

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VI
Einleitung	1
Teil 1: Methodische Vorüberlegungen: Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht – Anforderungen, Schichten und Begriffe	5
Kapitel 1: Die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht: verfassungsrechtswissenschaftliche Anforderungen	7
I. <i>Gebot der intersubjektiven Überprüfbarkeit</i>	8
II. <i>Gebot einer geeigneten, erforderlichen und zulässigen Begründung</i>	8
1. Eignung	9
2. Erforderlichkeit – „Sparsamkeitspostulat“	9
3. Zulässigkeit	10
4. Wahrung eines „höchstmöglichen Begründungsniveaus“	11
a) Umgang mit dem unendlichen Begründungzwang und dem „Münchhausen-Trilemma“	11
b) Unzureichender Einwand: fehlendes letztes Begründungsglied und fehlende absolute Gewissheit	12
c) Empfehlung zur Anreicherung eines „wissenschaftseigenen“ Vorverständnisses	14
5. Zwischenergebnis	14
III. <i>Gebot zur Berücksichtigung der hermeneutischen Verstehensbedingungen des Rechts</i>	14
1. Vorüberlegung: Recht als taugliche Grenze für die Bewertung der Zulässigkeit von Argumenten?	15
2. Gewährleistung einer Argumentation mit Blick auf das Recht als einen der Rechtsgewinnung auch vorgegebenen Erkenntnisgegenstand	17

3 Berücksichtigung des Situationsbezugs rechtlicher Erkenntnisse	19
4 Anreicherung eines rechtsgebietseigentümlichen Vorverständnisses	19
<i>IV Gebot zur Berücksichtigung der Entstehungsbedingungen des Rechts</i>	21
1 Herausgehobene Bedeutung des positiven Rechts für die Rechtsgewinnung	21
a) Positives Recht als vorrangige Quelle für die Rechtsgewinnung	22
b) Kodifikation des Verfassungsrechts	23
c) Begründung ungeschriebenen Rechts speziell für das Verfassungsrecht	25
aa) Anforderungen an die Begründung ungeschriebenen Rechts speziell für das Verfassungsrecht	26
bb) Beispiel Ungeschriebener Rechtsgrundsatz der Effektivität	27
d) Anwendung des positiven Rechts durch autonome Rechtsgewinnungsakte	28
e) Zwischenergebnis	32
2 Bestimmung des Inhalts des Rechts entsprechend dem Willen des Rechtsetzers	34
3 Vorrang für kleinteilige rechtliche Aussagen	38
<i>V Gebot zur Berücksichtigung der Anwendungsorientierung des Rechts</i>	40
1 Bereitstellung anwendungsfähiger Aussagen mit Blick auf den konkreten Fall	41
2 Bereitstellung bewahrter Problemlosungskategorien	42
3 Zwischenergebnis	42
<i>VI Zusammenfassung und Zwischenergebnis</i>	43
1 Elf Anforderungen an die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht	43
2 Spannungsverhältnis zwischen den Anforderungen an die Rechtsgewinnung	44
3 Auflösung des Spannungsverhältnisses durch verschiedene Schichten der Rechtsgewinnung	46
Kapitel 2 Die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht	
Schichten und Begriffe	51
<i>I Die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht Schichten</i>	51
1 Rechtstheoretische Schicht	52

a) Funktionen einer rechtstheoretischen Schicht	52
aa) Vorverständnisfunktion	52
bb) Erklärungs- und Theoriespeicherfunktion	52
cc) Analyse- und Systematisierungsfunktion	53
dd) Transformationsfunktion	55
ee) Orientierungsfunktion	57
ff) Begründungsfunktion	57
b) Verfassungstheoretisches System des Grundgesetzes als rechtstheoretische Schicht der Verfassung	58
2. Rechtsnormative Schicht	60
3. Rechtspraktische Schicht	61
<i>II. Die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht: Begriffe</i>	64
1. Theoriebegriffe	64
a) Konstruktion	65
aa) 1. Stufe: Normative Impulse des Normmaterials	66
bb) 2. Stufe: Ergänzung durch theoretische Erkenntnisse	66
cc) 3. Stufe: Abstimmung theoretischer Erkenntnisse auf das konkrete rechtliche System	68
b) Anwendung	71
aa) Akzessorietät und Subsidiarität gegenüber Rechtsbegriffen	71
bb) Grad normativer Erheblichkeit	75
c) Dem Theoriebegriff zuzuordnende dogmatische Kategorien	76
d) Beispiele	79
2. Rechtsbegriffe	80
a) Rechtsnormen und Rechtsbegriffe	81
b) Anwendung	83
c) Konstruktion	83
d) Abgrenzung des Rechtsbegriffs zu anderen Kategorien in der Rechtswissenschaft	84
e) Beispiele	85
3. Speicherbegriffe	86
a) Funktion	86
b) Konstruktion	87
c) Anwendung	88
d) Beispiele	90
4. Weitere Begriffstypen außerhalb des Vorgangs der Rechtsgewinnung	91
a) Ordnungsbegriffe	91
b) Beschreibungsbegriffe	93
c) Heuristikbegriffe	94
5. Verhältnis der Begriffstypologie zu übrigen Kategorienbildungen .	95

a) Verhältnis zur Dichotomie von Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung	95
b) Verhältnis zu den klassischen Auslegungsmethoden	96
c) Verhältnis zur Prinzipientheorie Robert Alexys	96
<i>III. Mehrwert des Schichtenmodells und der Begriffstypologie für die Rechtsgewinnung</i>	97
<i>IV. Zusammenfassung</i>	103
 Teil 2: Die grundgesetzliche Theorie der Regierung	105
 Kapitel 3: Das Regierungsorgan	107
<i>I. Die Bundesregierung als politische Regierung</i>	107
1. Vorbemerkungen: Die Politik im Recht	107
2. Das „Politische Amt“ der Mitglieder der Bundesregierung	111
a) Funktionsbedingtheit des Amtscharakters	111
b) Spezifischer Amtscharakter der Bundesregierung	112
aa) Gestaltungsfreiheit	112
(1) Gestaltungsfreiheiten als Entscheidungsspielräume mit originärer Zwecksetzungskompetenz	112
(2) Kein überzeugendes Gegenargument: Gemeinwohl- verpflichtung	114
(3) Kein überzeugendes Gegenargument: Gestaltungs- freiheiten als lediglich quantitatives „Mehr“ an Entscheidungsspielräumen	115
bb) Institutionelle Rahmenbedingungen	118
(1) Wahl- und Ernennungsakt	118
(2) Normativ angelegte fehlende Unterscheidung von Amt und Amtsperson	119
c) Zwischenergebnis	120
<i>II. Die Bundesregierung als parteipolitische Regierung</i>	122
1. Keine Trennung von Regierung und Partei	122
2. Kein überzeugendes Gegenargument: Inkompatibilitätsregelung des Art. 66 GG	126
3. Kein überzeugendes Gegenargument: Trennung von Staat und Gesellschaft	127
4. Kein zwingendes Gegenargument: Anforderungen des Amtes an die Gemeinwohlkonkretisierung	128
5. Zwischenergebnis: Parteipolitische Bundesregierung	132

<i>III. Die Bundesregierung als Bestandteil des Dualismus von Regierung und Opposition</i>	133
1. Parteipolitische Überlagerung des Bundestages	133
2. Parlamentsfunktionen	136
a) Kreationsfunktion	136
b) Kontrollfunktion	136
c) Legislativ- und Haushaltsfunktion	139
d) Öffentlichkeits- und Integrationsfunktion	141
e) Zwischenergebnis	142
3. Grundgesetzliches Demokratieprinzip: Mehrheit und Minderheit .	142
4. Zwischenergebnis – zugleich: Regierung und Opposition als verfassungsrechtlich erwarteter Dualismus	144
<i>IV. Die Bundesregierung als selbstständiger Akteur im Regierungsverbund</i>	149
1. Eigenständige verfassungsrechtliche Konstituierung, getrennte verfassungsrechtliche Befugnisse	150
2. Gleichheit des Mandats (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG)	151
3. Raum für Selbstständigkeit der Bundesregierung	151
a) Konstruktives Misstrauensvotum (Art. 67 GG), Vertrauensfrage (Art. 68 GG) und Gesetzgebungsnotstand (Art. 81 GG)	151
b) Vetorecht für ausgabenerhöhende oder einnahmenvermindernde Gesetzesvorschläge (Art. 113 GG)	155
c) Anwesenheits- und Rederecht (Art. 43 Abs. 2 GG)	155
d) Zwischenergebnis	156
4. Keine Parlamentssuprematie	157
<i>V. Die Bundesregierung als parlamentarisch verantwortliche Regierung</i>	162
1. Abhängigkeit vom parlamentarischen Vertrauen	163
2. Selbstständige Kompetenzausübung und parlamentarische Verantwortlichkeit	164
<i>VI. Zwischenergebnis</i>	165
Kapitel 4: Die Regierungsfunktion	167
<i>I. Regierungsfunktion – Existenz, Inhalt und normativer Status in der Rechtswissenschaft</i>	168
1. Vom umfassenden zum engen, vom negativen zum positiven Regierungsbegriff	169

a) Unterscheidung von Staats- und Regierungstätigkeit und beginnende Verengung des Regierungsbegriffs	169
b) Weitere Verengung des Regierungsbegriffs	171
c) Positive Bestimmungsversuche des Regierungsbegriffs	172
d) Geringe Befassung mit der Regierung	173
2. Regierung als Staatstätigkeit qualitativ eigener Art	175
a) Regierung als Politik (Smend)	176
b) Regierung als politische Staatsführung (Scheuner)	178
c) Regierungsakte als Ermessensakte des Verfassungsrechts (Kassimatis)	179
3. Regierung als Hoheitstätigkeit allenfalls quantitativ eigener Art	181
a) Regierung als Verwaltung (Kelsen und Merkl)	181
b) Regierungslosigkeit des Grundgesetzes (Frotscher)	182
4. Zusammenfassung – zugleich: die heute herrschende Lehre und Rechtsprechung unter dem Grundgesetz	183
a) Herrschende Lehre	184
b) Materielle Regierung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	187
aa) Regierungsfunktion	187
bb) „Staatsleitung“ als Bestandteil einer Regierungsfunktion .	189
cc) Zusammenfassung	190
5. Bewertung: Regierung – rechtlich unerheblicher Begriff oder Rechtsbegriff?	191
<i>II. Regierungsfunktion – Existenz, Inhalt und normativer Status nach hier vertretener Auffassung</i>	194
1. Regierungsfunktion als Bestandteil des verfassungstheoretischen Systems des Grundgesetzes	194
a) Normativer Ausgangspunkt	195
aa) Wortlaut und Systematik	195
bb) Entstehungsgeschichte	196
b) Theoretische Erkenntnisse zur Gewaltenteilung	198
aa) Idee der Gewaltenteilung	198
bb) Schlussfolgerungen für die einzelnen Staatsfunktionen .	200
cc) Möglicher Anwendungsbereich einer etwaigen Regierungsfunktion	201
c) Abgleich und Abstimmung mit den konkreten Vorgaben des Grundgesetzes	204
aa) Institutionelle Rahmenbedingungen, insbesondere Entscheidungsträger und Entscheidungsumfeld von Bundesregierung und Verwaltungsbehörden	205
bb) Aufgaben und Befugnisse	214

	<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XV
cc) Die grundgesetzliche Regierungsfunktion und der Bundesrat	216	
(1) Der Bundesrat als Inhaber einer Alternativ- oder Teilregierung?	217	
(2) Die grundgesetzliche Regierungsfunktion und die Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates	220	
dd) Die grundgesetzliche Regierungsfunktion im Lichte der Verflechtung der Rechtserzeugung von Landern, Bund und Union	221	
d) Zwischenergebnis	224	
aa) Regierung und Verwaltung	224	
bb) Regierung und Verwaltung – politisch-demokratischer und burokratisch-rechtsstaatlicher Bereich	228	
cc) Regierung und Verwaltung – Demokratie und Rechtsstaat	229	
dd) Exkurs Regierungsfunktion im Unionsrecht	230	
2 Regierungsfunktion als Rechtsbegriff?	231	
3 Regierungsfunktion als Speicherbegriff	233	
a) Begriff	233	
b) Dogmatischer Mehrwert eines solchen Begriffs	235	
aa) Typischerweise keine gesetzliche Erlaubnispflicht noch gesetzliches Zugriffsrecht	236	
(1) Gesetzliche Erlaubnis für das Tätigwerden (Vorbehalt des Gesetzes)	236	
(2) Gesetzliches Zugriffsrecht	237	
bb) Typischerweise geringe materiell-rechtliche Determination	238	
cc) Typischerweise keine Eroffnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	238	
c) Zwischenergebnis	239	
4 Aufgaben und Funktion der „Staatsleitung“	239	
<i>III Zwischenergebnis I Regierungsfunktion</i>	241	
<i>IV Zwischenergebnis II Die grundgesetzliche Theorie der Regierung</i>	244	
 Teil 3 Die Anwendung der grundgesetzlichen Theorie der Regierung		247
 Kapitel 5 Bundesregierung zwischen Parlament, Opposition und Verwaltung		249
<i>I Bundesregierung und Bundestag</i>	249	
1 Die Aufgaben der Bundesregierung	249	

a) Keine ungeschriebene vorausgesetzte Gesamtaufgabe	249
b) Bewährung für typische Regierungsaufgaben	253
aa) Vorausschau und Planung	254
bb) Repräsentation und Selbstdarstellung	255
cc) Materielle Außenvertretungskompetenz	256
dd) Koordination der staatlichen Pandemiekämpfung	257
ee) Zwischenergebnis	258
2. Die Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse	259
a) Kein Vorbehalt für alle grundlegend wichtigen („wesentlichen“) Entscheidungen zugunsten des Bundestages bzw. Gesetzgebers	260
aa) Keine gesetzgeberische Erlaubnispflicht für das Tätigwerden der Bundesregierung	260
bb) Vereinbarkeit mit der Wesentlichkeitslehre	264
b) Legislative Steuerungsmöglichkeiten und ihre Grenzen – zugleich: allgemeines Kompetenzverteilungsschema zwischen Bundesregierung und Bundestag	267
c) Parlamentarische Informationsansprüche und ihre Grenzen . .	271
d) Informationspflichten der Bundesregierung	274
3. Legislative Steuerung der Regierungs- und Ministerial- organisation	278
<i>II. Regierung und Opposition</i>	283
1. Regierung: Regierungsorgan und Regierungsfraktionen	284
2. Opposition	285
<i>III. Regierung und Verwaltung</i>	287
1. Ausführung der Gesetze im Sinne der Art. 83 ff. GG	288
2. Politische Beamte	288
3. Ministerialfreie Räume	292
4. Verwaltungsvorbehalt bzw. „Eigengerecht der Verwaltung“ . . .	295
5. Ausübung der Verwaltungsfunktion durch die Bundesregierung .	299
Kapitel 6: Äußerungsrecht der Bundesregierung	303
<i>I. Eine Kompetenzgrundlage zur Regierungsäußerung</i>	303
1. Rechtsprechung des BVerfG	303
a) Wahlwerbung durch die Bundesregierung (BVerfGE 44, 125) .	303
b) Glykolwein- und Osho-Entscheidung (BVerfGE 105, 252; 105, 279)	304
c) Fortsetzung in der Schwestig- und Wanka-Entscheidung . . .	305
d) Zusammenfassung und Bewertung	305

2. Kompetenzgrundlagen zur Regierungsäußerung	307
a) Keine von konkreten Aufgaben losgelöste Äußerungskompetenz	307
b) Äußerung zur Selbst- und Aufgabendarstellung	310
aa) Ankündigung und Aufklärung	310
bb) Bewertung und Bewerbung	310
cc) Reaktion auf Kritik	311
dd) Eingehen auf konkurrierende Vorstellungen, Eingehen auf konkurrierende Akteure	311
ee) Voraussetzung: Konnex zu einer Regierungsaufgabe	312
(1) Innerer Zusammenhang zu einer Regierungsaufgabe	312
(2) Abgrenzungsschwierigkeiten	315
c) Äußerung zur Aufgabenerfüllung	316
3. Zusammenfassung	317
<i>II. „Neutralität“ als Grenze?</i>	319
1. Absolutes Neutralitätsgebot für jede Amtstätigkeit?	321
a) Kein positiviertes absolutes Neutralitätsgebot	321
b) Kein absolutes Neutralitätsgebot im Wege einer Zusammenschau vereinzelter verfassungsrechtlicher Bestimmungen	322
c) Kein absolutes Neutralitätsgebot aufgrund der staatlichen „Schiedsrichterfunktion“	324
2. Funktionsspezifisches Neutralitätsgebot für die Bundesregierung?	326
3. Situative Äußerungsgrenzen mit reflexartigen Neutralitätswirkungen	327
a) Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG)	328
b) Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG), Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG)	331
4. Grenzen, soweit funktional keine Amtstätigkeit vorliegt	336
5. Zwischenergebnis – zugleich: Grenzen für parteiergreifende Regierungskommunikation	337
Schluss	341
<i>I. Zusammenfassung in Schlussthesen</i>	341
<i>II. Schlussbemerkung</i>	349
 Literaturverzeichnis	351
Sachwortverzeichnis	371