

Einführung in das Verwaltungsrecht

§ 4 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere
deutsches und europäisches Verwaltungsrecht



§ 4 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beschreibt die Art und Weise und die Reichweite der Bindung der Verwaltung (§ 2 A des Kurses) bei ihrer Tätigkeit an die (geschriebenen und ungeschriebenen) Rechtsquellen des Verwaltungsrechts (§ 3 A des Kurses)

Art. 20 Abs. 3 GG

Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die **vollziehende Gewalt** und die Rechtsprechung sind **an Gesetz und Recht gebunden**.

§ 4 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sichert

- ↪ die Anbindung des Verwaltungshandelns an das demokratisch legitimierte Parlament durch „Steuerung“ des Verwaltungshandelns mittels **formeller Gesetze (demokratische Komponente** des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)

Zum Begriff des formellen Gesetzes siehe **§ 1 C II 2 des Kurses**

- ↪ die Vorhersehbarkeit der Verwaltungsentscheidungen durch Gewährleistung von Rechtssicherheit durch Bindung der Verwaltung an **materielle Gesetze (rechtsstaatliche Komponente** des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)

Zum Begriff des materiellen Gesetzes siehe **§ 1 C V des Kurses**

Der Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit umfasst den

- A) **Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes**
- B) **Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes**

§ 4 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes: „Kein Handeln **gegen** das Gesetz“

Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes: „Kein Handeln **ohne** das Gesetz“

Vorrang des Gesetzes	Vorbehalt des Gesetzes
Verbietet (negativ) Verstoß gegen bestehende Gesetze	Verlangt (positiv) gesetzliche Grundlage für Verwaltungstätigkeit
Handeln der Verwaltung ist bei Fehlen eines Gesetzes im Anwendungsbereich des Grundsatzes nicht ausgeschlossen	Handeln der Verwaltung bei Fehlen eines Gesetzes im Anwendungsbereich des Grundsatzes ausgeschlossen
Gilt ausnahmslos für jede Verwaltungstätigkeit und auch im Anwendungsbereich des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes	Gilt nicht für jede Verwaltungstätigkeit und hat damit einen engeren Anwendungsbereich als der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes

§ 4 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes und Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes

- haben (teilweise) **unterschiedliche Anwendungsbereiche**
- beziehen sich (teilweise) auf **unterschiedliche Gesetzesbegriffe**
- beziehen sich jeweils nur auf das **Verhältnis zwischen abstrakt-genereller Norm und Einzelfallentscheidung** – das Verhältnis zwischen höher- und niederrangiger Norm ist ein Problem der Normenhierarchie – hierzu **§ 3 A III des Kurses**

A) Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes

Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes: „Kein Handeln **gegen** das Gesetz“

Rechtsfolgen bei Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes:

- Maßnahme ist rechtswidrig (jedoch nicht zwingend nichtig)
- aus Rechtswidrigkeit der Maßnahme können – wenn weitere Voraussetzungen gegeben sind – Pflicht oder Befugnis zur behördlichen/gerichtlichen Aufhebung/Beseitigung der Maßnahme, Schadensersatzansprüche, Aufsichtsmaßnahmen, disziplinarrechtliche Sanktionen usw. folgen (s. z. B. § 4 III und IV, § 7 und § 8 C des Kurses)

A) Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes

- I. „Gesetze“ i. S. des Grundsatzes des Vorrangs des Gesetzes**
- II. Fiat iustitia et pereat mundus**
- III. Beamtenrechtliche Absicherung des Vorrangs des Gesetzes**
- IV. Sicherung des Vorrangs des Gesetzes durch Rechtsaufsicht und Gerichtskontrolle**
- V. Problem der „Normverwerfungskompetenz“**
- VI. Problem der „Nichtanwendungserlasse“**

I. „Gesetze“ i. S. des Grundsatzes des Vorrangs des Gesetzes

Gesetze i.S.d. Vorrangs des Gesetzes sind:

- Unionsrecht (soweit unmittelbar anwendbar) – vgl. § 3 A III 2 des Kurses
- Verfassung (inklusive Grundrechte) - § 1 C II 1 des Kurses
- formelle Gesetze (Parlamentsgesetze) - § 1 C II 2 des Kurses
- Rechtsverordnungen - § 1 C II 3 des Kurses
- Satzungen - § 1 C II 4 des Kurses
- Gewohnheitsrecht - § 3 A II 1 des Kurses
- Allgemeine Rechtsgrundsätze - § 3 A II 2 des Kurses

Grundsatz:

- Bundesbehörden sind an Unionsrecht und Bundesrecht gebunden
- Landesbehörden sind an Unionsrecht, Bundesrecht und das Recht „ihres“ Landes gebunden

I. „Gesetze“ i. S. des Grundsatzes des Vorrangs des Gesetzes

Haushaltsplan und Vorrang des Gesetzes (Folie 1 von 2)

Haushaltsplan ist als Teil des Haushaltsgesetzes ein „nur formelles Gesetz“, weil es keine unmittelbaren Rechte und Pflichten des Bürgers begründet (hierzu [§ 1 C V 3 des Kurses](#))

Dies ergibt sich aus [§ 3 HGrG](#) und den gleichlautenden Regelungen in [§ 3 BHO](#) und den [Landeshaushaltsordnungen](#):

Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)

§ 3 Wirkungen des Haushaltsplans

(1) Der Haushaltsplan ermächtigt die Verwaltung, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen einzugehen.

(2) Durch den Haushaltsplan werden Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründet noch aufgehoben..

Bei Kommunen hat der Haushaltsplan den Rang einer „formellen“ Satzung (hierzu [§ 1 C V 4 des Kurses](#))

Aber: Kein Grund für die Annahme, dass der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes nicht auch für nur formelle Gesetze/“formelle“ Satzungen (wie den Haushaltsplan) gelten sollte

I. „Gesetze“ i. S. des Grundsatzes des Vorrangs des Gesetzes

Haushaltsplan und Vorrang des Gesetzes (Folie 2 von 2)

- Inhalt des Haushaltsplans: Vorgabe von Zielgrößen für Einnahmen und Ausgaben
- Verbindlichkeit für ausführende Verwaltung als *negative* Grenze
 - ⇒ Haushaltsplan ist ein Instrument zur Aufstellung von Zielvorgaben für die Verwaltung – aus den einzelnen Ansätzen lässt sich ablesen, mit welcher „Intensität“ sich die Verwaltung bestimmten Aufgaben widmen soll, was also die Erfüllung bestimmter Verwaltungsaufgaben der Politik „wert“ ist.
 - ⇒ Aber: Haushaltsplan begründet nur Ermächtigung, keine Verpflichtung der Verwaltung, die vorgesehenen Mittel auszugeben (hierzu den kurzen Beitrag von *Grupp*, NVwZ 1994, 238 f.)

II. Fiat iustitia et pereat mundus



Deckenfresco
im Treppen-
haus des Land-
gerichts
Saarbrücken,
hier wieder-
gegeben mit
freundlicher
Genehmigung
des Präsi-
denten des
Landgerichts
Saarbrücken

II. Fiat iustitia et pereat mundus

- Bei „*Das Recht muss seinen Gang gehen und sollt die Welt zugrunde gehen*“ handelt es sich um eine Übersetzung von „*Fiat iustitia et pereat mundus*“, die die Bedeutung des lateinischen Originals falsch interpretiert (hierzu *Heussen*, ZRP 2011, 251 f.; *Liebs*, JZ 2015, 138 ff. m. w. N.)
- Rechtsphilosophisch wirft die „Uminterpretation“ des Spruches die Frage des Verhältnisses zwischen positiven Recht und Gerechtigkeit auf: Kann es gerecht sein, wenn eine gesetzliche Regel „um jeden Preis“ durchgesetzt wird?
- Aus der **Perspektive des Grundsatzes der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“** wird die Frage aufgeworfen, wer entscheidet in welchen Formen, ob „die Welt zu Grunde geht“, wenn eine gesetzliche Regel angewandt wird: Die Verwaltung oder das Parlament?

II. Fiat iustitia et pereat mundus

Darf die Bundesregierung die Anwendbarkeit eines verfassungsmäßig zu Stande gekommenen Gesetzes wegen politischer Inopportunität oder mangelnder Gesetzesqualität „aussetzen“? Geschehen bei

- der „Aussetzung“ des [Zugangerschwerungsgesetzes](#): [Prantl, SZ v. 6.4.2011](#)
- der Anordnung des „**Atom-Moratoriums 2011**“: *Cosack/Enders*, DVBI 2011, 1446 ff.; *Ewer/Behnsen*, NJW 2011, 1182 ff. (hierzu auch hierzu [VGH Kassel, 6 C 824/11.T v. 4.7.2012, Abs. 63 ff.](#) = ZUR 2013, 367, 371 f.; [BVerwG, 7 B 18/13 v. 20.12.2013](#) = DVBI 2014, 303 ff.)

Aber: „Der Gesetzesvollzugsanspruch des Gesetzgebers gegenüber der Exekutive“ ist Ausdruck der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes: Soweit ein Gesetz nicht verfassungswidrig ist, ist nur der Gesetzgeber berufen, es (durch Gesetzesänderung) „außer Vollzug“ zu setzen (*Durner*, JZ 2015, 157 ff. [**lesen!**])

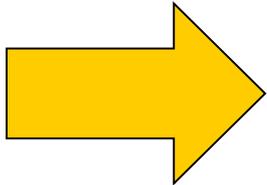
Merke: Auch dumme (nicht verfassungswidrige) **Gesetze wollen vollzogen werden!** Es liegt nicht an der Verwaltung, die „Dummheit“ zu beurteilen und das Parlament (und die Regierung) vor den politischen Konsequenzen des tatsächlichen Vollzugs „dummer“ Vorschriften zu schützen

II. Fiat iustitia et pereat mundus

[VGH Kassel, 2 A 57/15.Z v. 17.12.2015](#) = NVwZ-RR 2016, 541 ff.

„12. Es entspricht einhelliger Auffassung in der staatsrechtlichen Literatur [...], dass eine Petition, die ein rechtlich nicht erlaubtes Ziel verfolgt, zwar nicht unzulässig sein muss, das rechtlich unzulässige Petitum jedoch nicht befürwortet werden darf in dem Sinne, dass eine Umsetzung gegen geltendes Recht empfohlen wird. Vielmehr ist der Petent in solchen Fällen über die Rechtslage aufzuklären [...]. Es kann somit durchaus empfohlen werden, aus Anlass einer Petition die Rechtslage mit allgemeiner Gültigkeit für die Zukunft zu verändern (hier etwa: die normativen Voraussetzungen für Geschwindigkeitsbeschränkungen des fließenden Verkehrs herabzusetzen), jedoch darf nicht dem Begehren eines einzelnen Petenten wider geltendes Recht zur Durchsetzung verholfen werden. Das bedeutet, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 i.V.m. Abs. 9 StVO eindeutig nicht feststellbar sind, darf nicht dem Petitum entsprochen werden, an der betroffenen Stelle dennoch eine Geschwindigkeitsbeschränkung anzuordnen. Wenn die Umsetzung des Begehrens des Petenten nicht dem geltenden Recht entspricht, kann die Exekutive deshalb auch gegenüber dem Petitionsausschuss und dem Hessischen Landtag nicht verpflichtet sein, eine dem geltenden Recht widersprechende Anordnung zu erlassen. [...].“

II. Fiat iustitia et pereat mundus



Der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes gilt ohne jede Ausnahme

- Rechtsordnung sieht i.d.R. Sonderregelungen für Sonderfälle und auch für Notsituationen vor
- Unabhängig davon kann auch ein formelles Gesetz – wenn es Not tut – ggf. an drei Tagen in Bundestag und Bundesrat eingebracht, beraten und verabschiedet werden (so geschehen [in der Finanzkrise](#) und auch bei der „[Bundesnotbremse](#)“ ([Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 22.4.2021 \[BGBl. I, 802\]](#)))
- Auf Landesebene kann es noch schneller gehen, da es dort keine zweite Kammer gibt.
- Eine andere Frage ist, ob die Verwaltung auch mit höherrangigem Recht unvereinbare Normen anwenden muss (hierzu [§ 4 A V des Kurses](#))

II. Fiat iustitia et pereat mundus

Zur „Staatsnotstandsdiskussion“ in der Corona-Krise:

- *Boehme-Neßler*, DÖV 2020, 243 ff.
- *Dreier*, DÖV 2021, 229 ff.
- *Fuchs*, DÖV 2020, 653 ff.
- *Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann*, JZ 2020, 861 ff.
- *Leitmeier*, DÖV 2020, 645 ff.
- *Michl*, JuS 2020, 507 ff. und 643 ff.
- *Volkmann*, NJW 2020, 3153 ff.

III. Beamtenrechtliche Absicherung des Vorrangs des Gesetzes

§ 63 BBG/ § 36 BeamtStG

Verantwortung für die Rechtmäßigkeit

- (1) **Beamtinnen und Beamte tragen für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung.**
- (2) **Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen haben Beamtinnen und Beamte unverzüglich auf dem Dienstweg geltend zu machen.** Wird die Anordnung aufrechterhalten, haben sie sich, wenn die Bedenken fortbestehen, an die nächst höhere Vorgesetzte oder den nächst höheren Vorgesetzten zu wenden. **Wird die Anordnung bestätigt, müssen die Beamtinnen und Beamten sie ausführen und sind von der eigenen Verantwortung befreit.** Dies gilt nicht, wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen oder Beamten erkennbar ist. **Die Bestätigung hat auf Verlangen schriftlich zu erfolgen.**
- (3) Wird von den Beamtinnen oder Beamten die sofortige Ausführung der Anordnung verlangt, weil Gefahr im Verzug besteht und die Entscheidung der oder des höheren Vorgesetzten nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, gilt Absatz 2 Satz 3 bis 5 entsprechend.

III. Beamtenrechtliche Absicherung des Vorrangs des Gesetzes

Absicherung des Vorrangs des Gesetzes durch beamtenrechtliche Remonstrationspflicht ([§ 63 BBG](#)/[§ 36 BeamtStG](#)) (Folie 1 von 4)

- [§ 63 Abs. 1 BBG](#)/[§ 36 Abs. 1 BeamtStG](#) machen deutlich, dass mangelnde Rechtskenntnisse des Beamten fehlerhafte Rechtsanwendung grundsätzlich nicht entschuldigen.
- Dies hat auch Bedeutung für seine disziplinarrechtliche Verantwortung und seine Schadensersatzhaftung gegenüber seinem Dienstherrn (näher zur Schadensersatzhaftung siehe den [Straßenkunst-Fall](#)).

Straßenkunst

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatIX GbR, Ottweiler](#)

In Verbindung bleiben mit Saarheim auf  [Facebook](#)

Das "Einkaufsparadies" der saarländischen Stadt Saarheim bildet die in der Innenstadt belegene Nassauer Straße, die den Rathausplatz und den [Erich-Schultheiß-Platz](#) miteinander verbindet. Bei der Nassauer Straße und dem Erich-Schultheiß-Platz handelt es sich um Gemeindestraßen, die ordnungsgemäß nur für den Fußgängerverkehr gewidmet wurden, was auch straßenverkehrsrechtlich durch das Aufstellen entsprechender Verkehrszeichen (Anlage 2 Nr. Zeichen 241.1 und 242.2 nach § 41 Abs. 2 StVO) gekennzeichnet ist. Insbesondere bei schönem Wetter gehen dort auch zahlreiche Straßenkünstler, Straßenmusikanten und Pflastermaler ihrer Berufung nach. Damit es insoweit nicht zu Unverträglichkeiten kommt, hat der Oberbürgermeister der Stadt Saarheim – [Oskar Obenauf](#) – immer darauf geachtet, dass insbesondere platzintensive künstlerische Veranstaltungen, wie etwa die Pflastermalerei, nur nach Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis durch die Stadt an dem Ort durchgeführt werden, der dem jeweiligen Künstler zugewiesen wurde. Dies hat sich bei den Künstlern auch mittlerweile herumgesprochen. Da die Stadt für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen an Straßenkünstler keine Sondernutzungsgebühren erhebt, läuft das Verfahren auch recht reibungslos: Die Straßenkünstler finden sich im [Rathaus der Stadt Saarheim](#) ein, füllen das dort beim "[Amt für Straßenwesen](#)" bereitgestellte Formular für die "Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für Straßenkunst auf der Nassauer Straße/Erich-Schultheiß-Platz" aus und bekommen dann für die beantragte Woche einen "Standplatz" zugeteilt, wenn nicht bereits für diese Woche alle Standplätze besetzt sind. Sind (was kaum vorkommt) mehr Bewerber als Standplätze vorhanden, erfolgt die Vergabe grundsätzlich nach der Reihenfolge der Anträge, wobei diejenigen unberücksichtigt bleiben, die bereits mehr als dreimal eine Sondernutzungserlaubnis erhalten haben. Bei Straßenmusikanten entspricht es zudem ständiger Praxis, durch Nebenbestimmungen sicherzustellen, dass übermäßige Lärmbelästigungen der Anlieger vermieden werden.

III. Beamtenrechtliche Absicherung des Vorrangs des Gesetzes

Absicherung des Vorrangs des Gesetzes durch beamtenrechtliche Remonstrationspflicht ([§ 63 BBG](#)/ [§ 36 BeamtStG](#)) (Folie 2 von 4)

OLG Koblenz, 1 U 135/19 v. 12.9.2019 = NVwZ-RR 2020, 268 ff.

„67 Die Normen des LVwVG müssen einem Mitarbeiter einer kommunalen Vollstreckungsbehörde, zu dessen Hauptaufgaben gerade die Beitreibung von Forderungen der Kommune gehört, grundsätzlich bekannt sein. **Bei Unsicherheiten in der Anwendung muss der Amtsträger versuchen, sich Klarheit zu verschaffen; etwa durch die Hinzuziehung von Kommentierungen oder Rücksprache mit Vorgesetzten.** Hier ergab sich das einzuhaltende Verfahren indessen bereits unmittelbar aus dem Gesetzestext. Aus den Schreiben des Amtsträgers, insbesondere seiner Korrespondenz mit dem Kläger, ist aber kein Hinweis auf das LVwVG ersichtlich. Dies führt zu dem Schluss, dass der zuständige Mitarbeiter der Verwaltungsbehörde offensichtlich nicht erkannt hat, dass die Normen des LVwVG bei dem von ihm eingeschlagenen Verfahrensgang zu beachten waren. Hieraus ergibt sich für den vorliegenden Sachverhalt ein fahrlässiges Handeln des zuständigen Mitarbeiters der Vollstreckungsbehörde.“

III. Beamtenrechtliche Absicherung des Vorrangs des Gesetzes

Absicherung des Vorrangs des Gesetzes durch beamtenrechtliche Remonstrationspflicht (§ 63 BBG/ § 36 BeamtStG) (Folie 3 von 4)

- § 63 Abs. 2 BBG/§ 36 Abs. 2 BeamtStG verdeutlichen, dass ein „Handeln auf Befehl“ nur dann rechtswidriges Handeln des einzelnen Beamten „entschuldigt“, wenn dieser sich diesen Befehl (ggf. schriftlich) von seinem Dienstvorgesetzten hat bestätigen lassen. Zu einer **Remonstration** nach § 63 Abs. 2 Satz 1 BBG/ § 36 Abs. 2 Satz 1 BeamtStG ist der Beamte auch verpflichtet.
- Nur wenn die Weisung aufrechterhalten wird (und damit der Vorgesetzte für die Weisung Verantwortung übernimmt), wird der Beamte (auch mit Wirkung für das Disziplinar- und Haftungsrecht) entschuldigt (§ 63 Abs. 2 Satz 3 BBG/ § 36 Abs. 2 Satz 3 BeamtStG), aber auch nur, soweit kein Fall des § 63 Abs. 2 Satz 4 BBG/ § 36 Abs. 2 Satz 4 BeamtStG vorliegt.

III. Beamtenrechtliche Absicherung des Vorrangs des Gesetzes

Absicherung des Vorrangs des Gesetzes durch beamtenrechtliche Remonstrationspflicht (§ 63 BBG/ § 36 BeamtStG) (Folie 4 von 4)

- § 63 BBG/§ 36 BeamtStG zwingen den Beamten zum Widerstand gegen einen Rechtsbruch in der Verwaltung
- Dies kann dem Beamten durchaus eine gewisse Rückendeckung gegenüber politisch motivierten Ansinnen des Dienstvorgesetzten geben, es mit dem geltenden Recht in konkreten Fällen nicht so genau zu nehmen; der Beamte kann nicht gezwungen werden, seinen Kopf für etwas hinzuhalten, für das der Vorgesetzte nicht bereit ist, aktenkundig (schriftlich) Verantwortung zu übernehmen.
- Dies ist auch wichtige „Argumentationshilfe“ für den Bürger: Er kann den Beamten darauf hinweisen, dass er für die Rechtmäßigkeit einer gewissen Entscheidung rechtlich Verantwortung zu übernehmen hat, die er nicht ohne weiteres unter Berufung auf eine „Politik des Hauses“ abschütteln kann. Dies ermöglicht es, ihm nahe zu legen, dass er die Entscheidung vielleicht nicht ohne Rücksprache mit dem Vorgesetzten treffen sollte.

III. Beamtenrechtliche Absicherung des Vorrangs des Gesetzes

Näher zur Remonstration nach [§ 63 BBG/§ 36 BeamStG](#) und ihren Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung:

- *Günther*, DöD 2013, 309 ff.
- *Günther*, Jura 2013, 672 ff.
- *Lindner*, ZBR 2015, 412 ff. (gegen *Kawik* ZBR 2015, 243 ff.)
- *Simianer*, ZBR 2004, 149 ff.
- *Wickler*, ThürVBl. 2016, 29 ff. (Teil 1) und 61 ff. (Teil 2)
- [BGH, III ZR 18/19 v. 15.8.2019, Abs. 21 ff.](#) = NVwZ 2020, 90, Abs. 21 ff.

III. Beamtenrechtliche Absicherung des Vorrangs des Gesetzes

Keine Remonstrationspflicht bei Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes

- Auch Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes sind kraft ihres Arbeitsvertrags zu rechtmäßigem Handeln verpflichtet
- Weisungen zu rechtswidrigen Verwaltungshandeln entbinden aber bei Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes von persönlicher Verantwortlichkeit *gegenüber Arbeitgeber*. Im Verhältnis zum Arbeitgeber geht das Weisungsrecht nach [§ 106 GewO](#) der allgemeinen vertraglichen Verpflichtung des Arbeitnehmers zum rechtmäßigem Verwaltungshandeln vor
- Es gibt keine (tarif-)vertraglichen Vereinbarungen, die [§ 63 BBG/§ 36 BeamtStG](#) entsprechen

IV. Sicherung des Vorrangs des Gesetzes durch Rechtsaufsicht und Gerichtskontrolle

Vorrang des Gesetzes wird auch in großen Umfang durch Kontrolle der Verwaltungstätigkeit „von außen“ gewährleistet

- in Form sog. staatlicher „**Rechtsaufsicht**“ gegenüber Kommunen und sonstigen Trägern mittelbarer Staatsverwaltung (zum Begriff **§ 2 A III des Kurses**) als „**Korrelat**“ der ihnen gewährten **Selbstverwaltung** ([BVerfG 6, 104, 118](#) [zur Kommunalaufsicht])

Siehe z. B. zur Kommunalaufsicht: *Brinktrine/Stich*, Die Verwaltung 49 (2016), 81 ff.; zur Aufgabe und zu den Instrumenten der Kommunalaufsicht den [Parteilichkeit-Fall](#)

- durch **gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns**, die grundsätzlich nicht nur der Gewährleistung der Rechte des Einzelnen dient (sog. Rechtsschutzfunktion), sondern zumindest auch der Durchsetzung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (aus Anlass eines individuellen Rechtsschutzbegehrens), auch weil sich das Verwaltungshandeln insoweit in Erwartung einer möglichen gerichtlichen Kontrolle ausrichtet (siehe hierzu **§ 1 A des Kurses**)

Zu den Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit *Ramsauer*, NordÖR 2019, 157 ff.

V. Problem der „Normverwerfungskompetenz“

Was hat zu geschehen, wenn ein Beamter / Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes der Überzeugung ist, dass eine „entscheidungsrelevante“ Norm mit höherrangigem Recht unvereinbar ist?

Darf er diese Norm seiner Entscheidung zu Grunde legen oder muss/kann er sie als mit höherrangigem Recht unvereinbar „verwerfen“?

Die Frage stellt sich auf Grund des sog. „Nichtigkeitsdogmas“: Rechtsnormen, die mit höherrangigem Recht unvereinbar sind, gelten „an sich“ als von Anfang an (*ex tunc*) nichtig – und vermochten die zuvor bestehende Rechtslage nicht zu ändern (siehe hierzu **§ 3 A III des Kurses**)

Vgl. zum Folgenden: *Friedrich*, Jura 2019, 812 ff.; *Gril*, JuS 2000, 1080 ff.; *Lindner/Struzina*, JuS 2022, 220 ff.; *Zimmermann*, JA 2018, 249, 253 ff.

V. Problem der „Normverwerfungskompetenz“

Die Frage der Normverwerfungskompetenz der Verwaltung kann nur vor dem Hintergrund der Normverwerfungskompetenz der Gerichte beantwortet werden.

- 1. Normverwerfungskompetenz deutscher Gerichte bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht**
- 2. Normverwerfungskompetenz der Verwaltung bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht**
- 3. Normverwerfungskompetenz der Gerichte und der Verwaltung bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit Unionsrecht**

1. Normverwerfungskompetenz deutscher Gerichte bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht

Unterscheidung zwischen „abstrakter Normenkontrolle“ und „inzidenter Normenkontrolle“ (Folie 1 von 3)

- **Abstrakte gerichtliche Normenkontrollverfahren** sind Gerichtsverfahren, deren ausschließlicher Gegenstand die Vereinbarkeit einer niederrangigen Norm mit einer höherrangigen Norm ist. Ist die niederrangige Norm mit höherrangigem Recht unvereinbar, stellt das Gericht mit Wirkung für und gegen jedermann (*erga omnes*) die Nichtigkeit/Ungültigkeit der niederrangigen Norm fest
- **Inzidente gerichtliche Normenkontrollen** sind Verfahren, in denen ein Gericht in einem konkreten Rechtsstreit bezweifelt, ob eine entscheidungserhebliche Norm mit höherrangigem Recht vereinbar ist, dies im Ergebnis verneint und deshalb in diesem Rechtsstreit die Norm nicht anwendet. Dies wirkt nicht für und gegen jedermann, sondern betrifft letztlich nur die Parteien des Rechtsstreits – und hindert damit andere Gerichte (und Behörden) nicht daran, die Norm ihrerseits für gültig zu erachten, was zu **Rechtssicherheitsproblemen** führt

1. Normverwerfungskompetenz deutscher Gerichte bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht

Unterscheidung zwischen „abstrakter Normenkontrolle“ und „inzidenter Normenkontrolle“ (Folie 2 von 3)

- **Inzidente gerichtliche Normenkontrollen und Normenverwerfungen** haben in Deutschland eine lange Tradition:
Siehe betreffend die Verwerfung untergesetzlicher Normen (**Rechtsverordnungen und Satzungen**): [PrOVG, Erkenntnis v.10.6.1880, Preußisches Verwaltungsblatt 1879/80, 401 ff. \(Nachdruck DVBl. 1985, 216 ff.\)](#); [RG, IV/89 v. 28.3.1889, RGZ 24, 1 ff.](#); betreffend die Verwerfung **formeller Gesetze**: [RG, V 621/24 v. 4.11.1925, RGZ 111, 320 ff.](#)
- Problematisch sind bei inzidenten Normenkontrollen **(1.)** die Rechtssicherheitsprobleme und **(2.)** der Umstand, dass es rechtspolitisch unangemessen erscheint, wenn z. B. ein Amtsgericht die Verfassungswidrigkeit eines Parlamentsgesetzes feststellen und deshalb für unanwendbar erachten würde.
- Daher wurden nach 1949 **(1.)** abstrakte Normenkontrollverfahren geschaffen und **(2.)** die Entscheidung über die Nichtigkeit deutscher Parlamentsgesetze über das Vorlageverfahren nach [Art. 100 Abs. 1](#) GG beim BVerfG (und bei den Landesverfassungsgerichten) gebündelt (sog. **Normverwerfungsmonopol** der Verfassungsgerichte)

1. Normverwerfungskompetenz deutscher Gerichte bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht

Unterscheidung zwischen „abstrakter Normenkontrolle“ und „inzidenter Normenkontrolle“ (Folie 3 von 3)

- Siehe zur **abstrakten Normenkontrolle betreffend Parlamentsgesetzen nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG** i. V. mit §§ 76 ff. BVerfGG (entsprechende Verfahrensarten bestehen auch im Landesverfassungsprozessrecht) diese Hinweise auf den Seiten des BVerfG, den Bahnhofsapotheke-Fall und den Gleichgeschaltet- Fall
- Siehe zum **Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG** betreffend die Unvereinbarkeit von formellen Bundesgesetzen mit dem Grundgesetz und von formellen Landesgesetzen mit dem Bundesrecht diese Hinweise auf den Seiten des BVerfG.
- Siehe zur **abstrakten Normenkontrolle nach § 47 VwGO** betreffend untergesetzlicher landesrechtlicher Normen: Ordnungsliebe-Fall; Satellitenempfangsanlage-Fall

1. Normverwerfungskompetenz deutscher Gerichte bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht

Fall 1: Ein deutsches **Fachgericht** hält ein deutsches **formelles Gesetz** für unvereinbar mit höherrangigem deutschen Recht und will das Gesetz daher seiner Entscheidung nicht zu Grunde legen.

- ↪ Das Fachgericht muss nach [Art. 100 Abs. 1](#) GG das Verfahren aussetzen und dem BVerfG/dem Landesverfassungsgericht das entscheidungserhebliche Gesetz, das es für unvereinbar mit höherrangigem Recht erachtet, zur Prüfung vorlegen.
- ↪ Wenn das Verfassungsgericht zu der Überzeugung kommt, dass das Gesetz mit höherrangigem Recht nicht vereinbar ist, wird dieses Gesetz mit Wirkung für und gegen jedermann (*erga omnes*) für nichtig erklärt.
- ↪ Bei nach [Art. 123 Abs. 1](#) GG fortgeltenden formellen Gesetzen, die vor Inkrafttreten des GG erlassen worden sind (sog. vorkonstitutionelles Recht) gelten besondere Grundsätze, wenn diese Gesetze nicht nach 1949 durch ein formelles Gesetz geändert oder angepasst und so in den Willen des Parlaments aufgenommen worden ist (was mittlerweile fast immer bei noch fortgeltendem alten Recht der Fall ist).

1. Normverwerfungskompetenz deutscher Gerichte bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht

Fall 2: Ein deutsches **Fachgericht** hält eine deutsche **Rechtsverordnung oder Satzung** für unvereinbar mit höherrangigem deutschen Recht und will diese untergesetzliche Norm daher seiner Entscheidung nicht zu Grunde legen.

- ↪ Jedes Gericht kann untergesetzliche Norm selbst „verwerfen“, also seiner Entscheidung nicht zu Grunde legen (kein Verwerfungsmonopol der Verfassungsgerichte). Jedoch wirkt dies nicht für und gegen jedermann, sondern nur gegenüber den Parteien des Rechtsstreits.
- ↪ Eine gerichtliche Ungültigkeitserklärung einer Rechtsverordnung/Satzung mit Wirkung für und gegen jedermann kann nur über eine (nicht immer mögliche) abstrakte Normenkontrolle nach [§ 47 VwGO](#) oder [Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG](#) i. V. mit [§§ 76 ff. BVerfGG](#) erreicht werden.

Siehe etwa: [BGH, VIII ZR 217/14 v. 4.11.2015, Abs. 21 ff.](#) = BGHZ 207, 246 Abs. 21 ff. (betreffend „Mietpreisbremsenverordnung“); [VGH Mannheim, 5 S 1044/15 v. 22.2.2017, Abs. 25](#) = DVBl. 2017, 847 (betreffend einer Vorschrift der StVO).

Siehe ferner den [Leinen-los-Fall](#)

2. Normverwerfungskompetenz der Verwaltung bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht?

Fall 3: Eine deutscher Beamter/Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes hält eine deutsches **formelles Gesetz** für unvereinbar mit höherrangigem deutschen Recht und will das Gesetz daher seiner Entscheidung nicht zu Grunde legen.

- ↪ Einleitung eines Vorlageverfahrens nach [Art. 100 Abs. 1 GG](#) steht der Verwaltung nicht offen. Verwerfungsmonopol des BVerfG schließt schlichte Nichtanwendung des Gesetzes im konkreten Fall durch die Behörde aus.
- ↪ Beamter ist nach [§ 63 Abs. 2 BBG](#)/ [§ 36 Abs. 2 BeamtStG](#) gehalten, den Vorgesetzten auf seine Bedenken hinzuweisen. Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes können dies tun (hierzu [§ 4 A III des Kurses](#)).
- ↪ Der Vorgesetzte hat zu entscheiden, ob er (1.) die Bedenken nicht teilt und den Beamten/Arbeitnehmer ggf. zur Anwendung der Norm anweist oder ob er (2.) die Bedenken an den nächsthöheren Vorgesetzten weiterleitet, der dann seinerseits entscheiden muss, wie zu verfahren ist.
- ↪ Wird schließlich die Bundes- oder Landesregierung mit den Bedenken befasst, kann sie (1.) auf die Aufhebung des Gesetzes hinwirken oder (2.) ein abstraktes Normenkontrollverfahren nach [Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG](#) i. V. mit [§§ 76 ff. BVerfGG](#) oder nach [Landesverfassungsprozessrecht](#) einleiten, um die Gültigkeit des formellen Gesetzes klären zu lassen.

2. Normverwerfungskompetenz der Verwaltung bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht?

Fall 4: Eine deutscher Beamter/Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes hält eine deutsche **Rechtsverordnung/Satzung** für unvereinbar mit höherrangigem deutschen Recht und will die Rechtsverordnung/Satzung daher seiner Entscheidung nicht zu Grunde legen.

- ↪ Beamter ist nach [§ 63 Abs. 2 BBG](#)/ [§ 36 Abs. 2 BeamtStG](#) gehalten, den Vorgesetzten auf seine Bedenken hinzuweisen. Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes können dies tun (hierzu [§ 4 A III des Kurses](#))
- ↪ Die hiermit schließlich befasste Behördenleitung hat im Ergebnis zu entscheiden
 - ob auf eine Aufhebung/Änderung der Rechtsverordnung/Satzung bei der normerlassenden Stelle hinzuwirken ist
 - ob ein Normenkontrollverfahren nach [§ 47](#) VwGO (soweit möglich) eingeleitet werden soll
 - ob im Wege der Kommunalaufsicht eingeschritten werden soll (hierzu [§ 4 A IV des Kurses](#))

Aber: Schlichte Nichtanwendung der Rechtsverordnung/Satzung im Einzelfall ist unter Gleichbehandlungs- und Rechtssicherheitsaspekten keine Option.

2. Normverwerfungskompetenz der Verwaltung bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit höherrangigem deutschen Recht?

[BVerwG, 2 C 11/15 v. 11.10.2016](#) = BVerwGE 156, 180

„39. [...]. Auch [bei einer Rechtsverordnung] liegt eine Rechtsnorm vor, die von einer Behörde bis zur Unwirksamkeitserklärung des hierfür allein zuständigen Oberverwaltungsgerichts (vgl. § 47 Abs. 1 und Abs. 5 Satz 1 VwGO) bzw. bis zu einer inzidenten Klärung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, wenn - wie hier für das beklagte Land - eine Normenkontrollmöglichkeit nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO nicht eröffnet worden ist, als für sie verbindlich anzuwenden ist. Zu einer Nichtanwendung ohne entsprechende gerichtliche Entscheidung ist eine Verwaltungsbehörde jedenfalls nur im Fall positiver Kenntnis der Nichtigkeit verpflichtet [...].

Dass die Behörde u. U. nicht verpflichtet ist, eine Norm, die nicht offensichtlich nichtig ist,

- ändert nichts daran, dass eine auf einer nichtigen Norm beruhende Verwaltungsmaßnahme allein deshalb rechtswidrig ist und ggf. gerichtlich aufzuheben ist,
- sondern spielt allenfalls im Hinblick auf das „Vertretenmüssen“ der Rechtswidrigkeit der Maßnahme eine Rolle (etwa in Zusammenhang mit einer Verschuldenshaftung oder im Disziplinarrecht).

3. Normverwerfungskompetenz der Gerichte und der Verwaltung bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit Unionsrecht

Bindung der nationalen Behörden und Gerichte an das Unionsrecht (in Deutschland nach Art. 20 Abs. 3 GG) schließt auch die **Anerkennung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gegenüber entgegenstehenden nationalen Recht** (§ 3 A III 2 des Kurses) ein.

Deutlich: [OVG Münster, 13 B 762/17 v. 25.8.2017 Rn. 39](#) = NVwZ-RR 2018, 54 Rn. 21:

„Die durch Art. 20 Abs. 3 GG angeordnete Bindung von Verwaltungsbehörden und Gerichten an Recht und Gesetz schließt mithin die vorrangige Anwendung des Unionsrechts gegenüber entgegenstehenden mitgliedstaatlichen Regelungen ein, ebenso wie sich der Bürger trotz entgegenstehender mitgliedstaatlicher Regelungen auf vorrangig anwendbares Unionsrecht berufen kann, soweit sich für ihn hieraus unmittelbar Rechte ergeben.“

3. Normverwerfungskompetenz der Gerichte und der Verwaltung bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit Unionsrecht

Für alle **nationalen Behörden und Gerichte** bedeutet der Anwendungsvorrang des Unionsrechts eine **Pflicht zur Nichtanwendung der „nachrangigen“ nationalen Norm**, ohne dass dies durch nationales Recht an ein vorheriges Durchlaufen von Vorlagepflichten oder an eine „Offensichtlichkeit“ u. ä. geknüpft werden dürfte.

S. etwa [EuGH, Rs. C-409/06 v. 8.9.2010, Abs. 55 ff. - Winner Wetten-GmbH](#); [EuGH, Rs. C-188/10 und C-189/10 v. 22.6.2010, Abs. 40 ff. - Melki und Abdeli](#); [EuGH, Rs. C-5/14 v. 4.6.2015, Abs. 32. - Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH](#); [EuGH, Rs. C-689/13 v. 5.4.2016, Rn. 40 – PFE](#); [EuGH, Rs. C-378/17 v. 4.12.2018, Rn. 33 ff. – Workplace Relations Commission](#).

- Für Gerichte besteht jedoch die Möglichkeit (für Höchstgerichte nach [Art. 267 Abs. 3](#) AEUV die Verpflichtung) mit der Richtervorlage nach [Art. 267 Abs. 1 lit. a](#) AEUV beim EuGH verbindlich klären zu lassen, wie die unionsrechtlichen Vorgaben auszulegen sind, um Sicherheit zu erlangen, ob das Unionsrecht tatsächlich der fraglichen nationalen Maßnahme entgegen steht
- Nationale Behörden sind dagegen nicht [Art. 267](#) AEUV vorlageberechtigt, was für sie die Entscheidung über die Unanwendbarkeit nationalen Rechts erschwert

„31. Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob das Unionsrecht, insbesondere der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, dahin auszulegen ist, dass es einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, nach der eine nationale Stelle, die durch Gesetz eingerichtet wurde, um die Durchsetzung des Unionsrechts in einem bestimmten Bereich zu gewährleisten, keine Zuständigkeit besitzt, eine unionsrechtswidrige Vorschrift des nationalen Rechts unangewendet zu lassen. [...]

32. [...].

33. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass [...] **zwischen der Befugnis, in einem bestimmten Fall eine unionsrechtswidrige Vorschrift des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, und jener, eine solche Vorschrift mit der weiteren Wirkung zu beseitigen, dass diese Vorschrift für keinen Zweck mehr rechtsgültig ist, zu unterscheiden ist.**

34. Es obliegt nämlich den Mitgliedstaaten, die zur Überprüfung der Gültigkeit einer nationalen Bestimmung zuständigen Gerichte und/oder Stellen zu bestimmen und die Rechtsbehelfe und Verfahren vorzusehen, die es ermöglichen, diese Gültigkeit zu bestreiten sowie, im Fall der Begründetheit des Rechtsbehelfs, die betreffende Bestimmung für nichtig zu erklären und gegebenenfalls die Wirkungen dieser Nichtigerklärung zu bestimmen.

„35. Allerdings gebietet es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Vorrang des Unionsrechts, dass die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden haben, für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen Sorge tragen, **indem sie erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Bestimmung aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen, ohne die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren zu beantragen oder abzuwarten [...]**

36. Demnach ist jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung oder jede Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Gerichtspraxis, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Unionsrechts führen würde, dass dem für die Anwendung dieses Rechts zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen wird, bereits zum Zeitpunkt dieser Anwendung alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beiseite zu lassen, die unter Umständen ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der unmittelbar geltenden Normen des Unionsrechts bilden, mit den in der Natur des Unionsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar [...]

37 [...].

38. Wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, obliegt diese Pflicht, dem Unionsrecht entgegenstehende nationale Rechtsvorschriften unangewendet zu lassen, nicht nur den nationalen Gerichten, sondern allen staatlichen Stellen einschließlich der Verwaltungsbehörden, die im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten das Unionsrecht anzuwenden haben

3. Normverwerfungskompetenz der Gerichte und der Verwaltung bei Unvereinbarkeit deutschen Rechts mit Unionsrecht

Beispiele einer **Nichtanwendung deutscher Gesetze durch deutsche Behörden und Gerichte wegen (angenommener) Unionsrechtswidrigkeit**

- [OVG Münster, 13 B 238/17 v. 22.6.2017](#) = NVwZ-RR 2018, 43 ff.: „Verwerfung“ gesetzlich angeordneter Vorratsdatenspeicherung wegen Unvereinbarkeit mit Unionsrecht, das seinerseits im Lichte EU-Grundrechte-Charta auszulegen sei
- [OVG Saarlouis, 3 W 14/06 v. 22.1.2007](#) = NVwZ-RR 2008, 95, 98 ff.: Grundsätzliche Pflicht auch deutscher Behörden, deutsches Recht, das nach Auffassung der deutschen Behörde die EU-Grundfreiheiten in unionsrechtswidriger Weise einschränkt, jedenfalls in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug unangewendet zu lassen

Zu den insoweit entstehenden Rechtssicherheitsproblemen: *Burger*, DVBl 2011, 985 ff.; *Demleitner*, NVwZ 2009, 1525 ff.

VI. Problem der „Nichtanwendungserlasse“

Dürfen mittels einer Verwaltungsvorschrift (hierzu **§ 3 B I 1 des Kurses**) nachgeordneten Behörden angewiesen werden, ihrer Entscheidungspraxis bestimmte (höchstrichterliche) Gerichtsentscheidungen **nicht** zu Grunde zu legen?

Derartige Verwaltungsvorschriften finden sich häufig in der Steuerverwaltung und werden dort als „**Nichtanwendungserlasse**“ bezeichnet.

Hierzu

- der gute Beitrag zu [„Nichtanwendungserlassen“ bei Wikipedia](#) m. w. N.
- *Knopp/Hofmann*, NVwZ 2020, 982 ff.
- *Ruf*, DÖV 2021, 961 ff.
- *Spindler*, DStR 2007, 1061 ff.

VI. Problem der „Nichtanwendungserlasse“

[BFH, IX R 70/07 v. 7.12.2010](#) = NJW 2011, 1164 (Folie 1 von 2)

„48. Ob sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ein normativer Vorrang von Rechtsmeinungen des BFH gegenüber den Rechtsmeinungen des BMF herleiten lässt [...], mag dahinstehen. Höchstrichterliche Rechtsprechung hat jedenfalls nicht bloß eine offenkundige faktische Wirkungsmacht. Ihr kommt nicht nur Bedeutung in Bezug auf den jeweiligen Streitgegenstand [...] zu [...]. Die Rechtsordnung schreibt den obersten Bundesgerichten (Art. 95 Abs. 1 GG) die Leitfunktion zu, das Recht fortzubilden und Wertungswidersprüche im geltenden Recht zu minimieren. [...] Das jeweilige oberste Bundesgericht muss für seine Fachgerichtsbarkeit dafür Sorge tragen, die Einheit und die Widerspruchsfreiheit zu wahren. Seine Aufgabe ist [...] nicht nur, im Einzelfall Recht zu finden, sondern darüber hinaus auch, das Recht fortzubilden und eine einheitliche Rechtsprechung zu sichern. Die Verfahrensordnungen versuchen also, die Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsanwendung möglichst lückenlos zu gewährleisten. Die letzten Instanzen haben das letzte Wort darüber, was Recht ist. Sie entscheiden abschließend, wie Recht richtig anzuwenden ist [...].“

VI. Problem der „Nichtanwendungserlasse“

[BFH, IX R 70/07 v. 7.12.2010](#) = NJW 2011, 1164 (Folie 2 von 2)

„52. [...] Man mag über die rechtliche Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit von sog. Nichtanwendungserlassen streiten. Darf sich die Finanzverwaltung damit jedenfalls ohne ausreichende Gründe nicht beliebig über die höchstrichterliche Rechtsprechung hinwegsetzen [...], so würde es der Balance im System der Gewaltenteilung, der gegenüber anderen Gewalten geschuldeten Loyalität und damit dem Rechtsstaatsprinzip [...] widerstreiten, wenn es die Finanzverwaltung dadurch, dass sie ein ihr missliebiges Urteil – ohne sich mit den Gründen in einem Nichtanwendungserlass auseinanderzusetzen – gar nicht erst veröffentlicht, in der Hand hätte, Vertrauen des Bürgers in eine ständige Rechtsprechung a priori nicht entstehen zu lassen [...], mit der Folge, dass der Gesetzgeber in weitem Maße von rückwirkenden Regelungen Gebrauch machen könnte. Eine in dieser Weise Vertrauen desavouierende Wirkung des Nichtveröffentlichens hätte zur Folge, dass die Judikative mit ihrer rechtsfortbildenden Funktion in eine weitreichende Abhängigkeit der Exekutive geriete, so dass jede Entscheidung erst mit einem "Gütesiegel" der Verwaltung versehen werden müsste, um Vertrauen in die Rechtsprechung auszulösen. Damit griffe die Exekutive in nicht zu rechtfertigender Weise in den Kernbereich der dritten Gewalt ein. [...]"

VI. Problem der „Nichtanwendungserlasse“

Im Grundsatz gilt:

- Gerichtsentscheidungen binden nur die Parteien des Rechtsstreits und haben keine allgemeine Wirkung. Auch eine ständige Rechtsprechung ist nur Rechtserkenntnisquelle und keine Rechtsquelle (hierzu § 3 B II des Kurses)
- Gerichte können ihre Rechtsprechung auch ändern (hierzu § 3 B II des Kurses), so dass es im Grundsatz auch legitim sein kann, dass die Verwaltung versucht, auf eine Änderung der Rechtsprechung hinzuwirken
- Problematisch wird es, wenn Nichtanwendungserlasse primär erlassen werden, um die Unkenntnis des Bürgers über eine für ihn günstige Rechtsprechung auszunutzen, da nur die wenigsten Bürger klagen
- Daher wird gefordert, dass der Nichtanwendungserlass begründet wird, warum die Rechtsprechung für unrichtig gehalten wird
- Weitergehend läge es nahe, die Verwaltung für verpflichtet zu erachten, den Bürger z. B. in der Bescheidbegründung darauf hinzuweisen, wenn sie mit ihrer Entscheidung von höchstrichterlicher Rechtsprechung abweicht, damit dieser dann aufgeklärt entscheiden kann, ob er hiergegen gerichtlich vorgehen will.

B) Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes

Wir erinnern uns:

Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes: „Kein Handeln **gegen** das Gesetz“

Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes: „Kein Handeln **ohne** das Gesetz“

Vorrang des Gesetzes		Vorbehalt des Gesetzes
Verbietet (negativ) Verstoß gegen bestehende Gesetze		Verlangt (positiv) gesetzliche Grundlage für Verwaltungstätigkeit
Handeln der Verwaltung ist bei Fehlen eines Gesetzes im Anwendungsbereich des Grundsatzes nicht ausgeschlossen		Handeln der Verwaltung bei Fehlen eines Gesetzes im Anwendungsbereich des Grundsatzes ausgeschlossen
Gilt ausnahmslos für jede Verwaltungstätigkeit und auch im Anwendungsbereich des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes		Gilt nicht für jede Verwaltungstätigkeit und hat damit einen engeren Anwendungsbereich als der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes

B) Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes

- I. Primärer Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes:
Eingriffsverwaltung**
- II. Geltung des Vorbehalt des Gesetzes für die Leistungsverwaltung?**
- III. Vorbehalt des Gesetzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen**

I. Primärer Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes: Eingriffsverwaltung

Grundsatz des [Art. 2 Abs. 1 GG](#) in seiner Ausprägung durch das BVerfG (seit der Elfes-Entscheidung [BVerfG, 1 BvR 253/65 v. 16.1.1957, Abs. 13 ff. = BVerfGE 6, 32, 36 ff.](#)): „**Alles was nicht durch oder auf Grund eines verfassungsmäßig zu Stande gekommenen (formellen) Gesetzes verboten ist, ist auch erlaubt.**“

Alle Grundrechtseingriffe müssen auf eine formell-gesetzliche Grundlage zurückgeführt und damit (auch) vom Parlament verantwortet werden.

- Grundsatz gilt auch in sog. „**Besonderen Gewaltverhältnissen**“ (Sonderstatusverhältnissen) - vgl. hierzu *Graf v. Kielmansegg*, JA 2012, 881 ff.)
 - ↳ [BVerfG, 2 BvR 41/71 v. 14.3.1972 = BVerfGE 33, 1 ff.](#) (für Eingriffe in Rechte von Strafgefangenen)
 - ↳ [BVerwG, 2 C 25/17 v. 17.11.2017, Abs. 33 ff. = BVerwGE 160, 370 Abs. 33 ff.](#) (für Verbot des Tragens von Tätowierungen durch Polizeibeamte)
- Grundsatz gilt auch, wenn der Eingriff nur „zum Besten“ des Betroffenen geschieht (**nächste Folie**)

52. Die Zwangsbehandlung eines Untergebrachten kann ungeachtet der besonderen Schwere des darin liegenden Eingriffs gerechtfertigt sein [...]. Sie ist jedoch, wie jeder andere Grundrechtseingriff, nur auf der Grundlage eines Gesetzes zulässig, das die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs bestimmt [...].

53. Das Erfordernis einer verfassungskonformen gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe besteht auch dann, wenn für den jeweils betrachteten Eingriff gute oder sogar zwingende sachliche Gründe sprechen mögen [...]. Der verfassungsrechtliche Grundsatz, dass in Grundrechte nur auf der Grundlage eines Gesetzes eingegriffen werden darf (Vorbehalt des Gesetzes), hat gerade den Sinn, die primäre Zuständigkeit für die Bewertung von Grundrechtsbeschränkungen als wohlbegründet oder ungerechtfertigt zu bestimmen. Er stellt sicher, dass die Grenzen zwischen zulässigem und unzulässigem Grundrechtsgebrauch, zwischen zulässiger und unzulässiger Grundrechtseinschränkung nicht fallweise nach eigener Einschätzung von beliebigen Behörden oder Gerichten, sondern primär – in der Form eines allgemeinen Gesetzes – durch den Gesetzgeber gezogen werden.

Ggf. kann das Unterlassen des Gesetzgebers, einen Grundrechtseingriff vorzusehen, jedoch seinerseits eine Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht sein: So, für Fall der nicht vorgesehenen Zwangsbehandlung: BVerfG, 1 BvL 8/15 v. 26.7.2016, Abs. 66 ff. = BVerfGE 142, 313, 336 ff.

I. Primärer Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes: Eingriffsverwaltung

- 1. Eingriffsbegriff**
- 2. „Gesetz“ im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes**
- 3. Kann eine Einwilligung in den Eingriff die gesetzliche Grundlage ersetzen?**
- 4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes**
- 5. Exkurs: Das Ideal der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung**

1. Eingriffsbegriff

Wann liegt ein „Eingriff“ in Rechte des Betroffenen vor, der einer gesetzlichen Grundlage bedarf?

- Bei klaren Ge- und Verboten und der Auferlegung von Zahlungs- und Duldungspflichten (sog. „klassischer Eingriffsbegriff“)

Es gibt insoweit keine **de-minimis-Ausnahme**“: [VG Braunschweig, 1 A 217/99 v. 7.2.2000](#) = NVwZ 2000, 962 f. (auch die Erhebung einer Mahngebühr in einer Stadtbibliothek i. H. 11,40 Euro bedarf einer formell gesetzlichen Grundlage)

- Bei der Ausübung **unmittelbaren Zwangs**, insbesondere Freiheitsentziehungen, Ausübung körperlicher Gewalt, Wegnahme von Sachen usw. (ebenfalls Bestandteil des „klassischen Eingriffsbegriffs“)
- Bei **einschüchternder staatlicher Machtdemonstration**: [BVerwG, 6 C 46/16 v. 25.10.2017, Abs. 30 ff.](#) = BVerwGE 160, 169 Abs. 30 ff.

Eindeutig keine Eingriffe sind

- (Rein) begünstigendes staatliches Handeln
- Ablehnung eine (rein) begünstigende staatliche Handlung vorzunehmen

1. Eingriffsbegriff

[BVerfG, 1 BvF 1/13 v. 21.3.2018, Abs. 28](#) = BVerfGE 148, 40, 51 (zu Informationstätigkeit nach [§ 40 Abs. 1a](#) LFBG)

„28. Die Grundrechtsbindung aus Art. 12 Abs. 1 GG besteht jedoch dann, wenn Normen, die zwar selbst die Berufstätigkeit nicht unmittelbar berühren, aber Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern, in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen [...], die mittelbaren Folgen also kein bloßer Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten gesetzlichen Regelung sind [...]. **Das gilt auch für die Grundrechtsbindung des Staates bei amtlichem Informationshandeln. Die amtliche Information der Öffentlichkeit kann in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent jedenfalls dann gleichkommen**, wenn sie direkt auf die Marktbedingungen konkret individualisierter Unternehmen zielt, indem sie die Grundlagen der Entscheidungen am Markt zweckgerichtet beeinflusst und so die Markt- und Wettbewerbssituation zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen verändert.“

Ebenso: [BVerwG, 7 C 29/17 v. 29.8.2019, Abs. 44](#) = NJW 2020, 1155 Abs. 44 (zur Weitergabe von Informationen nach [§§ 1 ff.](#) VIG)

1. Eingriffsbegriff

Entsprechend [BVerfG, 1 BvF 1/13 v. 21.3.2018, Abs. 28](#) = BVerfGE 148, 40, 51 wird heute bei **gezieltem faktischem nachteiligem Verwaltungshandeln** (siehe die Beispiele bei [§ 1 i V des Kurses](#)) heute eine gesetzliche Grundlage i. S. des Vorbehalts des Gesetzes als erforderlich angesehen, wobei die gesetzlichen Grundlagen aber teilweise auch im ungeschriebenen Recht ([§ 3 A II des Kurses](#)) gefunden werden.

Siehe hierzu auch den [Parteilichkeit-II-Fall](#):

Parteilichkeit II - Verbot fordern verboten!?

© Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatiX GbR, Ottweiler](#)

[In Verbindung bleiben mit Saarheim auf](#)  [Facebook](#)

Wir erinnern uns: Der frühere Bundesverteidigungsminister *Dagobert Rumschweg* ist aus der die Regierungsmehrheit im Bund stellenden Christlich-Liberalen-Partei (CLP) ausgetreten und hat das "Bündnis Rechtschaffender, Aufrechter und Unabhängiger Nationalisten - BRAUN" gegründet. Diese dem äußerst rechten Spektrum zuzuordnende Partei [erzielte bei den letzten Wahlen zum Berliner Abgeordnetenhaus mit ihrer Ankündigung eines harten "Law-and-Order"-Kurses erste überwältigende Erfolge](#). Hiervon beflügelt unterstützte *Rumschweg* die Gründung des Landesverbands Saar des BRAUN durch den rechtskonservativen Verleger [Dr. Lutz Lautstark](#) aus Saarheim, um auch bei den nächsten saarländischen Landtagswahlen, die im Juni dieses Jahres stattfinden werden, mit dem BRAUN anzutreten. Der Landesverband Saar des BRAUN beabsichtigte nun am 18./19. April dieses Jahres seinen Landesparteitag in Saarheim durchzuführen.

2. „Gesetz“ im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes

Gesetze im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes sind (Folie 1 von 2)

- **Unionsrecht** (soweit unmittelbar anwendbar) – vgl. **§ 3 A III 2 des Kurses**
- einzelne **Verfassungsbestimmungen**, soweit sich hieraus unmittelbare anwendbare Pflichten der Bürger ergeben (kaum vorstellbar)
- **formelle Gesetze** (Parlamentsgesetze) - **§ 1 C II 2 des Kurses**
- **Rechtsverordnungen** - **§ 1 C II 3 des Kurses**
- **nicht:** (gemeindliche) Satzungen - **§ 1 C II 4 des Kurses**

Zum fehlenden „Gesetzescharakter“ von kommunalen Satzungen im vorliegenden Zusammenhang: [BVerwG, 8 CN 1.12 v. 16.10.2013, Abs. 26 f.](#) = BVerwGE 148, 133 Abs. 26 f.; [BVerwG, 9 C 1/18 v. 23.1.2019, Abs. 13 ff.](#) = BVerwGE 164, 225 Abs. 13 ff.; [OVG Münster, 15 A 4751/01 v. 28.1.2003 Abs. 31](#) = NWVBl. 2003, 380, 381; [OVG Münster, 14 B 610/18 v. 8.8.2018, Abs. 7 f.](#) = NVwZ-RR 2018, 901 Abs. 5; für Satzung einer Medienanstalt: [BVerwG, 6 C 39/11 v. 11.7.2012, Abs. 25 ff.](#) = NVwZ-RR 2012, 808 ff.

2. „Gesetz“ im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes

Zu Satzungen als Rechtsgrundlage für Grundrechtseingriffe siehe etwa den [Niederschläge-Fall](#):

Niederschläge



© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatix GbR, Ottweiler](#)

[In Verbindung bleiben mit Saarheim auf](#)  [Facebook](#)

Eigentlich hatte der Morgen für [Karl Knupper](#) ganz gut begonnen. Dies sollte sich jedoch schlagartig mit dem Öffnen seines heimischen Briefkastens ändern. Denn in diesem fand er einen Bescheid des Oberbürgermeisters der Stadt Saarheim, [Oskar Obenauf](#), vor, in dem ihm mitgeteilt wurde, dass er ab dem 1. Januar nächsten Jahres verpflichtet sei, sein (im Bescheid genau bezeichnetes) [Grundstück im Ortsteil Quierbrück](#) der Stadt Saarheim an den öffentlichen Abwasserkanal der Stadt Saarheim anzuschließen, die hierfür notwendigen Grundstücksentwässerungsanlagen zum Anschluss an diesen Abwasserkanal herzustellen und über diese Anlage das von diesem Grundstück abfließende Niederschlagswasser (Regenwasser) einzuleiten. In dem Bescheid werden zudem die herzustellenden Anlagen näher beschrieben und darauf hingewiesen, dass sich die Verpflichtung zur Herstellung dieser Anlagen und zur Nutzung des städtischen Abwasserkanals aus der bereits vor anderthalb Jahren in Kraft getretenen "Satzung zum Anschluss der Quierbrücker Höhen an die Regenwasserkanalisation der Stadt Saarheim" ergebe.

2. „Gesetz“ im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes

Gesetze im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes sind (Folie 2 von 2)

- **auch allgemeine Rechtsgrundsätze** (§ 3 A II 2 des Kurses) und durch richterliche Rechtsfortbildung (z.B. Analogie, hierzu § 5 D I 2 des Kurses) gewonnenes Recht, sofern methodengerecht „gefunden“

BVerfG, 1 BvR 238/01 v. 3.7.2003, Abs. 37 = BVerfGE 108, 150, 159 f.;
BVerfG (K), 1 BvR 3571/13 u.a. v. 7.5.2014, Abs. 28 = NJW 2014, 2340
Abs. 28; BVerwG, 6 A 4/02 v. 27.11.2002 = NVwZ 2003, 986, 988

Siehe hierzu auch den Parteilichkeit-II-Fall

- **auch Gewohnheitsrecht**

Zum (vorkonstitutionellen) Gewohnheitsrecht als „Gesetz“ i.S.d. Vorbehalts des Gesetzes: BVerfG, 1 BvR 522/78 v. 20.4.1982, Abs. 105 ff. = BVerfGE 60, 215, 223; ausführlich *Klose*, Rechtswissenschaft 2017, 370, 394 ff.

3. Kann eine Einwilligung in den Eingriff die gesetzliche Grundlage ersetzen?

Wenn der Belastete mit dem Eingriff in seine Rechte einverstanden ist, stellt sich die Frage, ob der Eingriff dann dennoch nach dem Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage bedarf oder ob insoweit nach dem Grundsatz „**volenti non fit iniuria**“ eine solche Grundlage entbehrlich ist.

Eine Einwilligung kann die gesetzliche Grundlage für den Eingriff jedenfalls nur ersetzen, wenn

- das **Recht verzichtbar** ist
- der **Verzicht freiwillig** (im Sinne eines Aktes der Selbstbestimmung) erfolgt
- das Verwaltungshandeln, in das eingewilligt wird, **nicht gesetzlich verboten** ist (Einwilligung kann nur eine gesetzliche Grundlage für den Eingriff entbehrlich machen, nicht aber vom Gesetzesvorrang freistellen).

3. Kann eine Einwilligung in den Eingriff die gesetzliche Grundlage ersetzen?

Beispiele für die Frage der Verzichtbarkeit von Rechten

- Die Menschenwürde (Art. 1 GG) ist z. B, unverzichtbar, so dass ein gesetzlich nicht vorgesehener Einsatz eines Lügendetektors im Strafverfahren auch dann nicht erfolgen kann, wenn der Betroffene einverstanden ist: [BVerfG \(Vorprüfungsausschuss\), 2 BvR 166/81 v. 18.8.1981](#) = NJW 1982, 375
- Recht auf Eigentum (Art. 14 GG) ist dagegen verzichtbar, so dass etwa ein Angeklagter im Strafverfahren auf Herausgabe beschlagnahmter Sachen unabhängig von der Einhaltung der hierfür vorgesehenen Förmlichkeiten verzichten kann, soweit der Verzicht freiwillig erfolgt: [BGH, 5 StR 198/18 v. 11.12.2018, Abs. 11 ff.](#) = NJW 2019, 1692 Abs. 11 ff.

3. Kann eine Einwilligung in den Eingriff die gesetzliche Grundlage ersetzen?

Problem vertraglich vereinbarter Leistungspflichten des Bürgers (Folie 1 von 3)

Kann sich ein Privater gegenüber der Verwaltung zu Leistungen wirksam verpflichten, die die Verwaltung kraft Gesetzes nicht von ihm verlangen könnte?

[BVerwG, 6 C 22/10 v. 23.2.2011, Abs. 711](#) = BVerwGE 139, 42 Abs. 71

„71. [...] das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in „Freiheit und Eigentum“ [erfasst] verwaltungsrechtliche Verträge in der Regel nicht, weil es bei ihnen, auch soweit Grundrechtspositionen eines Vertragspartners berührt werden, angesichts seiner einverständlichen Mitwirkung nicht in dem Sinne zu Eingriffen kommt, in dem dies bei jenem Erfordernis gesetzlicher Grundlage vorausgesetzt wird. [...] .

Weitere Nachweise bei [U. Stelkens, Die Verwaltung 37 \(2004\), 193, 195 f.](#)

3. Kann eine Einwilligung in den Eingriff die gesetzliche Grundlage ersetzen?

Problem vertraglich vereinbarter Leistungspflichten des Bürgers (Folie 2 von 3)

Um Missbräuche durch die Verwaltung vorzubeugen, sieht jedoch [§ 56 VwVfG](#) (das sog. Koppelungsverbot) sehr weitgehende Einschränkungen der vertraglichen Dispositionsfreiheit der Parteien eines Verwaltungsvertrages vor.

§ 56 VwVfG **Austauschvertrag**

(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen.

(2) Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte.

3. Kann eine Einwilligung in den Eingriff die gesetzliche Grundlage ersetzen?

Problem vertraglich vereinbarter Leistungspflichten des Bürgers (Folie 3 von 3)

Grundsätze des [§ 56](#) VwVfG gelten

- für öffentlich-rechtliche Verträge i. S. des [§ 54](#) VwVfG (hierzu [§ 1 i IV des Kurses](#))
- werden als allgemeine Rechtsgrundsätze auch auf privatrechtliche Verwaltungsverträge (analog) angewandt (hierzu [§ 1 i III des Kurses](#))
- sind von der Annahme geprägt, dass der private Vertragspartner eines besonderen Schutzes vor der überragenden Verhandlungsmacht der Verwaltung bedarf
- schränken den Verhandlungsspielraum der Verwaltung wohl über Gebühr ein.

Siehe hierzu etwa: *Butzer*, DÖV 2002, 881 ff.

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

Vorbehalt des Gesetzes verlangt **hinreichende Bestimmtheit** der gesetzlichen Ermächtigung für Grundrechtsreingriffe

Aber:

Vorbehalt des Gesetzes steht Verwendung sog. „**unbestimmter Rechtsbegriffe**“ (Begriffe, deren Inhalt und genaue Definition nicht selbstverständlich feststehen, sondern verschiedenen Interpretationen zugänglich sind und der Auslegung bedürfen) nicht entgegen.

Zu unbestimmten Rechtsbegriffen auch **§ 6 B I des Kurses**

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

[BVerfG, 2 BvR 882/09 v. 23.3.2011, Abs. 73](#) = [BVerfGE 128, 282, 317](#)

„Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs müssen hinreichend klar und bestimmt geregelt sein [...]. Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist [...]. Die notwendige **Bestimmtheit fehlt nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist [...]. Die Betroffenen müssen jedoch die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können [...], und die gesetzesausführende Verwaltung muss für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden [...].** Zur notwendigen Erkennbarkeit des Norminhalts gehört die Klarheit [...] und, als deren Bestandteil, die Widerspruchsfreiheit [...] der Norm. Die Anforderungen an den Grad der Klarheit und Bestimmtheit sind umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist, den eine Norm vorsieht [...]. Für die näheren Anforderungen kann, nicht zuletzt in der Frage, inwieweit Maßgaben, die sich aus dem Grundgesetz ableiten lassen, ausdrücklicher und konkretisierender Festlegung im einfachen Gesetz bedürfen, auch der jeweilige Kreis der Normanwender und Normbetroffenen von Bedeutung sein [...].“

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

[BVerfG, 2 BvR 1048/11 v. 20.6.2012, Abs. 118](#) = [BVerfGE 131, 268, 306 f.](#)

„Das Bestimmtheitsgebot schließt die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln nicht aus [...]. Der Gesetzgeber muss in der Lage bleiben, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden [...]. Dabei lässt sich der Grad der für eine Norm jeweils erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen, sondern hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Tatbestandes einschließlich der Umstände ab, die zur gesetzlichen Regelung geführt haben [...]. Gegen die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen keine Bedenken, wenn sich **mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden**, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für eine Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt [...]. **Die Rechtsprechung ist zudem gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen [...].**“

Ebenso: [BVerfG, 2 BvR 309/15 und 502/16 v. 24.7.2018, Abs. 77 ff.](#) = BVerfGE 149, 293, 323 ff.

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

Beispiele für unbestimmte Rechtsbegriffe:

Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO)

§ 5 Gestaltung

(1) Bauliche Anlagen sind so zu gestalten, dass sie nach Form, Maßstab, Verhältnis der Baumassen und Bauteile zueinander, Werkstoff und Farbe **nicht verunstaltet wirken**.

(2) Bauliche Anlagen sind mit ihrer Umgebung so in Einklang zu bringen, dass sie benachbarte bauliche Anlagen sowie das Straßen-, Orts- oder Landschaftsbild **nicht verunstalten** und deren beabsichtigte Gestaltung nicht stören. Auf Kultur- und Naturdenkmäler und auf andere erhaltenswerte Eigenarten der Umgebung ist besondere Rücksicht zu nehmen.

„10. [E]ine Verunstaltung [liegt] vor, wenn ein hässlicher, das ästhetische Empfinden des Beschauers nicht nur beeinträchtigender, sondern verletzender Zustand geschaffen würde. Dies ist dann der Fall, wenn die Störung erheblich, d.h. wesentlich ist. Maßgebend ist dabei das Empfinden des gebildeten Durchschnittsbetrachters, d.h. eines für ästhetische Eindrücke offenen, jedoch nicht besonders empfindsamen und geschulten Betrachters. Die bauliche Anlage muss zu einem Zustand führen, der als grob unangemessen empfunden wird, das Gefühl des Missfallens weckt sowie Kritik und den Wunsch nach Abhilfe herausfordert. [...]

11. Soweit es [...] ergänzend heißt, dass die bauliche Anlage zu einem Zustand führen müsse, der als grob unangemessen empfunden werde, das Gefühl des Missfallens wecke sowie Kritik und den Wunsch nach Abhilfe herausfordere, wird diese Voraussetzung nur in einer bildhaften Sprache näher umschrieben. Diese Ausführungen sind nicht dahin zu verstehen, dass die Annahme einer Verunstaltung über das Vorliegen eines hässlichen, das ästhetische Empfinden des Beschauers verletzenden Zustands hinaus die Feststellung eines besonderen Abhilfebedürfnisses erfordere. Die genannten Fälle, in denen ein solcher Zustand geschaffen wird, sind nicht voneinander zu trennen, sondern gehen ineinander über, da das Empfinden eines grob unangemessenen Zustands nicht nur das Gefühl des Missfallens sondern auch - zumindest in der Regel - den Wunsch nach Abhilfe einschließt.“

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

Beispiele für unbestimmte Rechtsbegriffe:

Gewerbeordnung

§ 33a Schaustellungen von Personen

(1) Wer **gewerbsmäßig** Schaustellungen von Personen in seinen Geschäftsräumen veranstalten oder für deren Veranstaltung seine Geschäftsräume zur Verfügung stellen will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Dies gilt nicht für Darbietungen mit überwiegend **künstlerischem, sportlichem, akrobatischem oder ähnlichem** Charakter. [...].

(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche **Zuverlässigkeit** nicht besitzt,
2. zu erwarten ist, daß die Schaustellungen den **guten Sitten** zuwiderlaufen werden oder
3. der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem **öffentlichen Interesse** widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder **Belästigungen für die Allgemeinheit** befürchten läßt.

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

Siehe etwa zur Auslegung des Begriffs der „Sittenwidrigkeit“ in [§ 33a Abs. 2 Nr. 2 GewO](#):



© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatiX GbR, Ottweiler](#)

In Verbindung bleiben mit Saarheim auf  Facebook

Heinz Hirsch, Inhaber der Gaststätte "Zum Hirschen" am Saarheimer Rathausplatz, plant den Umbau des ca. 500 qm großen - ziemlich nutzlosen - Lagerkellers der Gaststätte, um dort eine sogenannte "Peepshow" veranstalten zu können. Hierbei soll auf einer runden, drehbaren Bühne mit einem Durchmesser von fünf Metern eine Frau bei Musik ihren unbedeckten Körper den Zuschauern in 21 kreisförmig um die Bühne angeordneten Ein-Personen-Kabinen zeigen. Die Fenster der Kabinen zur Bühne sollen jeweils durch eine Blende abgedeckt sein, die erst nach Einwurf einer Geldmünze für eine bestimmte Zeit verschwinden soll, und mit einem Glas versehen ist, das die Kabinen von der Bühne aus nicht einsehbar machen soll.

Bevor Hirsch sich in umfangreiche Investitionen stürzen will, beantragt er bei der hierfür (nach [§ 1 und § 7 GewOZVO](#)) zuständigen Stadt Saarheim - Gewerbeaufsichtsamt - die gemäß [§ 33 a Abs. 1 Satz 1 GewO](#) notwendige Erlaubnis zum Betrieb einer Peepshow. Diese wird durch Bescheid des Oberbürgermeisters der Stadt Saarheim, [Oskar Obenauf](#), unter Hinweis auf [§ 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO](#) mit der Begründung verweigert, dass eine Peepshow gegen die guten Sitten verstoße, weil die Frau bei einer solchen Peepshow durch den einseitigen Sichtkontakt gegenüber den in den Kabinen befindlichen Voyeuren entpersonalisiert vermarktet, nämlich so wie die Ware eines Automaten durch Münzeinwurf verkauft und gekauft werde und schließlich das System der Einzelkabinen bewusst den Zuschauern ermögliche, sich während der Vorführung selbst zu befriedigen, was den mit der Menschenwürde der Frauen nicht zu vereinbarenden "Automateneffekt" noch verstärke.

Hirsch legt gegen die Verweigerung der Erlaubnis Widerspruch ein und erhebt - nachdem der Kreisrechtsausschuss des

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

Beispiele für unbestimmte Rechtsbegriffe: Sogenannte „polizeirechtliche Generalklausel“, die sich in allen [Polizei- und Ordnungsbehördengesetzen](#) findet:

Polizei- und Ordnungsbehördengesetz (POG) Rheinland Pfalz

§ 9 Allgemeine Befugnisse

(1) Die allgemeinen Ordnungsbehörden und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, soweit nicht die §§ 9 a bis 42 ihre Befugnisse besonders regeln. [...].

(2) [...].

Zu den Begriffen siehe die Legaldefinitionen in [§ 2 BremPolG](#); [§ 3 SOG M-V](#); [§ 2 NPOG](#); [§ 3 SOG LSA](#); [§ 4 SächsPDVG](#)

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt - (SOG LSA)

§ 3 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Öffentliche Sicherheit: die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie des Bestandes, der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt;
2. Öffentliche Ordnung: die Gesamtheit der im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung liegenden ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens betrachtet wird;
3. a) Gefahr: eine konkrete Gefahr, das heißt eine Sachlage, bei der im einzelnen Falle die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird;
b) gegenwärtige Gefahr: Eine Gefahr, bei der [...]
4. bis 11 [...].

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

Siehe etwa zur Auslegung der Begriffe „Gefahr“, „öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“ der polizeirechtlichen Generalklauseln: [Boygroup-Fall](#)

Boygroup

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatiX GbR, Ottweiler](#)

[In Verbindung bleiben mit Saarheim auf](#)  Facebook

Alarmiert von den auch im Saarland auf Grund zunehmender Sorglosigkeit vor allem bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen wieder steigenden Infektionen mit Aids, will die Initiative "Gegen Aids e.V." wieder vermehrt öffentlich auf die Notwendigkeit des Schutzes vor Ansteckung mit Aids hinweisen. Zu diesem Zweck hat sie sich von der [Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung](#) kostenlos mehrere großflächige Plakate zur Verfügung stellen und auf ihre Kosten u. a. in der Stadt Saarheim auf Werbeflächen anbringen lassen. Die Plakate zeigen unter dem Wort "Boygroup". vier unbenutzte farbige Kondome und unter diesen die Aufforderung "mach's mit."; in der linken unteren Ecke ist das Kampagne-Logo "[Gib Aids keine Chance](#)" der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung abgebildet.

Boygroup.



mach's mit.

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

§ 122 TKG

Umgehungsverbot

Die §§ 109 bis 121 sind auch dann anzuwenden, wenn versucht wird, sie durch anderweitige Gestaltungen zu umgehen..

Zum (im wesentl. gleichlautenden § 66m TKG 2004:

OVG Münster v. 26.1.2010 – 13 B 1742/09 = NVwZ 2010, 722, 723

„Der Gesetzgeber hat diese Vorschrift geschaffen, um dem gewünschten Verbraucherschutz besonderen Nachdruck zu verleihen. § 66l TKG soll seine Wirkung entfalten, wenn eine Normauslegung der §§ 66a ff. TKG ausscheidet, obgleich der Normzweck ihre Anwendung an sich rechtfertigen würde. Diese Regelung will erreichen, dass der Gesetzgeber die bestehenden Schutzbestimmungen nicht ständig den sich neu ergebenden Missbrauchsszenarien anpassen muss.“

4. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheit des Gesetzes

Weitere Rechtsprechung und Beispiele zu Bestimmtheitsanforderungen

- „Unwürdigkeit“, die zur Entziehung eines Doktorgrades berechtigt: [BVerwG, 6 C 9/12 v. 31.7.2013, Abs. 20 ff.](#) = BVerwGE 147, 292 Abs. 20 ff.
- Anforderungen an die Bestimmtheit von Regelungen, die Beobachtung von Abgeordneten durch den Verfassungsschutz betreffen: [BVerfG, 2 BvR 2436/10 und 2 BvE 6/08 v. 17.9.2013, Abs. 125 ff.](#) = [BVerfGE 134, 141, 184](#)
- Anforderungen an die Bestimmtheit von Regelungen, die Unterbringung von Gewalttätern in therapeutischen Anstalten betreffen: [BVerfG, 2 BvR 2302/11 und 2 BvR 1279/12 v. 11.7.2013, Abs. 111 ff.](#) = [BVerfGE 134, 33, 81 f.](#)

Allgemeine Frage: **Gibt es eigentlich auch „bestimmte Rechtsbegriffe“?**

- Begriff der „Unbestimmtheit“ ist seinerseits unbestimmt
- Problem der Unbestimmtheit stellt sich letztlich nur besonders deutlich bei Maß und Gradfragen (s. *Guski*, JZ 2020, 129 ff.)
- Generell zu Rechtsbegriffen und ihrer Bestimmtheit: *Barczak*, JuS 2020, 905 ff.

5. Exkurs: Das Ideal der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung

Ideal der **einzig richtigen**, sich aus dem Gesetz ergebenden **Entscheidung** (als Grundlage der Lehre von unbestimmten Rechtsbegriffen) **setzt voraus**

- Annahme, dass das geltende Recht auf jede Rechtsfrage eine konkrete Antwort gibt, die „gefunden“ werden muss (Verbot der Rechtsverweigerung/Annahme der „Vollständigkeit der Rechtsordnung“)
- Existenz eines Konsenses darüber, wie diese Antwort „methodengerecht“, d.h. juristisch korrekt zu finden ist (sog. „juristische Methodenlehre“ – hierzu später)
- Pflicht zur „methodisch-korrekten“ Begründung der getroffenen Entscheidung zur Sicherung der Überprüfbarkeit der „Richtigkeit“ der gefundenen Antwort

5. Exkurs: Das Ideal der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung

Ideal der **einzig richtigen**, sich aus dem Gesetz ergebenden **Entscheidung**
(als Grundlage der Lehre von unbestimmten Rechtsbegriffen)

- sichert Einheitlichkeit der Rechtsanwendung im Bundes- bzw. Landesgebiet, da am Ende ggf. die obersten Gerichte über die richtige Begriffsbestimmung (letztverbindlich) entscheiden – und dient damit auch der Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit behördlicher Entscheidungen)
- ermöglicht dem Gesetzgeber, bestimmte Begriffe als „Kurzform“ zur Umschreibung komplexer Sachverhalte gezielt einzusetzen
- ist dem Rechtsanwender weniger objektiv vorgegeben als subjektiv als „Leitidee der Richtigkeit“ (**regulative Idee**) aufgegeben (hierzu *Damler/Zeyher*, AcP 218 [2018], 905, 920 ff.)
- ist natürlich nicht unbestritten
- zusammenfassend [U. Stelkens, Festschrift für Maximilian Herberger, 2016, S. 895 ff.](#)

II. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes für die Leistungsverwaltung?

Gilt der Vorbehalt des Gesetzes im Verhältnis zum Bürger nur für die Eingriffsverwaltung oder schlechthin (**Lehre vom Totalvorbehalt**)?

- Die Frage war vor allen in den 1950er bis 1970er Jahren in Zusammenhang mit dem Subventionsrecht diskutiert worden.
- Befürworter der Lehre vom Totalvorbehalt wollten hiermit eine stärkere Verantwortung des Parlaments für die Subventionsvergabe erreichen und auch bessere Rechtsschutzmöglichkeiten für (erfolglose) Subventionsantragsteller sicherstellen
- Problem war, dass ein „Totalvorbehalt“ jegliche „gesetzesfreie Verwaltung“ – etwa auch im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge – ausgeschlossen hätte.
- Rechtsprechung hat die Lehre vom „Totalvorbehalt“ (auch im Subventionsrecht) immer abgelehnt (**nächste Folie**)

II. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes für die Leistungsverwaltung?

Praxis verfährt mit Billigung der Rechtsprechung betreffend eine Subventionierung aus Bundes- oder Landesmitteln i.d.R. wie folgt:

- Rechtsgrundlage für eine Subventionierung ist allein der Mittelansatz im Haushaltsplan (und damit kein materielles, sondern nur ein formelles Gesetz (hierzu **§ 3 A I des Kurses**)).
- Die in dem Haushaltsplan zum Ausdruck kommende parlamentarische Willensäußerung wird als ausreichende (aber auch notwendige) Grundlage zur Sicherstellung der demokratischen Legitimation der Subventionierung angesehen

BVerwG, VII C 6/57 v. 21.3.1958, Abs. 19 = BVerwGE 6, 282, 287; BVerwG, VII C 146.63 v. 12.6.1964 = BVerwGE 18, 352, 353; BVerwG, 3 C 111/79 v. 26.4.1979, Abs. 15 ff. = BVerwGE 58, 45, 49; BVerwG, VII C 59/75 v. 17.3.1977, Abs. 11 = NJW 1977, 1838

- Aber: Subventions-Haushaltsplanansatz muss durch Verwaltungsvorschriften konkretisiert sein, bevor Subventionen vergeben werden (Notwendigkeit eines sachgerechten „Verteilungsprogramms“, um eine willkürfreie Subventionsvergabe zu ermöglichen)

BVerwG, V C 176.62 v. 19.6.1963, Abs. 9 = DVBl 1963, 859; BVerwG, 3 C 6.95 v. 8.4.1997, Abs. 7 = BVerwGE 104, 220, 223; U. Stelkens, VVDStRL 71 [2012], S. 369, 380 f.

II. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes für die Leistungsverwaltung?

Einfachgesetzliche Erstreckung des Vorbehalts des Gesetzes auf die Leistungsverwaltung?

§ 31 SGB I

Vorbehalt des Gesetzes

Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuchs dürfen nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt.

- Regelungen wie [§ 31 SGB I](#) erstrecken letztlich mittels einfachen Rechts den Vorbehalt des Gesetzes auf die Leistungsverwaltung und schließen damit „gesetzesfreie Verwaltung“ aus
- Letztlich stellt in diesen Fällen der Verstoß gegen den einfachrechtlichen „Vorbehalt des Gesetzes“ einen Verstoß gegen den (verfassungsrechtlichen) **Vorrang des Gesetzes** dar.
- Darf der Gesetzgeber im Bereich der Leistungsverwaltung aber die gesetzesfreie Verwaltung ausschließen?

II. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes für die Leistungsverwaltung?

Fall: Ist eine Gemeinde wegen [§ 31 SGB I](#) daran gehindert, den Eltern bei der Geburt eines dritten oder weiteren Kindes eine Aufwendungsbeihilfe in Höhe von 500,-- Euro zu gewähren, weil es sich hierbei um einen Familienlastenausgleich handelt, der über das bundeseinheitlich im Bundeskindergeldrecht Geregelter hinausgeht? Wäre eine insoweit aus [§ 31 SGB I](#) hergeleitete Sperrwirkung für kommunale Leistungen mit der Garantie kommunaler Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar?

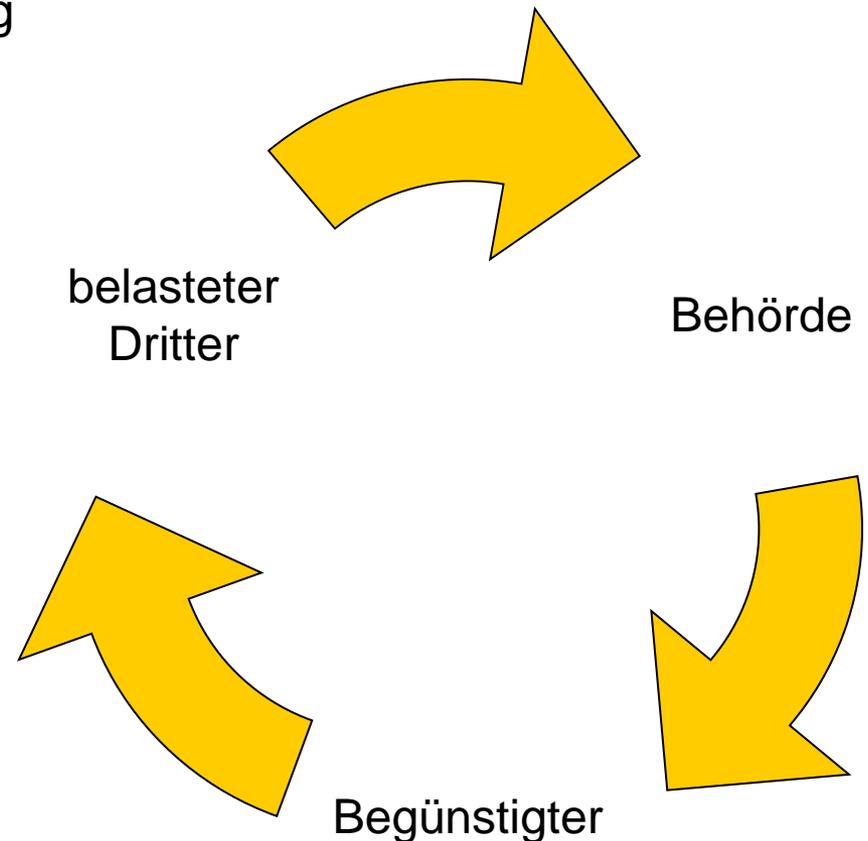
- [OVG Münster, 15 A 569/91 v. 19.1.1995](#) = NVwZ 1995, 718 ff. hält die Garantie kommunaler Selbstverwaltung im Bereich „kommunalen Familienlastenausgleichs“ nicht für einschlägig.
Kritisch hierzu *Jakobs/Machens*, NWVBI 1996, 1 ff.; ferner (etwas zu „launig“ für meinen Geschmack aber inhaltlich zutreffend): *Sendler*, NJW 1999, 2233 ff. und 2647 ff.
- Jedenfalls dürfte eine mit [§ 31 SGB I](#) vergleichbare Ausschlussregelung im Bereich der Wirtschaftsförderung das nach Art. 28 Abs. 2 GG Zulässige sprengen (vgl. hierzu den [Sanitäter-Fall](#)).

III. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen

Benötigt die Behörde für die Gewährung einer Leistung oder einer sonstigen Begünstigung an den Begünstigten nach dem Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage, wenn sich das so ermöglichte Verhalten des Begünstigten belastend auf einen Dritten auswirkt?

Ist die Belastung des Dritten ein „mittelbarer“ Eingriff der Behörde in dessen Grundrechte, der eine gesetzliche Grundlage nach dem Vorbehalt des Gesetzes erfordert?

Hat der Dritte einen Anspruch darauf, dass die Behörde nur gesetzlich vorgesehene Begünstigungen gewährt?



III. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen

Notwendigkeit einer gesetzliche Grundlage für Förderung Privater, deren Tätigkeit gegen Dritte gerichtet ist (und diese belastet)?

- [BVerwG, 7 C 21/90 v. 27.3.1992, Abs. 28 ff.](#) = BVerwGE 90, 112, 127: Eine „Jugendsekte“ kann sich dagegen wehren, dass die Bundesregierung ohne gesetzliche Grundlage einen Verein fördert, der sich die Bekämpfung von „Jugendsekten“ zur Aufgabe gemacht hat

Notwendigkeit einer gesetzliche Grundlage für wettbewerbsverzerrende Förderung Privater?

- OVG Berlin, OVG II B 86.74 v. 25.4.1975, Abs. 10 ff. = NJW 1975, 1938, 1940: Ein Presseunternehmen kann sich dagegen wehren, dass der Berliner Senat ohne gesetzliche Grundlage konkurrierende Presseunternehmen finanziell unterstützt, ohne „pressefreiheitsneutrale“ Förderkriterien gesetzlich festzulegen.
- [OVG Berlin-Brandenburg, OVG 6 B 19/11 v. 14.3.2012, Abs. 16 ff.](#) = NVwZ 2012, 1265 ff.: Eine finanzielle Förderung von Jugendorganisationen politischer Parteien bedarf einer gesetzlichen Grundlage mit transparenten Förderkriterien um die Chancengleichheit politischer Parteien herzustellen

III. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen

Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für wettbewerbsverzerrende Förderung Privater?

Lässt sich der Grundsatz, dass die Förderung von Presseunternehmen und politischen Parteien einer gesetzlichen Grundlage im Hinblick auf die Chancengleichheit konkurrierender Presseunternehmen/Parteien einer gesetzlichen Grundlage bedarf, auf jegliche Wirtschaftsförderung übertragen?

- So etwa [VG Darmstadt, 9 K 1230/07 v. 21.10.2009, Rn. 58 ff.](#) = NVwZ 2010, 1169, 1170: Keine Förderung ohne gesetzliche Grundlage schon dann, wenn hierdurch Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Wettbewerber eintreten
- **Problem:** Im Ergebnis kommt man damit letztlich für den Bereich der Subventionierung wieder zu einer Lehre vom Totalvorbehalt (siehe **§ 3 B II des Kurses**), weil (fast) jede Subventionierung zu Wettbewerbsverzerrungen führen dürfte, wenn sie nicht nach dem Gießkannenprinzip verteilt wird.

III. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen

Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Eingriffe trotz grundrechtlicher Schutzpflicht?

Fall: Vor Erlass des [Gentechnikgesetzes](#) im Jahre 1990 war für die Errichtung und den Betrieb einer gentechnischen Anlage i.d.R. allein eine einfache Baugenehmigung erforderlich, weil sich die Gentechnik erst zunehmend in den 1980er Jahren entwickelte und die hiermit verbundenen besonderen Gefahren auch erst in diesem Zusammenhang (auch in Deutschland) politisch diskutiert wurden. Die Hoechst AG beantragte auf dieser Grundlage eine Baugenehmigung für eine gentechnische Anlage, die ihr mit der Begründung verweigert wurde, der Staat sei verpflichtet, die Nachbarn und die Allgemeinheit vor den Gefahren solcher Anlagen zu schützen. Insoweit bestünde eine sogenannte grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG (was zutrifft), so dass ausgeschlossen sei, dass das Vorhaben genehmigt werden könne, bevor der Gesetzgeber nicht ein Gesetz erlassen habe, dass die Genehmigung von gentechnischen Anlagen und die insoweit zu beachtenden Sicherheitsanforderungen besonders gesetzlich ausgestalte.

„Lösung“ nächste Folie

III. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen

Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Eingriffe trotz grundrechtlicher Schutzpflicht?

[VGH Kassel, 8 TH 685/89 v. 6.11.1989, Abs. 31 ff.](#) = NJW 1990, 336 ff.

„31. Der Senat ist der Auffassung, daß Anlagen, in denen mit gentechnischen Methoden gearbeitet wird, nur aufgrund einer ausdrücklichen Zulassung durch den Gesetzgeber errichtet und betrieben werden dürfen. Dies folgert er aus der Schutzpflicht des Gesetzgebers, die auch auf dem Gebiet der Gentechnologie jedenfalls für die - wie hier - durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Rechtsgüter z.B. der Antragsteller besteht [...].“

- Dies ist eine Umkehrung des Grundsatzes „Alles ist erlaubt, so lange es nichtgesetzlich verboten ist“ , jedenfalls bei potentiell gefährlichen Tätigkeiten.
- Der Ansatz des VGH Kassel ist daher zu Recht in der Literatur abgelehnt worden (und es sind auch keine ähnlichen Fälle mehr bekannt geworden):

Siehe etwa *Gersdorf*, DÖV 1990, 514 ff.; *Hirsch*, NJW 1990, 1445 ff.; *Rose*, DVBI 1990, 279 ff.; *Sendler*, NVwZ 1990, 231 ff.