

BASLER STUDIEN ZUR RECHTSWISSENSCHAFT

Herausgegeben von K. Spiro, J. G. Fuchs,
G. Stratenwerth, K. Eichenberger, F. Vischer, P. Simonius,
L. Wildhaber, D. Krauss, R. A. Rhinow

Reihe B: Öffentliches Recht

Band 18

Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten

von

Dr. iur. Thomas G. Borer

A² 1 i 0

Helbing & Lichtenhahn
Basel und Frankfurt am Main 1986

Inhaltsübersicht

Vorwort	7
Inhaltsübersicht	9
Inhaltsverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	21
Literaturverzeichnis	23
Einleitung	41
1. Teil: Grundlagen des Legalitätsprinzips	45
2. Teil: Der Gesetzesvorbehalt im Geflecht der verfassungsmässigen Ordnung	197
3. Teil: Die Bestimmung des Regelungsbereiches von Legislative und Exekutive	289
4. Teil: Die Geltung des Gesetzesvorbehalts in den auswärtigen Angelegenheiten	373
Zusammenfassung und Gesamtwürdigung	525
Sachregister	545

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	41
1. Teil: Grundlagen des Legalitätsprinzips	
§ 1 Begriffe und System des Legalitätsprinzips	45
I. Der Begriff des formellen und des materiellen Gesetzes	45
II. Begriff und Gliederung des Legalitätsprinzips	47
III. Der Vorrang des Gesetzes	49
IV. Der Vorbehalt des Gesetzes	51
1. Gesetzesvorbehalt, Bestimmtheit des Gesetzes und Gesetzesdelegation	51
2. Die Vorbehaltswirkung des Gesetzesvorrangs	56
3. Die Unterscheidung nach der Reichweite des Gesetzesvorbehalts	56
4. Die Sondervorbehalte des Gesetzes	58
5. Zur Kritik an der Terminologie	59
§ 2 Die geschichtliche Entwicklung des Legalitätsprinzips	62
I. Die Ursprünge des Legalitätsprinzips	62
II. Der Gesetzesvorbehalt als Element der deutschen Verfassungsstruktur des 19. Jahrhunderts	64
III. Der dualistische Gesetzesbegriff und seine Auswirkungen	67
IV. Die Freiheits- und Eigentumsformel	70
V. Die Übertragung des Legalitätsprinzips in die deutsche und schweizerische Verfassungsstruktur des 20. Jahrhunderts	73
§ 3 Funktionen und verfassungsrechtliche Einbettung des Legalitätsprinzips	77
I. Funktionen des Legalitätsprinzips	77
II. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Legalitätsprinzips	78
1. Ausdrückliche Verankerungen des Legalitätsprinzips in den Verfassungen	78
2. Das Legalitätsprinzip als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz	80
§ 4 Der Stufenbau der Rechtsordnung	84
I. Inhalt und Begründung der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung	85
II. Die Hierarchie der Rechtssetzungsformen in der Schweiz	87

III.	Die Einordnung des Völkerrechts in den Stufenbau der Rechtsordnung	91
	1. Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht	91
	2. Das Verhältnis von Völkerrecht und Gesetzesrecht	94
	3. Das Verhältnis von Völkerrecht und Verfassungsrecht	97
§ 5	Lehre und Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt in der Bundesrepublik Deutschland	103
I.	Die deutsche Lehre	104
	1. Vertreter des Eingriffsvorbehalts	104
	a) HANS PETERS (1961)	104
	b) MARTIN BULLINGER (1962)	105
	c) THOMAS ELLWEIN/AXEL GOERLITZ (1967)	107
	d) ULRICH SCHEUNER (1969)	107
	2. Vertreter des Totalvorbehalts	108
	a) DIETRICH JESCH (1961)	108
	b) HANS HEINRICH RUPP (1965)	110
	c) WILFRIED SCHAUMANN (1966)	112
	d) NORBERT ACHTERBERG (1970)	112
	e) WALTER KREBS (1975)	113
	3. Vermittelnde Auffassungen zum Gesetzesvorbehalt	114
	a) FRITZ OSSENBUHL (1968)	114
	b) CHRISTIAN STARCK (1970)	116
	c) BERND LOEHNING (1974)	117
	d) GERHARD ZIMMER (1978)	118
	e) SIEGFRIED MAGIERA (1979)	120
	f) ERNST-WOLFGANG BOECKENFOERDE (1981)	121
	4. Lehre vom Verzicht auf den Allgemeinvorbehalt	122
	a) KLAUS VOGEL (1965)	122
	b) HANS-JUERGEN PAPIER (1973)	123
	c) JOACHIM WEGE (1977)	124
II.	Die höchstrichterliche Rechtsprechung	126
III.	Der Gesetzesvorbehalt im deutschen Sozialgesetzbuch	131
§ 6	Lehre und Rechtsprechung in Österreich	134
I.	Grundlagen und Inhalt des verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzips	134
II.	Die höchstrichterliche Rechtsprechung	136
III.	Die Stellungnahme der Literatur	139
§ 7	Das Legalitätsprinzip in Frankreich	143
I.	Die Verfassungslage bis zum Ende der Vierten Republik	143
II.	Die Verfassung der Fünften Republik	146
	1. Die Aufteilung der Rechtssetzungsfunktion auf Parlament und Regierung	146
	2. Die Verordnungsgewalt	149
	3. Folgerungen aus der französischen Verfassungsordnung	151

§ 8 Lehre und Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt in der Schweiz	153
I. Die schweizerische Lehre	153
1. Vertreter des Totalvorbehalts	153
a) MAX IMBODEN (1954)	154
b) ZACCARIAGIACOMETTI(1960)	156
c) GOTTFRIED ROOS (1955)	157
d) CHRISTOPH JEZLER (1967)	158
e) PIERRE-LOUIS MANFRINI (1978)	160
f) CHRISTOPH ROHNER (1982)	161
g) RUDOLF HERTACH (1984)	162
2. Vermittelnde Auffassungen zum Gesetzesvorbehalt	164
a) ANDRE GRISEL (1964)	165
b) CHRISTIAN THIEME (1967)	166
c) GEORG MUELLER (1979)	167
d) THOMAS FLEINER (1980/1981)	169
e) THOMAS COTTIER (1983)	170
II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	173
1. Rechtsmittel und Beschwerdegründe zur Durchsetzung des Legalitätsprinzips	174
2. Die ältere Praxis des Bundesgerichts zum Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts	176
3. Der Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts	178
4. Die Art der gesetzlichen Grundlage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	180
5. Die bundesgerichtliche Praxis zur Gesetzesdelegation und zu den Bestimmtheitsanforderungen an Gesetze	184
6. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Geltung des Gesetzesvorbehalts im besonderen Gewaltverhältnis	189
7. Ausnahmen vom Gesetzesvorbehalt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	190
8. Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	193
 2. Teil: Der Gesetzesvorbehalt im Geflecht der verfassungsmässigen Ordnung	
9 Der Wandel zum Leistungsstaat und seine Auswirkungen auf den Gesetzesvorbehalt	199
I. Der moderne Leistungsstaat und seine Handlungsformen	199
II. Die Fragwürdigkeit des Eingriffsvorbehalts	202
1. Die ungenaue Trennung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung	202
2. Die Interdependenz von Eingriffen und Leistungen	205
3. Folgerungen für den Eingriffsvorbehalt	209
fa III. Die These von der Überflüssigkeit des Allgemeinvorbehalts neben den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten	210

14

§ 10 Rechtsstaat und Gesetzesvorbehalt	212
I. Begriff und Inhalt des Rechtsstaates	213
1. Die Definition des Rechtsstaates	213
2. Die Elemente des Rechtsstaates	215
II. Rechtssicherheit und Gesetzesvorbehalt	219
1. Rechtssicherheit durch Verrechtlichung	219
2. Rechtssicherheit durch Gesetz und Verordnung	222
III. Gleichheitssatz und Gesetzesvorbehalt	223
1. Die Funktion des Rechtssatzes für die Verwirklichung der Rechtsgleichheit	224
2. Das Gleichheitsprinzip als Ersatz für den Totalvorbehalt	228
3. Rechtsgleichheit durch Gesetz und Verordnung	230
IV. Rechtsschutzgarantie und Gesetzesvorbehalt	231
V. Folgerungen aus dem Rechtsstaatsprinzip	235
§ 11 Gewaltenteilung und Gesetzesvorbehalt	237
I. Die widersprüchliche Verwendung des Gewaltenteilungsprinzips im Vorbehaltstreit	237
II. Zum Inhalt und zur Problematik der Gewaltenteilung	241
1. Zur Notwendigkeit einer enddogmatisierten Gewaltenteilungs- lehre	241
2. Gewaltenteilung als durch die Verfassung konkretisierter Grundsatz	245
3. Folgerungen aus dem Gewaltenteilungsprinzip	247
§ 12 Demokratie und Gesetzesvorbehalt	248
§ 13 Sozialstaatlichkeit und Gesetzesvorbehalt	252
§ 14 Das Verhältnis von Legislative und Exekutive in der Verfassung und seine Auswirkungen auf den Gesetzesvorbehalt	254
I. Das Verhältnis von Bundesversammlung und Bundesrat in der Verfassungstheorie	254
II. Das Verhältnis von Bundesversammlung und Bundesrat in der Verfassungsrealität	256
§ 15 Gesetzgebungsverfahren und Gesetzesvorbehalt	259
I. Die Anteile von Bundesverwaltung, Bundesrat und Bundes- versammlung an der Gesetzgebung	260
II. Funktionswandel des Gesetzesvorbehalts infolge der Realitäten des Gesetzgebungsverfahrens	267

§ 16 Überlastung des Parlaments, Normenflut und Totalvorbehalt	272
I. Die fehlende Kapazität des Parlaments zur Verwirklichung des Totalvorbehalts	272
1. Die Überlastungssituation des Parlaments	272
2. Die Anpassung des Gesetzesvorbehalts an die Möglichkeiten des Parlaments	274
II. Die Auswirkungen der Normenflut auf den Gesetzesvorbehalt	276
1. Das Phänomen der Normenflut	276
2. Die Ursachen der Normenflut	277
3. Die negativen Folgen der Normenflut	280
4. Die Ausgestaltung des Gesetzesvorbehalts angesichts der Normenflut	284
3. Teil: Die Bestimmung des Regelungsbereiches von Legislative und Exekutive	
	289
§ 17 Der Gesetzesvorbehalt der relativierten Wesentlichkeitstheorie	291
I. Die Wesentlichkeitstheorie	291
II. Die Eignung des Staatsorganes zur sachgerechten Entscheidung	294
1. Notwendige Korrekturen an der Wesentlichkeitstheorie	294
2. Die differenzierte Erfassung der vielgestaltigen Exekutive	297
III. Die Verteilung der Wertungskompetenz	299
1. Legislative, Exekutive und Judikative als Wertungsbeteiligte	299
2. Organisatorische Vorkehrungen zur Sicherung des Gesetzesvorbehalts	302
§ 18 Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit des Gesetzes und sein Bezug zum Gesetzesvorbehalt	304
I. Zur Bestimmtheit von Gesetzen	304
1. Die Interdependenz von Regelungslast und Regelungsdichte	304
2. Der Zusammenhang von Regelungsdichte und Gesetzesvorbehalt	306
II. Zur Festlegung hinreichender Bestimmtheit	309
1. Versuche zur formelhaften Fixierung der notwendigen Bestimmtheit von Gesetzen (Delegationsgrundsätze)	309
2. Festlegung der weit abgestuften Bestimmtheit durch einzelfallweise Wertung	312
119 Gesichtspunkte zur Verteilung der Regelungslast	315
I. Gesichtspunkte für die Unterstellung unter den Gesetzesvorbehalt	315
1. Ansätze in der Verfassung	315
2. Die Grundrechtsrelevanz	317
3. Die Bedeutung für die Ausgestaltung des politischen Systems	323

4. Politische Umstrittenheit	324
5. Finanzielle Auswirkungen	326
6. Die mangelnde Eignung des Rechtsanwenders zur Ausfüllung fehlender oder offener Gesetzesnormen	327
II. Gesichtspunkte gegen die Unterstellung unter den Gesetzesvorbehalt	328
1. Interesse an einer flexiblen, raschen Entscheidung	330
2. Interesse an einer initiativen und innovativen Entscheidung	332
3. Interesse an einer komplexe, technische Verhältnisse bewältigenden Entscheidung	334
4. Interesse an interkantonaler Zusammenarbeit und Harmonisierung	335
5. Interesse an einer einzelfallgerechten Entscheidung	336
III. Möglichkeiten zur Kompensation des Gesetzes	337
1. Kompensation durch allgemeine Verfassungsgrundsätze	337
2. Kompensation durch ein umfassendes Rechtsschutzverfahren	339
3. Kompensation durch eine nachfolgende demokratische Kontrolle	340
4. Kompensation durch Beteiligung der individuell Betroffenen am Verfahren	341
5. Kompensation durch das Budget	343
§ 20 Die Rechtssetzungskompetenz der Exekutive	350
I. Zur Notwendigkeit exekutiver Rechtssetzung	350
II. Verordnungen im Anschluss an Gesetze	352
III. Verordnungen im Anschluss an die Verfassung	355
1. Anerkannte selbständige Verordnungen der Exekutive	355
2. Die Grauzone exekutiver Rechtssetzung durch Verwaltungsvorschriften	357
3. Die offene Anerkennung einer originären Verordnungskompetenz der Exekutive	361
4. Das Zugriffsrecht des Gesetzgebers	367
IV. Zur Rechtssetzungskompetenz im besonderen Gewaltverhältnis	369
4. Teil: Die Geltung des Gesetzesvorbehalts in den auswärtigen Angelegenheiten	
373	
§ 21 Lehre und Praxis zur Notwendigkeit von rechtlichen Grundlagen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten	374
I. Äusserungen der Lehre zur Geltung des Gesetzesvorbehalts in den auswärtigen Angelegenheiten	374
II. Bestehende rechtliche Grundlagen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten	377
1. Bestehende verfassungsmäßige und gesetzliche Grundlagen	377
2. Bestehende staatsvertragliche Grundlagen	384
3. Andere die auswärtige Tätigkeit bestimmende Quellen	385

III.	Neuere Forderungen nach gesetzlichen Grundlagen für aussenpolitische Finanzbeschlüsse	388
§ 22	Der Begriff der auswärtigen Angelegenheiten und ihre Lokalisierung innerhalb der Staatsfunktionen	395
I.	Aussenpolitik, auswärtige Angelegenheiten und auswärtige Gewalt	395
II.	Die auswärtigen Angelegenheiten als Teil der Staatsleitung	398
1.	Der Begriff der Staatsleitung	398
2.	Die Abgrenzung von Staatsleitung und Verwaltung	401
III.	Die Einordnung der auswärtigen Angelegenheiten in das Gewaltenteilungssystem	405
§ 23	Die auswärtigen Angelegenheiten im Verfassungssystem	408
I.	Die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten	409
1.	Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen	409
2.	Die Kompetenzverteilung bei Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit	410
3.	Die Kompetenzverteilung im Bereich des völkerrechtlichen Verkehrs und der laufenden Geschäftsführung	411
4.	Die Kompetenzverteilung beim Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen	413
5.	Der Einfluss der Bundesversammlung auf die auswärtigen Angelegenheiten aufgrund ihrer Finanz- und Kontrollkompetenz	418
II.	Die auswärtigen Angelegenheiten als gemeinsame Aufgabe von Bundesrat und Bundesversammlung	419
III.	Das faktische Übergewicht der Exekutive bei der Wahrnehmung der auswärtigen Angelegenheiten	423
1.	Die dominierende Rolle von Regierung und Verwaltung	423
2.	Die Bedeutung der Verwaltung	427
	Gesetzesvorbehalt und auswärtige Angelegenheiten	430
I.	Die auswärtigen Angelegenheiten als wesentlicher Bereich der Staatstätigkeit	430
II.	Unmöglichkeit und Unzweckmässigkeit der gesetzlichen Regelung auswärtiger Angelegenheiten	434
1.	Mangelnde nationalstaatliche Autonomie angesichts aussenbestimmter Sachlagen	436
2.	Notwendigkeit von Kompromissen	439
3.	Notwendigkeit der Geheimhaltung	443
4.	Komplexität und Vitalität aussenpolitischer Gegebenheiten	444
5.	Das besondere Bedürfnis nach flexiblen, einzelfallgerechten Entscheidungen	447
HL	Rechtsstaatliche und demokratische Wertlosigkeit substanzarmer aussenpolitischer Gesetze	449

	Möglichkeit der Ausfertigung unbestimmter aussenpolitischer Gesetze	449
z.	Negative Auswirkungen substanzarmer Gesetze	452
3.	Werlosigkeit eines Gesetzesvorbehalts ohne inhaltliche Bestimmtheitsanforderungen	453
IV.	Zur Verankerung der auswärtigen Angelegenheiten auf Verfassungsstufe	456
V.	Zur Zweckmässigkeit der rechtlichen Regelung einiger spezifischer Bereiche auswärtiger Angelegenheiten	460
§ 25 Finanzhilfen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten		469
I.	Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für selbständige Ausgabenbeschlüsse des Parlaments	470
1.	Das selbständige Ausgabenbewilligungsrecht der Bundes- versammlung	470
2.	Die ausdrückliche Verankerung des Legalitätsprinzips im Finanzrecht und die Forderung nach einer doppelten Rechts- grundlage für Ausgaben	471
3.	Gesetzesvorbehalt und auswärtige Finanzhilfen	474
II.	Auswärtige Finanzhilfen in Form von allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen	478
1.	Das Fehlen eines echten Finanzreferendums auf Bundesebene	479
2.	Die Einführung des Finanzreferendums über den allgemein- verbindlichen Bundesbeschluss durch die Praxis	480
III.	Auswärtige Finanzhilfen in Form von Staatsverträgen	484
IV.	Selbständige Ausgabenbeschlüsse als wirksames Mittel zur parlamentarischen Einwirkung auf die auswärtigen Angelegenheiten	485
1.	Der selbständige Ausgabenbeschluss über auswärtige Finanz- hilfen als Surrogat für das Gesetz	485
2.	Die beschränkten Einwirkungsmöglichkeiten der Bundes- versammlung bei den entwicklungspolitischen Rahmenkrediten	487
§ 26 Möglichkeiten der Bundesversammlung zur Verstärkung ihres Einflusses auf die auswärtigen Angelegenheiten		491
I.	Die parlamentarische Kontrolle im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten	492
1.	Zu Begriff und Wesen der parlamentarischen Oberaufsicht	492
2.	Mittel der parlamentarischen Kontrolle im auswärtigen Bereich	495
3.	Kontrolle als wirksamer Weg zur Steuerung der Exekutive	499
II.	Aussenpolitische Parlamentsdebatten und parlamentarische Vorstösse	501
1.	Die Verstärkung der parlamentarischen Artikulationsfunktion	501
2.	Die Mittel des parlamentarischen Vorstosses im auswärtigen Bereich	502
3.	Aussenpolitische Weisungen der Bundesversammlung an den Bundesrat	506

III. Die Beteiligung der Bundesversammlung an der ausserpolitischen Planung	511
1. Zur Bedeutung und Funktion der ausserpolitischen Planung	511
2. Möglichkeiten der ausserpolitischen Gesamt- und Detailplanung durch das Parlament	514
IV. Die parlamentarischen Kommissionen für auswärtige Angelegenheiten	519
1. Stellung und Funktion der ausserpolitischen Kommissionen	519
2. Die Aufgaben der ausserpolitischen Kommissionen im einzelnen	521
Zusammenfassung und Gesamtwürdigung	525
Sachregister	545