

**Grundkurs Öffentliches Recht I**  
Donnerstag / Freitag, den 6. / 7. Dezember 2001

**Nachtrag: Die Mitwirkung des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union**

Die Mitwirkung des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union darzustellen, ist Teil einer besonderen Vorlesung über die Bezüge des Staatsrechts zum Völker- und Europarecht. Darum hier nur der Grundgedanke. Die europäische Integration hat sich rechtlich dadurch vollzogen und vollzieht sich weiter dadurch, dass der Bund der Union durch Gesetz Hoheitsrechte überträgt. Dies können Hoheitsrechte des Bundes sein, aber auch Hoheitsrechte der Bundesländer, z.B. Gesetzgebungsrechte in den Bereichen Rundfunk und Fernsehen. Wenn durch Bundesgesetz Hoheitsrechte der Länder auf die Europäische Union übertragen werden, verlieren diese gleich doppelt. Das Hoheitsrecht wird von den Ländern auf die Europäische Union übertragen, und an seiner Ausübung wirkt der Bund mit, durch den die Bundesrepublik Deutschland in den Institutionen der Union vertreten ist, nicht aber die Länder. Aus diesem Grund sieht Art. 23 IV GG vor, dass der Bundesrat an der Willensbildung des Bundes zu beteiligen ist, soweit er an einer entsprechenden innerstaatlichen Maßnahme mitzuwirken hätte oder soweit die Länder innerstaatlich zuständig wären. Der Bundesrat ist zwar auch ein Bundesorgan; über ihn wirken aber die Länder mit, so dass durch seine Einschaltung der Einflussverlust der Länder ein Stück weit kompensiert wird.

**I. Normsetzung und Gewaltenteilung**

Mit der Darstellung des Bundesrates geht der zweite Hauptteil der Vorlesung zu Ende. In ihm haben wir, mit der einen Ausnahme des BVerfG, die Verfassungsorgane des Bundes kennengelernt: Bundestag, Bundesregierung, Bundespräsident, Bundesrat. Im dritten Hauptteil geht es um den "Staat in Aktion", darum, wie die Verfassungsorgane des Bundes agieren und welche Ziele das Grundgesetz ihnen setzt.

Der Bundestag ist dem Funktionsbereich Legislative zuzuordnen; Bundesregierung und Bundespräsident sind Exekutivorgane, wenn auch mit Kompetenzen im Bereich der Gesetzgebung; der Bundesrat entzieht sich einer eindeutigen Zuordnung, weil er nach Art. 50 GG sowohl im Bereich der Gesetzgebung als auch im Bereich der Verwaltung hat.

Schon dies macht deutlich, dass die vier genannten Verfassungsorgane des Bundes den beiden Staatsfunktionen der Gesetzgebung und der Exekutive nicht pauschal zugeordnet werden können, dass insbesondere die Normsetzung nicht allein der Legislative zuzuordnen ist, sondern auch Sache der Exekutive sein kann. So ist die förmliche Gesetzgebung nicht allein dem Bundestag zugewiesen; vielmehr sind an ihr auch die Bundesregierung, der Bundesrat und der Bundespräsident beteiligt. Darüber hinaus gibt es materielle Gesetzgebung, die auf Bundesebene Sache der Bundesregierung, einzelner Bundesminister und des Bundesrates sein kann. Auf den ersten Blick erscheint diese Zuständigkeitsverteilung verwirrend. Sie lässt sich nicht in ein klares Schema wie dasjenigen der Gewaltenteilung fassen.

Die Gewaltenteilungslehre besagt, dass drei Staatsgewalten zu unterscheiden sind, nämlich Gesetzgeber, Regierung und Verwaltung sowie Gerichte, und dass den drei Staatsgewalten drei Funktionsbereiche zuzuordnen sind: Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung. Der Gewaltenteilungsgrundsatz hat betrifft damit sowohl die Staatsorganisation als auch die Tätigkeit des Staates.

Gleichwohl liegt die Gewaltenteilungslehre dem Organisations- und Funktionsschema der vom Grundgesetz verfassten deutschen Staatlichkeit zugrunde, wenn auch etwas komplizierter. Die wichtigste Ausprägung des Gewaltenteilungsschemas unter dem Grundgesetz ist die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG. Deren Kernaussage lautet, dass im Bereich der Rechtsetzung alle wesentlichen Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden müssen und nicht exekutiven Stellen überlassen bleiben dürfen. Um diese scheinbar so simple Aussage voll verstehen zu können, ist es erforderlich, sich vorab über gewisse Begriffe zu verständigen: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, formelles und materielles Gesetz. Vor allem ist es erforderlich, einen Überblick über die verschiedenen Rechtssetzungsformen zu haben. Erst vor dem Hintergrund eines solchen Überblicks ist es möglich, den Zuständigkeitsbereich des parlamentarischen Gesetzgebers zu bestimmen.

## **II. Rechtsquellen des Bundesrechts**

Wir haben inzwischen einige Typen von Rechtssätzen des Bundesrechts kennengelernt, die sich durch die Person des Rechtssetzers und die Art und Weise ihres Zustandekommens unterscheiden, aber nicht notwendig durch ihren Inhalt. Mit Rechtssatztypen meine ich die Verfassung, das (förmliche) Gesetz, die Rechtsverordnung und die Verwaltungsvorschrift. Zu ergänzen ist die Satzung, wobei (förmliches) Gesetz, Rechtsverordnung und Satzung Gesetze im materiellen Sinne sein können.

Die Rechtsordnung des Bundes besteht aus Normen, die diesen unterschiedlichen Rechtssatztypen zugeordnet werden können. Diese Rechtssatztypen nennt man auch Rechtsquellen. Sie unterscheiden sich nicht notwendig durch den Inhalt der ihnen zuzuordnenden Rechtssätze; jedenfalls ist der Inhalt nicht das Einteilungskriterium. Der Unterschied liegt bei zwei anderen Kriterien: dem Urheber des Rechtssatzes und der Art und Weise seines Zustandekommens. Mit Hilfe dieser beiden Kriterien will ich Ihnen einen das Wesentliche enthaltenden Überblick geben. Dieser enthält die Verfassung, das förmliche Gesetz, die Rechtsverordnung, die Satzung und die Verwaltungsvorschrift. In diese Reihe wäre das Gewohnheitsrecht einzufügen, dem jedoch in unserer schnelllebigen Zeit immer weniger Bedeutung zukommt, jedenfalls in der deutschen Rechtsordnung.

### **1. Verfassungsrecht**

Die Verfassung ist die rechtliche Grundlage des Staates und seiner Rechtsordnung. Das Grundgesetz ist die rechtliche Grundlage der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Rechtsordnung. Diese Eigenheit der Verfassung birgt ein großes Problem. Wenn die Verfassung die rechtliche Grundlage ist, kann sie selbst rechtlich nicht mehr begründet werden. Wer Urheber der Verfassung ist und in welchem Verfahren sie zustande kommt, ist auch rechtlich nicht geregelt. Dass die Verfassung auf einem Akt der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruhe, muss vielmehr vorausgesetzt werden. Ob diese Prämisse stimmt, erweist sich am tatsächlichen Erfolg einer Verfassung, daran, dass sie sich politisch durchsetzt. Insbesondere die verfassungsgebende Gewalt des Volkes kann keine (verfassungs-)rechtliche Größe sein. Wäre sie dies, müsste es Rechtssätze darüber geben; daran fehlt es jedoch. Gäbe es solche Rechtssätze, so wären diese noch grundlegender als die Verfassung. Wenn die Verfassung die rechtliche Grundlage von Staat und Recht ist, wären diese Rechtssätze der Grund des Grundes. Es gehört aber zum Wesen einer Grundlage, dass man sie selbst nicht mehr begründen kann. Alles andere würde in einen infiniten Regress einmünden, eine logisch inakzeptable Konstellation. Das Zustandekommen einer Verfassung liegt demnach außerhalb des Horizontes einer auf ihr aufruhenden Staats- und Rechtsordnung. Nur die Änderung der Ver-

fassung ist rechtlicher Regelung zugänglich. Art. 79 GG schreibt vor, dass die Verfassungsänderung sich nach den Regeln über das Gesetzgebungsverfahren vollzieht, mit den in dieser Norm enthaltenen Besonderheiten, dass also die Verfassung im Hinblick auf ihre Änderung grundsätzlich wie ein (einfaches) Gesetz behandelt wird.

## **2. Das förmliche Gesetz; das Parlamentsgesetz**

Das förmliche (Bundes-)Gesetz ist dadurch gekennzeichnet, dass es von den Gesetzgebungsorganen des Bundes, also Bundestag und Bundesrat, in dem Verfahren nach den Art. 76 ff. GG beschlossen worden ist. Wer Gesetzgebungsorgan ist und nach welchen Verfahrensregeln Gesetze beschlossen werden, ergibt sich aus der Verfassung, die sich unter anderem in diesen Punkten als die rechtliche Grundlage von Staat und Recht erweist. Aus der Grundlagenqualität der Verfassung folgt zwanglos ihr Vorrang gegenüber dem förmlichen Gesetz, dem Parlamentsgesetz. Dieser Vorrang ist in Art. 20 III GG ausdrücklich niedergelegt.

Ein förmliches Gesetz ist zumeist auch ein materielles Gesetz. Im materiellen Sinne versteht man unter Gesetz jede Rechtsnorm, die allgemein verbindlich ist. So heißt es in Art. 2 EGBGB: "Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm." Ebenso definiert § 4 AO. Nur wenige förmliche Gesetze sind keine materiellen Gesetze, weil sie nicht allgemein verbindlich sind, sondern nur einen Adressaten haben, der nicht zur Allgemeinheit der Staatsbürger gehört. Hierher gehört das Haushaltsgesetz, das sich nur an die Bundesregierung wendet und diese ermächtigt, nach Maßgabe des Haushaltsplanes zu wirtschaften. Hierher gehört weiter das Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag, das nach Art. 59 I 2 / II 1 GG den Bundespräsidenten ermächtigt, den Vertrag völkerrechtlich verbindlich zu machen (zu ratifizieren).

Rechtsverordnungen und Satzungen sind ebenfalls zumeist materielle Gesetze. Sie sind aber keine förmlichen Gesetze, weil ihr Urheber nicht Bundestag und Bundesrat sind, nicht die Legislative ist, sondern die Exekutive. Rechtsverordnungen, Satzungen – und auch Verwaltungsvorschriften – haben gemeinsam, dass sie exekutives Recht sind, Recht, das nicht von der Legislative, sondern von unterschiedlichen Stellen der Exekutive in jeweils unterschiedlichen Verfahren erlassen worden ist. Rechtsverordnung und Satzung haben weiterhin gemeinsam, dass beide in der Regel materielle Gesetze sind, also Rechtsnormen, die allgemein verbindlich sind. Dies begründet den Unterschied zu den Verwaltungsvorschriften, die Innenrecht der Verwaltung sind, also rechtliche Verbindlichkeit nur innerhalb der Verwaltung entfalten, nicht darüber hinaus, nicht gegenüber dem Bürger und auch nicht gegenüber den Gerichten.

Dies ist nun näher zu erläutern. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass alles exekutive Recht förmlichen Gesetzen im Rang nachgeht. Dies ergibt sich aus Art. 20 III GG, in dem neben dem Vorrang der Verfassung auch der Vorrang der Gesetze niedergelegt ist.

## **3. Rechtsverordnungen, insbesondere in Abgrenzung zu Satzungen**

Rechtsverordnungen sind exekutives Recht; das unterscheidet sie von den förmlichen Gesetzen. Rechtsverordnungen sind in der Regel materielle Gesetze; das unterscheidet sie von den Verwaltungsvorschriften. Rechtsverordnungen sind schließlich Recht der unmittelbaren Staatsverwaltung; das unterscheidet sie von den Satzungen, die Recht der mittelbaren Staatsverwaltung sind. Um den Unterschied zwischen Rechtsverordnungen und Satzungen zu erklären, muss ich den Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung erklären. Dieser Unterschied kommt, wenn auch missverständlich, für den Bereich des Bundes in

Art. 86 GG zum Ausdruck. Unmittelbare Bundesverwaltung ist bundeseigene Verwaltung; mittelbare Bundesverwaltung ist Bundesverwaltung durch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Der Unterschied zwischen bundeseigener Verwaltung und Bundesverwaltung durch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts liegt darin, dass Körperschaften, Anstalten und Stiftungen juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, die von der juristischen Person Bund getrennt sind. Träger der unmittelbaren Bundesverwaltung ist mithin die juristische Person "Bund", Träger der mittelbaren Bundesverwaltung sind mithin vom Bund zu unterscheidende Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des Bundesrechts. Beispiele für solche selbstständigen juristischen Personen der mittelbaren Bundesverwaltung sind die Bundesrechtsanwaltskammer, die Bundesanstalt für Arbeit, die Bundesbank oder die Stiftung Preußischer Kulturbesitz.

Die Verwaltung des Bundes wie der Länder lässt sich mit zwei Schemata einteilen: Die Unterscheidung in oberste Behörden, Oberbehörden, Mittelbehörden und Unterbehörden betrifft die unmittelbare Staatsverwaltung. Zudem ist zu unterscheiden zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Staatsverwaltung. Die mittelbare Staatsverwaltung gliedert sich dann weiter auf nach Körperschaften, Anstalten und Stiftungen. Dem liegt ein numerus clausus juristischer Personen des öffentlichen Rechts zugrunde. Ebenso wie es im Privatrecht eine begrenzte Zahl von juristischen Personen gibt, etwa Verein, GmbH oder Aktiengesellschaft, kennt auch das öffentliche Recht nur eine begrenzte Zahl von juristischen Personen: die unmittelbare Staatsperson, also den Bund und die 16 Bundesländer, sowie die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen der mittelbaren Bundes- wie Landesverwaltung. Rechtsverordnungen sind vor diesem Hintergrund Recht der unmittelbaren Staatsverwaltung; als Adressaten von Verordnungsermächtigungen nennt Art. 80 I 1 GG die Bundesregierung, eine oberste Bundesbehörde, einzelne Bundesministerien, ebenfalls oberste Bundesbehörden, und schließlich Landesregierungen, also oberste Landesbehörden. Satzungen dagegen sind Recht der mittelbaren Staatsverwaltung. Eine Art. 80 GG entsprechende Regelung fehlt für sie.

Rechtsverordnungen bedürfen einer Grundlage in einem förmlichen Gesetz, einer Verordnungsermächtigung. Von der gesetzlichen Verordnungsermächtigung verlangt die Verfassung in Art. 80 I 2 GG, dass sie nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt sein muss. Daraus folgt, dass der Ordnungsgeber nur wenig Spielraum hat. Die Grundentscheidungen trifft bereits das Gesetz. Eine Rechtsverordnung dient dem Zweck, diese Grundentscheidungen auszugestalten. Zwischen förmlichem Gesetz und Rechtsverordnung besteht aufgrund von Art. 80 I 2 GG ein Konkretisierungszusammenhang. Dies lässt sich gut an § 52 BWahlG verdeutlichen, der formell-gesetzlichen Grundlage der Bundeswahlordnung. Das BWG trifft selbst die Grundentscheidungen hinsichtlich der Bundestagswahl, vor allem die Entscheidung für ein Wahlsystem. § 52 I BWG enthält eine 16-ziffrige Liste mit Gegenständen, welche dem Ordnungsgeber zur Regelung übertragen werden. Dabei handelt es sich durchwegs um Regelungsgegenstände von untergeordneter Bedeutung. So darf der Ordnungsgeber nach § 52 I Nr. 10 BWG Form und Inhalt des Stimmzettels und des Wahlumschlages festlegen. Es gibt aber auch Beispiele, in denen die Rechtsverordnungen zwar nur Details, aber wichtige Details enthalten. So werden im Umweltrecht Grenzwerte, also Werte, welche Gesetze erst vollziehbar machen, nicht selten in Verordnungen geregelt. Umweltrecht kann niemand verstehen, der sich nur mit dem förmlichen Umweltgesetzesrecht beschäftigt. Umweltrecht wird erst verständlich und vollziehbar, wenn man das exekutive Recht hinzunimmt. So ist das Bundesimmissionsschutzgesetz die Grundlage für 28 Rechtsverordnungen (Stand: 01/00), die u.a. von Störfällen bei Großfeuerungsanlagen bis hin zum Elektrosmog reichen.

#### **4. Satzungen**

Satzungen sind wie Rechtsverordnungen exekutive Rechtsnormen, aber Recht der mittelbaren Staatsverwaltung. Man kann sich fragen, warum es innerhalb des exekutiven Rechts die Zweiteilung von Rechtsverordnungen und Satzungen gibt. Die Antwort hierauf lautet, dass Satzungen im Unterschied von Rechtsverordnungen Ausdruck von Selbstverwaltung sind. Die Träger der mittelbaren Staatsverwaltung, die Satzung erlassen, sind gegenüber der unmittelbaren Staatsverwaltung verselbstständigt. Die Verselbstständigung kommt in der Rechtsfähigkeit der Träger mittelbarer Staatsverwaltung zum Ausdruck. Satzungsrecht wird darum auch autonomes Recht genannt. Eine Art. 80 I 2 GG vergleichbare Vorschrift, welche das Satzungsrecht "an die Kandarre" des Gesetzesrechts nimmt, fehlt. Der Satzungsgeber ist freier, was sich damit rechtfertigen lässt, dass das satzungsgebenden Organ von Selbstverwaltungsträgern, etwa ein Gemeinderat oder ein Rundfunkrat oder ein Fachbereichsrat, über eine eigenständige demokratische Legitimation durch Wahl verfügt. Die Rechtsquelle der Satzung ist mit dem Gedanken der Selbstverwaltung eng verbunden. Dies macht ihre Besonderheit gegenüber der Rechtsverordnung aus.

## **5. Verwaltungsvorschriften**

Das förmliche Gesetz, die Rechtsverordnung und die Satzung sind in der Regel materielle Gesetze. Das heißt: Sie sind allgemein verbindlich. Genau dies trifft auf Verwaltungsvorschriften in der Regel nicht zu. Verwaltungsvorschriften sind Innenrecht der Verwaltung. Rechtliche Verbindlichkeit entfalten sie nur innerhalb der Verwaltung, nicht aber gegenüber dem Bürger oder gegenüber den Gerichten. Mit Verwaltungsvorschriften wendet sich eine übergeordnete an eine nachgeordnete Verwaltungsinstanz. Typischer Inhalt von Verwaltungsvorschriften ist die Auslegung von förmlichen Gesetzen. Mit Verwaltungsvorschriften will die Verwaltungsspitze die Auslegung und Anwendung der Gesetze durch die nachgeordneten Behörden vereinheitlichen. Praktisch erlangen Verwaltungsvorschriften damit auch für den Bürger und die Gerichte eine erhebliche faktische Bedeutung, ohne verpflichtend zu sein. Als Beispiel sei das Steuerrecht genannt. Die Pflicht zur Zahlung von Einkommensteuer richtet sich allein nach dem EStG, nicht nach den EStR. Trotzdem erlangen die EStR für Steuerberater und Fachanwälte für Steuerrecht eine große Bedeutung, weil sie das Verhalten der Finanzverwaltung programmieren.

Ein weiteres Beispiel für Verwaltungsvorschriften sind die Erlasse der Kultusminister der Länder, in denen angeordnet wird, dass in den Schulen nach Maßgabe der reformierten Rechtschreibung unterrichtet werden soll. Der Kern des juristischen Streits um die Rechtschreibreform liegt darin, ob eine solche Regelung durch Verwaltungsvorschrift getroffen werden darf oder ob sie einem förmlichen Gesetz vorbehalten bleiben muss. Dies ist keine Frage des Vorrangs des Gesetzes, sondern des Vorbehalts des Gesetzes. Vorrang des Gesetzes bedeutet, dass vollziehende Gewalt an die Gesetze gebunden ist. Akte der Exekutive, welche gegen Gesetze verstoßen, sind rechtswidrig. Vorbehalt des Gesetzes bedeutet, dass die vollziehende Gewalt nicht ohne gesetzliche Grundlage handeln darf. Der Vorbehalt des Gesetzes geht über den Vorrang des Gesetzes hinaus, weil er den Fall betrifft, dass für ein Handeln der Exekutive eine gesetzliche Grundlage fehlt, folglich auch nicht gegen eine gesetzliche Grundlage verstoßen werden kann. Wegen dieses Zusammenhangs wird Art. 20 III GG auch als Grundlage für den Vorbehalt des Gesetzes angesehen. Eine Ausprägung des Vorbehalts des Gesetzes ist die Wesentlichkeitstheorie. Diese Theorie betrifft Fragen des Verhältnisses von parlamentarischer und exekutivischer Rechtsetzung.

## **III. Die Wesentlichkeitstheorie**

Die Wesentlichkeitstheorie möchte ich an einem Beispiel darstellen, über das bis zur abschließenden Entscheidung des BVerfG vom Juli 1998 (E 98, 218 [250 ff.]) eine Kontroverse in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei grundsätzlicher Übereinstimmung hinsichtlich der Wesentlichkeitstheorie als Entscheidungsmaßstab herrschte. Das Beispiel ist die Rechtschreibreform. Ich orientiere mich zunächst an einer Entscheidung des VG Hannover vom 7. August 1997 (NJW 1997, 2539).

**Sachverhalt:**

Die Antragsteller wenden sich dagegen, dass ihre Tochter die neuen Rechtschreibregeln in der Grundschule lernen und im Unterricht verwenden muss. Dies beruht auf einem Erlass des niedersächsischen Kultusministeriums, in welchem für das Schuljahr 1997 / 98 die Einführung der neuen Rechtschreibregeln verbindlich angeordnet wurde. Ist der Antrag begründet?

**Lösung:**

Der Antrag ist begründet, wenn das Verhalten des niedersächsischen Kultusministeriums rechtswidrig ist, die Antragsteller hierdurch in eigenen Rechten verletzt werden und einige weitere verwaltungsrechtliche Voraussetzungen erfüllt sind. Für uns ist allein die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Kultusministeriums interessant.

Es könnte gegen den Vorrang oder gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstoßen. Da es keine gesetzlichen Regeln über den Rechtschreibunterricht an den Schulen gibt, hat ein Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes auszuscheiden. Es bleibt der Vorbehalt des Gesetzes. Er kommt im Grundgesetz in einigen Vorschriften zum Ausdruck. So bedürfen Eingriffe in Grundrechte einer gesetzlichen Grundlage. Die Rechtschreibreform lässt sich jedoch nicht als Eingriff in individuelle Grundrechtspositionen begreifen. Hier setzt die Wesentlichkeitstheorie an. Sie besagt, dass solche Maßnahmen der Verwaltung, die zwar kein Grundrechtseingriff sind, die aber "wesentlich" sind, einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Eine Verwaltungsvorschrift würde dann nicht ausreichen. So hat das BVerfG z.B. entschieden, dass zur Einführung eines Sexualkundeunterrichts an öffentlichen Schulen eine gesetzliche Grundlage erforderlich sei und Verwaltungsvorschriften nicht ausreichen (E 47, 46). Damit spitzt die Problematik des Falles sich auf die Frage zu, ob die Einführung der Rechtschreibreform "wesentlich" im Sinne der Wesentlichkeitstheorie sei. Dies ist die Kernfrage des aktuellen juristischen Streits um die Rechtschreibreform und zugleich die Crux der Wesentlichkeitstheorie. Das BVerfG hat das Wesentlichkeitskriterium nur ansatzweise weiter präzisiert. Wesentlich sei alles, was für die Verwirklichung von Grundrechten wesentlich sei. Wesentlich bedeutet jedenfalls im Schulbereich grundrechtswesentlich.

Ich referiere Ihnen nun, was das VG Hannover aus diesem Ansatz gemacht hat. Das Gericht geht von der These aus, dass die Sprache für den Menschen als Mittel zur Erfassung der Welt und als Kommunikationssystem von elementarer Bedeutung ist. Dies wird mit Zitaten aus Literatur und Wissenschaft belegt. Die elementare Bedeutung von Sprache habe auch rechtliche Bedeutung: Sprache sei Entfaltungsbedingung für individuelle Freiheit. Was für die Sprache gelte, gelte auch für die Rechtschreibung, zumal die Intelligenz eines Menschen von vielen auch daran gemessen werde, ob und wie er die Rechtschreibung beherrsche. Jedenfalls umfangreiche Eingriffe in das überkommene Regelwerk der Orthographie seien darum grundrechtswesentlich. Ein solcher wesentlicher Eingriff liege in Gestalt der Rechtschreibreform vor, weil sie umfangreiche Änderungen in den Bereichen von Orthographie, Interpunktion und Trennung bringe, die von Linguisten am Reißbrett entworfen worden seien. Deshalb bedürfe die Rechtschreibreform einer formell-gesetzlichen Grundlage. Eine Verwaltungsvorschrift reiche nicht aus.

Diese Argumentation ist nicht unangreifbar. Im selben Heft der NJW findet man eine weitere Entscheidung zur Rechtschreibreform, die zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt (OVG Schleswig NJW 1997, 2536). Das OVG Schleswig meint, Rechtschreibung beruhe nicht auf

rechtlichen, sondern auf außerrechtlichen Regeln. Sie sei deshalb einer gesetzlichen Regelung nicht zugänglich. Auch für die Rechtschreibreform gelte nichts anderes. Sprachliche Normen hingen nicht vom Willen unter Umständen kurzfristig wechselnder Mehrheiten in Parlamenten ab, sondern langfristig von allgemeiner Akzeptanz.

Das Beispiel zeigt anschaulich die Funktionsweise, aber auch die Problematik der Wesentlichkeitstheorie. Wesentlichkeit ist ein unbestimmtes Kriterium, mit dem man vorsichtig umgehen sollte und das erst durch eine Reihe von gerichtlichen Entscheidungen, die zum selben Problem ergehen, konkretisiert wird. Dabei soll hier nicht der Eindruck erweckt werden, dass das Wesentlichkeitskriterium generell unbestimmt sei. Es lassen sich auch Beispiele anführen, in denen leicht Konsens über die Wesentlichkeit der zu regelnden Frage erzielt werden konnte. Hierher gehört eine Entscheidung des OVG Münster, nach der Quotenregelungen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und nicht durch Verwaltungsvorschrift eingeführt werden dürfen (NJW 1989, 2560).

Die Wesentlichkeitstheorie ist vom BVerfG in den 70er Jahren vor allem in zwei Rechtsbereichen entwickelt worden, um zu verhindern, dass der parlamentarische Gesetzgeber durch Verwaltungsvorschriften der Exekutive verdrängt wird. Diese beiden Bereiche sind das Schulrecht und das Atomrecht. Eine Leitentscheidung des BVerfG zur Wesentlichkeitstheorie gibt es nicht. Die Theorie beruht vielmehr auf einer Vielzahl von Einzelentscheidungen, von denen ich abschließend drei nennen möchte, die mir exemplarisch erscheinen: BVerfGE 47, 46 – Sexualkundeunterricht; 49, 86 – Kalkar I; 76, 171 – anwaltliche Standesrichtlinien.

Rechtsfolge der Wesentlichkeitstheorie ist ein Parlamentsvorbehalt. Was "wesentlich" ist, muss in einem förmlichen Gesetz geregelt werden. Die Wesentlichkeitstheorie betrifft dabei nicht nur das Verhältnis von parlamentarischem Gesetzgeber und Verwaltungsvorschriften. Die Wesentlichkeitstheorie lässt sich auch im Verhältnis von Parlamentsgesetz zu Rechtsverordnung und Satzung zur Anwendung bringen. Insoweit gibt es Besonderheiten, die mich veranlassen, für jede dieser Relationen einen weiteren Fall vorzustellen.

Die Rechtschreibreform bedurfte nach Ansicht des BVerfG keiner parlamentsgesetzlichen Regelung, auch soweit sie an Schulen obligatorisch gemacht worden ist. Diese Reform sei weder im Hinblick auf das Erziehungsrecht der Eltern noch auf die Grundrechtsausübung der betroffenen Schüler wesentlich. Das BVerfG hält die Auswirkungen der konkreten Regelungen über die neue Schreibung für gering, weil die Änderungen, abgesehen von der bisherigen ß-Schreibung, nur 0,5 % des Wortschatzes betreffen. Da die Unterschiede zwischen herkömmlicher und neuer Rechtschreibung die Lesbarkeit alter und neuer Texte praktisch nicht beeinträchtigen, könne auch nicht angenommen werden, dass eine auf diesen Unterschieden beruhende Hemmschwelle für Kinder, die Bücher ihrer Eltern lesen, nennenswert ins Gewicht fällt. Auch erscheine die Gefahr einer Verunsicherung der Kinder oder eines Verlustes elterlicher Autorität durch die verschiedenen Schreibweisen als eher gering.

#### **IV. Die Rechtsverordnung**

Bei Rechtsverordnungen ist, im Unterschied zu Satzungen und Verwaltungsvorschriften, Art. 80 GG zu beachten. Besonders wichtig ist Art. 80 I 2 GG. Danach muss jede Rechtsverordnung, die aufgrund eines Bundesgesetzes ergeht, in diesem Gesetz eine Grundlage haben, die nach Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmt ist. Art. 80 I 2 GG stellt Anforderungen an das zur Verordnungsgebung ermächtigende Gesetz. Werden diese Anforderungen verfehlt, so ist aber nicht nur die gesetzliche Verordnungsermächtigung, sondern auch die darauf beruhende Rechtsverordnung verfassungswidrig und nichtig. Ist die gesetzli-

che Verordnungsermächtigung verfassungswidrig, so ist nämlich die Verordnung so zu behandeln, als gäbe es für sie keine Ermächtigung. Dies hat zur Folge, dass auch die Verordnung unwirksam ist.

Art. 80 I 2 GG dient ähnlichen Zwecken wie die Wesentlichkeitstheorie. Die Vorschrift verhindert, dass der parlamentarische Gesetzgeber die Regelung wesentlicher Fragen auf einen Verordnungsgeber delegieren kann. Das Gebot, Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung gesetzlich zu bestimmen, lässt sich nur erfüllen, wenn der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft und den Verordnungsgeber darauf beschränkt, seine Vorgaben zu konkretisieren. Man kann Art. 80 I 2 GG deshalb als eine Konkretisierung der Wesentlichkeitstheorie im Verhältnis von Gesetz und Verordnung begreifen. Die Vorschrift stellt sicher, dass im Bereich der Grundrechtsausübung der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft und die Tendenz und das Programm von Einzelregelungen in der Verordnung schon im Gesetz umrissen werden.

Die Wirkungsweise von Art. 80 I 2 GG möchte ich an einem Beispielfall aus der Rechtsprechung des BVerfG demonstrieren, der nicht zu den grundlegenden Entscheidungen dieses Gerichts gehört. Solche Entscheidungen gibt es zu Art. 80 I 2 GG nicht.

**Sachverhalt:**

Eine Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das Multiple-Choice-Verfahren bei der ärztlichen Prüfung. Deren Grundlage ist § 4 I 1 BÄO, trotz der Bezeichnung ein förmliches Gesetz. Diese Vorschrift lautet: "Der Bundesminister für Gesundheit regelt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates in einer Approbationsordnung für Ärzte ... das Nähere über die ärztliche Prüfung ..."

**Frage:**

Ist § 4 I 1 BÄO mit Art. 80 I 2 GG vereinbar?

**Antwort:**

Das BVerfG bejaht die Vereinbarkeit. Die gesetzlichen Vorgaben müssten sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm ergeben. Sie genüge, dass sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen ließen. Der Inhalt der Verordnung werde mit dem Merkmal "die ärztliche Prüfung" hinreichend bestimmt. Was darunter zu verstehen sei, könne aus dem Kontext des Gesetzes abgeleitet werden. Gleiches gelte für den Zweck der Verordnungsermächtigung. Wenn nach § 1 I BÄO der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes dienen solle, müsse eine Prüfung dementsprechend sicherstellen, dass der Arzt die dafür erforderlichen Kenntnisse erwirbt und nachweisen kann. Über das Ausmaß der Ermächtigung schließlich enthalte die BÄO keine ins einzelne gehenden Angaben. Insbesondere fehlten ausdrückliche Regelungen über den Prüfungsstoff, das Prüfungsverfahren und die Bestehensvoraussetzungen. Das sei jedoch unschädlich, weil sich insoweit Eingrenzungen unmittelbar aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit, aus dem Gleichbehandlungsgebot und aus dem Rechtsstaatsprinzip ergäben.

Das Beispiel verdeutlicht zweierlei: (1) Bei einer Subsumtion unter Art. 80 I 2 GG ist nach den drei Merkmalen "Inhalt, Zweck und Ausmaß" zu trennen. (2) Die Anforderungen sind nicht sehr hoch. Was das BVerfG im vorliegenden Fall zum Ausmaß der Verordnungsermächtigung ausgeführt hat, geht indes an die Grenze des noch Hinnehmbaren. Die Regelungen über die beiden juristischen Staatsexamen, JAG und JAPrO, sind konkreter. Das JAG macht der JAPrO auch hinsichtlich des Prüfungsstoffes, des Prüfungsverfahrens und der Bestehensvoraussetzungen Vorgaben.

## V. Satzungen

Für Rechtsverordnungen bestimmt Art. 80 I 2 GG, was dem Ordnungsgeber überlassen werden darf und was Sache des Gesetzgebers bleiben muss. Eine vergleichbare Regelung für Satzungen fehlt. Die Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Satzungsgeber richtet sich darum unmittelbar nach der Wesentlichkeitstheorie. Dies ergibt sich aus einer grundlegenden Entscheidung des BVerfG, dem Facharztbeschluss, BVerfGE 33, 125 (155 - 161). Darin geht es um die Frage, ob das Facharztwesen ausschließlich der Regelung durch Satzungen der Ärztekammern überlassen werden darf oder ob der parlamentarische Gesetzgeber mindestens die statusbildenden Normen selbst erlassen muss. Als statusbildend betrachtet das Gericht die Normen, welche die Voraussetzungen der Facharztanerkennung, die zugelassenen Facharzttrichtungen, die Mindestdauer der Ausbildung, das Verfahren der Anerkennung, die Gründe für eine Zurückweisung und die allgemeine Stellung der Fachärzte innerhalb des Gesundheitswesens. Solche Regelungen waren bis zu der Entscheidung des BVerfG nur in Satzungen der Ärztekammern niedergelegt. Deren Befugnis zur Satzungsgebung beruhte zwar auch auf einer formell-gesetzlichen Grundlage. Dabei handelte es sich jedoch um ein Blankett, wonach die Kammern ihre eigenen Angelegenheiten durch Satzung regeln dürfen, ohne dass inhaltliche Vorgaben gemacht werden.

Das BVerfG geht davon aus, dass Regelungen über das Facharztwesen die ärztliche Berufsausübung betreffen. Nach Art. 12 I 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Gesetz im Sinne dieser Vorschrift ist sowohl das vom Parlament erlassene förmliche Gesetz als auch die Satzung als materielles Gesetz. Für das Verhältnis von Parlamentsgesetz und Satzung gibt Art. 12 I 2 GG darum nichts her. Auch die Satzung reicht nach dieser Vorschrift als Grundlage für Berufsausübungsregelungen im Facharztwesen. Sie begründet zwar einen Vorbehalt für ein materielles Gesetz, nicht aber einen Parlamentsvorbehalt.

Als nächstes wendet das BVerfG sich Art. 80 I 2 GG zu. Dort geht es um das Verhältnis von förmlichem Gesetz und Rechtsverordnung, nicht um das Verhältnis von förmlichem Gesetz und Satzung. Da aber sowohl Rechtsverordnung als auch Satzung exekutives Recht sind, bleibt die Frage, ob Art. 80 I 2 GG auf Satzungen analog angewandt werden könne. Diese Frage wird vom BVerfG eindeutig verneint. Es mache einen erheblichen Unterschied aus, ob der Gesetzgeber seine Normsetzungsbefugnis an eine Stelle der bürokratisch organisierten Exekutive abgibt oder ob er einen bestimmten Kreis von Bürgern ermächtigt, durch demokratisch gebildete Organe ihre Angelegenheiten zu regeln. Nichts anderes geschehe in einer Satzungsermächtigung. Denn Satzungen sind Rechtsnormen, die von selbstständigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsbefugnisse von demokratisch gewählten Beschlussgremien erlassen werden. Das Bedürfnis, eine Macht zu zügeln, die versucht sein könnte, praktisch-effiziente Regelungen auf Kosten der Freiheit der Bürger durchzusetzen, sei im Fall der Rechtsverordnung ungleich fühlbarer. Bei Satzungen von Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie einer Ärztekammer, sei zu berücksichtigen, dass sie gegenständlich nur Selbstverwaltungsangelegenheiten und personell nur die Mitglieder der Körperschaft erfassen, welche an der Satzungsgebung selbst beteiligt seien. Das Bedürfnis einer Steuerung des Satzungsgebers nach Inhalt, Zweck und Ausmaß seiner Regelung bestehe darum nicht in vergleichbarer Weise. Deshalb habe eine Analogie auszuschließen.

Trotzdem dürfe der parlamentarische Gesetzgeber sich seiner Regelungsbefugnis auch gegenüber Selbstverwaltungskörperschaften mit dem Recht der Satzungsgebung nicht vollständig entäußern. Dies folge unmittelbar aus dem Demokratie- und aus dem Rechtsstaatsprinzip, die

in ihrem Zusammenwirken die verfassungsrechtliche Grundlage für die Wesentlichkeitstheorie sind. Aus dem Rechtsstaatsprinzip leitet das Gericht ab, dass der parlamentarische Gesetzgeber Machtmissbrauch verhüten und die Freiheit des Einzelnen wahren müsse. In diesem Zusammenhang müsse der Gesetzgeber berücksichtigen, dass Rechtsetzung durch Berufskammern spezifische Gefahren für die Betroffenen und die Allgemeinheit mit sich bringen könne. Sie kann sich insbesondere zum Nachteil von Berufsanfängern und Außenseitern auswirken und ein verengtes Standesdenken begünstigen. Aus dem Demokratieprinzip leitet das Gericht ab, dass jede Ordnung eines Lebensbereichs durch Rechtssätze auf eine Willensentschließung des Volkes zurückgeführt werden müsse. Diese könne nicht vollständig durch die Willensentschließung eines satzungsgebenden Selbstverwaltungsgremiums ersetzt werden, weil diese nicht vom Volk, sondern nur vom engeren Kreis der Mitglieder der satzungsgebenden juristischen Person getragen werde. Insbesondere bei Rechtsnormen, die Grundrechtseingriffe, hier Berufsausübungsregelungen, darstellten, träfe den demokratischen Gesetzgeber ein gesteigerte Verantwortung.

Um dieser Verantwortung gerecht zu werden, müsse der parlamentarische Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über das Facharztwesen selbst treffen. Nur das Nicht-Wesentliche dürfe er den Ärztekammern zur Regelung durch Satzung überlassen. Das Wesentlichkeitskriterium begründet damit eine Abschtung zwischen der Regelungskompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers und der Regelungskompetenz eines exekutiven Gesetzgebers. Es begründet eine Verschärfung von Art. 12 I 2 GG. Für berufswesentliche Regelungen reicht nicht jedes Gesetz, sondern nur das förmliche Gesetz.

Der Facharztbeschluss gehört zu den ersten Entscheidungen des BVerfG, in denen das Wesentlichkeitskriterium zur Abgrenzung der Kompetenzen von parlamentarischem und exekutivem Rechtsetzer im Sinne eines Parlamentsvorbehaltes eingesetzt worden ist. Das Wesentlichkeitskriterium betrifft das Verhältnis des parlamentarischen Gesetzgebers zum Satzungsgeber und zu Verwaltungsvorschriften. Für Rechtsverordnungen stellt Art. 80 I 2 GG eine spezielle Regelung dar, die den Rückgriff auf das Wesentlichkeitskriterium entbehrlich macht.

## **VI. Wesentlichkeitstheorie und Einzelentscheidungen der Regierung**

Die Wesentlichkeitstheorie soll den Primat des Parlamentes im Bereich der Rechtsetzung sichern. Sie beschränkt den Kreis der Materien, die in Satzungen oder Verwaltungsvorschriften geregelt werden können; sie darf nicht dahin missverstanden werden, dass alle staatlichen Entscheidungen, die aus sich oder in ihren Folgen von politisch weittragender Bedeutung sind, dem Parlament zugewiesen sind. Auch diese Begrenzung des Wesentlichkeitskriteriums sei an einem Fall aus der Rechtsprechung des BVerfG verdeutlicht, der grundlegende Aussagen zum Gewaltenteilungsprinzip enthält. Es handelt sich um die Nachrüstungs-Entscheidung BVerfGE 68, 1. Das für den vorliegenden Zusammenhang Einschlägige steht auf den Seiten 79 bis 89.

In der Entscheidung geht es um die Frage, ob die Zustimmung der Bundesregierung zum sogenannten NATO-Doppelbeschluss und damit zur Aufstellung US-amerikanischer Nuklearwaffen auf deutschem Boden als Reaktion auf entsprechende Rüstung der Sowjetunion der Zustimmung des Deutschen Bundestages bedürfe. Eine solche Zustimmung ist nicht erteilt worden. Vielmehr hat die Bundesregierung allein über diese Frage entschieden. Dies ist vom BVerfG gebilligt worden.

Mit einem Umkehrschluss aus Art. 59 II 1 GG behauptet das Gericht, das Parlament sei im Bereich des völkerrechtlichen Verkehrs auf eine Mitwirkung an Verträgen, und zwar an wichtigen Verträgen, beschränkt. Soweit Art. 59 GG keine Zuständigkeit eines anderen Verfassungsorgans vorsehe, seien der völkerrechtliche Verkehr und die Außenpolitik Sache der Regierung. Diese strikte Begrenzung der Befugnisse des Parlamentes im Bereich der Außenpolitik sei Element der Gewaltenteilung, wie sie das Grundgesetz ausgestaltet habe. Diese Ausgestaltung dürfe nicht durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allgemeinen Parlamentsvorbehaltes unterlaufen werden. Die Organisation der grundgesetzlichen Demokratie beruhe nicht darauf, alle Handlungen und Entscheidungen, die wesentlich sind, dem Parlament zuzuweisen oder das Parlament an solchen Entscheidungen in Gesetzesform zu beteiligen. Auch die Exekutive, besonders die Regierung, sei als politische Gewalt ausgestaltet und nicht etwa von vornherein auf politisch weniger bedeutsame Entscheidungen beschränkt. Einen Vorrang des Parlamentes gibt es nur im Bereich der Rechtsetzung. Hier ist es in der Tat richtig, dass das Wesentliche Sache des Parlamentes ist und die Exekutive auf die Regelung von Unwesentlichem durch Rechtsverordnung, Satzung oder Verwaltungsvorschrift beschränkt ist. Außerhalb dieses Bereiches, etwa im Völkerrechtsverkehr und der internationalen Politik, sei eine solche Beschränkung der Exekutive aber abzulehnen. Eine analoge Anwendung von Art. 59 II 1 GG auf einseitige völkerrechtliche Erklärungen der Bundesrepublik Deutschland sei darum abzulehnen. Sie würde einen Einbruch in zentrale Gestaltungsbereiche der Exekutive darstellen.

Der Entscheidung ist zu entnehmen, dass der Anwendungsbereich des Wesentlichkeitskriteriums auf den Bereich der Normsetzung beschränkt ist. Normsetzung steht in einem Gegensatz zu Einzelfallentscheidungen. Einzelfallentscheidungen mögen zwar wesentliche Fragen betreffen, wie dies im Fall der Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland zur NATO-Nachrüstung wohl unbestreitbar der Fall war. Daraus folgt gleichwohl keine Parlamentszuständigkeit. Die Zuständigkeit für den Völkerrechtsverkehr und die internationale Politik liegt vielmehr bei der Bundesregierung. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus Art. 59 GG.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass das BVerfG für den Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte zwar die grundsätzlich zuvorige Zustimmung des Parlamentes fordert. Dies wird aber ebenfalls nicht mit der Wesentlichkeitstheorie begründet, sondern mit Vorschriften der Wehrverfassung; BVerfGE 90, 286, 381 ff. Die Entscheidung zum Auslandseinsatz der Bundeswehr steht darum in keinem Widerspruch zur Nachrüstungsentscheidung.