Von

Dr. Annette Guckelberger



Duncker & Humblot · Berlin

ANNETTE GUCKELBERGER

**Vorwirkung von Gesetzen im
Tätigkeitsbereich der Verwaltung**

**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 35

Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung

**Eine rechtsvergleichende Studie des deutschen
und schweizerischen Rechts**

Von

Dr. Annette Guckelberger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Guckelberger, Annette:

Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung :
eine rechtsvergleichende Studie des deutschen und
schweizerischen Rechts / von Annette Guckelberger. – Berlin :
Duncker und Humblot, 1997

(Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht ; Bd. 35)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1995/96

ISBN 3-428-08832-8

NE: GT

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: W. März, Tübingen

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-6061

ISBN 3-428-08832-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1995/96 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Die Arbeit befaßt sich mit den Auswirkungen noch nicht in Kraft getretener Gesetze auf die Verwaltung. In seiner 1974 erschienenen Habilitationsschrift hat sich *Michael Kloepfer* erstmals mit der Thematik der „Vorwirkung von Gesetzen“ eingehender auseinandergesetzt. Dabei war er sichtlich von der schweizerischen Rechtsprechung inspiriert. Inzwischen ist die „Vorwirkung“ in allen Lehrbüchern zum schweizerischen Verwaltungsrecht sowie in der schweizerischen Rechtsprechung ein gängiger Begriff. Dies war für mich Anlaß, das Vorwirkungsphänomen etwa zwanzig Jahre später nochmals im Rahmen einer rechtsvergleichenden Arbeit zu erörtern. Anfangs war neben der Konsultation des deutschen und des schweizerischen Rechts auch ein Einbezug des österreichischen Rechts geplant. Da sich jedoch in den allgemeinen Lehrbüchern zum österreichischen Staats- und Verwaltungsrecht keinerlei Angaben zu einer Vorwirkung von Gesetzen fanden, sah ich davon ab, auf die Rechtslage in Österreich näher einzugehen. Es ist zu vermuten, daß dort das Vorwirkungsphänomen jeglicher Aktualität entbehrt. Im folgenden wird daher lediglich erörtert, ob in Deutschland und der Schweiz eine Vorwirkung von Gesetzen, hier beschränkt auf den Bereich der Verwaltung, existiert, und – wenn ja – ob diese rechtens ist. Da es bis heute in der deutschen Literatur an eingehenderen Stellungnahmen zu dieser Thematik fehlt, kann auch diese Arbeit, ebenso wie die Monographie *Kloepfers*, nur erste Anregungen und Hinweise geben. Insoweit ist diese Dissertation als Weiterführung der von *Kloepfer* angestrebten Diskussion zur Vorwirkung der Gesetze gedacht.

Die Arbeit wurde von Herrn Prof. Dr. *Günter Püttner* betreut. Hierfür sowie für die Möglichkeit, an seinem Lehrstuhl mitarbeiten zu können, danke ich ihm herzlich. Herrn Prof. Dr. *Michael Ronellenfitsch* bin ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens zu Dank verpflichtet. Bei Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Graf Vitthum* möchte ich mich für sein freundliches Entgegenkommen, diese Arbeit in die von ihm herausgegebene Tübinger Schriftenreihe aufzunehmen, bedanken.

Tübingen, im April 1996

Annette Guckelberger

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	13
I. Zum Begriff der Vorwirkung	14
II. Berechtigung des Begriffs der Vorwirkung	16
III. Die Vorwirkung im Vergleich zu den anderen Wirkungsarten von Gesetzen	18
1. Vorwirkung und „Normalwirkung“	18
2. Vorwirkung und Nachwirkung	19
3. Vorwirkung und Fortwirkung	20
4. Vorwirkung und Rückwirkung	21
IV. Das Verhältnis der einzelnen Wirkungsarten zueinander	23
V. Arten der Vorwirkung	24
1. Die positive Vorwirkung	24
2. Die negative Vorwirkung	25
3. Die Rechtsverzögerung	28
4. Die Vorberücksichtigung	30
5. Die Vorbereitung künftiger Normanwendung	32
6. Rechtliche und faktische Vorwirkungen	33
7. „Normale“ Vorwirkung, ausdrücklich angeordnete Vorwirkung sowie Vorwirkung unter Bezugnahme auf das geltende Recht	33
8. Belastende und begünstigende Vorwirkung	34
9. Echte und unechte Vorwirkung	35
10. Direkte und indirekte Vorwirkung	36
11. Differenzierung nach den von der Vorwirkung betroffenen Organen	37
12. Zusammenfassung	37
B. Die positive Vorwirkung	38
I. Positive Vorwirkung ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung und ohne jegliche Stütze im geltenden Recht	40
1. Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Gewaltenteilung (Inkrafttreten von Parlamentsgesetzen)	41

a) Inkrafttretensdelegation in der Schweiz	42
b) Inkrafttretensdelegation in Deutschland	43
c) Voranwendung und Entschlußfreiheit des Parlamentsgesetzgebers . .	44
2. Positive Vorwirkung und Vertrauensschutz	48
a) Situation in Deutschland	48
b) Situation in der Schweiz	52
3. Voranwendung und Bekanntmachung von Rechtsnormen	53
a) Die Bedeutung der Verkündung von Rechtsvorschriften in Deutschland	54
b) Die Bedeutung der Verkündung von Rechtsvorschriften in der Schweiz	60
c) Vergleich Deutschland – Schweiz	63
4. Voranwendung und Gesetzesvorrang	65
a) Außerkrafttreten und Vorwirkung	65
b) Voranwendung trotz bestehenden Altrechts?	70
5. Voranwendung und Gesetzesvorbehalt	77
6. Positive Vorwirkung, wenn kein Altrecht existiert	80
a) Rückwirkender Gesetzentwurf	81
b) Kein rückwirkender Gesetzentwurf	82
7. Zusammenfassung	83
II. Zur positiven Vorwirkung ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung, aber unter Bezugnahme auf das geltende Recht	84
1. Voranwendung unter dem Vorbehalt der Rückgängigmachung	84
a) Situation in Deutschland	84
b) Situation in der Schweiz	91
2. Voranwendung unter der aufschiebenden / auflösenden Bedingung des Inkrafttretens des Neurechts	93
a) Situation in Deutschland	94
aa) Verwaltungsakte unter der Bedingung, daß das Neurecht (erst) ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens Wirkungen entfalten soll	94
bb) Öffentlich-rechtliche Verträge mit aus dem künftigen Recht entnommenem Vertragsinhalt	103
b) Situation in der Schweiz	104
3. Zusammenfassung	105

III. Die ausdrücklich angeordnete positive Vorwirkung	106
1. Zu § 33 BauGB bzw. seinem schweizerischen Pendant: spezialgesetzliche Anordnung einer positiven Vorwirkung ohne Vorläufigkeitsvermerk	107
a) Situation in der Schweiz	107
b) Situation in Deutschland	109
2. Zu § 165 AO: spezialgesetzliche Anordnung einer positiven Vorwirkung mit Vorläufigkeitsvermerk	120
3. Zusammenfassung	124
C. Die negative Vorwirkung	127
I. Zur negativen Vorwirkung ohne spezialgesetzliche Anordnung	128
1. Situation in Deutschland	129
a) Pflicht der Verwaltung zu einer möglichst raschen Bescheidung des Bürgers?	129
b) Sachliche Rechtfertigung der negativen Vorwirkung?	132
aa) Erweiterung des zeitlichen Anwendungsbereichs der neuen Norm	132
bb) Ziel einer zeitgerechteren / besseren Verwaltungsentscheidung	133
cc) Verzögerung zur Verhinderung personaler Ungleichbehandlungen	134
dd) Verhinderung einer späteren Korrektur der Verwaltungsentscheidungen	136
ee) Schutz der Absichten des Gesetzgebers	139
ff) Handeln im Interesse des Bürgers	141
c) Zusammenfassung	142
2. Situation in der Schweiz	142
II. Die gesetzlich angeordnete negative Vorwirkung	145
1. Die Veränderungssperre gemäß § 14 I BauGB	146
2. Die Zurückstellung von Baugesuchen gemäß § 15 BauGB	150
3. Zusammenfassung zur Analyse von §§ 14, 15 BauGB	152
4. Gesetzliche Anordnung einer negativen Vorwirkung auch außerhalb des Planungsrechts ?	154
III. Anhang: Negative Vorwirkung beim richterrechtlich entwickelten öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch?	157

- D. Die Vorberücksichtigung 162
 - I. Vorberücksichtigende Auslegung und analoge Vorberücksichtigung 163
 - 1. Situation in der Schweiz 165
 - 2. Situation in Deutschland 168
 - a) Die Abgrenzung der Vorberücksichtigung von anderen Argumentationsweisen 170
 - b) Vorteile der vorberücksichtigenden Auslegung 174
 - c) Nachteile der vorberücksichtigenden Auslegung 177
 - d) Verhältnis zwischen historischer und vorberücksichtigender Auslegung 183
 - e) Unzulässigkeit der Vorberücksichtigung, weil eine Rechtsnorm vor dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens Wirkungen entfaltet? 185
 - f) Notwendigkeit der vorberücksichtigenden Auslegung? 187
 - g) Vom Rechtsanwender bei der Vorberücksichtigung vorzunehmende Differenzierungen 189
 - II. Die vorberücksichtigende Ermessensausübung 191
- III. Zusammenfassung 194

- E. Vorbereitungsmaßnahmen der Verwaltung 195
- F. Endzusammenfassung 203
- I. Die positive Vorwirkung 203
- II. Die negative Vorwirkung 206
- III. Die Vorberücksichtigung 207
- IV. Vorbereitungsmaßnahmen der Verwaltung 208
- Literaturverzeichnis 209
- Personen- und Sachregister 220

Abkürzungsverzeichnis

BBL	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungssammlung des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
recht	rech. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
ZBL	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung (Österreich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

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

A. Einführung

Während den meisten schweizerischen Lehrbüchern zum Verwaltungsrecht die Thematik der „Vorwirkung“ nicht fremd ist,¹ finden sich in Deutschland – abgesehen von der Monographie Michael Kloepfers² – diesbezüglich kaum weitergehende Ausführungen.³ Dies dürfte vor allem mit der in Deutschland vorherrschenden Ansicht, daß Rechtsnormen erst ab dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens rechtliche Wirkungen erzeugen,⁴ zusammenhängen. Selbst wenn man dieser Prämisse nicht folgt, dürfte dieser Befund damit zu erklären sein, daß eine etwaige Vorwirkung von Gesetzen zeitlich begrenzt und daher eher uninteressant ist.⁵ Spätestens mit dem Inkrafttreten eines Gesetzes würde seine Vorwirkung ein Ende finden. Da zwischen der Einleitung eines Gesetzgebungsverfahrens und dem Inkrafttreten eines Gesetzes in der Regel aber doch eine gewisse Zeit verstreicht, kann die Möglichkeit einer – unter Umständen auch nur faktischen – Vorwirkung von Gesetzen nicht von vornherein von der Hand gewiesen werden. Daher soll im Rahmen dieser rechtsvergleichenden Arbeit geklärt werden, ob sich in Deutschland und in der Schweiz nicht doch irgendwelche Vorwirkungen von Gesetzen, hier beschränkt auf den Bereich der Verwaltung,⁶ auffinden und legitimieren lassen.

¹ Häfelin/Müller, Grundriß des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Rz. 279 ff.; Grisel, Traité De Droit Administratif I, S. 151 ff.; Gygi, Verwaltungsrecht – Eine Einführung, S. 115; Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, Rz. 563 ff.; Haller/Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, Rz. 334 ff.; Moor, Droit administratif, S. 180 ff.; Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, § 10 Rz. 27; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, § 17, S. 108 ff.; Rhinow/Krähe-
mann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, S. 49 ff.

² Kloepfer, Vorwirkung von Gesetzen.

³ Faber, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 120 f., und Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, S. 297, begnügen sich damit, auf Kloepfer zu verweisen. Ganz kurze Ausführungen finden sich bei H. Schneider, Gesetzgebung, Rz. 529.

⁴ Vgl. z.B. Bryde, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 82 Rz. 15; Maurer, in: Bonner Kommentar, Art. 82 Rz. 15; Jarras/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 82 Rz. 19; Leibholz/Rinck/Hesselberger, GG-Kommentar, Art. 82 Rz. 12b; BVerfGE 42, 263 (283).

⁵ Vgl. für die Schweiz: Kölz, ZSR NF 102 II (1983), S. 101 ff. (116).

⁶ Allerdings muß in solchen Fällen, in denen sich für den Verwaltungsbereich kein ausreichendes Belegmaterial vorfindet, mancherorts über diese Beschränkung hinausgegangen werden.

I. Zum Begriff der Vorwirkung

Hier ist vorwegzunehmen, daß sich keine einheitliche Verwendung des Begriffs der Vorwirkung feststellen läßt. In der Schweiz beschreibt eine größere Anzahl von Autoren das Phänomen der Vorwirkung damit, daß „ein Erlass Rechtswirkungen zeitigt, obwohl er noch nicht in Kraft getreten ist“,⁷ bzw. als „Beeinflussung der Anwendung noch geltenden Rechts durch einen noch nicht rechtskräftigen künftigen Rechtssetzungsakt“.⁸ Andere schränken diese Definition weiter ein. So wird mancherorts unter dem Begriff der Vorwirkung nur die Nichtanwendung des geltenden Rechts bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts verstanden.⁹ Jeder dieser Definitionen ist gemeinsam, daß sie den Bereich möglicher Vorwirkungen von Gesetzen von vornherein auf das Feld rechtlicher Auswirkungen beschränken. Da jedoch, wie gezeigt, ungewiß ist, ob noch nicht in Kraft getretene Rechtsvorschriften überhaupt irgendwelche, wenn auch nur faktische Vorwirkungen äußern können, sind die soeben dargestellten Definitionen für eine umfassende Erörterung des Vorwirkungsphänomens weniger geeignet.

Hans Schneider verwendet den Vorwirkungsbegriff für all diejenigen Wirkungen, die von bereits verkündeten, aber noch nicht in Kraft getretenen Gesetzen herrühren.¹⁰ Damit geht er e contrario von dem Erfahrungssatz aus, daß in Ausarbeitung befindliche Gesetzentwürfe bis zum Zeitpunkt der Gesetzesverkündung keinerlei Wirkungen entfalten. Ob diese Prämisse zutreffend ist, soll erst im Laufe dieser Arbeit aufgezeigt werden. Daher ist auch diese Definition zu eng. Vielmehr dürfte der Nachweis etwaiger Vorwirkungen werdender Normen am ehesten mittels eines möglichst weiten Vorwirkungsbegriffs gelingen. Der Begriff der Vorwirkung soll daher *sämtliche Einflüsse noch nicht in Kraft getretener Normen auf die Gegenwart* umschreiben.¹¹

⁷ Häfelin/Müller, Grundriß, Rz. 279; Schindler, ZBL 93 (1992), S. 388 ff. (402).

⁸ Kölz, ZSR NF 102 II (1983), S. 101 ff. (172); Siegrist, Die Bausperre unter besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, S. 48; Schürmann/Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltrecht, S. 258.

⁹ Fleiner-Gerster, Wie soll man Gesetze schreiben? – Leitfaden für die Redaktion normativer Texte, S. 126; ders., Grundzüge, § 10 Rz. 27; Knapp, Grundlagen I, Rz. 564; Zimmerlin, ZSR NF 88 I (1969), S. 429 ff. (434 f.); VG des Kantons Zürich, in: Imboden, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I, S. 159 f.

¹⁰ Schneider, Gesetzgebung, Rz. 529.

¹¹ Vgl. ebenso: Thommen, Zur Problematik der sogenannten Vorwirkung, S. 9; Haller/Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, Rz. 335. Von dieser Definition scheint auch Kloepfer, Vorwirkung, S. 10, auszugehen: „Wird die Gesetzesvorwirkung als Wirkung eines Gesetzes vor seinem Inkrafttreten verstanden, dann wird damit eine derzeitige Wirkung einer künftigen Norm bezeichnet.“

Im übrigen sei auf folgende zwei Verwendungen des Vorwirkungsbegriffs in Deutschland hingewiesen: Zum einen ist die „enteignungsrechtliche Vorwirkung“ vor allem im Bereich des Baurechts ein anerkanntes Institut.¹² Diese besagt, daß bei der Berechnung der Entschädigung bei Enteignungen auf die Qualität des Enteignungsobjektes abgestellt wird, die es unmittelbar vor Beginn des Enteignungsprozesses besaß (vgl. § 95 II Nr. 2 BauGB). Dabei wird eine enteignende Vorwirkung nur solchen Maßnahmen zugeschrieben, die von Anfang an von ihrer Tendenz her auf eine endgültige Enteignung angelegt sind.¹³ Dieses Institut unterscheidet sich insofern von der Vorwirkung von Gesetzen, als die enteignungsrechtliche Vorwirkung in der Regel mittels einer rückschauenden Betrachtung durch Verwaltungsakt festgestellt wird.¹⁴ Mit der Vorwirkung noch nicht in Kraft getretener Normen werden demgegenüber deren unmittelbare Auswirkungen auf die Gegenwart erfaßt.

Zum anderen wird der Begriff der Vorwirkung gelegentlich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verwendet,¹⁵ ohne daß es nähere Ausführungen zum Bedeutungsgehalt dieses Begriffs macht. So sprechen zum Beispiel BVerfGE 61, 82 (110); 69, 1 (49) die Vorwirkungen des Art. 19 IV GG auf die Ausgestaltung des dem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagerten Verwaltungsverfahren an. Auf diese Weise wird dort einer Vereitelung bzw. unzumutbaren Erschwerung des gerichtlichen Rechtsschutzverfahrens vorgebeugt. In anderem Zusammenhang läßt es das Bundesverfassungsgericht offen, ob nicht ein Anspruch auf rechtzeitige Ermessensausübung einer materiell-rechtlichen Vorwirkung der Ermessensnorm entnommen werden kann.¹⁶ Ohne hier näher auf die Vorwirkungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einzugehen, läßt sich folgendes feststellen: Das Bundesverfassungsgericht verwendet in all diesen Entscheidungen den Vorwirkungs-begriff, um den Einfluß von bestehenden, verbindlichen Normen auf die Gesamtrechtsordnung auszudrücken. Demgegenüber soll in dieser Arbeit der Begriff der Vorwirkung von Gesetzen die Wirkungen künftiger, unter Umständen auch schon verkündeter, aber noch nicht in Kraft getretener Rechtsnormen auf die Gegenwart erfassen. Die Vorwirkungen in Kraft stehender und erst noch in Kraft tretender Normen sind also sorgfältigst zu trennen.

¹² Vgl. z.B. BGH, UPR 1992, 234 ff. (234); BVerfG, DVBl. 1987, 895 ff. (895); BVerfG, DVBl. 1987, 466 ff. (467); *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 95 Rz. 5; *Kloepfer*, Vorwirkung, S. 239 ff.

¹³ BGH, BRS 53 (1993), Nr. 125, S. 345 ff. (347).

¹⁴ *Kloepfer*, Vorwirkung, S. 247 ff.; ebenso läßt sich der BGH-Entscheidung in BRS 34 (1980), Nr. 6, S. 11 ff. (15), mittelbar entnehmen, daß die enteignende Vorwirkung in der Regel im Wege einer rückschauenden Betrachtung festgestellt wird.

¹⁵ BVerfGE 69, 1 (49); 61, 82 (110); 60, 16 (42); BVerfG, NVwZ 1988, 523 ff. (523).

¹⁶ BVerfGE 60, 16 (42).