

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 276

Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte

Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts
mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes

Von

Walter Krebs



Duncker & Humblot · Berlin

WALTER KREBS

Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 276

Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte

Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit
den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes

Von

Dr. Walter Krebs



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 03451 1

Vorwort

Im Wintersemester 1974/75 wurde die vorliegende Arbeit von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Das Manuskript war im Juli 1974 abgeschlossen. Nach diesem Zeitpunkt erschienene Abhandlungen konnten nur noch in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Hans-Uwe Erichsen, danke ich für vielfältige Unterstützung und Förderung. Besonderen Dank sage ich auch den Freunden und Bekannten, die mir durch stete Diskussionsbereitschaft geholfen haben.

Bochum, im April 1975

W. K.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
<i>Erstes Kapitel</i>	
Dogmengeschichtlicher Abriss zum Eingriffsvorbehalt	16
A. Freiheits- und Eigentumsformel	17
B. Gesetzesbegriff des Eingriffsvorbehalts	24
<i>Zweites Kapitel</i>	
Die These von den Grundrechten als verfassungsrechtlicher Standort des Vorbehalts des Gesetzes	32
<i>Drittes Kapitel</i>	
„Freiheit und Eigentum“ im Sinne der Grundrechte	35
A. Die These von der „Lückenlosigkeit“ des grundrechtlichen Freiheitsschutzes	35
I. Die Auffangkapazität des Art. 2 Abs. 1 GG	35
II. Die „Unvollständigkeit“ grundrechtlichen Freiheitsschutzes	39
B. Der den Grundrechten zugrundeliegende Freiheitsbegriff	44
I. Das überkommene Freiheitsverständnis	45
II. Bedenken gegen das überkommene Freiheitsverständnis	47
III. Der Freiheitsbegriff der Grundrechte und die staatsgestaltenden Grundnormen des Grundgesetzes	49
1. Grundrechte und Einheit der Verfassung	49
2. Grundrechtliche Freiheit und sozialer Rechtsstaat	53
3. Grundrechtliche Freiheit und Demokratie	59
<i>Viertes Kapitel</i>	
Vorbehaltsgesetzgebung und Grundrechtsgesetzgebung	66
A. Die traditionelle Funktionsbestimmung der Gesetzgebung im Freiheits- und Eigentumsbereich	66

I. Gesetzgebung im Sinn des Eingriffsvorbehalts	66
II. Vorbehaltsgesetzgebung im Grundrechtsbereich	68
B. Grundrechtsgesetzgebung	69
I. Die Unterschiedlichkeit der Grundrechtsformulierungen hinsichtlich ihrer Verweisung auf das Gesetz	70
II. Die grundsätzliche Bedeutung der Gesetzgebung für die Grundrechte nach dem Grundgesetz — Gesetzgebung als Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtsausführung	72
III. Die Funktionsbreite der Grundrechtsgesetzgebung	81
IV. Die Bindung der Grundrechtsgesetzgebung an die Verfassung ...	94

Fünftes Kapitel

Die Bedeutung des Gesetzesvorbehalts der Grundrechte als Zuständigkeitsregelungen	102
A. Die Lehren von der Erweiterung und/oder Neubestimmung des traditionellen Vorbehaltsbereichs der Gesetzgebung	102
B. Die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte als Zuständigkeitsnormen für grundrechtsausführende und grundrechtsverwirklichende staatliche Maßnahmen	110
I. Insbesondere: Die Geltung der Gesetzesvorbehalte der Grundrechte für leistungsstaatliche Maßnahmen	119
II. Die Geltung der Gesetzesvorbehalte der Grundrechte in den sog. besonderen Gewaltverhältnissen	127
Schlußbetrachtung	131
Literaturverzeichnis	134
Sachwortverzeichnis	147

Abkürzungsverzeichnis

Es werden die üblichen, ergänzend folgende Abkürzungen verwendet:

AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
BayVbl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
Chap.	= Chapter
DJT	= Verhandlungen des Deutschen Juristentages
Diss.	= Dissertation
E	= Entscheidung
ebd.	= ebendort
HdbchStR II	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsgg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Zweiter Band, Tübingen 1932
hrsgg.	= herausgegeben
JA ÖR	= Juristische Arbeitsblätter, Öffentlichrechtliche Abteilung
JÖR	= Jahrbuch des Öffentlichen Rechts
m. w. Nachw.	= mit weiteren Nachweisen
pr. VU	= Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850
RV 1871	= Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871
Sp.	= Spalte
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	= Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung)
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
zit.	= zitiert
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

Der Vorbehalt des Gesetzes¹, also jenes „allgemeine verfassungsrechtliche Prinzip“², nach dem jeder (staatliche) „Eingriff in Freiheit und Eigentum“³ des Bürgers ein Gesetz oder eine formellgesetzliche Ermächtigung erfordern soll, wird vom Grundgesetz weder als Begriff erwähnt, noch als Verfassungsprinzip ausdrücklich inhaltlich umschrieben⁴. Zwar enthält Art. 20 Abs. 3 GG die Bestimmung, daß „die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung . . . an Gesetz und Recht gebunden“ sein sollen, und normiert damit den *Vorrang des* (förmlichen⁵) *Gesetzes* vor allen anderen untergesetzlichen Rechtsakten⁶. Der Wortlaut dieser Bestimmung schweigt jedoch zu der Frage, ob das Gesetz ausschließlicher Geltungsgrund von Exekutiv- (oder Judikativ-)

¹ Terminologisch wird in der nachfolgenden Arbeit der „Vorbehalt des Gesetzes“ von dem, bzw. den „Gesetzesvorbehalt(en)“ unterschieden. Während der „Vorbehalt des Gesetzes“ (Synonym: „Eingriffsvorbehalt“) das sogleich definierte allgemeine Prinzip meint, bezeichnet der Terminus „Gesetzesvorbehalt“ eine vom Grundgesetz im Einzelfall niedergelegte Verweisung auf das Gesetz — wie etwa bei den „Gesetzesvorbehalten“ der Grundrechte. Soweit aus sprachlichen Gründen diese Terminologie nicht durchgehalten werden kann, wird der „Vorbehalt des Gesetzes“ auch als „(allgemeines) Vorbehaltsprinzip“ bezeichnet, der sachliche Unterschied aber immer deutlich gemacht. Diese Terminologie lehnt sich an die der h. M. an (ausführlich zur Terminologie: *Jesch* S. 29; *Horn*, Diss. S. 50 f., Fn. 159; *Fremuth*, Diss. S. 6 f. Vgl. wie hier auch *Schwan*, Diss. S. 36 f., Fn. 4) ist aber nicht Allgemeingut. Insbesondere wird in der Lit. der Terminus „Gesetzesvorbehalt“ auch für den Grundsatz des „Vorbehalt des Gesetzes“ verwendet. So etwa von *Erichsen*, *StaRuVfgebkt* I S. 27 f. u. passim; *Tomuschat* S. 38 f.; *E.-W. Böckenförde*, *Organisationsgewalt* S. 90; *Rupp*, *Grundfragen* S. 140 u. passim, der aber auch die Bezeichnung „Vorbehalt des Gesetzes“ verwendet; ebenso *Ossenbühl*, *Verwaltungsvorschriften* S. 208 f. Zur Notwendigkeit begrifflicher Schärfe vgl. *Jesch* S. 189 f.

² *Erichsen*, *StaRuVfgebkt* I S. 28.

³ So die klassische Umschreibung. Vgl. *BVerfGE* E 8 S. 155 (167); *Forsthoff*, *Verwaltungsrecht* § 7, S. 125; *E.-W. Böckenförde*, *Organisationsgewalt* S. 90; *ders.* u. *Grawert*, *AöR* Bd. 95 (1970) S. 1 (26, 27); *Papier* S. 10; *E. Stein* § 14 IV (S. 101); *Jesch* S. 1.

⁴ Vgl. anders aber die Landesverfassungen: Art. 58 bad.-württ. Verf. v. 11. Nov. 1963; Art. 70 Abs. 1 bay. Verf. v. 2. Dez. 1946; Art. 2 hess. Verf. v. 1. Dez. 1946; Art. 32 nieders. Verf. v. 13. April 1951; Art. 2 rhld.-pf. Verf. v. 18. Mai 1947; Art. 45 bln. Verf. v. 1. Sept. 1950. Zum Verhältnis der landesrechtlichen „Vorbehalte des Gesetzes“ zum — angenommenen — grundgesetzlichen Vorbehalt des Gesetzes *E.-W. Böckenförde/Grawert*, *AöR* Bd. 95 (1970) S. 1 (27 f.): inhaltliche Übereinstimmung.

⁵ Vgl. *Jesch* S. 29 und schon *O. Mayer*, *Verwaltungsrecht* I, 3. Aufl. 1924 S. 68 u. ebd. Fn. 7.

⁶ *Erichsen*, *StaRuVfgebkt* I S. 28.

Akten ist, bzw. wann die Exekutive (resp. Judikative) nur aufgrund formell-gesetzlicher Ermächtigung handeln darf⁷,⁸.

Ungeachtet dieses Negativ-Befundes scheint die grundsätzliche verfassungsrechtliche Existenz des Vorbehalts des Gesetzes über jeden Zweifel erhaben. Die Rechtsprechung und Lehre gehen in seltener Einmütigkeit von der Geltung dieses Prinzips aus⁹, und *Starck* meint gar, daß der Vorbehalt des Gesetzes „in seiner klassischen Ausprägung durch die liberale Staatsrechtslehre der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts ... auch heute noch — zu Recht! — als eiserner Bestand der Staatsrechtsdogmatik“ gelte¹⁰.

Diese Ansicht ist indes durchaus nicht unproblematisch. Bedenken gründen sich auf die Überlegung, daß die Geltung eines nicht ausdrücklich niedergelegten Verfassungsprinzips eines besonderen Nachweises bedarf. Dieser Nachweis wird bis heute — wenn überhaupt — kontrovers geführt und ist bisher nicht überzeugend gelungen. In aller Regel lassen diese Versuche rationale Argumentationskraft vermissen: Der bloße Hinweis auf das grundgesetzliche Rechtsstaatsprinzip und/oder Art. 20 Abs. 3 GG¹¹ klingt vor dem Hintergrund einer langen Verfassungstradition¹² zwar möglicherweise plausibel, ist aber als überzeugender Nachweis der Existenz des Vorbehalts des Gesetzes im *heutigen* Verfassungsrecht wohl doch zu vage. Ohne eingehende Analyse der Struktur des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips wirkt die An-

⁷ Das ist inzwischen wohl außer Streit. Vgl. *Jesch* S. 5, 190; *Erichsen*, StaRuVfGbkt I S. 28; *Papier* S. 11; *Maunz*, in *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 128; *Hutzelmann*, Diss. S. 37. Nachweise f. die Gegenmeinung bei *Erichsen*, ebd. S. 27 Fn. 2; *Jesch* S. 190, Fn. 66.

⁸ Der in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltene Vorrang des Gesetzes entfaltet allerdings einen weitreichenden Vorbehaltseffekt: Soweit Gesetzesnormen existieren, kann der Exekutive für diesen Bereich keine originäre Regelungsbefugnis mehr zustehen. Vgl. BVerfG E 2 S. 307 (313); 8 S. 155 (172); *Jesch* S. 30. Daher schon zutreffend die Bemerkung *Thomas* — *HdbchStR* II S. 221 (222) — wonach „der Vorbehalt des Gesetzes praktisch vor allem durch den Vorrang der schon vorhandenen förmlichen Gesetze umschrieben“ wird.

⁹ Die Nachweise können nicht annähernd vollständig geführt werden. Etwa: BVerfG E 8 S. 155 (165 f.); *Jesch* S. 35/36, 134 f.; *Rupp*, Grundfragen S. 140; *Erichsen*, StaRuVfGbkt I S. 28; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht § 7 S. 125; *Vogel*, VVDStRL 24 (1966) S. 125 (147 f.); *Hutzelmann*, Diss. S. 37 f.; *Pietzner*, JA 1973, ÖR S. 89 (90); *Baedeker*, Diss. S. 74 f.; *E.-W. Böckenförde*, Organisationsgewalt S. 93/94; *Völcker*, Diss. S. 19; *Wintrich*, Problematik der Grundrechte S. 22; *E. Stein* § 14 IV (S. 101); *Kleiser*, Diss. S. 35 m. Nachw. in Fn. 2.

¹⁰ Gesetzesbegriff S. 288, Fn. 4.

¹¹ *Starck*, Gesetzesbegriff S. 281; *K. Hesse*, Verfassungsrecht S. 81 f.; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht § 7 S. 125; *Rupp*, in *Festschrift f. G. Küchenhoff* S. 653 (655); *Hutzelmann*, Diss. S. 37; *Pietzner*, JA 1973, ÖR S. 89 (90); *Baedeker*, Diss. S. 74/75; *Völcker*, Diss. S. 18 f.; *Kleiser*, Diss. S. 88; w. Nachweise bei *Papier* S. 27, Fn. 1. Diese Auffassung findet sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG, vgl. Beschluß v. 18. 7. 1973 — 1 BvR 23 und 155/73, NJW 1974 S. 227; *Thoma*, in *Recht, Staat, Wirtschaft* S. 9.

¹² Dazu unten 1. Kap.

nahme, daß der Vorbehalt des Gesetzes Baustein der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes sei, nur wenig begründet¹³.

Skepsis begegnet auch der Ansicht, die die heutige Geltung des Vorbehaltssprinzips im Gewohnheitsrecht begründet sehen will¹⁴: Zur Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Geltung des Vorbehalts des Gesetzes bedarf es zunächst der grundsätzlichen Bejahung von Verfassungsgewohnheitsrecht. Diese Voraussetzung ist angesichts gerade in jüngerer Zeit vorgetragener Bedenken¹⁵ alles andere als selbstverständlich und bedürfte daher eingehender Auseinandersetzungen. Selbst wenn man aber die grundsätzliche Möglichkeit verfassungsrechtlicher Usualnormen bejaht, bleibt die Frage, ob das Vorbehaltssprinzip die Voraussetzungen eines Gewohnheitsrechtssatzes — eine längere tatsächliche Übung, die von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung der Beteiligten getragen wird¹⁶ — erfüllt. Insbesondere der Nachweis der längeren tatsächlichen Übung scheint hier der neuralgische Punkt zu sein und es ist zweifelhaft, ob er überhaupt geführt werden kann¹⁷. Zahlreiche Versuche in Rechtsprechung und Literatur — sowohl in der Vergangenheit¹⁸, als auch noch gegenwärtig¹⁹ — „gesetzlose“ Exekutiv-Eingriffe durch verschiedenartigste Konstruktionen zu rechtfertigen, vor allem aber auch die Aussetzung dieses Prinzips während der NS-Zeit²⁰, sprechen jedenfalls gegen eine „ständige, gleichmäßige und allgemeine“²¹ Übung. Ohne diesen Nachweis²² gerät die Rekurrerung auf Gewohn-

¹³ Dies gilt umso mehr, als das Grundgesetz mit seinem Bekenntnis zum „sozialen Rechtsstaat“ (Art. 28 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG) möglicherweise die „Rechtsstaatstradition“ durchbricht. Dazu auch unten 3. Kap. B. III. 2.

¹⁴ So neuerdings *Schwan*, Diss. S. 25, 28; vgl. aber auch schon *Jesch* S. 35 f.: „Mischung aus geschriebenem Verfassungsrecht und Verfassungsgewohnheitsrecht“.

¹⁵ *Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht?, 1972.

¹⁶ Vgl. BVerfG E 22 S. 114 (121) und die Definitionen bei *Tomuschat* S. 11 f., Fn. 19.

¹⁷ Zur methodischen Problematik, *Tomuschat* S. 74 f.

¹⁸ Vgl. etwa *Thomas* These vom Übergangsrecht — Polizeibefehl S. 112 f. — zur Rechtfertigung nicht formell-gesetzlicher Ermächtigungen — 88 Jahre (!) nach Erlaß der (badischen) Verfassung — (dazu auch *Jesch* S. 116 u. 236) und die Ausführungen *Anschütz*, in: *Meyer/Anschütz*, Staatsrecht, 7. Aufl. § 178, nach dem auch eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung dem Vorbehalt des Gesetzes genügen sollte, obwohl der Vorbehalt des Gesetzes schon immer als Vorbehalt des förmlichen Gesetzes verstanden wurde. So schon *Thoma*, Polizeibefehl S. 108; vgl. auch *Papier* S. 15, 16 f. m. Nachw.

¹⁹ Vgl. etwa heute den Streit um den Leistungsbescheid. Nachweise bei *Tomuschat* S. 76 f.; *Pietzner*, JA 1973, ÖR S. 117 f.

²⁰ Durch das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. 3. 1933 (RGBl. I S. 141) und das Gesetz über den Neuaufbau des Reichs v. 30. 1. 1934 (RGBl. I S. 75). Vgl. dazu *Ehrllich*, Diss., (1934), S. 26: „Von einem Vorbehalt im liberalistisch-demokratischen Sinne kann nicht mehr die Rede sein.“ Vgl. für diesen Zeitraum auch *Gräßlin*, Diss., (1939), S. 41 f.

²¹ BVerfG E 22 S. 114 (121).

²² Er ist bisher nicht geführt worden. Ansätze zur Darstellung der Rechtspraxis etwa bei *Rosin* S. 90 f.