

Verfassungsrechtliche Grundlagen des Verwaltungshandelns

- **Inhaltsübersicht zum Stoffgebiet**
- **Beispiele zur Einführung**
- **Lernstoff**
- **Übersichten**
- **Wiederholungs- und Kontrollfragen**
- **Arbeitsaufgaben**
- **Vertiefungshinweise**

Eingangsfälle

Der entschlossfreudige Minister

Das Robert Koch Institut ist durch ein Bundesgesetz gegründet worden. Wie dieses Institut die ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben erledigt, hat das Ministerium für Verbraucherschutz und Gesundheit aufgrund dieses Gesetzes durch eine Rechtsverordnung im einzelnen geregelt. Danach ist das Ministerium auch für die Benennung des Leiters zuständig. Nach dieser Rechtsverordnung soll u.a. die Leitung dieses Instituts nicht nur in fachkompetenten Hände liegen, zu den weiteren Voraussetzungen zählt auch, dass der Leiter ein EU –Bürger ist.

Als die Wiederbesetzung der Leitungsposition ansteht, möchte die Ministerin einen hochqualifizierten Mediziner und Juristen für diese Position ernennen, der allerdings die Schweizer Staatsbürgerschaft hat.

Bestehen gegen die Vorstellung der Ministerin rechtliche Bedenken ?



Sterbehilfe

Berliner Zeitung vom 4.12.1994

Die meisten Deutschen sind dafür, dass Ärzte für Sterbehilfe nicht bestraft werden sollten. Dies gilt laut einer Allensbach-Umfrage auch dann, wenn ein Mediziner einem todkranken Patienten aktiv beim Sterben behilflich ist, zum Beispiel indem er ihm ein tödliches Medikament besorgt. Auch die Möglichkeit eines Patiententestaments, in dem ein Kranker festlegt, ob sein Leben künstlich verlängert werden soll, wird von der großen Mehrheit der Bundesbürger begrüßt.

Berliner Zeitung vom 12.9.2004

STERBEBEGLEITUNG

Die neue Richtlinie - was ist erlaubt?

Neben der medizinischen Behandlung muss der Arzt für eine sogenannte Basisbetreuung sorgen: menschenwürdige Unterbringung, Zuwendung, Körperpflege, Lindern von Schmerzen und Atemnot, Stillen von Hunger und Durst.

Bei Sterbenden könne aber die Linderung des Leidens künftig so im Vordergrund stehen, dass eine mögliche Lebensverkürzung, etwa durch Schmerzmittel, hingenommen werden darf.

Aktive, also gezielte Lebensverkürzung durch ärztliche Behandlung, ist möglich, wenn dies dem zuvor geäußerten und mutmaßlichen Willen des Patienten entspreche Voraussetzung müsse sein, dass in solchen Fällen der Patient informiert sei und im vollen Bewusstsein seine Entscheidung getroffen habe.

Ist diese vom Bundesjustizministerium verabschiedete Richtlinie zur Ergänzung des Strafgesetzbuches mit den Grundsätzen von Art 20 Abs. 3 des Grundgesetzes vereinbar?



Datum: 25.09.2003

Ressort: Politik

Autor: Stephan Speicher

Einfach raffiniert

Das Bundesverfassungsgericht hat den Kopftuchfall nach formalen Gesichtspunkten entschieden

Wieder hat ein Bundesgericht in einer großen Frage der Gesellschaft eine Entscheidung aus formalen Gründen getroffen. Am Dienstag war es das Bundessozialgericht, das die Klage dreier Familienväter gegen die Grundsätze des deutschen Rentenrechts abwies, weil sie nicht die Rentenversicherung, sondern die Krankenkasse hätten verklagen müssen, die die Rentenbeiträge einzieht. Und gestern entschied das Bundesverfassungsgericht, das Verbot für muslimische Lehrerinnen, im Unterricht ein Kopftuch zu tragen, sei verfassungswidrig, weil formal nicht korrekt. Ein solches Verbot dürfe nur auf Grund eines Gesetzes vorgenommen werden.

Die Entscheidung kann man enttäuschend finden, und die üblichen Begleitredner haben auch bereits ihre Enttäuschung zu Gehör gebracht. So kann man reden, klug ist es aber nicht. In seinem vorläufigen Ergebnis und in der Sorgfalt der Begründung ist das Karlsruher **Urteil** im Gegenteil beispielhaft. Seine Lektüre kann einen für Tage wieder zu einem vergnügten Staatsbürger machen.

Zunächst einmal klopft das Bundesverfassungsgericht der Exekutive auf die Hand, dem Oberschulamt Stuttgart, das auf eigene Rechnung entschieden hatte. Eine Frage von dieser Bedeutung sollte aber unbedingt durch ein Gesetz, das heißt also: im Parlament geregelt werden, nach öffentlicher Diskussion. Jeder weiß, dass unter den Bedingungen der Moderne die Lebensformen und elementaren Überzeugungen durcheinander geschüttelt werden, dass namentlich in einem Einwanderungsland wie der Bundesrepublik die Frage der verschiedenen Religionen von Jahr zu Jahr näher auf uns zurückt. Wenn diese Frage die Parlamente nicht beschäftigen soll, wozu sollte es dann wohl noch Parlamente geben?

In seinem Parlament macht sich das Staatsvolk mit sich selbst bekannt, wie es beim ersten Zusammentreten des neuen Reichstags 1871 hieß. Deshalb gehören die empirischen Fragen nach dem Zusammenleben der verschiedenen Gruppen dorthin. Wie eine Lehrerin mit **Kopftuch** auf die Schüler wirkt, ob ganz unproblematisch oder die Kinder einschüchternd - dazu muss das Parlament sprechen können und wollen. In der Tat liegt hier die wirkliche Frage. Einmal besteht das verfassungsmäßige Recht auf freie Religionsausübung (Artikel 4 und 33 Grundgesetz) auch für Lehrer. Daneben und gelegentlich dagegen steht aber die negative Religionsfreiheit, das Recht, nicht von der Religiosität Dritter beeinträchtigt zu werden. Das könnte ja durchaus ein Problem werden bei sichtbar religiös engagierten Lehrern. So denkt man jedenfalls in Frankreich und auch in verschiedenen muslimischen Ländern. Ob es aber wirklich und regelmäßig und unter unseren Verhältnissen ein Problem ist - das Bundesverfassungsgericht hat der "faktischen Dimension" die größte Bedeutung beigemessen -, das müssen dann die Landtage als Vertreter der Bevölkerung entscheiden.

Vermutlich liegt es nicht so dramatisch. Und wenn einzelne muslimische Lehrer missionarisch tätig werden sollten, wird man ihnen mit den hergebrachten Grundsätzen des Dienstrechts beikommen. Mit einem Gesetz aber nicht oder nur auf eine ganz grobe Weise. Denn was könnte in einem solchen Gesetz wohl stehen, wie es Berlin, Hessen, Bayern und eine Reihe anderer Länder anstreben? Das Wesen eines Gesetzes ist seine allgemeine Geltung, und das hieße: ein Verbot aller religiösen Zeichen im Unterricht. Keine Muslimin mit **Kopftuch**, kein Jude mit Kippa, kein Christ mit einem Kreuz an der Halskette, ein langweiliges Universalheidentum. Dafür braucht man auch keine Toleranz mehr. Ordnung ist dann geschaffen, aber eine Ordnung, die nichts ist als eine Mangelerscheinung. Wo diese Ordnung ist, ist sonst nichts.

Schulärger:

Es soll folgende fiktive Situation unterstellt werden:

Im Bundesland N existiert im § 12 des Schulverwaltungsgesetz folgende gesetzliche Regelung :

(1) Die Rechtsbeziehungen im Schulverhältnis, insbes. die Rechte und Pflichten des Schülers regelt eine Allgemeine Schulordnung, die vom Kultusminister durch Rechtsverordnung erlassen wird.

(2) Die Allgemeine Schulordnung regelt insbes.

(a) die Voraussetzungen für die Versetzung

(b) den Schulwechsel, die Entlassung, die Verweisung und den Ausschluß von der Schule.

Bernd und Martin besuchen die 9. Klasse des Schillergymnasiums im Bundesland N. Am Ende des Schuljahres sind ihre Leistungen in 4 Unterrichtsfächern mangelhaft. In ordnungsgemäßer Anwendung der Allgemeinen Schulordnung werden Bernd und Martin nicht versetzt. Da Martin die 9. Klasse bereits einmal wiederholt hat, wird entsprechend den Regelungen in der Allgemeinen Schulordnung von der Schule entlassen.

Verstoßen die Maßnahmen gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ?

Rechtsstaatsprinzip

Prägend für die Verwaltungstätigkeit ist das im Grundgesetz unter den Art. 20 Abs. 3 und Art 28 Abs. 1 Satz 1 ausgedrückte Bekenntnis zum Rechtsstaat.

Unmittelbar bedeutet dies erst einmal, dass der Staat an Recht gebunden ist. Der Staat und seine Verwaltung können also nicht nur das tun, was sie für richtig halten.

Das allein bringt jedoch nicht hinreichend den Inhalt dieses Prinzips zum Ausdruck, da bereits mehrfach in neuerer Geschichte, dass formal gültiges Recht gegen grundlegende Werte des Zusammenlebens verstoßen hat, wie etwa die Gesetzgebung der Nationalsozialisten oder die der Apartheitsregierung in Südafrika. Rechtsstaatlichkeit bedeutet nicht nur die Form des Verfahrens, sondern auch den Inhalt, zu dem mindestens auch die Menschenrechte zählen.¹

Rechtsstaatlichkeit bedeutet Ausübung staatlicher Macht auf der Grundlage von verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährungsleitung von Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.²

Im Grundgesetz hat das Rechtsstaatsprinzip in vielfältiger Form eine Konkretisierung erfahren. Zu den wesentlichen Inhalten zählen

1. das Prinzip der Gewaltenteilung (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG)
2. das Prinzip des gesetzmäßigen staatlichen Handelns (Art. 20 Abs.3 GG)
3. die Grundrechtsbindung der Verwaltung (Art. 2 – 19 GG)
4. die Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs.1 GG)
5. die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 GG)
6. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

¹ Uwe Wesel – Fast alles was Recht ist; 1. Auflage S. 61

² Klaus Stern – Staatsrecht I. Band 1977 S. 616

zu 1) Das Prinzip verlangt grundsätzlich eine Trennung der Staatstätigkeiten. Gesetzgebung, Rechtsprechung und ausführende Staatstätigkeit müssen im Prinzip von einander unabhängig arbeiten. Näheres dazu noch im Kapitel 2.1. - Stellung der Verwaltung im Staatssystem

zu 2) Ausführlich dazu im folgenden Kap. 1.1.2.

zu 3) Die Grundrechte sind im wesentlichen Abwehrrechte des einzelnen gegenüber Maßnahmen des Staates. Sie verpflichten daher auch die Verwaltung, Eingriffe in Freiheitssphäre des einzelnen zu unterlassen und die Folgen rechtswidriger Eingriffe zu beseitigen³

Diese Freiheitsgrundrechte des Grundgesetzes können nur dadurch auch effektiv wirken, dass zum Rechtsstaatsprinzip auch Verfahrensgarantien zählen. Hierzu gehört insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG der jedermann die Möglichkeit eröffnet sich klagend an Gerichte zu wenden, wenn der Staat, insbesondere seine Verwaltung ihn in seinen Rechten verletzt, um dann mit Hilfe der Gerichte die eigenen Rechte auch gegenüber der anderen Staatsgewalt durchzusetzen

Zu 4 und 5 : Auch diese Garantien sind Verfahrensgrundrechte, die die Einhaltung der Grundrechte sicherstellen sollen .

Inhaltlich verlangt Art. 101 GG, dass die Zuständigkeit eines Richters bzw. eines Gerichts im voraus abstrakt generell festgelegt sein muss, um Manipulationen durch Bestimmung bestimmter Richter oder Gerichte auszuschließen

Art 103 GG gewährleistet jedermann die Möglichkeit sich vor Erlass einer Entscheidung mindestens schriftlich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zur beabsichtigten Sachentscheidung äußern zu können. Da dieses Recht nur sinnvoll ausgeübt werden kann, wenn der Verfahrensstand bekannt ist, wird damit auch ein Recht auf vollständige Information über den Verfahrensstoff eingeräumt.

Zu 6) Viele Grundrechte können vom Gesetzgeber aus zwingenden Gründen wieder eingeschränkt werden. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit soll bei Eingriffen der Verwaltung in das Grundrecht aufgrund des einschränkenden Gesetzes das Grundrecht weitgehend erhalten bleiben. Dieser Grundsatz verpflichtet die Verwaltung dazu, Maßnahmen zu unterlassen ,die einen Nachteil für den betroffenen Bürger herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht. (Einzelheiten unter Kap.1.4.1)

³

Dirk Ehlers – Allgemeines Verwaltungsrecht ; Hrsg. Erichsen und Martens 9. Auflage Rz. 61

Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns - Art. 20 III GG

1. Vorrang des Gesetzes

Das Prinzip des Vorrang des Gesetzes besagt, daß Verwaltungstätigkeit nicht gegen Gesetze verstoßen darf. Die Verwaltung darf keine Maßnahmen treffen, die einem Gesetz widersprechen würden(=negative Umschreibung). Damit die Verpflichtung der Verwaltung zum rechtmäßigen handeln begründet.(= positive Umschreibung.)⁴

Anwendungsbereich: Dieser Grundsatz gilt für jede Verwaltungstätigkeit. Allein im Bereich der (rein) fiskalischen Tätigkeiten ist eine Grundrechtsbindung nicht gegeben, so daß dieser Bereich als Durchbrechung des Prinzips angesehen werden kann. Anders im Verwaltungsprivatrecht, in dessen Bereich die Grundrechte und Verwaltungsgrundsätze auch beachtet werden müssen.

⁴ Detterbeck, JURA 2002, 235

2. Vorbehalt des Gesetzes

2.1. Bedeutung

Nach diesem Grundsatz darf die Verwaltung nur tätig werden, wenn sie dazu vom Gesetzgeber ermächtigt worden ist. Dieser Grundsatz fordert demnach für die Verwaltungstätigkeit eine rechtliche Grundlage. Die Verwaltung muß daher an Hand einer Rechtsvorschrift belegen, beweisen können, daß der Gesetzgeber sie zur Vornahme der konkrete Verwaltungsmaßnahme ermächtigt hat. Notwendig ist zumindest eine normative Ermächtigung, nicht unbedingt in jedem Fall ein formelles Gesetz.

Herleitung: Rechtsstaats- und Demokratieprinzip :

Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit (und damit Berechenbarkeit) von Verwaltungsentscheidungen begründen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes.

Demokratieprinzip fordert die Einflussmöglichkeit der Allgemeinheit über die Volksvertretung auf die staatliche Tätigkeit. *⁵ Die Notwendigkeit der demokratischen Legitimation von Gesetzen(also die Herleitung von einem gewählten Parlament)

2.2. Anwendungsbereich

2.2.1. Eingriffsentscheidungen

Es bedarf daher einer Eingrenzung in welchen Bereichen er Anwendung findet. Bei Belastungen des Bürgers, insbes. bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum bedarf es immer einer rechtlichen Grundlage. Dies ergibt sich bereits aus den grundgesetzlichen Schutz von Freiheit und Eigentum, demzufolge es für eine Einschränkung nach der GG-Formulierung immer eines Gesetzes bedarf. Wenn ein spezielles Freiheitsrecht (Art. 2 II, 4,5, usw. GG) tatbestandsmäßig nicht eingreift, dann kommt Art.2 I zur Anwendung, der die Handlungsfreiheit umfassend garantiert, sie aber auch unter den Vorbehalt des Gesetzes stellt.

Niemand kann zu einer Handlung (Duldung oder Unterlassung) gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung dies verlangt oder zulässt *⁶ Letztlich ergibt sich dieses Erfordernis bereits aus Art. 2 I GG, demzufolge die Freiheiten des Bürgers nur nach der verfassungsmäßigen Ordnung eingeschränkt werden können.

⁵ Giemulla / Jaworsky / Müller-Uri, Verwaltungsrecht Rz

⁶ Art. 58 Verf.BW aus Schweikhardt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 233

2.2.2. Wesentlichkeitstheorie - Teil 1: "Bedeutsame Entscheidungen"

In vielen Bereichen ist die Entscheidung, ob eine Verwaltungsmaßnahme eine Belastung darstellt nicht ohne weiteres möglich. Im Einzelfall kann es schwierig sein festzustellen, ob eine Belastung durch die Verwaltung begründet wurde:

- Einführung neuer Unterrichtsfächer (Sexualkundeunterricht, Friedenssicherung und Bundeswehr).
- Lösung von Kapazitätsproblemen : Nutzung des Luftraumes / Vergabe von Start- und Landemöglichkeiten; Genehmigungspflicht von Taxen ;bei den Hochschulen durch Erlass von Zugangsbeschränkungen.
- Erlass der Standesrichtlinien für Rechtsanwälte - kann das der Rechtsanwaltskammer überlassen bleiben ?
- Förderung eines Vereines, der sich satzungsgemäß kritisch mit religiösen Sekten auseinandersetzt

Der Gesetzesvorbehalt gilt auch für alle Maßnahmen der Verwaltung, die als "wesentlich" zu bezeichnen sind. Die Wesentlichkeit richtet sich danach, wie bedeutend, gewichtig, grundlegend, einschneidend, intensiv eine Regelung für den Bürger und die Allgemeinheit ist. ^{*7} (Letztlich sollen hiermit alle Zweifelsfälle erfasst werden, in denen die Abgrenzung zwischen Leistungs- und Eingriffsverwaltung nicht eindeutig möglich ist.)

⁷ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rz 11

Wesentlich sind vor allem solche Entscheidungen, die den Grundrechtsbereich eines Bürgers tangieren / berühren können. "Maßnahmen im grundrechtsrelevanten Bereich."

Ein Eingriff in das Grundrecht ist nicht notwendig, eine sog. Grundrechtsrelevanz liegt bereits dann vor, wenn die Maßnahme für den Adressaten oder Dritte faktisch oder mittelbar **eine Beeinträchtigung** begründen kann.

Beispiele:

Durch die Einführung neuer Unterrichtsfächer wie zum Beispiel

Sexualkundeunterricht,

Friedenssicherung und Bundeswehr

Ethikunterricht statt Religionskunde

kann das Elternrecht und das Persönlichkeitsrecht des Kindes berührt werden;

Lösung von Kapazitätsproblemen,

etwa bei der Nutzung des Luftraumes (Vergabe von Start- und Landemöglichkeiten)

bei der Genehmigungspflicht von Taxen

bei den Hochschulen durch Erlass von Zugangsbeschränkungen

könnten die Gewerbefreiheit oder Berufsfreiheit berühren;

Erlass der Standesrichtlinien für Rechtsanwälte kann nicht der Rechtsanwaltskammer überlassen bleiben ;

ebenso die Verpflichtung der Ärzte zum ärztlichen Notfalldienst könnten die Gewerbefreiheit oder Berufsfreiheit berühren

Förderung eines Vereines, der sich satzungsgemäß kritisch mit religiösen Sekten auseinandersetzt, bedarf wegen Art.4 GG einer gesetzlichen Ermächtigung.

Die Wesentlichkeit einer Entscheidung kann sich auch aus der Besonderheit des betroffenen Sachgebiets ergeben.

Grundsatzentscheidung für und gegen die Nutzung von Kernenergie / Grundsatzentscheidung zur Genehmigung von gentechnischer Anlagen (Zulassung von gentechnischen Manipulationen zu wirtschaftlichen Zwecken)

Nach der h.M. / Rechtsprechung gilt dieser Grundsatz **nicht** für die gesamte Verwaltungstätigkeit. Ein sogen. Totalvorbehalt wird überwiegend abgelehnt.

Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns - Art 20 III GG

Vorrang des Gesetzes

Kein Verhalten -
Tun oder Unterlassen -
darf gegen Gesetze
verstoßen

Anwendungsbereich:
alle Bereiche der
Verwaltung

Vorbehalt des Gesetzes

Die Verwaltung darf
nur dann handeln
wenn sie dazu durch
Gesetz ermächtigt
ist.

Anwendungsbereich:
Eingriffsverwaltung
Verwaltungsmaßnahmen
mit Grundrechtsbe-
rührung
Leistungsverwaltung,
(§ 31 SGB I)

2.2.3. Ablehnung des Totalvorbehalts

Ausgenommen sollen davon die Bereiche der Leistungsverwaltung und im Bereich der Lenkungsverwaltung das spezielle Gebiet der Subventionierung sein.

Die prinzipielle (dogmatisch begründete) Ausklammerung der Leistungsverwaltung wird die praktische Relevanz im erheblichen Maße genommen, da für den bedeutenden Bereich der Sozialleistungen nach § 31 SGB I die Leistungsgewährung einer rechtlichen Grundlage bedarf.

Im Bereich des Subventionsrechts wird es für zulässig angesehen, dass die Verwaltung Leistungen erbringt, ohne dass die Voraussetzungen oder das Verfahren der Leistungsgewährung gesetzlich geregelt sind. *⁸ Als ausreichend wird die Bereitstellung und Zweckbestimmung der Geldmittel im Haushaltsplan (einem förmlichen Gesetz) angesehen.

Zur Abgrenzung: Verwaltungstätigkeit, die ohne gesetzliche Grundlage möglich ist, weil die Maßnahme für das Zusammenleben **nicht** wesentlich ist : Bereitstellung von Lösegeld nach einer Entführung; Errichtung eines Krankenhauses für Suchtkranke; Bereitstellung eines Aussteigerprogramms für Rechtsextremisten durch das Bundeskriminalamt.

Besonderheiten des besonderen Gewaltverhältnisses

Bereiche des Strafvollzuges, Beamten- Schul- und Wehrdienstverhältnisse wurden damit erfasst. Nach einer überkommenen Auffassung sollten die Grundrechte hier nicht gelten. Der Bürger war hier in den Verwaltungsbereich mit einbezogen, so dass Grundrechte und Gesetzesvorbehalt nicht zur Anwendung kommen könnten. Lehre wurde mit der Strafvollzugsentscheidung vom 14.3.72 aufgegeben.

⁸ Schweikhardt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 232

2.2.4. Wesentlichkeitstheorie - Teil 2: Kernentscheidungen

Der Gesetzesvorbehalt gilt für alle Entscheidungen, die für das Zusammenleben im Staat wesentlich sind = **Wesentlichkeitstheorie**. Nach dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sind die bedeutenden und wichtigen Entscheidungen vom Gesetzgeber selbst zu treffen und dürfen nicht vollständig der Verwaltung überlassen bleiben.

Die Wesentlichkeitstheorie gibt auch einen Anhaltspunkt dafür, in welchen Fällen der Gesetzgeber (das gewählte Parlament) unmittelbar tätig werden muss und welche Fälle zur näheren Ausgestaltung anderen Verwaltungseinrichtungen überlassen werden können. Als Faustformel ist festzuhalten, dass das Wesentliche vom Wesentlichen der Gesetzgeber selbst regeln muss (sog. Parlamentsvorbehalt).

Nach der Rspr. des BVerfG kann aber ausnahmsweise eine Regelung, die dem Gesetzes- bzw. dem Parlamentsvorbehalt nicht entspricht, für eine Übergangszeit fortgelten, um eine sonst eintretende Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu vermeiden, die der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der bisherige Zustand. *⁹

3. Prüfungsfolge

Soweit eine Verwaltungsmaßnahme dahingehend überprüft werden soll, ob sie mit dem Grundsatz des Vorbehalt des Gesetzes im Einklang steht, ist ggf. unter Anwendung der Wesentlichkeitstheorie in folgenden Schritten der Sachverhalt zu überprüfen:

- a) bedurfte es einer normativen Grundlage für die Verwaltungsentscheidung ? Dies wird regelmäßig anzunehmen sein, es sei denn es liegt eine Maßnahme aus den Bereich der Leistungsverwaltung vor (die nicht von § 31 SGB I erfasst wird) oder eine, die als unwesentlich zu bezeichnen ist.
- b) welche Qualität musste die Ermächtigungsgrundlage haben ? Bedurfte es zur Regelung eines förmlichen Gesetzes oder reicht eine einfachgesetzliche Regelung aus ? - Nur untergeordnete, zweitrangige Fragen können einfachgesetzlich (durch Satzung, Rechtsverordnung) gelöst werden, dagegen müssen grundsätzliche Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber direkt erlassen werden. **Faustformel:** Sobald Vermögen oder Freiheit des Bürgers durch eine Maßnahme berührt werden, wird der Gesetzgeber direkt gefordert sein.

⁹ Alpmann und Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht S.25

Funktionen der Wesentlichkeitstheorie:

Sie liefert Kriterien dafür

- ob der Gesetzgeber überhaupt tätig werden muss
- und ggf. im welchem Umfang der Gesetzgeber einen Sachverhalt selbst regeln muss oder er ihn der Exekutive zur Regelung überlassen darf.

4. Abgrenzung zum unbestimmten Rechtsbegriff:

Abzugrenzen ist die Frage der **Notwendigkeit** einer gesetzlichen Grundlage für das Verwaltungshandeln von der Frage der **Bestimmtheit** der gesetzlichen Grundlage. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verlangt nur, dass überhaupt eine normative Grundlage vorhanden sein muss, welchen Grad der Präzision die Regelung haben muss, bleibt dem verantwortlichen Gesetzgeber überlassen. Die Notwendigkeit Gesetze abstrakt generell abzufassen, führt zur Verwendung unbestimmter ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe. Dies ist zulässig, soweit sich durch Auslegung eine zuverlässige Grundlage für die Rechtsanwendung finden lässt.

Beispiel: Hühnerfarm belästigt Nachbarschaft durch das Gegacker, so dass eine Auflage zur Errichtung schallschützender Einrichtungen an den Betreiber ergeht.

Rechtsgrundlage: § 24 BImSchG i.V.m. § 22,3 BImSchG i.V.m. einer entsprechenden Rechtsverordnung.

Hat hier der Gesetzgeber gegen das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes verstoßen, weil wichtige Bereiche zur Rechtfertigung eines Eingriffs auf den Verordnungsgeber übertragen wurden ?

Der Gesetzgeber genügt den Anforderungen durch die Aufnahme ausfüllungsbedürftiger gesetzlicher Regelungen (hier: "Schädliche Umwelteinwirkungen" und "Vermeidbarkeit nach dem Stand der Technik"). Aus der Natur der Sache heraus ergibt sich die Schwierigkeit einer exakten Bestimmung.

Die Notwendigkeit jede gesetzliche Regelung abstakt und generell abzufassen führt regelmäßig zur Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes wird dadurch nicht berührt.

Vertiefungshinweise

Literatur

JA 1998, 721 Daniel Beisel Straf- und verfassungsrechtliche Problematiken des finalen Rettungsschusses.

NJW 1973 S. 1ff

R. Krüger Die bewusste Tötung bei polizeilichen Schusswaffengebrauch

Jura 2002, 235 Steffen Detterbeck
Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes

JA 2002, 398ff Guy Beaucamp
Zentrale Verbindungslinien zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht.

JA 2003, 402 ff Guy Beaucamp
§§ 32,34 StGB als Ermächtigungsgrundlage en für polizeiliches Eingreifen

Urteile :

BVerwG NJW 1979, 359
Darstellung der Wesentlichkeitstheorie:

VGH München NVwZ 1992,1004
Allein die gesetzlich Verpflichtung der Gemeinden, Belange des örtlichen Zusammenlebens zu regeln, begründet keine gesetzliche Befugnis, Einwegpackungen zu verbieten