

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 166

Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen

Eine konkurrenzdogmatische Untersuchung aus der Sicht des Verhältnisses
von Anfechtungsklage (§§ 42, 113 VwGO) und verwaltungsgerichtlicher
prinzipaler Normenkontrolle (§ 47 VwGO)

Von

Olaf-Roman Baron von Engelhardt



Duncker & Humblot · Berlin

OLAF-ROMAN BARON VON ENGELHARDT

Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 166

Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen

**Eine konkurrenzdogmatische Untersuchung aus der Sicht des Verhältnisses
von Anfechtungsklage (§§ 42, 113 VwGO) und verwaltungsgerichtlicher
prinzipialer Normenkontrolle (§ 47 VwGO)**

Von

Dr. jur. Olaf-Roman Baron von Engelhardt



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

**Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany**

ISBN 3 428 02501 6

Dunkie of Wistonhall

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
A. Gegenstand und Abgrenzung der Arbeit	11
B. Gang der Untersuchung	17
ERSTER TEIL	
„Das Verhältnis“ als Problem einer Verfahrens- konkurrenz. Typologisierung	20
Erstes Kapitel	
Das Verhältnis im engeren Sinne (sog. aktuelle Konkurrenz)	24
<i>Erster Abschnitt: Nebeneinander von verwaltungsgerichtlicher prinzipialer Normenkontrolle (§ 47 VwGO) und Anfechtungsklage (§§ 42, 113 Abs. 1 VwGO) (sog. kumulative Konkurrenz)</i>	24
I. Fallgruppe: VA auf der Ermächtigungsgrundlage einer vollzugs- unfähigen — vollzugsfähigen — vollzugsbedürftigen Rechtsnorm er- gangen	34
1. Erste Untergruppe: VA noch nicht unanfechtbar	35
2. Zweite Untergruppe: VA ist unanfechtbar	37
<i>Zweiter Abschnitt: Divergenz zwischen Form und Inhalt einer behörd- lichen Maßnahme (sog. alternative Konkurrenz)</i>	40
I. Maßnahme ergeht formell als Rechtsnorm, materiell als VA	41
II. Maßnahme ergeht formell als VA, materiell als Rechtsnorm	44
III. Maßnahmen mit sog. Doppelnatur	44
IV. Behördliche Mitwirkungsakte im Rechtsetzungsverfahren	46
Zweites Kapitel	
Das Verhältnis im weiteren Sinne (sog. potentielle Konkurrenz)	52
<i>Fallgruppe: Auf der Ermächtigungsgrundlage der vollzugsunfähigen — vollzugsfähigen — vollzugsbedürftigen Rechtsnorm ist (noch) kein VA ergangen</i>	52

ZWEITER TEIL

Die materiellrechtliche Eingriffsstruktur von VA/Rechtsnorm und der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch bei Statusverletzungen als Ausfluß einer allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundnorm (sog. s u b j e k t i v - ö f f e n t l i c h e r Reaktionsanspruch)	55
<i>Erstes Kapitel</i>	
Allgemeines	56
I. VA und Rechtsnorm in der dualistischen Formtypik hoheitlichen Handelns	56
II. VA und Rechtsnorm in der Rechtsquellenlehre	67
<i>Zweites Kapitel</i>	
Der subjektiv-öffentliche Reaktionsanspruch Rechtsgrund und Ausgestaltung	74
<i>Erster Abschnitt: Die Frage nach dem Reaktionsanspruch</i>	75
I. Rechtstheoretische Grundlagen: Gesetzmäßigkeitsprinzip und subjektive öffentliche Rechte	75
II. Die subjektiven öffentlichen Rechte im Klagesystem der VwGO	80
<i>Zweiter Abschnitt: Der Rechtsgrund des Reaktionsanspruchs</i>	85
<i>Dritter Abschnitt: Ausgestaltung des Reaktionsanspruchs im einzelnen</i>	90
I. Tatbestandsseite	90
1. Der Eingriff	91
a) Die Eingriffsfunktion des VA	91
b) Die Eingriffsfunktion der Rechtsnorm	92
aa) Das „heterogene“ Vollzugsmoment in der rechtsstaatlichen Norm	94
bb) Eingriffskriterien und Vollzugsproblem	98
2. Der „status“ als geschützte Rechtsposition und Eingriffsgegenstand	102
3. Der Verstoß gegen das Gesetzmäßigkeitsprinzip als rechtswidrig- keitskonstituierende Eingriffshandlung	106
II. Die Rechtsfolgeseite	107
1. Inhalt des Reaktionsanspruchs	108
2. Umfang des Reaktionsanspruchs	111
III. Anspruchsgegner	112

DRITTER TEIL

Die Rechtsschutzfunktion der verwaltungsgerichtlichen prinzipalen Normenkontrolle (§ 47 VwGO)	113
--	-----

<i>Erstes Kapitel</i>	
Allgemeines	114
I. Mögliche Verfahrensfunktionen	114
II. Richtige Fragestellung und Vorbemerkungen zur Lösungsmethode ..	117

Zweites Kapitel

Rechtsschutz gegen Rechtsnormen: Begründung und Verfahren	122
<i>Erster Abschnitt: Das prozessuale Leitbild der Verfassung</i>	122
I. Art. 19 Abs. 4 GG als verfassungsrechtliche Grundnorm und Ausgangspunkt der Lösung	124
1. Der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in Art. 19 Abs. 4 GG: Rechtsschutz auch gegen Rechtsnormen	126
2. Einschränkung des Art. 19 Abs. 4 GG bei seiner Anwendung auf Rechtsetzungsakte	129
II. Begründung des Rechtsschutzes gegen „unmittelbar wirkende“ Verwaltungsrechtsnormen aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ..	141
<i>Zweiter Abschnitt: Rechtsschutzverwirklichung (nur) im prinzipalen Normenprüfungsverfahren</i>	145
I. Allgemeinverbindlichkeit der abweisenden und/oder stattgebenden Rechtsschutzenscheidung. Gerichtsmonopol	145
1. Allgemeinverbindlichkeit	145
2. Gerichtsmonopol	159

Drittes Kapitel

§ 47 VwGO als Rechtsschutzverfahren bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsnormen	160
I. Inhaltsermittlung und verfassungskonforme Auslegung	161
1. Versagen der üblichen Interpretationsregeln	161
2. Rechtsschutzfunktion des § 47 VwGO als Ergebnis einer durch Art. 19 Abs. 4 GG geforderten verfassungskonformen Auslegung ..	176
3. Lesart des § 47 VwGO nach verfassungskonformer Auslegung: Rechtsschutz (Personenantragsrecht) und Beanstandung (Behördenantragsrecht) als jeweilige Primärfunktionen in einem kombinierten Verfahren	192
II. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung des § 47 VwGO nach verfassungskonformer Auslegung	196
1. Wesen S. 197 — 2. Klagesystematische Einordnung S. 199 — 3. Gerichtsbarkeitsklausel S. 203 — 4. Verhältnis zu § 40 VwGO S. 203 — 5. Maßstabsrecht (Vorbehaltensklausel; Prüfungsmaßstab; Vorschaltrechtsbehelf i. S. des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) S. 204 — 6. Vorläufiger Rechtsschutz (Suspensiveffekt; einstweilige Anordnung) S. 214 — 7. Normenkontrollantrag S. 224 — 8. Antragsbefugnis S. 225 — 9. Rechtsschutzbedürfnis S. 230 — 10. Antragsfrist S. 231 — 11. Antragsgegner S. 232 — 12. Beiladung S. 233 — 13. Verfahrensbeendigung durch Prozeßhandlung (Rücknahme; Verzicht; Vergleich; Erledigung der Hauptsache; Anerkenntnis) S. 234 — 14. Umdeutung und Verweisung S. 239 — 15. Prüfungsumfang S. 240 — 16. Rechtskraftwirkung S. 241 — 17. Entscheidungstenor S. 241 — 18. Revision S. 242 — 19. Kosten S. 242	

VIERTER TEIL

Der Rechtsschutz in den Ländern o h n e verwaltungsgerichtliche principale Normenkontrolle	244
I. Rechtslage de lege lata	244
II. Folgerung de lege ferenda nach verfassungskonformer Auslegung des § 47 VwGO: Einführung der verwaltungsgerichtlichen principalen Normenkontrolle	249
1. Verpflichtung des B u n d e s gesetzgebers	252
2. Verpflichtung des L a n d e s gesetzgebers	257

FÜNFTER TEIL

Das anzustrebende „Verhältnis“ im Rechtsschutzsystem der VwGO — Lösung der Konkurrenzproblematik an Hand der zuvor gebildeten Falltypen	263
--	-----

Erstes Kapitel

Das Verhältnis im engeren Sinne (sog. a k t u e l l e Konkurrenz)	264
--	-----

<i>Erster Abschnitt: Nebeneinander von verwaltungsgerichtlicher principaler Normenkontrolle (§ 47 VwGO) und Anfechtungsklage (§§ 42, 113 VwGO) (sog. k u m u l a t i v e Konkurrenz)</i>	264
--	-----

I. F a l l g r u p p e : VA auf der Ermächtigungsgrundlage einer vollzugsunfähigen — vollzugsfähigen — vollzugsbedürftigen Rechtsnorm er- gangen	264
1. Erste Untergruppe: VA noch nicht unanfechtbar	264
a) Welcher Rechtsbehelf: Anfechtungsklage (§§ 42, 113 VwGO) oder/und verwaltungsgerichtliche principale Normenkontrolle (§ 47 VwGO)?	264
b) Ergebnismodifizierung bei negativem Ausgang des als zulässig erkannten Verfahrens (Anfechtungsklage) bzw. im Falle der Verfahrensbeendigung durch Prozeßhandlung?	282
2. Zweite Untergruppe: VA ist unanfechtbar	287

<i>Zweiter Abschnitt: Divergenz zwischen Form und Inhalt einer behördlichen Maßnahme (sog. a l t e r n a t i v e Konkurrenz)</i>	290
--	-----

Zweites Kapitel

Das Verhältnis im weiteren Sinne (sog. p o t e n t i e l l e Konkurrenz)	295
---	-----

<i>F a l l g r u p p e : Auf der Ermächtigungsgrundlage der vollzugsunfähigen — vollzugsfähigen — vollzugsbedürftigen Rechtsnorm ist (noch) k e i n VA ergangen</i>	295
---	-----

Literaturverzeichnis

298

Abkürzungsverzeichnis

AGVwGO	Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung
Amtl. Begr.	Amtliche Begründung
AS	Amtliche Sammlung
bad.-württ. (Bad.-Württ.)	baden-württembergisch
BaWüVBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
bay. (Bay)	bayerisch
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayBgm.	Der Bayerische Bürgermeister
Beschl.	Beschluß
brem.	bremisch
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BV	Bayerische Verfassung
E	Entscheidung
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofes
Ges.	Gesetz
hamb.	hamburgisch
hess. (Hess)	hessisch
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
K.	Konkurrenz
NK	Normenkontrolle
OVG	Oberverwaltungsgericht
RegEntw.	Regierungsentwurf
rh.-pf. (Rh.-Pf.)	rheinland-pfälzisch
Rspr.	Rechtsprechung
schl.-h. (Schl.-H.)	schleswig-holsteinisch
VA	Verwaltungsakt
Verf.	Verfasser
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz. Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in: Bayern: Gesetz Nr. 39 vom 25. 9. 1946 (GVBl. S. 281) Bremen: Gesetz vom 5. 8. 1947 (GBI. S. 171) Hessen: Gesetz vom 31. 10. 1946 (GVBl. S. 194) i. d. F. vom 30. 6. 1949 (GVBl. S. 137) Württemberg-Baden: Gesetz Nr. 110 vom 16. 10. 1946 (RegBl. S. 221)

VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGH n. F.	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, neue Folge
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung i. d. F. vom 21. Januar 1960
Wahlp.	Wahlperiode

Im übrigen wird auf das Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache von H. Kirchner, 2. Aufl., Berlin 1968 Bezug genommen. Weitere Abkürzungen und die Zitierweise ergeben sich aus dem Literaturverzeichnis.

Einleitung¹

A. Gegenstand und thematische Abgrenzung der Arbeit

Es mag noch zum Zeitpunkt der Geltung des § 25 der südd. VGGe und vielleicht sogar auch noch in der ersten Phase nach Inkrafttreten der VwGO im Jahre 1960 berechtigt gewesen sein, dem (Konkurrenz-)Verhältnis von Anfechtungsklage und verwaltungsgerichtlicher Normenkontrolle keine größere Beachtung zu schenken². Denn einmal stand man vor der richtigen Erkenntnis, daß die beiden unserem Rechtsschutzsystem zugrunde liegenden Verfahrensfunktionen des Rechtsschutzes und der Beanstandung sich ungehindert nebeneinander entfalten und somit keiner konkurrenztechnischen Kollisionsregel beugen, zum anderen gingen Schriftum und Judikatur damals fast einmütig von der rechtsdogmatischen Qualifizierung der §§ 25 VGG, 47 VwGO als objektive Beanstandungsverfahren aus. Die Folge war, daß sich jede Konkurrenzproblematik schon von vornherein auf den (lediglich) prozeßökonomischen Aspekt einer etwaigen Aussetzungspflicht oder Aussetzungsbefugnis des mit der Anfechtungsklage gegen den Normanwendungsakt³ (hier: VA) befaßten Inzidentrichters verengen mußte.

Dabei wäre der frühzeitige Einstieg zu weitergehender Problemschau durchaus vorhanden gewesen. Gedacht ist an die lebhafte Diskussion um die Frage, ob die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle dadurch berührt wird, daß der Normbetroffene bereits vor Antragstellung in Anwendung der für ungültig erachteten Norm einen Rechtsnachteil *erlitten* hat; in diesem Zusammenhang wurde dann auch

¹ Aus aufbautechnischen und stilistischen Gründen sollen die in der Einleitung gemachten Ausführungen ohne nähere Begründung und unter weitgehendem Verzicht auf Literaturangaben erfolgen. Beides kann im Verlaufe der Untersuchung besser platziert und ausführlicher an gegebener Stelle nachgeholt werden. Eine Ausnahme gilt nur für besonders wichtige, dem besseren Verständnis des Lesers dienende Erläuterungen.

² In das Jahr 1960 fällt dann aber schon der bedeutsame Beschuß des BVerfG v. 22. 6. 1960 (E 11, S. 232 ff. = DVBl. 1961, S. 749), worin überzeugend dargetan wird, daß das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren gem. § 25 VGG den Anforderungen genügt, die an einen Rechtsweg i. S. des Art. 19, Abs. 4 GG zu stellen sind.

³ Synonym für „Normvollzugsakt“ gebraucht, da sich beide Ausdrücke fest im Sprachgebrauch eingebürgert haben und auch terminologisch unschädlich sind.

Strafe, Bußgeldbescheid oder Verwaltungszwang werden ggf. als „Sanktion“ oder „Sanktionsakt“ bezeichnet.

noch zwischen der Anfechtbarkeit und der Unanfechtbarkeit des normvollziehenden VA unterschieden. Diesen Meinungsstreit hießt man schließlich mit der gegenüber seinem Vorgänger erweiterten und angeblich nur klarstellenden Fassung der „Nachteil“-Klausel in § 47 VwGO für erledigt. Inkonsistent mußte es freilich bleiben, wenn unter *Rechtschutzbedürfnisgesichtspunkten* von einigen Stimmen für den unanfechtbaren VA eine Ausnahme zugelassen wurde.

Aber auf Einzelheiten kommt es hier noch nicht an, läßt sich doch schon jetzt die Feststellung treffen, daß eine rechtssystematische Bestandsaufnahme des „Verhältnisses“ nach Lage der Dinge jedenfalls nicht unausweichlich erschien. Für solche Zurückhaltung war aber spätestens dann kein Grund mehr vorhanden, als sich in der Spruchpraxis der vom Landesgesetzgeber mit der Durchführung von Normenkontrollverfahren betrauten Verwaltungsgerichtshöfe (VGH) bzw. Oberverwaltungsgerichte (OVG) der Länder⁴, aber auch in der neueren Literatur, eine nun nicht mehr länger zu übersehende Tendenz abzeichnete, die Bestimmung des § 47 VwGO immer häufiger und nach den gezogenen Konsequenzen intensiver mit dem Rechtsschutzgedanken in Verbindung zu bringen.

Denn dient § 47 VwGO — und auf dieser entscheidenden Prämissen baut die ganze vorliegende Konkurrenzuntersuchung auf — tatsächlich dem Rechtsschutz des Bürgers gegen normatives Unrecht, so sind Anfechtungsklage und Normenkontrolle bereits tief im Konkurrenzdogma verstrickt. Um nur die Grundzellen der Konkurrenztypologisierung anzudeuten: (1) Der von Norm und normindividualisierendem Vollzugsakt gleichzeitig in seiner geschützten Rechtssphäre beeinträchtigte Bürger kann Rechtsschutz gegen die ungültige Norm auf zweifache Weise erlangen, nämlich einmal durch den prinzipiellen Angriff auf die Norm im Verfahren des § 47 VwGO, daneben aber auch durch die uneingeschränkte Geltendmachung der Normwidrigkeit im Inzidentprozeß gegen die Normanwendung. (2) Bei Zweifeln hinsichtlich der rechtsdogmatischen Einordnung einer hoheitlichen Handlung nach den von der Rechtsaktslehre entwickelten formellen und materiellen Abgrenzungskriterien als Norm oder VA braucht die Rechtsnaturbestimmung nicht mehr unter dem Deckmantel der auf den VA als Angelpunkt des ganzen Rechtsschutzsystems abstellenden sog. Zweckschöpfungsthese (Verwaltungsakt als am Rechtsschutzbedürfnis ausgerichtete Zweckschöpfung des Prozeßrechts) zu Lasten einer funktionstüchtigen Rechtsaktsdogmatik manipuliert zu werden. (3) Der Angriff gegen die noch nicht durch

⁴ Das sind hier die VGH der Länder Baden-Württemberg, Bayern und Hessen sowie die OVG von Bremen und Schleswig-Holstein (OVG Lüneburg). Die übrigen Bundesländer haben die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle des § 47 VwGO nicht eingeführt (dazu ausführlich im vierten Teil).

einen VA konkretisierte rechtswidrige Norm wird mit der Bereitstellung eines dem Effektivitätsgebot des Art. 19 Abs. 4 GG genügenden Rechts-schutzverfahrens gegen Rechtsvorschriften aus dem Zwangskorsett der sog. Abwartungspflicht befreit, wie sie einmal beruht auf der längst nicht mehr zeitgerechten Vorstellung einer durchgängigen Zweistufigkeit der Rechtsverwirklichung in der Weise, daß jede Norm zur Entfaltung ihrer Rechtserheblichkeit auf einen — jetzt selbständigen mit Rechts-behelfen anfechtbaren — Vollzugsakt (VA) angewiesen sei⁵; dieser treffend als „Vollzugsakttheorie“ bezeichneten⁶ Konzeption kann aber auch der Versuch zugerechnet werden, das Problem der aus handfesten Rechtsschutzerwägungen nicht mehr herauszuhaltenen materiellrechtlichen Eingriffsstruktur der Norm mit Hilfe eines nach Begriff und Anwendungsrahmen überdehnten Rechtsschutzbedürfnisses zu lösen. Inwieweit sich hier in der Ablehnung oder doch nur sehr zaghaften Anerkennung eines notwendigen Rechtsschutzes gegen Rechtsnormen neben solchen rechtstheoretischen und rechtspolitischen Argumenten auch noch andere Aspekte und Tendenzen zusammenfinden, ist vorerst für Details nur zu fragen; jedenfalls spielt sicherlich auch die auf das System Otto *Mayers* zurückgehende dominierende Stellung des VA im materiellen Verwaltungsrecht mit hinein: Er ist der einzige denkbare Endpunkt materiellrechtlicher Betroffenheit und damit auch Anknüpfungspunkt für die Logik des Rechtsschutzes⁷; schließlich wirkt vielleicht auch eine gewisse Resignation vor den Schwierigkeiten der Problembewältigung hemmend nach⁸.

Das alles kann hier wie gesagt noch dahinstehen. Es dürfte aber bereits klar geworden sein, daß mit der „Entdeckung“ der Norm als materiellrechtlich relevantes Eingriffsphänomen und als prozessual bedeutsamer Gegenstand gerichtlichen Rechtsschutzes VA und Anfechtungsklage immer dort auf ihre Ausgangspositionen zurückgedrängt werden müssen,

⁵ So etwa *Obermayer*, DVBl. 1965, S. 627.

⁶ So *Bartlspurger*, DVBl. 1967, S. 368 in Gegenüberstellung zur „Vollzugs-normtheorie“ (S. 369).

⁷ Dazu *Bachof* (Entwicklungstendenzen, S. 9): „Denn die Verneinung der Verwaltungsakteigenschaft einer Maßnahme bedeutete praktisch zugleich die Verneinung des Rechtsschutzes; also wurde im Zweifel überall dort, wo die Rechtsprechung einen Rechtsschutz der Sache nach für geboten hielt, die Eigenschaft als Verwaltungsakt bejaht“; besonders eindringlich formuliert *Mörtel* (Auswirkungen, S. 150) diese Tendenz: der Satz „Wenn ein Verwaltungsakt vorliegt, ist verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegeben“, habe sich in den Satz umgekehrt: „Weil verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren ist, muß auch ein Verwaltungsakt vorliegen“ (notfalls „gefunden“ oder konstruiert werden).

Ferner sinngemäß *Maurer*, Festschrift, S. 276; *Forsthoff*, DVBl. 1957, S. 113. Die Erweiterung des Klagekatalogs durch die §§ 40 ff. VwGO müßte auch für den normativen Rechtsschutz Fanal sein!

⁸ *Maurer*, a. a. O., S. 275.