

Rechtsetzungsrecht

Gubernative Rechtsetzung

Dogmatische Perspektive &
,theoretische‘ Perspektiven

(kleine Exkurse in Rechtsetzungsrechtstheorie,
Rechtsetzungsrechtsvergleich & Rechtsetzungsrechtsgeschichte)

13. & 20. Januar 2020

Rico David Neugärtner, LL.M. (Cornell)
Humboldt-Universität zu Berlin

1 IN MEDIAS RES: President Trump Presenting an E.O.

[hier Bild von Donald Trump mit hochgehaltener Ausfertigung einer Executive Order mit gut sichtbarer Unterschrift]

(Quelle: PBS; <https://www.pbs.org/newshour/politics/trump-signs-order-against-boycotts-on-college-campuses-directed-against-israel>)

VORLESUNG „RECHTSETZUNGSRECHT“ 2020

Termin	Rechtsetzung &		
(2019)	<i>I. Gesetzgebungskompetenzen</i>		
	<i>II. Formelle(s) Gesetzgebungsverfahren des Bundes</i>		
6.1.20	<i>III. (Partiell) nicht-parlamentarische Rechtsetzung</i> direkte Demokratie + SelbstVw	
13.1.20	 Gubernative I	
20.1.20	 Gubernative II	[+ ‚Theorie‘]
27.1.20	 ‚Private‘	
3.2.20		<i>IV. Rechtsetzung & Judikative</i> Fachgerichte
10.2.20 Bundesverfassungsgericht		

ÜBERBLICK über den Vorlesungstermin

1 In medias res: President Trump Presenting an Executive Order

2 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechtsvergleich: gubernative
Rechtsetzung ‚unter dem Grundgesetz‘ & in den USA - eine grobe
Gegenüberstellung

3 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechts-, ‚Theorie‘ - ein sehr knapper
Einblick

4 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechtsgeschichte: 1919, 1949, 1968 - ein
exemplarischer Einblick

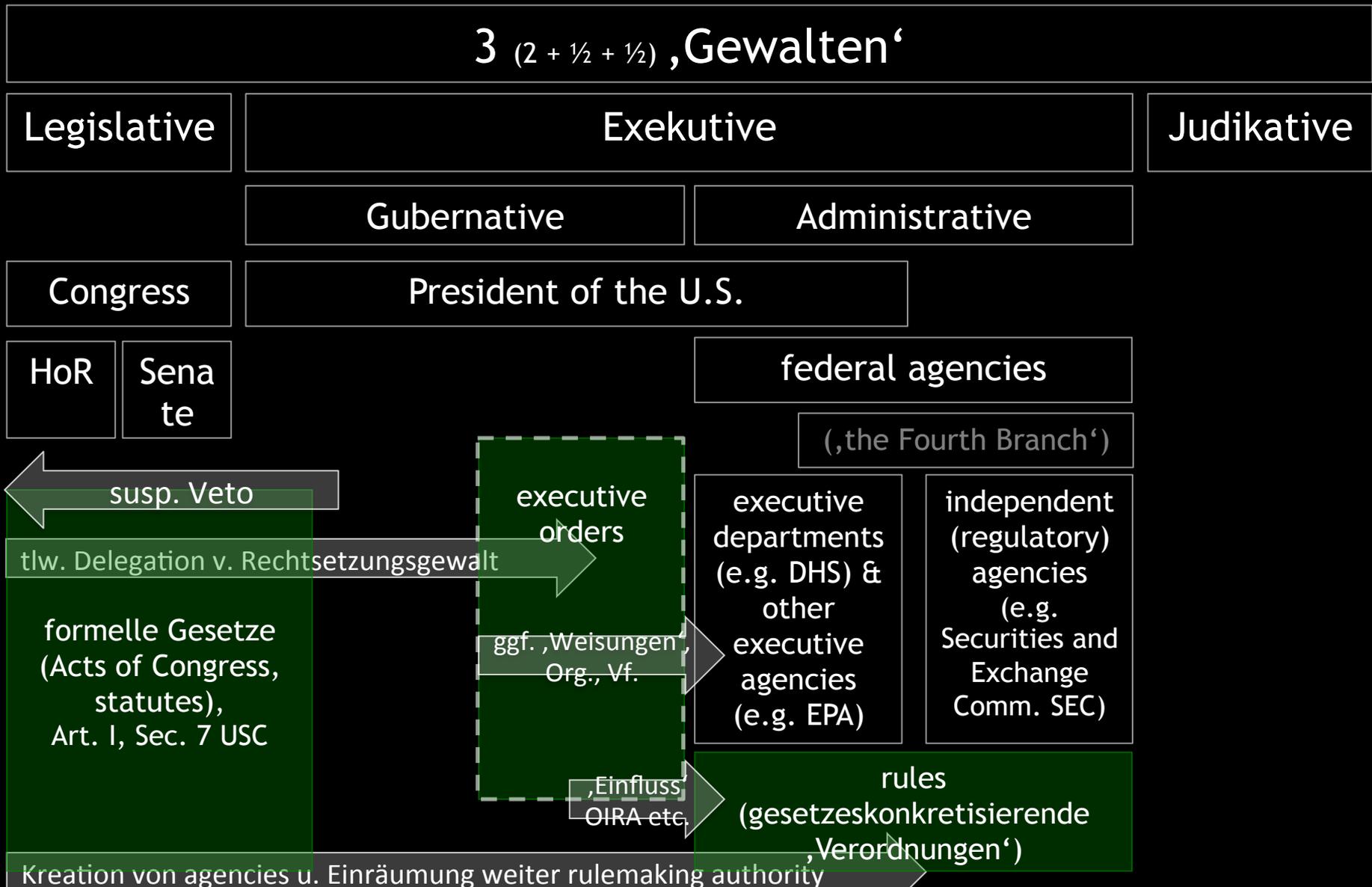
5 Art. 80 GG - Rechtsverordnungen ‚unter dem Grundgesetz‘

a Gesetzesvorbehalt und ‚I.Z.A.-Formel‘

b Ermächtigungsadressaten

c Erlassverfahren, einschließlich Zustimmungsvorbehalte

2 ‚GUBERNATIVE‘ & RECHTSETZUNG in den USA (Überblick)



2 RECHTSETZUNGSRECHTSVERGLEICH: Beispiel E.O./RVO

A) Grundlage des Vergleichs: funktionale Äquivalente?

Executive Order (USC)	Rechtsverordnung (Art. 80 GG)
Funktion: tlw. delegierte Rechtsetzung	Funktion: delegierte Rechtsetzung
weitere Funktionen: tlw. auch eigenst. polit. Gestaltungsinstrument, tlw. auch Instruktionen und interne Organisations-, Verfahrensvorgaben innerhalb der Exekutive (Anleitung v. agencies)	(eigenst. polit. Gestaltung der Gubernative sowie interne Instruktionen regelmäßig durch andere Instrumente, z.B. Verwaltungsvorschriften)
daneben für delegierte exekutive Rechtsetzung praktisch sehr relevant: rulemaking der agencies	daneben auch delegierte exekutive Rechtsetzung durch Satzungen (SelbstVw)

-> E.O. und RVO (nur) partiell funktional äquivalent

B) Vergleich i.e.S.: Gemeinsamkeiten und Unterschiede, z.B. soweit funktionale Äquivalenz besteht, d.h. soweit es um delegierte Rechtsetzung geht:

„intelligible principle“ (non-delegation doctrine; case law)	„Inhalt, Zweck und Ausmaß“-Formel (Art. 80 I 2 GG)
--	--

-> zwar jeweils verfassungsrechtliche Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungsgewalt, aber unter dem GG deutlich restriktiver

[-> Kontingenzbewusstsein!]

2 ‚GUBERNATIVE‘ & RECHTSETZUNG in den USA

Beispiel: ‚Travel Ban‘ 2017

(vereinfacht: Einreise aus best. enumerierten Staaten wird verboten)

Rechtsform: Executive Order(s), Presidential Proclamation

zwar einschlägiges formelles Gesetzesrecht (daneben aber auch direkt auf Art. II USC gestützt - „gubernative Herrlichkeit“ [v. Bogdandy]):

8 U.S.C. § 1182 (f) = § 212(f) INA:

„Whenever the President finds that the entry of any aliens or of any class of aliens into the United States would be detrimental to the interests of the United States, he may by proclamation, and for such period as he shall deem necessary, suspend the entry of all aliens or any class of aliens as immigrants or nonimmigrants, or impose on the entry of aliens any restrictions he may deem to be appropriate.“

zwar sehr unbestimmt („detrimental to the interests of the United States“)

allerdings in dieser Unbestimmtheit nach h.M. verfassungsgemäß(!);
sog. non-delegation doctrine verlangt nur, dass der Ermächtigung ein
„intelligible principle“ entnommen werden könne

9th Cir. Ct. of Appeals bejahte am 22.12.2017 einen Gesetzes(!)verstoß;
SCOTUS billigte den T.B. (Trump v. Hawaii, No. 17-965, 585 U.S. ____ (2018))

ÜBERBLICK über den Vorlesungstermin

- 1 In medias res: President Trump Presenting an Executive Order
- 2 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechtsvergleich: gubernative Rechtsetzung ‚unter dem Grundgesetz‘ & in den USA - eine grobe Gegenüberstellung
- 3 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechts- ‚Theorie‘ - ein sehr knapper Einblick
- 4 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechtsgeschichte: 1919, 1949, 1968 - ein exemplarischer Einblick
- 5 Art. 80 GG - Rechtsverordnungen ‚unter dem Grundgesetz‘
 - a Gesetzesvorbehalt und ‚I.Z.A.-Formel‘
 - b Ermächtigungsadressaten
 - c Erlassverfahren, einschließlich Zustimmungsvorbehalte

3 RECHTSETZUNGSRECHTS-, 'THEORIE' (sehr knapper Einblick)

„[...] erst ein Vergleich kann wirklich theoriefähiges Material bereitstellen“
(C. Möllers, Der vermisste Leviathan, S. 116)

-> vom Rechtsetzungsrechtsvergleich zur Rechtsetzungsrechtstheorie

vgl. auch v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, 2000; aus d. Verlagsbeschreibung:
„Armin von Bogdandy formuliert eine Konzeption der Rechtsetzung, die die Rechtsregime der deutschen Rechtssatzformen im Vergleich mit der Rechtslage in vier anderen europäischen Staaten unter Einbeziehung politikwissenschaftlicher und philosophischer Erkenntnisse neu entfaltet. Er zeigt, daß das Rechtsregime der Rechtsetzung treffender formuliert werden kann, wenn drei Eckpunkte der herkömmlichen Dogmatik aufgegeben und durch drei neue ersetzt werden.“

(Hinweis: Grenzen zwischen ‚Dogmatik‘ & ‚Theorie‘ hier offenbar besonders fließend)

-> auf d. Basis v. Beobachtungen d. Praxis der Rechtsetzung seit 1949, Rechtsvergleich, ‚Theorien‘ d. parlamentarischen Demokratie + d. Gewaltenteilung (‚Funktionalismus‘): Hinterfragung von:

A) „Eckpunkte der herkömmlichen Dogmatik“, „Prämissen und Konzeptionen“ (489)

Kritik u.a. an: Fokussierung auf das „Gesetz als die ‚eigentliche‘ Form der Rechtsetzung“ + Blick auf „[d]ie Regierung als Exekutive, das Parlament als das zentrale Organ demokratisch legitimierter Gesamtleitung und Willensbildung“ (489)

B) „Rechtsregime der deutschen Rechtssatzformen“

Kritik u.a. an: (1) dem ‚Dogma‘ der engen Ausl. von Art. 80 I 2 GG;
(2) Mängel bei den Verfahrensvorgaben für den Erlass v. RVO (Partizipation);
(3) Dogma v. fehlender Außenwirkung v. Verwaltungsvorschriften

ÜBERBLICK über den Vorlesungstermin

- 1 In medias res: President Trump Presenting an Executive Order
- 2 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechtsvergleich: gubernative Rechtsetzung ‚unter dem Grundgesetz‘ & in den USA - eine grobe Gegenüberstellung
- 3 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechts-‚Theorie‘ - ein sehr knapper Einblick
- 4 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechtsgeschichte: 1919, 1949, 1968 - ein exemplarischer Einblick
- 5 Art. 80 GG - Rechtsverordnungen ‚unter dem Grundgesetz‘
 - a Gesetzesvorbehalt und ‚I.Z.A.-Formel‘
 - b Ermächtigungsadressaten
 - c Erlassverfahren, einschließlich Zustimmungsvorbehalte

4 RECHTSETZUNGSRECHTSGESCHICHTE (exempl. Einblick)

WRV	GG 1949	GG 1968
in der WRV nur punktuell geregelt, etwa Art. 88 III 1, Art. 91 S. 1 WRV		
dennoch, darüber hinaus: „vollkommen ausufernde Verordnungspraxis“ sowie sog. „vereinfachte Form der Gesetzgebung“ auf einfach-gesetzl. Grundlage (vgl. Remmert, in: M/D, Art. 80, Rn. 21, m.w.N.)	-> ‚Antwort‘: Art. 80 GG, ParlamentsVB	
+ Art. 48 Abs. 2 WRV: Notverordnungen des Reichspräsidenten	-> ‚Antwort‘: u.a. Art. 81 GG	Art. 115a ff. GG, Art. 80a GG
(-> vgl. hierzu den VL-Termin zu ‚besonderen formellen Gesetzgebungsverfahren des Bundes‘)		

ÜBERBLICK über den Vorlesungstermin

- 1 In medias res: President Trump Presenting an Executive Order
- 2 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechtsvergleich: gubernative Rechtsetzung ‚unter dem Grundgesetz‘ & in den USA - eine grobe Gegenüberstellung
- 3 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechts-‚Theorie‘ - ein sehr knapper Einblick
- 4 ‚Verordnung‘ & Rechtsetzungsrechtsgeschichte: 1919, 1949, 1968 - ein exemplarischer Einblick
- 5 Art. 80 GG - Rechtsverordnungen ‚unter dem Grundgesetz‘
 - a Gesetzesvorbehalt und ‚I.Z.A.-Formel‘
 - b Ermächtigungsadressaten
 - c Erlassverfahren, einschließlich Zustimmungsvorbehalte

5 ARTIKEL 80 GG - Überblick

Art. 80 GG		
Abs. 1	S. 1	Gesetzesvorbehalt + Ermächtigungsadressaten 
	S. 2	Anforderungen an das fG: „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ 
	S. 3	Anforderung an die RVO: Zitiergebot
	S. 4	Subdelegation durch RVO aufgr. formell-gesetzl. Erm.
Abs. 2	Bundesrats-zustimmungsbedürftige Rechtsverordnungen 	
Abs. 3	Initiativrecht des Bundesrats	
Abs. 4	Landesgesetz statt Landesrechtsverordnung	

5a GESETZESVORBEHALT & ‚IZA‘-FORMEL

Art. 80 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 GG

„Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden.“

und zwar „Gesetz“ im formellen Sinn (Parlamentsgesetz)

(P) VH zum (allgemeinen) Parlamentsvorbehalt/
Wesentlichkeitstheorie, str.
(Überblick: Cremer, AöR 122, 248)

denkbar z.B.: absolute Delegationsverbote jenseits von Art. 80 I 2 GG; aber z.T. wird auch vertreten: selbstst. Verordnungsrecht außerhalb von „wesentlichen“ Fragen!

Bestimmung von „Inhalt, Zweck und Ausmaß“:

(1) Vorhersehbarkeitsformel

(2) Selbstentscheidungsformel

(3) Programmformel

(4) Deutlichkeitsformel

Kritik, z.B. v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, 376 ff.: Art. 80 I 2 GG sei weiter auszulegen

- Funktionalismus! RVO häufig passendere R'satzform
- Entlastung d. Art. 80 I 2 GG, Begrenzung d. VO-Gebers durch sonst. VerfR (GRe, VHM, etc.)!

5 ARTIKEL 80 GG - Überblick

Art. 80 GG		
Abs. 1	S. 1	Gesetzesvorbehalt + Ermächtigungsadressaten
	S. 2	Anforderungen an das fG: „Inhalt, Zweck und Ausmaß“
	S. 3	Anforderung an die RVO: Zitiergebot
	S. 4	Subdelegation durch RVO aufgr. formell-gesetzl. Erm.
Abs. 2	Bundesrats-zustimmungsbedürftige Rechtsverordnungen	
Abs. 3	Initiativrecht des Bundesrats	
Abs. 4	Landesgesetz statt Landesrechtsverordnung	

5b ERMÄCHTIGUNGSADRESSATEN

Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG

„Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen.“

(P): Pflicht zum VO-Erlass? explizit, implizit, sonst. VerfR, Unionsrecht? Grenzen?

Art. 80 Abs. 4 GG [seit 1994]

„Soweit durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen, sind die Länder zu einer Regelung auch durch Gesetz befugt.“

= „verordnungsvertretendes“ formelles Landesgesetz; selten gebraucht; wirklich eine Stärkung des Legislativföderalismus? skeptisch z.B. Remmert in M/D

+ Bundestag als Verordnungsgeber? -> (P) „Legislativverordnung“ (Uhle)

(P) verordnungsändernde Gesetze -> Rechtsnatur str.: BVerfGE 114, 196 (238) -
Beitragssatzsicherungsgesetz: „Ändert das Parlament wegen des sachlichen Zusammenhangs eines Reformvorhabens bestehende Verordnungen [...], so ist das dadurch entstandene Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Verordnung zu qualifizieren.“

+ Bindung sowohl an Art. 76 f. wie auch an Art. 80 I 2 GG

((+ Exkurs/ Abgr.: gesetzesändernde Rechtsverordnungen: zulässig, wenn Art. 80 I 2 GG eingehalten))

5 ARTIKEL 80 GG - Überblick

Art. 80 GG		
Abs. 1	S. 1	Gesetzesvorbehalt + Ermächtigungsadressaten
	S. 2	Anforderungen an das fG: „Inhalt, Zweck und Ausmaß“
	S. 3	Anforderung an die RVO: Zitiergebot
	S. 4	Subdelegation durch RVO aufgr. formell-gesetzl. Erm.
Abs. 2	Bundesrats-zustimmungsbedürftige Rechtsverordnungen	
Abs. 3	Initiativrecht des Bundesrats	
Abs. 4	Landesgesetz statt Landesrechtsverordnung	

5c RECHTSVERORDNUNGEN: ERLASSVERFAHREN, EINSCHLIEßLICH ZUSTIMMUNGSVORBEHALTEN

Umwelthaftungsgesetz (UmweltHG)

§ 20 Ermächtigung zum Erla[ss] von Rechtsverordnungen

- (1) Die Bundesregierung wird durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften erlassen über
 1. den Zeitpunkt, ab dem der Inhaber einer Anlage nach § 19 Deckungsvorsorge [für Umwelthaftungsfälle] zu treffen hat, [....]
 4. Verfahren und Befugnisse der für die Überwachung der Deckungsvorsorge zuständigen Behörde, [....]
- (2) Die Rechtsverordnung ist vor Zuleitung an den Bundesrat dem Deutschen Bundestag zuzuleiten. Sie kann durch Beschu[ss] des Bundestages geändert oder abgelehnt werden. Der Beschu[ss] des Bundestages wird der Bundesregierung zugeleitet. [....]

5c RECHTSVERORDNUNGEN: ERLASSVERFAHREN, EINSCHLIEßLICH ZUSTIMMUNGSVORBEHALTEN

I) Initiative: ggf. Initiativrecht Bundesrat, Art. 80 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 GG (ca. 10/ LegPer)

II) ‚Inneres Verfahren‘ & Beschluss

-> BVerfGE 91, 148 (165 f.) - Umlaufverfahren: erforderlich ist Zurechenbarkeit zum Ermächtigungsadressaten: Information, Quorum, Majorität: (-) bei BReg-Umlaufverfahren
-> BVerfGE 127, 293 (320 ff.) - Hennenhaltungsverordnung II: einfach-gesetzliche Verfahrensanforderungen wie Anhörung der Tierschutzkommission nach TierSchG gehören zum Prüfungsmaßstab

III) Zustimmungsvorbehalte

Art. 80 Abs. 2 GG - Zustimmung Bundesrat: 4 Fälle; (P) Selbstermächtigung über Art. 80 I 4 GG?

(P) gesetzlich vorgesehener Zustimmungsvorbehalt Bundestag, BVerfGE 8, 274 (321) - Preisbindung: BT-ZustimmungsVB ggf. zulässig
(P) verordnungsentwurfsändernde Parlamentsbeschlüsse, § 20 II UmweltHG: „Die Rechtsverordnung ist vor Zuleitung an den Bundesrat dem Deutschen Bundestag zuzuleiten. Sie kann durch Beschluß des Bundestages geändert oder abgelehnt werden. Der Beschluß des Bundestages wird der Bundesregierung zugeleitet.“ -> Zulässigkeit str., insbes. bei Pflicht zum VO-Erlass

IV) Abschluss: Art. 82 Abs. 1 S. 2 GG - Ausfertigung & Verkündung; -> § 2 VkBkmG