

**Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

Band 105

Rechtsquellen des deutschen öffentlichen Rechts

**Allgemeine Lehren zur parlamentarischen und
exekutiven Rechtsetzung**

Von

Birgit Werner



Duncker & Humblot · Berlin

BIRGIT WERNER

Rechtsquellen des deutschen öffentlichen Rechts

Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht

Herausgegeben von

Christian Seiler

in Gemeinschaft mit

Jochen von Bernstorff, Michael Droege, Martin Heckel,
Karl-Hermann Kästner, Ferdinand Kirchhof, Hans von Mangoldt,
Martin Nettesheim, Günter Püttner, Barbara Remmert,
Michael Ronellenfitsch, Johannes Saurer,
Wolfgang Graf Vitzthum
sämtlich in Tübingen

Band 105

Rechtsquellen des deutschen öffentlichen Rechts

Allgemeine Lehren zur parlamentarischen und
exekutiven Rechtsetzung

Von

Birgit Werner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahr 2019
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 21

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0935-6061
ISBN 978-3-428-15973-4 (Print)
ISBN 978-3-428-55973-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Zum Gelingen meines Promotionsvorhabens haben zahlreiche Personen beigetragen. Die Veröffentlichung der Arbeit nehme ich zum Anlass, mich bei einigen dieser Personen besonders zu bedanken.

Meine Doktormutter Frau Professor Dr. Barbara Remmert hat sich mit dem Fortgang der Arbeit kontinuierlich auseinandergesetzt, war jederzeit gesprächsbereit und hat mich durch unzählige, stets konstruktive Anmerkungen unterstützt. Zudem durfte ich über zehn Jahre lang an ihrem Lehrstuhl mitarbeiten. Das war eine fachlich und persönlich überaus gewinnbringende Zeit. Herzlichen Dank für alles.

Dank gilt zudem Herrn Professor Dr. Michael Droege. Er hat das Zweitgutachten für die Arbeit während eines Forschungsfreisemesters erstellt und wertvolle Anregungen gegeben.

Herrn Professor Dr. Christian Seiler danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe der Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht. Ich freue mich, dass auf diesem Weg meine Verbundenheit zur Fakultät zum Ausdruck kommt.

Alle ehemaligen und derzeitigen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Lehrstuhls von Frau Professor Dr. Remmert haben insbesondere durch ihre Aufgeschlossenheit und ihre Interessenvielfalt zu einer bereichernden Arbeitsatmosphäre beigetragen. Vielen Dank für die tolle gemeinsame Zeit.

Mein Dank gebührt ferner meiner Mutter und meiner Schwester. Sie stehen mir stets mit Rat und Tat zur Seite.

Tübingen, im Januar 2020

Birgit Werner

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Untersuchungsanliegen 13

- A. Einführung 13
- B. Flächennutzungsplan und Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags
als Beispiele für Rechtsquellen in einer nicht kategorisierten Form 20
- C. Ziel und Gang der Untersuchung 25

2. Kapitel

Prämisse: kein numerus clausus von Rechtsquellenformen 28

- A. Vom Grundgesetz vorausgesetzte Rechtsquellenformen 29
- B. Keine abschließende Benennung von Rechtsquellenformen im Grundgesetz 39

3. Kapitel

Allgemeine Anforderungen an die Wirksamkeit von Rechtsquellen 43

- A. Rechtmäßigkeit einer Rechtsquelle 44
 - I. Erlass einer Rechtsquelle zur Schaffung einer neuen bzw. zur Erledigung einer zugewiesenen staatlichen Aufgabe 45
 - 1. Rechtslage am Beispiel der Rechtsquellen in einer kategorisierten Form 46
 - a) Gesetz 46
 - b) Rechtsverordnung 46
 - c) Satzung 47
 - d) Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag 49
 - e) Ergebnis 50
 - 2. Verfassungsrechtliche Hintergründe der dargestellten Rechtslage ... 50
 - a) Staatliche Aufgaben 50
 - b) Funktion der Gesetzgebung und Funktion der Verwaltung 53
 - c) Demokratische Legitimation staatlichen Handelns, Art. 20
Abs. 2 GG 56
 - d) Gesetzesvorbehalte 57
 - e) Ergebnis 58

3. Allgemeine Anforderungen an Rechtsquellen	59
II. Zuständigkeit	59
1. Rechtslage am Beispiel der Rechtsquellen in einer kategorisierten Form	61
a) Gesetz	61
b) Rechtsverordnung	62
c) Satzung	62
d) Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag	63
e) Ergebnis	65
2. Verfassungsrechtliche Hintergründe der dargestellten Rechtslage	67
a) Demokratische Legitimation staatlichen Handelns, Art. 20 Abs. 2 GG	67
b) Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns	69
c) Funktionsgerechte Verteilung von staatlichen Handlungspflichten und staatlichen Aufgaben zwischen den Stellen eines Rechtsträgers	71
d) Ergebnis	72
3. Allgemeine Anforderungen an Rechtsquellen	73
III. Regelungsumfang	73
1. Rechtslage am Beispiel der Rechtsquellen in einer kategorisierten Form	76
a) Gesetz	76
b) Rechtsverordnung	77
c) Satzung	78
d) Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag	78
e) Ergebnis	79
2. Verfassungsrechtliche Hintergründe der dargestellten Rechtslage	80
a) Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns	81
b) Demokratische Legitimation staatlichen Handelns, Art. 20 Abs. 2 GG	81
c) Funktion und Funktionsfähigkeit der Stellen der Verwaltung	82
d) Ergebnis	83
3. Allgemeine Anforderungen an Rechtsquellen	84
IV. Verfahren	84
1. Rechtslage am Beispiel der Rechtsquellen in einer kategorisierten Form	84
a) Gesetz	85
b) Rechtsverordnung	86
c) Satzung	87
d) Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag	89
e) Ergebnis	90
2. Verfassungsrechtliche Hintergründe der dargestellten Rechtslage	91
a) Funktion der Gesetzgebung und Funktion der Verwaltung	92

b) Unbefangenheit von Amtswaltern	94
c) Öffentlichkeit staatlicher Entscheidungsverfahren als Grundsatz der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns	98
d) Anspruch auf rechtliches Gehör	101
e) Ausfertigung und Bekanntgabe einer Rechtsquelle	104
f) Begründung einer Rechtsquelle	108
g) Verwaltungseffizienz	112
h) Verhältnismäßigkeit, Gleichheitsgebote, „faïres Verfahren“	113
i) Ergebnis	114
3. Allgemeine Anforderungen an Rechtsquellen	117
V. Ergebnis	117
1. Allgemeine Vorgaben für die Ausgestaltung der rechtlichen Anforderungen an Rechtsquellen	117
2. Überprüfung der Rechtmäßigkeitsanforderungen an den Erlass eines Flächennutzungsplans und an das Zustandekommen einer Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags	119
a) Flächennutzungsplan	120
b) Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags	125
B. Wirksamkeit einer rechtswidrigen Rechtsquelle	131
I. Rechtslage am Beispiel der Rechtsquellen in einer kategorisierten Form	132
1. Gesetz, Rechtsverordnung und Satzung	132
2. Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag	134
3. Ergebnis	136
II. Verfassungsrechtliche Hintergründe der dargestellten Rechtslage	137
1. Demokratische Legitimation staatlichen Handelns, Art. 20 Abs. 2 GG	137
2. Rechtsbindung staatlicher Stellen, Art. 20 Abs. 3 GG	138
3. Rechtssicherheit: Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns und Vertrauensschutz	139
4. Grundrechte	142
5. Funktionsfähigkeit der staatlichen Stelle und Verwaltungseffizienz	143
6. Ergebnis	144
III. Ergebnis	146
1. Allgemeine Anforderungen an Rechtsquellen	146
2. Überprüfung der Fehlerfolgenregelungen für einen Flächennutzungsplan und für eine Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags	147
a) Flächennutzungsplan	147
b) Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags	150
C. Wirkungskdauer einer Rechtsquelle	150
I. Rechtslage am Beispiel der Rechtsquellen in einer kategorisierten Form	152
1. Gesetz, Rechtsverordnung und Satzung	152
2. Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag	154

3. Ergebnis	155
II. Verfassungsrechtliche Hintergründe der dargestellten Rechtslage	155
1. Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns	156
2. Vertrauensschutz	156
3. Demokratische Legitimation staatlichen Handelns, Art. 20 Abs. 2 GG	159
4. Repräsentations- und Gestaltungsfunktion einer staatlichen Stelle ..	160
5. Ergebnis	160
III. Ergebnis	162
1. Allgemeine Anforderungen an Rechtsquellen	162
2. Überprüfung der Wirkungskdauer eines Flächennutzungsplans und einer Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags	162
a) Flächennutzungsplan	162
b) Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags	163
D. Ergebnis	167

4. Kapitel

Rangordnungssystem	169
A. Anforderungen an die Wirksamkeit einer Rechtsquelle	169
I. Grundgesetz, Gesetz, Rechtsquellen der Verwaltung	170
II. Rangordnung der Rechtsquellen der Verwaltung	170
1. Rangverhältnis zwischen Rechtsquellen mit abstrakt-generellen Regelungen und Rechtsquellen mit Einzelfallregelungen	171
2. Rangverhältnis zwischen Rechtsquellen mit abstrakt-generellen Regelungen	172
a) Rangverhältnis als Ausdruck der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns	172
b) Rangverhältnis durch ausdrückliche Regelung	173
c) Ergebnis	174
III. Ergebnis	175
B. Anwendung einer Rechtsquelle	178
I. „Lex specialis derogat legi generali“ sowie „lex posterior derogat legi priori“	179
II. Bestimmung der Rangordnung anhand der Rechtsordnung	180
III. Ergebnis	181
C. Ergebnis	183
I. Rangordnung der Wirksamkeitsbedingungen und Rangordnung der Anwendung	183
II. Einordnung des Flächennutzungsplans und der Allgemeinverbindlich- erklärung eines Tarifvertrags in die Rangordnungssysteme	183

Inhaltsverzeichnis	11
<i>5. Kapitel</i>	
Schlussbetrachtung	185
Literaturverzeichnis	188
Sachverzeichnis	214

1. Kapitel

Untersuchungsanliegen

A. Einführung

Handelsgesetzbuch¹, Heilmittelwerbe-gesetz², Erholungsurlaubsverord-nung³, Tierschutz-Schlachtverordnung⁴, Bebauungsplan⁵, Satzung einer Pflegekasse⁶, Verbot einer Versammlung⁷, Planfeststellungsbeschluss zur Anlegung eines Flughafens⁸, Erschließungsvertrag⁹, Sanierungsvertrag¹⁰, Luftreinhalteplan¹¹, Allgemeine Betriebserlaubnis für Fahrzeugtypen¹², An-reizregulierung zur Bestimmung von Netzzugangsentgelten der Betreiber von Energieversorgungsnetzen¹³, Technische Anleitung zum Schutz gegen

¹ Gesetz vom 10.5.1897, RGBL. S. 219, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 12.12.2019, BGBl. I S. 2637.

² Gesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 19.10.1994, BGBl. I S. 3068, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 9.12.2019, BGBl. I S. 2562.

³ Rechtsverordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 11.11.2004, BGBl. I S. 2831, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 3.12.2015, BGBl. I S. 2163.

⁴ Vom 20.12.2012, BGBl. I S. 2982.

⁵ §§ 8 ff. BauGB, Gesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 3.11.2017, BGBl. I S. 3634.

⁶ § 47 SGB XI, Gesetz vom 26.5.1994, BGBl. I S. 1014, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 9.12.2019, BGBl. I S. 2562.

⁷ §§ 5 und 15 Versammlungsgesetz, Gesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 15.11.1978, BGBl. I S. 1789, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 8.12.2008, BGBl. I S. 2366.

⁸ § 8 Abs. 1 S. 1 LuftVG, Gesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 10.5.2007, BGBl. I S. 698, zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes vom 30.11.2019, BGBl. I S. 1942.

⁹ § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB.

¹⁰ § 13 Abs. 4 BBodSchG, Gesetz vom 17.3.1998, BGBl. I S. 502, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 3 der Rechtsverordnung vom 27.9.2017, BGBl. I S. 3465.

¹¹ § 47 BImSchG, Gesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 17.5.2013, BGBl. I S. 1274, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 8.4.2019, BGBl. I S. 432.

¹² § 20 StVZO, Rechtsverordnung vom 26.4.2012, BGBl. I S. 679, zuletzt geän-dert durch Art. 1 der Rechtsverordnung vom 26.11.2019, BGBl. I S. 2015.

¹³ § 21a EnWG, Gesetz vom 7.7.2005, BGBl. I S. 1970, berichtigt S. 3621, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 5.12.2019, BGBl. I S. 2002.

Lärm¹⁴, „Herrenreiterfall“¹⁵, „Katzenkönigfall“¹⁶ – staatliche Entscheidungen machen Vorgaben für vielfältige Situationen in unterschiedlichen Formen.

Alle angeführten Entscheidungen legen jedoch für ganz verschiedene Fälle fest, „was gilt“¹⁷. Sie sind darauf gerichtet, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen. Gemeinsam ist ihnen somit, dass sie die Rechtslage auf einem bestimmten Gebiet verbindlich gestalten. Jede dieser Entscheidungen trifft also eine Regelung¹⁸. Wie die beispielhafte Aufzählung zu Beginn schon zeigt, können nicht nur Stellen der Verwaltung, sondern auch solche der Gesetzgebung und der Rechtsprechung Entscheidungen fällen, durch die eine Regelung ergeht. Versucht man, alle staatlichen Entscheidungen, die eine Regelung¹⁹ enthalten, unter einem Begriff zusammenzufassen,²⁰ dann stellt man fest, dass es insoweit keine allgemein anerkannte Terminologie gibt.²¹ Die Arbeit verwendet für solche Entscheidungen den Begriff „Rechtsquelle“.

¹⁴ Vom 26.8.1998, GMBL. S. 503, geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 1.6.2017, BAnz AT 8.6.2017 B5.

¹⁵ BGHZ 26, 349 ff.

¹⁶ BGHSt 35, 347 ff.

¹⁷ Mayer, VwR I, S. 93 umschreibt das für den Verwaltungsakt mit den Worten „was [...] Rechtsens sein soll“.

¹⁸ Dazu, dass das Merkmal einer Regelung die Herbeiführung einer Rechtsfolge umschreibt, indem Rechte begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden, z.B. BVerwGE 36, 192 (194); 55, 280 (285); 77, 268 (271); 80, 355 (364); 140, 245 (251); Windoffer, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, NK-VwVfG, § 35 Rn. 61 – jeweils in Bezug auf § 35 S. 1 VwVfG. Dazu, dass das Merkmal bei sämtlichen „normativen Handlungsformen der Verwaltung“ die Setzung verbindlicher Rechtsfolgen umschreibt, Möstl, in: Ehlers/Pünder, Allg VwR, § 19 Rn. 4.

¹⁹ Achterberg, DÖV 1973, 289 (292) verwendet die Regel bzw. Regelung „als genus proximum [] für Hoheitsakte“.

²⁰ In Betracht kommen insbesondere die Begriffe der Rechtsnorm, des Rechtssatzes, des Rechtsakts und der Rechtsquelle. Die Begriffe werden aber jeweils nicht einheitlich verwendet. Zu den Begriffen vgl. nur P. Kirchhof, FG BVerfG II, 50 (53 ff.) sowie den Überblick bei Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, Allg VwR¹², § 5 Rn. 1 ff. jew. m. Nachw. Lepsius, JuS 2018, 950 (951) bezeichnet z.B. alle vom Staat erlassenen Regelungen als „Norm“.

²¹ Für Entscheidungen mit einer Regelung, die von einer Stelle der Verwaltung getroffen werden, findet man den Begriff „Rechtsformen des Verwaltungshandelns“. Mit diesem Begriff werden teilweise Tätigkeiten von Stellen der Verwaltung zusammengefasst, die einen Regelungscharakter aufweisen, so z.B. Pauly, in: Becker-Schwarze u. a., Wandel der Handlungsformen, 25 (34); ders., DVBl. 1991, 521; Remmert, in: Ehlers/Pünder, Allg VwR, § 17 Rn. 1 f. mit deutlicher Abgrenzung zu anderen Begriffsverständnissen in Fn. 11; U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 3 mit Fn. 9. Allerdings wird der Begriff „Rechtsformen des Verwaltungshandelns“ teilweise auch als Umschreibung für solche Handlungen der Verwaltung herangezogen, die bereits in typisierter Weise gesetzlich näher ausgestaltet sind, so z.B. von Hoffmann-Riem, in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR II, § 33 Rn. 11; Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 6. Kap. Rn. 34; ders., Dogmatik, S. 67; Krupp,

Eine Rechtsquelle im hier verwendeten Sinn²² setzt sich aus zwei Merkmalen zusammen: erstens ist sie einer staatlichen Stelle zuzurechnen und zweitens gestaltet sie die Rechtslage verbindlich. Sie enthält also eine Regelung. Erfasst sind demnach sowohl abstrakt-generelle Regelungen als auch Regelungen eines Einzelfalls. Ferner sind nicht nur einseitige, sondern auch zweiseitige Entscheidungen inbegriffen. Außer Betracht bleiben im Folgenden Rechtsquellen, die durch eine Stelle der Rechtsprechung erlassen worden sind. Die Arbeit lässt also die gerichtliche Kontrolle außen vor. Untersucht werden somit ausschließlich Rechtsquellen, die einer Stelle der Verwaltung oder der Gesetzgebung zuzurechnen sind. Spricht die Arbeit von „staatlichen Stellen“, sind daher grundsätzlich nur Stellen der Verwaltung und der Gesetzgebung gemeint. Unberücksichtigt bleiben ferner Rechtsquellen, die primär dazu dienen, staatliche Entscheidungs- und Handlungsabläufe zu organisieren bzw. zu konkretisieren.²³ Die Arbeit befasst sich somit nicht mit Rechtsquellen, die ihrer Funktion nach regelmäßig nur innerhalb einer staatlichen Stelle oder innerhalb von Verwaltungsinstanzen Bindungswirkungen entfalten. Vielmehr geht sie allein auf solche Rechtsquellen ein, die grundsätzlich auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge nach außen, also gegenüber einem anderen Rechtsträger als dem, der sie erlässt, gerichtet sind.

Diese trotz der vorgenommenen Einschränkungen weite Fassung des Rechtsquellenbegriffs ist aus mehreren Gründen angezeigt: Wie sich etwa²⁴ anhand der Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG²⁵ zeigt, kann nicht

Rechtsnatur, S. 23; der Sache nach, aber ohne klare Begriffsklärung *Ziekow*, VwVfG, § 35 Rn. 3. Es gibt also auch keine allgemein anerkannte Terminologie, die Verwaltungshandeln mit Regelungscharakter zusammenfasst.

²² Zu weiteren Begriffsverständnissen vgl. nur *Ossenbühl*, in: Erichsen/Ehlers, Allg VwR¹², § 5 Rn. 2 ff.; *P. Kirchhof*, FG BVerfG II, 50 (53 f.) jew. m. Nachw.

²³ Das sind typischerweise Verwaltungsvorschriften und Geschäftsordnungen. Zu Verwaltungsvorschriften z. B. *Sauerland*, Verwaltungsvorschrift, S. 38 ff.; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 104 Rn. 4 f., 18 ff.; *Schröder*, in: Hill, Verwaltungsvorschriften, 1 (4); *Seiler*, Parlamentsvorbehalt, S. 202 ff. Zu Geschäftsordnungen *Bollmann*, Selbstorganisationsrecht, S. 27; am Beispiel der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages BVerfGE 80, 188 (218 f.); 130, 318 (348 f.); *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 40 Rn. 5 ff.; *Schwerin*, Geschäftsordnungsgeber, S. 22 ff.

²⁴ Weitere Beispiele: *Stelkens*, VVDStRL Bd. 71 (2012), 369 (382) bezieht sich auf die „nicht endende Diskussion über die Abgrenzung zwischen Rechtsverordnung und Allgemeinverfügung im Gefahrenabwehrrecht“. *Hill/Martini*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR II, § 34 Rn. 3 mit Fn. 17 führen den Planungsbereich als Beispiel an. Nach *Ehlers*, in: ders./Pünder, Allg VwR, § 2 Rn. 58 gibt es auch „Satzungen, die sich inhaltlich nur schwer in das Norm-Einzelakt-Schema einordnen lassen“. Vgl. auch *Morlok*, Folgen, S. 108 ff.

²⁵ Gesetz i. d. F. der Bekanntmachung vom 23.1.2003, BGBl. I S. 102, zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 25 des Gesetzes vom 21.6.2019, BGBl. I S. 846. Die Gesetzesbezeichnung VwVfG steht im Folgenden für das Verwaltungsverfahrensgesetz des