

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 549

# Der Bereich des Parlagamentsgesetzes

Von

Reinhard Hermes



Duncker & Humblot · Berlin

**REINHARD HERMES**

**Der Bereich des Parlamentsgesetzes**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 549**

# **Der Bereich des Parlamentsgesetzes**

**Von  
Dr. Reinhard Hermes**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Hermes, Reinhard:**

Der Bereich des Parlamentsgesetzes / von Reinhard Hermes. –  
Berlin: Duncker u. Humblot, 1988

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 549)

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 1988

ISBN 3-428-06539-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten  
© 1988 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41  
Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISBN 3-428-06539-5

## **Vorwort**

Die vorliegende Untersuchung hat im Sommersemester 1987 dem Fachbereich Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg als Dissertation vorgelegen. Sie ist auf dem Stand vom 31. 12. 1986.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Rainer Lagoni bin ich zu großem Dank verpflichtet. Er hat das Entstehen der Arbeit mit kritischem Zuspruch begleitet und mir als sein Assistent den notwendigen Freiraum für ihre Vollendung zugestanden. Seine Aufgeschlossenheit und Toleranz werden mir Vorbild bleiben. Herrn Professor Dr. Jürgen Schwabe bin ich für kritische Hinweise zu dem Abschnitt über die Grundrechte dankbar. Thomas Brinkmann, Maren Eilenberger, Norbert Zeiss, Bärbel Halledt und John Flüh sei gedankt für moralische und praktische Unterstützung. Edith Born danke ich für Zuspruch und Geduld. Meine Eltern haben mich während meines Studiums unterstützt. Ohne ihre Hilfe in den vergangenen zwei Jahren, als ich in den USA lebte, hätte diese Arbeit kaum erscheinen können. Ihnen danke ich von ganzem Herzen.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch dem Bundesminister des Innern für einen Druckkostenzuschuß und dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme in sein Verlagsprogramm.

New York, im September 1988

*R. H.*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b>	11
<i>Erster Teil</i>	
<b>Begriff und Entwicklung des Gesetzesvorbehalts</b>	14
I. Begriffsbestimmung	14
II. Zur Entwicklung des Gesetzesvorbehalts	15
1. Das deutsche Staatsrecht bis zur Weimarer Reichsverfassung	15
2. Der Gesetzesvorbehalt in der Genese des Grundgesetzes	17
3. Der Gesetzesvorbehalt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	18
a) Der Gesetzesvorbehalt als Problem der Grundrechtsdogmatik	18
b) Der Weg zur Wesentlichkeitstheorie	21
c) Grenzen der Wesentlichkeitstheorie	26
<i>Zweiter Teil</i>	
<b>Legitimität als verfassungsrechtliche Kategorie</b>	29
I. Der Begriff Legitimität	29
1. Ausgangspunkte	29
2. Legitimität als juristische Kategorie	30
3. Legitimität und Gesetz	33
II. Die Legitimität der Verfassung	34
1. Formale (genetische) Legitimität: Die Präambel	34
2. Materielle Legitimität	35
3. Legitimität durch Geltungsbewährung	37
III. Legitimation in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes	38
1. Institutionelle Legitimation	39
2. Personale Legitimation	39



3. Funktionale Legitimation .....	40
4. Legitimation durch das Mehrheitsprinzip .....	40
5. Legitimation durch Verfahren .....	41

*Dritter Teil*

**Die Fundamentalprinzipien des Art. 20 GG  
und der Gesetzesvorbehalt** 44

I. Das Demokratieprinzip .....	45
1. Das Parlament als Repräsentant des Volkes .....	45
2. Funktionen des Parlaments .....	46
a) Staatsleitung .....	47
b) Integrationsfunktion .....	48
3. Demokratische Legitimationsvermittlung durch das Parlament .....	50
a) Personale Legitimation .....	50
b) Demokratische Verfahren und Mehrheitsprinzip .....	52
(1) Verfahrensbeteiligte .....	52
(2) Öffentlichkeit .....	52
(3) Formalisiertes und rationales Verfahren .....	53
(4) Mehrheitsprinzip .....	54
4. Folgerungen .....	54
II. Das Rechtsstaatsprinzip .....	55
1. Zum Begriff des Rechtsstaatsprinzips .....	56
2. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – Das Gesetz als Garant für Freiheit, Gleichheit und Rechtssicherheit .....	57
a) Gleichheit .....	59
b) Freiheit .....	60
c) Rechtssicherheit .....	60
3. Rechtsstaatliche Legitimität und Gesetz .....	61
a) Legitimation durch das Gesetz .....	61
b) Gefährdungen .....	62
III. Gewaltenteilung und allgemeiner Gesetzesvorbehalt .....	66
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gewaltentei- lungsgrundsatz .....	66
2. Zu Funktion und Legitimation von Gewaltenteilung .....	71

	<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>9</b>
3.	Gewaltenteilung und Gesetzgebung .....	73
4.	Gefährdungen? .....	74
IV.	Folgerungen .....	74
1.	Legitimationsfaktor Gesetz .....	74
2.	Vom Gesetzgebungsstaat zum Jurisdiktionsstaat? .....	75
3.	Parlamentsvorbehalt und Rechtssatzvorbehalt .....	76
4.	These: Modifizierung der Wesentlichkeitstheorie .....	78

#### *Vierter Teil*

	<b>Grundrechte und allgemeiner Gesetzesvorbehalt</b>	<b>81</b>
I.	Grundrechtstheorie und grundrechtliche Gesetzesvorbehalte .....	82
1.	Die Status-Lehre Georg Jellineks .....	83
2.	Die „erste Generation“ der Grundrechtstheorien .....	84
3.	Die „zweite Generation“ der Grundrechtstheorien .....	86
4.	Eine Bilanz .....	88
II.	Zur Legitimität der Grundrechte und ihrer Vorbehalte .....	88
III.	Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und allgemeiner Gesetzesvorbehalt ....	92
IV.	Der Gesetzesbegriff der Grundrechte .....	95

#### *Fünfter Teil*

	<b>Der Bereich des allgemeinen Gesetzesvorbehalts – Ansätze einer Konkretisierung</b>	<b>103</b>
I.	Die doppelte Problemstellung .....	103
II.	Sachspezifische Kriterien .....	104
1.	Grundrechtsrelevanz .....	104
a)	Der Gesetzesvorbehalt im objektiv-rechtlichen Bereich der Grundrechte .....	105
(1)	Vorfeld der subjektiven Abwehrrechte: Schutzpflichten .....	105
(2)	Grundrechtskollisionen .....	107
(3)	Objektiv-wertsetzende Ausgestaltung .....	108
(4)	„Leistungsrechte“ .....	110
b)	Konkretisierung nach dem Normzweck .....	111

2. Determinationswirkung .....	114
3. Politische Umstrittenheit .....	117
4. Keine originäre Pflicht zur Legeferierung .....	120
III. Normspezifische Kriterien .....	121
1. Das Vorbehaltsgesetz als allgemeines Gesetz .....	121
2. Die Funktion des Art. 80 I GG .....	126
3. Funktionale Grenzen der Gesetzgebung .....	131
a) Schulrecht .....	131
b) Auswärtiger Bereich .....	132
c) Weitere Bereiche .....	134
IV. Der Interpretationsprimat des Parlaments .....	136
<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>138</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>141</b>

## Einführung

Mit dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes, nach dem bestimmte hoheitliche Sachentscheidungen der Regelung durch das Parlament in Form des Gesetzes vorbehalten sind<sup>1</sup>, erlebt eine dogmatische Figur des Konstitutionalismus eine Renaissance, die durch die Kompetenzordnung des Grundgesetzes bereits verdrängt schien<sup>2</sup>.

Auslöser dieser Entwicklung war die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, derzufolge wesentliche Entscheidungen vom Parlament durch Gesetz zu treffen sind<sup>3</sup>. Die „Wesentlichkeitstheorie“, wie der Ansatz des Gerichts alsbald etikettiert wurde<sup>4</sup>, ist Gegenstand einer Kontroverse, bei der sich zwei Grundpositionen ausmachen lassen. Die eine beharrt darauf, daß neben den grundrechtlichen und organisationsrechtlichen Vorbehalten des Grundgesetzes kein Raum für einen Allgemeinvorbehalt bleibt<sup>5</sup>; die Gegenauffassung sieht den Allgemeinvorbehalt verfassungsrechtlich im Demokratieprinzip und/oder im Rechtsstaatsprinzip verankert<sup>6</sup>. Beiden Ansichten gemein ist das Unbehagen an der Vagheit der Wesentlichkeitsformel und das Problem, die Reichweite des Gesetzesvorbehalts bzw. der

---

<sup>1</sup> Dies als vorläufige Definition; vgl. *F. Ossenbühl*, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: *Götz/Klein/Starck* (Hg.), Die Öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 9 (14); *W. Krebs*, Der Vorbehalt des Gesetzes und die Grundrechte, 11.

<sup>2</sup> Vgl. etwa *K. Vogel*, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24, 125 (149 ff.); *H. J. Papier*, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das Grundgesetz, 27 ff.; zurückhaltend *W. Krebs*, (Fn. 1), 132.

<sup>3</sup> BVerfGE 33, 301 (346); 33, 125 (158); 40, 237 (249 f.); 41, 251 (259 f.); 45, 400 (417 f.); 47, 46 (79 f.); 49, 89 (124 f.); 57, 295 (320 f.); 68, 1 (88); BVerfG, EuGRZ 1986, 577 (586 ff.).

<sup>4</sup> Zuerst wohl von *Th. Oppermann*, Verhandlungen des 51. DJT, Bd. 1, Gutachten C, S. C 49 Anm. 104; s. dazu auch *D. C. Umbach*, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, Fs. Faller, 111 (112); aus der nahezu unübersehbaren Literatur zum Gesetzesvorbehalt seien zunächst genannt: die Referate von *F. Ossenbühl* und *H. J. Papier*, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: *Götz/Klein/Starck* (Fn. 1), 9 ff.; *M. Kloepfer*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, 685 ff.; *Ph. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 316 ff.; *E. W. Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 373 ff.; *C. E. Eberle*, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV 1984, 485 ff., alle mit umfassenden Nw.; s. auch bereits *P. Selmer*, Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1968, 489 ff.; sowie neuestens *J. Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 103 ff.

<sup>5</sup> Z. B. *H. J. Papier* (Fn. 4), 48; *Ph. Kunig* (Fn. 4), 326.

<sup>6</sup> Z. B. *F. Ossenbühl* (Fn. 1), 27; *E. W. Böckenförde* (Fn. 4), 391 ff.; *M. Kloepfer* (Fn. 4), 685 (695); *F. Rottmann*, Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Vorbehalte, EuGRZ 1985, 277 (295); *H. Bethge*, Parlamentsvorbehalt und Rechtssatzvorbehalt für die Kommunalverwaltung, NVwZ 1983, 577.

Gesetzesvorbehalte im konkreten Fall, etwa dem Schulrecht, dem Subventionsrecht oder dem Planungsrecht zu bestimmen, sei es gestützt auf einen Katalog von allgemeinen positiven<sup>7</sup> oder auch negativen<sup>8</sup> Topoi, sei es durch die Auslegung der Grundrechte. Die Schwierigkeiten werden nicht vermindert durch begriffliche Neuprägungen wie „Parlamentarvorbehalt“, „Rechtssatzvorbehalt“ oder auch „Verwaltungsvorbehalt“, über deren Bedeutung und Verhältnis zum Gesetzesvorbehalt keine Einigkeit besteht<sup>9</sup>.

Die vorliegende Arbeit setzt nicht bei einer Exegese einzelner spezieller Gesetzesvorbehalte oder „der“ Grundrechtsvorbehalte an, sondern sucht die Rechtfertigung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts und seine Konkretisierung aus einer möglichst nicht a priori verengten Analyse der Funktionen des (Parlaments-) Gesetzes in der Verfassungsordnung zu gewinnen.

Um den demokratischen, rechtsstaatlichen, Gewaltenteilungs- und grundrechtlichen Dimensionen von Gesetz und Gesetzesvorbehalt gerecht zu werden, ist ein möglichst neutraler Standpunkt von Vorteil, d. h. eine Perspektive, die der Analyse nicht implizit eine der Staatsfundamentalnormen<sup>10</sup> (Demokratie, Rechtsstaat etc.) unterlegt. Diese „neutrale“ Perspektive zu gewinnen, dient die Einführung einer Kategorie, die auf den ersten Blick noch weniger faßbar erscheint als der Vorbehalt des Gesetzes: Legitimität. Gesetz und Legitimität bzw. Legitimation werden indes nicht selten in Verbindung gesetzt, so wenn von demokratischer und rechtsstaatlicher Legitimität des Gesetzes, einem „Legitimationsvorsprung“ des Parlaments oder dem Verhältnis von Legalität zu Legitimität die Rede ist<sup>11</sup>.

Auf der Basis eines funktionalen Legitimitätsbegriffs wird im folgenden der Versuch unternommen, die Legitimationsleistungen und -aufgaben, die dem Gesetz durch die Verfassung zugewiesen sind, zu ermitteln. Demokratische, rechtsstaatliche, Gewaltenteilungs- und Grundrechtsaspekte des Gesetzes(vorbehalts) werden unter dem Vorzeichen Legitimität zueinander in Beziehung gesetzt.

Abschließend ist zu zeigen, daß dieser Ansatz nicht nur dogmatischer Klärung dient, sondern als Grundlage der Konkretisierung des allgemeinen und

<sup>7</sup> s. *F. Ossenbühl* (Fn. 1), 28 ff.; *D. C. Umbach* (Fn. 4), 127 ff.; *M. Kloepfer* (Fn. 4), 693 ff.; *H. U. Erichsen*, Schule und Parlamentsvorbehalt, Fs. Juristische Gesellschaft, 113 (118 ff.).

<sup>8</sup> *C. E. Eberle* (Fn. 4), 490 ff.

<sup>9</sup> Zu Parlaments- und Rechtssatzvorbehalt s. nur *H. Bethge* (Fn. 6), 577; *H. J. Papier* (Fn. 4), 46 ff.; *H. U. Erichsen* (Fn. 7), 121 ff.; *E. W. Böckenförde* (Fn. 4), 393 f.; Der „Verwaltungsvorbehalt“ war Thema der Staatsrechtslehrertagung 1984 mit Referaten von *H. Maurer* und *F. E. Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), 135 ff. bzw. 172 ff.

<sup>10</sup> Begriff von *R. Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 I, Rz. 7.

<sup>11</sup> s. dazu zunächst nur *BVerfGE* 33, 125 (159); 40, 237 (249); *H. Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung, 78 ff.; *Th. Württenberger*, Legitimität und Gesetz, Fs. Gesellschaft für Rechtspolitik, 533 ff.

auch bestimmter spezieller Gesetzesvorbehalte taugt. Ebenso sollen das Verhältnis zwischen allgemeinen und grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten, die Funktion des Art. 80 I GG sowie die Bedeutung des allgemeinen Gesetzes eine Klärung erfahren.