

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 610**

**Das Verhältnis  
des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG  
zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt**

**Von**

**Bernhard Busch**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**BERNHARD BUSCH**

**Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum  
Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 610**

**Das Verhältnis des  
Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes-  
und Parlamentsvorbehalt**

**Von**

**Bernhard Busch**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Busch, Bernhard:**

Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und  
Parlamentarvorbehalt / von Bernhard Busch. – Berlin : Duncker  
und Humblot, 1992

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 610)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07322-3

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin 49

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-07322-3

## ***Meinen Eltern***



## Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Sommersemester 1991 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen.

Für die Betreuung der Arbeit möchte ich Herrn Professor Dr. Hans-Uwe Erichsen danken. Er hat mein Interesse auf den Untersuchungsgegenstand gelenkt, den Fortgang der Arbeit mit kritischem Rat begleitet und deren Fertigstellung in vielfältiger Hinsicht gefördert. Daneben bin ich Herrn Professor Dr. Friedrich Schoch sehr verbunden, der das Zweitgutachten erstellt und mir darüber hinaus eine Reihe weiterführender Hinweise vermittelt hat.

Dem Cusanuswerk — Bischöfliche Studienförderung — möchte ich meinen Dank für die großzügige finanzielle Förderung im Rahmen eines Promotionsstipendiums aussprechen.

Herrn Professor Norbert Simon danke ich für die Aufnahme dieser Dissertation in die Reihe „Schriften zum Öffentlichen Recht“ sowie für die entgegenkommende Vertragsgestaltung.

Münster, im Oktober 1991

*Bernhard Busch*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einführung</b> .....	15
<b>B. Der Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt der „Wesentlichkeitstheorie“</b> ...	19
<b>I. Die Grundaussage der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</b> .....	21
1. Die Loslösung vom Merkmal des „Eingriffs“ .....	21
2. Das Merkmal der Wesentlichkeit .....	21
3. Die Selbstentscheidungspflicht des Gesetzgebers (Parlamentsvorbehalt)	23
<b>II. Die Konzeption der Vorbehaltslehre auf der Grundlage der Wesentlichkeitsrechtsprechung</b> .....	25
1. Der Gesetzesvorbehalt der „Wesentlichkeitstheorie“ .....	26
a) Die verfassungsrechtliche Begründung .....	26
aa) Der grundrechtlich-rechtsstaatliche Begründungsansatz .....	27
(1) Die kompetenzielle Seite des Rechtsstaatsprinzips .....	28
(2) Der grundrechtliche Schutz individueller Freiheit .....	30
bb) Der demokratische Begründungsansatz .....	34
(1) Die demokratische Legitimation des Bundestages .....	35
(2) Demokratische Legitimation durch Gesetzgebungsverfahren .....	37
b) Zur Reichweite des Gesetzesvorbehalts der „Wesentlichkeitstheorie“	39
aa) Grenzen des Wesentlichkeitsvorbehalts .....	39
(1) Entscheidungskompetenzen anderer Staatsfunktionen .....	39
(2) Wesentlichkeitsvorbehalt und Totalvorbehalt .....	40
bb) Inhalt des Wesentlichkeitsvorbehalts .....	41
(1) Individuelle Betroffenheit .....	43
(a) Wirkungszusammenhang zwischen der Regelung und den Grundrechten .....	44
(b) Intensität der Grundrechtsbetroffenheit .....	45
(c) Rechtliche Wertung .....	46
(d) Grundrechtsrelevanz und Grundrechtseingriff .....	47

(2) Auswirkungen auf das Gemeinwesen .....	48
(a) Zur Begründung von Gesetzesvorbehalten aus dem Demokratieprinzip .....	49
(b) Inhalt des demokratisch definierten Gesetzesvorbehalts	51
(aa) Der betroffene Personenkreis .....	51
(bb) Akzeptierbarkeit .....	51
(cc) Finanzielle Auswirkungen .....	52
(dd) Leitentscheidungen .....	53
(ee) Auswirkungen auf das Staatsgefüge .....	53
(ff) Zeitfaktor .....	54
2. Der Parlamentsvorbehalt .....	54
a) Die gesetzgeberischen Möglichkeiten der Entscheidungsweitergabe an die Exekutive .....	55
aa) Die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen .....	55
bb) Der Erlaß von Rechtsverordnungen .....	56
cc) Die Ausübung von Satzungsgewalt .....	57
dd) Kompetenzverlagerung durch den Erlaß von Verwaltungsvorschriften? .....	58
ee) Möglichkeiten der verdeckten Verlagerung von Entscheidungsgel- halten .....	59
b) Die Begründung des Parlamentsvorbehalts .....	62
c) Parlamentsvorbehalt und schlichte Parlamentsbeschlüsse .....	67
aa) Der Parlamentsvorbehalt als „demokratischer Parlamentsvor- behalt“ .....	68
bb) Zur Ersetzbarkeit des Gesetzes durch den schlichten Parlaments- beschluß .....	70
cc) Das Verhältnis des Parlamentsvorbehalts zum Gesetzesvor- behalt .....	73
d) Die inhaltliche Reichweite des Parlamentsvorbehalts .....	74
<b>C. Der Erlaß von Rechtsverordnungen nach Art. 80 GG und die neuorien-     tete Vorbehaltslehre .....</b>	<b>79</b>
<b>I. Zur Aussage des Art. 80 GG über die Reichweite des Gesetzesvor-         behalts .....</b>	<b>79</b>
1. Problemstellung .....	79
2. Die Interpretation des Art. 80 GG als „Außenrechtssatzvorbehalt“ ....	80
a) Die rechtliche Konstruktion .....	80
aa) Die Entwicklung des Rechtsverordnungsbegriffs .....	81
(1) Der politische Hintergrund .....	81

(2) Die Aufteilung der staatlichen Regelungsgewalt, dargestellt an der Entwicklung der Begriffe von Gesetz und Verordnung .....	81
(3) Labands Theorie der Ordnungsgebung .....	83
(4) Das Ordnungsrecht unter der Weimarer Reichsverfassung .....	87
bb) Inhalt und Begründung des „Außenrechtssatzvorbehalts“ .....	88
(1) Der zugrundeliegende Rechtsverordnungs begriff .....	88
(2) Das Verhältnis von „Außenrechtssatzvorbehalt“ und Gesetzesvorbehalt .....	90
b) Bedenken gegen die herkömmliche Interpretation des Art. 80 GG ....	92
aa) Grundsätzliches zur Rezeption des traditionellen Rechtsverordnungs begriffs .....	92
bb) Der Rechtssatzbegriff .....	94
cc) Das Merkmal der Außenwirkung .....	95
(1) Die Abgrenzung von Innenrechts- und Außenrechtsbereichen .....	96
(2) Außenwirkung als Grenze des Rechtsverordnungsrechts ..	97
(a) Rechtsverordnungen ohne Außenwirkung .....	97
(b) Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften .....	98
(aa) Erscheinungsformen .....	98
(bb) Die rechtliche Einordnung der Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften auf der Grundlage eines „Außenrechtssatzvorbehalts“ .....	100
3. Begriff und Anwendungsbereich der Rechtsverordnung in Art. 80 GG ...	102
a) Das Verfahren zum Erlaß von Rechtsverordnungen .....	103
b) Die Entstehungsgeschichte des Art. 80 GG .....	104
c) Die systematische Einordnung des Art. 80 GG .....	106
d) Zweck des Art. 80 GG .....	108
4. Fazit .....	112
<b>II. Das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und der Parlamentsvorbehalt .....</b>	<b>113</b>
1. Das Verhältnis von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	114
a) Frühere Entscheidungen des Gerichts .....	114
b) Die Hinwendung zum Wesentlichkeitsvorbehalt .....	117
2. Die Unterscheidung zwischen vorbehaltsrechtlichem Delegationsverbot und den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ....	118
3. Einwände .....	119
a) Die förmlichen Gesetzesvorbehalte des Grundgesetzes .....	120
b) Das Kriterium der Regelungsdichte .....	121
c) Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als „Verlängerung“ des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts? .....	122

4. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als besondere „Ausprägung“ des Parlamentsvorbehalts .....	124
a) Der verfassungstextliche Bezug .....	124
b) Die historisch bedingte Zielsetzung des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ...	126
c) Die Funktion des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG im Lichte des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips .....	129
aa) Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als inhaltliche Delegationsschranke ...	129
bb) Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts .....	132
cc) Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG im vorbehaltsfreien Raum .....	138
5. Anmerkungen zum „allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot“	141
<b>Zusammenfassung in Thesen .....</b>	<b>143</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>147</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
a. a. O.	= am angegebenen Ort
a. E.	= am Ende
a. F.	= alte Fassung
Abs.	= Absatz
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
Bd.	= Band
Begr.	= Begründer / Begründung
ders. / dens.	= derselbe / denselben
Einl.	= Einleitung
f. / ff.	= folgend / folgende
Fn.	= Fußnote
Hrsg.	= Herausgeber
insb.	= insbesondere
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
n. F.	= neue Fassung
Pr. GS	= Preußische Gesetzessammlung
Rdn.	= Randnummer
Rspr.	= Rechtsprechung
S.	= Satz / Seite
Sp.	= Spalte
St. Rspr.	= Ständige Rechtsprechung
Verf.	= Verfasser / Verfassung
vgl.	= vergleiche
zit.	= zitiert

Wegen der übrigen Abkürzungen sei verwiesen auf: Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Deutschen Rechtsprache, 3. Aufl. Berlin 1983.



## A. Einführung

Im Zuge der Entwicklung der sogenannten „Wesentlichkeitstheorie“<sup>1</sup> in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>2</sup> hat die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes<sup>3</sup>, die in ihrer klassischen, die Staatsrechtslehre des 19. und 20. Jahrhunderts durchziehenden Ausprägung („... ein Gesetz (ist) dort erforderlich . . . , wo ‚Eingriffe in Freiheit und Eigentum‘ in Frage stehen.“<sup>4</sup>) mit der Bindung an bestimmte Rechtsgüter des Bürgers sowie an eine bestimmte Struktur staatlichen Handelns relativ klar konturierte Voraussetzungen besessen hat, in vielerlei Hinsicht eine gravierende Umwälzung erfahren. Im Vordergrund steht dabei zunächst die Abkehr von der traditionellen Formel zur Bestimmung des Vorbehaltsbereichs hin zu einem über den Bereich der eingreifenden staatlichen Tätigkeit hinausgehenden Gesetzesvorbehalt, dessen Forderung in die „ebenso rhetorisch einprägsame wie rechtlich unklare Kernaussage“<sup>5</sup> einmündet, daß wesentliche Entscheidungen dem Gesetzgeber vorbehalten sind. Aus dieser Neuorientierung resultiert eine erhebliche Ausweitung des legislativen Vorbehaltsbereichs gegenüber demjenigen Tätigkeitsfeld, das zuvor unter Zugrundelegung des Eingriffsvorbehalts zugunsten des Gesetzgebers abgesteckt wurde. Dabei sind u. a. die ehemals mit dem Begriff „besonderes Gewaltverhältnis“ bezeichneten Bereiche — am umfassendsten erscheint diesbezüglich die Diskussion im Schulbereich<sup>6</sup> — für den Gesetzesvorbehalt erschlossen worden.

<sup>1</sup> Der Begriff „Wesentlichkeitstheorie“ taucht — soweit ersichtlich — erstmals bei Oppermann, Gutachten C auf, etwa C 51 Fn. 104 und passim.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 33 S. 125 (158 ff.), S. 303 (346); 34 S. 165 (192 f.); 40 S. 237 (249 f.); 41 S. 251 (259 ff.); 45 S. 400 (417 f.); 47 S. 46 (78 ff.); 48 S. 210 (221); 49 S. 89 (124 ff.); 51 S. 268 (290 f.); 57 S. 295 (326 f.); 58 S. 257 (268 ff.); 61 S. 260 (275); 68 S. 1 (109 f.); 76 S. 1 (74 f.); 77 S. 170 (230 f.); S. 381 (403); 79 S. 174 (195 f.); 80 S. 124 (132); ebenso BVerwGE 47 S. 194 (197 ff.), S. 201 (203 ff.); 56 S. 155 (157); 57 S. 360 (363); 64 S. 308 (310 f.); 65 S. 323 (325); 68 S. 69 (72); 69 S. 162 (176).

<sup>3</sup> Der Vorbehalt des Gesetzes wird z. T. begrifflich vom Gesetzesvorbehalt unterschieden, wobei ersterer das allgemeine Prinzip, letzterer hingegen die den Grundrechten beigefügte Beschränkungsmöglichkeit bezeichnen soll; so etwa Jesch, Gesetz S. 31; Krebs, Vorbehalt S. 11 Fn. 1; Pietzcker, JuS 1979 S. 710; Staupe, Parlamentsvorbehalt S. 32; Umbach, FS Faller, S. 112 Fn. 7b; so auch bereits Thoma, in: Anschütz / Thoma, HDSStR II S. 221 Fn. 2. Aus sprachlichen Gründen werden beide Begriffe im Rahmen der vorliegenden Untersuchung dagegen synonym gebraucht; wie hier etwa Kisker, NJW 1977 S. 1313 Fn. 1; Erichsen, Staatsrecht I S. 84 m. w. N. in Fn. 42; Hermes, Bereich S. 14.

<sup>4</sup> So noch BVerfGE 8 S. 155 (167); zur „Freiheits- und Eigentumsformel“ vgl. Erichsen, Grundlagen S. 135 ff.; dens., Staatsrecht I S. 86 ff.; Krebs, Vorbehalt S. 17 ff.; Selmer, JuS 1968 S. 490 ff.; Mößle, Regierungsfunktionen S. 43 ff. Ausführlich Jesch, Gesetz S. 102 ff.

<sup>5</sup> So Kloepfer, JZ 1984 S. 689.

Neben dieser Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts über die bislang maßgeblichen Grenzen hinaus steht aber vor allem das Problem des Parlamentsvorbehalts im Mittelpunkt der Erörterungen. Mit diesem Begriff<sup>7</sup> wird innerhalb des dem Parlament über den Gesetzesvorbehalt zugewiesenen Kompetenzbereichs derjenige Kreis von Entscheidungen gekennzeichnet, die allein das Parlament zu treffen hat und die es daher nicht der Verwaltung überlassen darf. Während der Gesetzesvorbehalt dem Gesetzgeber üblicherweise die Möglichkeit eröffnet, Angelegenheiten in dem ihm unterfallenden Bereich selbst durch Gesetz zu regeln oder aufgrund eines Gesetzes von der Verwaltung regeln zu lassen, zielt der Parlamentsvorbehalt demnach auf diejenigen Entscheidungskompetenzen, die allein „durch“ ein förmliches Gesetz wahrgenommen werden können. Hinter dem Parlamentsvorbehalt, über dessen konkrete Ausgestaltung in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Lehre eine beträchtliche Uneinigkeit herrscht, steht der Gedanke, einer Selbstentmachtung des Parlaments entgegenzuwirken, dieses mithin dazu anzuhalten, die ihm durch die Verfassung übertragenen Funktionen auch tatsächlich wahrzunehmen und damit seiner herausragenden Stellung im parlamentarisch-demokratischen Regierungssystem des Grundgesetzes gerecht zu werden<sup>8</sup>.

Das auf diese Weise verstärkt ins Visier genommene Problem parlamentarischer Selbstentmachtung ist als Gegenstand der verfassungsrechtlichen Diskussion nicht unbekannt. Die Begrenzung der gesetzgeberischen Freiheit im Hinblick auf die Möglichkeit, originär dem Parlament zugeordnete Entscheidungskompetenzen in den exekutiven Bereich zu verlagern, also gewissermaßen der Schutz des Gesetzgebers vor sich selbst, war angesichts der Erfahrungen mit dem als „Ermächtigungsgesetz“ bezeichneten „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich“ vom 24. März 1933<sup>9</sup> bereits bei Schaffung des Grundgesetzes Gegenstand der Beratungen, als deren Produkt sich Art. 80 Abs. 1 GG darstellt<sup>10</sup>. Vor dem Hintergrund des Machtzerfalls des Parlaments in der Weimarer Republik und im Dritten Reich<sup>11</sup> wurde in Satz 2 dieser für die deutsche Verfassungsentwicklung neuartigen Regelung der Versuch unternommen, die Grenze zwischen Gesetz und Rechtsverordnung durch eine allgemeingültige Formel zu bestimmen.

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu nur Erichsen, FS Juristische Gesellschaft S. 113 ff.; Lerche, Schulrecht; Nevermann, VerwArch 71 (1980) S. 241 ff.; Niehues, DVBl. 1980 S. 465 ff.; Oppermann, Gutachten C; Staube, Parlamentsvorbehalt S. 338 ff., jeweils m. w. N.

<sup>7</sup> Der Begriff „Parlamentsvorbehalt“ wird verschiedentlich in anderer Weise verstanden; vgl. dazu unter B.II.2.c.

<sup>8</sup> Vgl. dazu bereits BVerfGE 33 S. 125 (158).

<sup>9</sup> RGBl. I S. 141.

<sup>10</sup> Vgl. insoweit die Entstehungsgeschichte des Art. 80 GG; ausführlich dazu unter C.I.3.b. und C.II.4.b.

<sup>11</sup> Dies zeigen schon die einleitenden Worte zur Begründung des Art. 80 GG bereits weitgehend entsprechenden Art. 102 Abs. 2 des Herrenchiemsee- Entwurfs (Darstellender Teil S. 46, abgedruckt bei Klein, Übertragung S. 21 Fn. 61): „Der Mißbrauch der Ermächtigungsgesetze hat es nahegelegt, . . .“ Vgl. auch BVerfGE 1 S. 14 (59 f.).

Danach ist der Erlaß von Rechtsverordnungen zwar grundsätzlich zulässig; er steht jedoch unter dem Vorbehalt, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im ermächtigenden Gesetz zu bestimmen sind. Auf diese Weise soll eine Aushöhlung des gesetzgeberischen Kompetenzbereichs durch eine ausufernde Verordnungsgebung bereits von vornherein ausgeschlossen werden.

Damit steht Art. 80 Abs. 1 GG — vor allem mit dem in Satz 2 der Vorschrift enthaltenen Bestimmtheitsgebot — wie der Parlamentsvorbehalt an der Schnittstelle von legislativen und exekutiven Tätigkeitsbereichen. Diese Gemeinsamkeit von Zielsetzung und verfassungsrechtlichem Standort hat zumal angesichts der noch ungenügenden Konturierung des Parlamentsvorbehalts dazu geführt, daß die Rolle der nichtparlamentarischen Rechtsetzung durch Rechtsverordnungen im System der durch die „Wesentlichkeitstheorie“ neu orientierten Vorbehaltslehre bislang unbefriedigend geklärt ist<sup>12</sup>. Indem man sich im Rahmen der Diskussion vornehmlich mit der Aufgabe beschäftigt hat, den Kreis des „Wesentlichen“ und demzufolge dem Gesetzgeber vorbehaltenen Entscheidungsbereichs zu bestimmen, hat man auf der anderen Seite eine Einordnung der untergesetzlichen Regulationsformen unter die geänderten Rahmenbedingungen weitgehend vernachlässigt. Im Ergebnis hat dies im Hinblick auf den Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt fast zu einer völligen Einebnung der bestehenden Unterschiedlichkeit von Rechtsverordnung, Satzung und Verwaltungsvorschrift geführt: wenn und soweit man eine Regelung auf Gesetzesebene mangels Wesentlichkeit nicht für geboten hielt, ließ man es nahezu dahinstehen, in welcher Regulationsform die Entscheidung unterhalb der Gesetzesebene zu treffen war<sup>13</sup>.

Diese nur wenig differenzierende Betrachtungsweise läßt sich vor allem auch mit dem Regelungsgehalt des Art. 80 Abs. 1 GG nur schwerlich in Einklang bringen. Vergegenwärtigt man sich etwa nur die ausgedehnte Diskussion in den Beratungen zum Grundgesetz um die Ausgestaltung des späteren Art. 80 Abs. 1 GG, wobei angesichts jüngster historischer Erfahrungen gerade auch die Sicherung der Gesetzgebungsfunktion im Vordergrund der Überlegungen gestanden hat<sup>14</sup>, so zeigt dies, daß sich die Bedeutung der Vorschrift zumindest nach dem Willen der Verfassungsschöpfer wohl kaum darauf beschränken sollte, die Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung in untergeordneten — „unwesentlichen“ — Bereichen zu regeln. Daher begegnet der Ansicht Skepsis, die das vor der Neuorientierung der Vorbehaltslehre bereits als erledigt erachtete<sup>15</sup> Problem der Abgrenzung der Befugnisse von Gesetzgeber und Ordnungsgeber nicht vorrangig unter Rückgriff auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, sondern mit Hilfe

---

<sup>12</sup> So auch Kloepfer, JZ 1984 S. 692; Stern, Staatsrecht I S. 812; Pietzcker, JuS 1979 S. 715; Rottmann, EuGRZ 1985 S. 287 bei und in Fn. 110; Wilke, JZ 1982 S. 759 f.

<sup>13</sup> Kritisch auch Kloepfer, JZ 1984 S. 692.

<sup>14</sup> Zur Entstehungsgeschichte des Art. 80 GG vgl. bereits den Verweis oben in Fn. 10.

<sup>15</sup> Diese Auffassung vertrat Wilke, AöR 98 (1973) S. 238.