

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 357

Rechtsschutz bei normativem Unrecht

Von

Wolf-Rüdiger Schenke



Duncker & Humblot · Berlin

WOLF-RÜDIGER SCHENKE

Rechtsschutz bei normativem Unrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 357

Rechtsschutz bei normativem Unrecht

Von

Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Schenke



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04292 1

*Meiner Frau
und meinen Kindern*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

I. Die Problematik eines Rechtsschutzes gegen Normen	19
1. Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Problematik	19
2. Aufriß der Probleme	21
II. Der Gang der Untersuchung	26

Erster Teil

Die verfassungsrechtliche Garantie des Rechtsschutzes bei normativem Unrecht

A. Art. 19 IV GG als verfassungsrechtliche Gewährleistung eines Rechts- schutzes gegen Normen

	28
I. Die grammatische Interpretation des Art. 19 IV GG	28
1. Der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in Rechtswissenschaft und Gesetzgebung	29
a) Der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in der rechtswissenschaft- lichen Diskussion	29
b) Die Verwendung des Begriffs der „öffentlichen Gewalt“ durch den Gesetzgeber	30
c) Fazit	32
2. Der Sprachgebrauch des Art. 19 IV GG im Vergleich mit dem anderer Bestimmungen	34
II. Die systematisch-teleologische Interpretation des Art. 19 IV GG	35
1. Die Stellung des Art. 19 IV GG	35
2. Rechtsschutz gegen Verwaltungshandlungen als Indiz für einen Rechtsschutz gegen Normen	37
a) Gleiches Bedürfnis für einen Rechtsschutz gegen Verwaltungs- handlungen und Normen	37

aa)	Entbehrlichkeit eines Rechtsschutzes wegen der Nichtigkeit einer rechtswidrigen Norm?	37
bb)	Entbehrlichkeit eines Rechtsschutzes im Hinblick auf die Möglichkeit eines Rechtsschutzes gegen Vollzugsakte der Norm?	39
cc)	Rechtsschutz gegen Normen als Voraussetzung eines effektiven Rechtsschutzes gegen Verwaltungshandlungen	53
b)	Die Relativierung des Gegensatzes von Norm und Einzelakt	55
3.	Die subjektiven, vor der Normgebung schützenden Rechte und der Rechtsschutz gegen Normen	58
a)	Die bisherige Sicht des Verhältnisses von subjektivem öffentlichem Recht und Rechtsschutz	59
b)	Die Grundrechte als vor der Gesetzgebung schützende, subjektive Rechte	61
c)	Einwände gegen die subjektive Rechtsnatur der Grundrechte — Die status-Lehre Rupps	62
d)	Die Elemente des subjektiven Rechts	73
aa)	Die Rechtsmacht als Komponente auch der vor der Gesetzgebung schützenden, subjektiven Rechte	75
bb)	Die Bestimmung der Rechtsmacht der vor der Gesetzgebung schützenden Rechte	77
a)	Die actio negatoria als gesuchte Rechtsmacht	77
β)	Actio negatoria und gerichtlicher Rechtsschutz	82
4.	Rechtsschutz gegen Normen und Haftung bei normativem Unrecht	88
a)	Die Bedeutung einer Haftung bei normativem Unrecht für einen Rechtsschutz gegen Normen	88
b)	Staatliche Haftung bei normativem Unrecht	89
aa)	Haftung unter dem Aspekt eines allgemeinen Wiedergutmachungsanspruchs	89
bb)	Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff	89
cc)	Haftung aus Art. 34 GG	90
dd)	Konsequenzen der Amtshaftung für einen gerichtlichen Rechtsschutz	91
a)	Gerichtlicher Rechtsschutz und Amtshaftung bei Introvertierung der Amtspflicht	91
β)	Gerichtlicher Rechtsschutz und Amtshaftung bei Identifizierung von Amtspflicht und Rechtspflicht des Staates	92
III.	Einwände gegen die Erstreckung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG auf Rechtsetzungsakte	94
1.	Kein Ausschluß der Rechtsschutzgarantie durch verfassungsgerichtliche Normenkontrollverfahren	95
a)	Art. 93 I Nr. 2 GG und der Rechtsschutz gegen Normen	95
b)	Art. 93 I Nr. 4 a und b GG und der Rechtsschutz gegen Normen	96

c) Art. 100 I GG und der Rechtsschutz gegen Normen	97
2. Rechtsschutz gegen Normen durch die ordentlichen Gerichte?	98
3. Art. 20 III GG und Art. 97 I GG als Indizien gegen einen gerichtlichen Rechtsschutz?	100
4. Art. 19 IV GG als „Garantie“ eines Rechtsschutzes nach Maßgabe der Prozeßordnungen?	101
5. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis für einen gerichtlichen Rechtsschutz gegen Normen?	101
6. Die gerichtliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen als Rechtsweg i. S. des Art. 19 IV GG?	104
7. Ablehnung des Rechtsschutzes als Konsequenz der überkommenen Verfassungstradition?	104
a) Rechtsschutz gegen Normen in der konstitutionellen Monarchie? 105	
aa) Das Parlament als Hüter der Verfassung	105
bb) Kein Bedürfnis für einen zusätzlichen Rechtsschutz gegen Gesetze	108
cc) Die Stellung der Judikative	110
b) Die Problematik eines Rechtsschutzes gegen Normen in der Gegenwart	112
aa) Das Parlament als Hüter der Verfassung?	112
bb) Bedürfnis für einen gerichtlichen Rechtsschutz gegen Gesetze	113
cc) Die Stellung der Judikative	114
c) Die verfassungsgesetzlichen und politisch-sozialen Wandlungen in ihrer Bedeutung für die Problematik eines Rechtsschutzes gegen Normen	115
 <i>B. Das zeitliche Einsetzen der Rechtsschutzgarantie</i>	
I. Das Problem	117
II. Die normative Verletzung subjektiver Rechte	118
1. „Gegenwärtiges Betroffensein“ als Voraussetzung für eine subjektive Rechtsverletzung?	119
2. „Unmittelbares Betroffensein“ als Voraussetzung für eine subjektive Rechtsverletzung?	124
III. Vorbeugender Rechtsschutz als Konsequenz materiellrechtlicher Unterlassungsansprüche?	127

IV. Vorbeugender Rechtsschutz als Konsequenz des Prinzips der Rechtsschutzeffektivität	135
1. Das Prinzip der Rechtsschutzeffektivität	135
2. Vorbeugender Rechtsschutz gegen noch nicht in Kraft getretene Normen	136
3. Vorbeugender Rechtsschutz bei nur virtueller Betroffenheit durch rechtswidrige Normen	142
4. Die Form des vorbeugenden Rechtsschutzes	143
<i>C. Die verfassungsrechtlich gebotene Form des Rechtsschutzes</i>	145
I. Die Probleme	145
II. Verfassungsrechtliche Determinanten einer Lösung	145
III. Die vor der Normgebung schützenden Rechte und die Form des Rechtsschutzes	146
1. Der Zusammenhang zwischen dem Umfang des Beseitigungsanspruchs und der Form des Rechtsschutzes gegen Normen	146
2. Die Konkretisierung des Beseitigungsanspruchs	147
a) Nur Anspruch auf Beseitigung der individuellen Beeinträchtigung	147
b) Anspruch auf Beseitigung der Norm bei bestimmten Normgruppen?	152
aa) Die Notwendigkeit einer Beseitigung der rechtswidrigen Norm bei „janusköpfigen“ Normen	154
bb) Die Notwendigkeit einer Beseitigung der rechtswidrigen Norm in anderen Fällen	156
cc) Die Notwendigkeit einer prinzipialen Normenkontrolle bei rechtswidrigen gültigen Normen	158
IV. Die Rechtsschutzgarantie und die Form des Rechtsschutzes gegen rechtswidrige Normen	159
1. Art. 19 IV GG gebietet grundsätzlich keine bestimmte Form des Rechtsschutzes gegen Normen	159
2. Normative Rechtsverletzungen, bei denen Art. 19 IV GG eine allgemein verbindliche prinzipiale Normenkontrolle erfordert	163
V. Die Auswirkungen des Art. 100 I GG auf den Rechtsschutz gegen Normen	164

*D. Die verfassungsrechtliche Garantie
eines Rechtsschutzes gegen rechtswidriges
normatives Unterlassen*

168

I. Der Begriff des normativen Unterlassens	168
II. Art. 19 IV GG als Garantie eines Rechtsschutzes gegen normatives Unterlassen	169
1. Die grammatische Interpretation des Art. 19 IV GG	169
2. Die systematisch-teleologische Interpretation des Art. 19 IV GG ..	170
III. Die verfassungsrechtlich gebotene Form des Rechtsschutzes	175
1. Die grundsätzliche Notwendigkeit einer prinzipalen Entscheidung über den Rechtsetzungsanspruch	175
2. Ausnahmen vom Erfordernis einer prinzipalen Entscheidung über den Rechtsetzungsanspruch	177
a) Die Entbehrlichkeit der prinzipalen Normenkontrolle im Fall des Art. 6 V GG?	178
b) Die Entbehrlichkeit der prinzipalen Normenkontrolle bei unvollständiger Erfüllung eines Rechtsetzungsauftrags	181
3. Die Auswirkungen des Art. 100 I GG auf den Rechtsschutz gegen normatives Unterlassen	185

Zweiter Teil

**Die Konkretisierung des
Rechtsschutzgebots auf der Basis der einfach-
gesetzlichen Verfahrensordnungen**

*E. Rechtsschutz durch eine Anfechtungs-
und Verpflichtungsklage*

189

I. Anfechtungs- und Verpflichtungsklage als (auch) Rechtsbehelfe gegen vollziehbare Normen	190
II. Die Verpflichtungsklage auf Erlaß eines feststellenden Verwaltungsakts als Rechtsbehelf gegen Normen?	194
III. Grenzen des Rechtsschutzes durch Anfechtungs- und Verpflichtungsklage	196
1. Kein Rechtsschutz bei nicht vollziehbaren Normen	197
2. Ausnahmsweise auch kein Rechtsschutz bei vollziehbaren Normen	198

<i>F. Rechtsschutz gegen Normen durch eine vorbeugende Unterlassungsklage gegen Vollziehungshandlungen</i>		203
I. Die Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage		203
II. Der Umfang des Rechtsschutzes durch eine vorbeugende Unterlassungsklage		211
<i>G. Rechtsschutz durch eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage</i>		215
I. Bisherige Versuche zur Sicherung eines Rechtsschutzes gegen Normen durch eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage		215
II. Der Begriff des Rechtsverhältnisses i. S. des § 43 VwGO		216
III. Die verschiedenen Möglichkeiten zur Begründung feststellungsfähiger Rechtsverhältnisse		223
1. Feststellungsfähige Rechtsverhältnisse als Konsequenz der subjektiven Rechte des Bürgers		223
a) Die Begründung von Rechtsverhältnissen durch Abwehrensprüche des Verletzten		224
b) Die Begründung von Rechtsverhältnissen durch die vor der Normgebung schützenden Beherrschungsrechte		227
2. Feststellungsfähige Rechtsverhältnisse als Konsequenz der subjektiven Rechte des Staates		232
a) Die Möglichkeit subjektiver Rechte des Staates		233
b) Die subjektiven Rechte des Staates im einzelnen		238
IV. Rechtsschutz durch eine atypische Feststellungsklage?		247
1. Verwaltungsgerichtliche Feststellung der Nichtigkeit der Norm gegenüber dem Kläger?		247
2. Verwaltungsgerichtliche Feststellung der normativen Verletzung von Rechten des Klägers?		248
V. Der Umfang des Rechtsschutzes durch eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage		249
1. Rechtsschutz bei normativen Rechtsverletzungen		249
2. Rechtsschutz bei drohenden normativen Rechtsverletzungen		251
3. Verbleibende Rechtsschutzlücken		255

*H. Rechtsschutz durch ein
Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO* 257

I. Die Rechtsschutztauglichkeit der oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle	257
1. Einwände gegen die Rechtsschutztauglichkeit	257
2. § 47 VwGO als Rechtsweg im Sinn des Art. 19 IV GG	258
II. Der Umfang des Rechtsschutzes nach § 47 VwGO	260
1. Der Prüfungsgegenstand einer oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle	260
2. Begrenzungen des Prüfungsmaßstabs	261
a) § 40 VwGO als Begrenzung des Prüfungsmaßstabs?	261
b) § 47 VwGO als Ermächtigung zur Normenkontrolle nur im staatlichen Bereich der Länder?	262
c) Die Begrenzungen durch § 47 III VwGO	263
aa) Der Anwendungsbereich des § 47 III VwGO	263
bb) Die Verfassungswidrigkeit einer gemäß § 47 I Nr. 1 VwGO vorgeschriebenen oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle am Maßstab von höherrangigem Landesrecht ..	263
a) Die prinzipale Normenkontrolle am Maßstab von Landesrecht als Landesverfassungsgerichtsbarkeit	264
β) Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für sich als Landesverfassungsgerichtsbarkeit darstellende, prinzipale Normenkontrollen	274
cc) Die Bedeutung der Vorbehaltsklausel des § 47 III VwGO ..	275
a) Unbeschränkte Überprüfung am Maßstab von Bundesrecht	276
β) Die an § 47 III VwGO anknüpfenden Streitfragen	277
aa) § 47 III VwGO als Begrenzung des Prüfungsmaßstabs der oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle	278
ββ) Abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise des § 47 III VwGO?	279
γγ) Die sich aus § 47 III VwGO ergebenden Konsequenzen in den einzelnen Bundesländern	285
(1) Keine Beschränkung des Prüfungsmaßstabs durch abstrakte landesverfassungsgerichtliche Normenkontrollverfahren	285
(2) Keine Beschränkung des Prüfungsmaßstabs durch konkrete landesverfassungsgerichtliche Normenkontrollverfahren	287
(3) Durch den Bürger einleitbare verfassungsgerichtliche Normenkontrollverfahren und die oberverwaltungsgerichtliche Normenkontrolle..	289
(a) Die bayerische Popularklage und die oberverwaltungsgerichtliche Normenkontrolle..	290

(b) Die hessische Grundrechtsklage und die oberverwaltungsgerichtliche Normenkontrolle	290
III. Die zeitlichen Grenzen des Rechtsschutzes	292
IV. Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts im Normenkontrollverfahren	293
V. Verbleibende Rechtsschutzlücken bezüglich der der Normenkontrolle unterliegenden Rechtsvorschriften	294
<i>J. Rechtsschutz gegen Normen durch eine Verfassungsbeschwerde</i>	
	297
I. Die Verfassungsbeschwerde als Rechtsweg i. S. des Art. 19 IV GG ..	297
II. Das Verhältnis der Verfassungsbeschwerde zu anderen Rechtsschutzverfahren gegen Normen	301
1. Die Verfassungsbeschwerde und die oberverwaltungsgerichtliche Normenkontrolle	301
2. Die Verfassungsbeschwerde und die inzidenten Normenkontrollverfahren	302
III. Beschränkung des Rechtsschutzes durch das Annahmeverfahren des § 93 a IV BVerfGG?	311
IV. Vorbeugender Rechtsschutz durch die Verfassungsbeschwerde	312
V. Die Grenzen des Rechtsschutzes durch eine Verfassungsbeschwerde ..	313
1. Zeitliche Grenzen der Verfassungsbeschwerde	313
2. Die Beschränkung des Prüfungsmaßstabs bei der Verfassungsbeschwerde	314
<i>K. Die Beseitigung verbliebener Rechtsschutzlücken — prinzipale Normenkontrolle durch die Verfassungsgerichte</i>	
	316
I. Verpflichtung des Gesetzgebers zur Beseitigung von Rechtsschutzlücken?	316
II. Die verschiedenen Arten von Rechtsschutzlücken	316
III. Rechtsschutz bei Bundesgrundrechtsverletzungen nach Ablauf der Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde	317

IV. Rechtsschutz über eine Verfassungsbeschwerde bei normativer Ver- letzung von Rechten ohne Bundesgrundrechtsqualität	319
V. Analoge Anwendung des § 47 VwGO zur Sicherung einer prinzipalen Normenkontrolle?	330
<i>L. Rechtsschutz gegen die Unterlassung von Rechtsnormen</i>	
I. Bisherige Lösungsversuche	332
II. Rechtsschutz über eine verwaltungsgerichtliche Leistungs- oder Fest- stellungsklage	333
III. Rechtsschutz durch die Oberverwaltungsgerichte analog § 47 VwGO ..	336
IV. Rechtsschutz durch eine Verfassungsbeschwerde	337
<i>M. Vorläufiger Rechtsschutz bei normativem Unrecht</i>	
I. Vorläufiger Rechtsschutz im Zusammenhang mit inzidenten Normen- kontrollverfahren	343
II. Die einstweilige Anordnung im Zusammenhang mit der oberverwal- tungsgerichtlichen Normenkontrolle	348
III. Vorläufiger Rechtsschutz im Zusammenhang mit verfassungsgericht- lichen, dem Rechtsschutz dienenden prinzipalen Normenkontrollver- fahren	352
IV. Vorläufiger Rechtsschutz im Zusammenhang mit einem der Durch- setzung von Ansprüchen auf Normerlaß dienenden verfassungsge- richtlichen Verfahren	356
Zusammenfassung	357
Literaturverzeichnis	369
Sachregister	384

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	=	anderer Ansicht
AcP	=	Archiv für die zivilistische Praxis
Alt.	=	Alternative
AnnDR	=	Annalen des Deutschen Reichs
AO	=	Abgabenordnung
AöR	=	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	=	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AS	=	Amtliche Sammlung
Aussch. f. Inn.	=	Ausschuß für Inneres
Bad-WürttVBl.	=	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
Bad-WürttVerf.	=	Baden-Württembergische Verfassung
Bad-WürttVGH	=	Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof
BAnz	=	Bundesanzeiger
BayVerf.	=	Bayerische Verfassung
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	=	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	=	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	=	Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BayVerfGHG	=	Bayerisches Verfassungsgerichtshofsgesetz
BayVGH	=	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	=	Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs
BB	=	Betriebs-Berater
BBauBl.	=	Bundesbaublatt
BBauG	=	Bundesbaugesetz
Bearb.	=	Bearbeiter
bes.	=	besonders
BFH	=	Bundesfinanzhof
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	=	Bundesgesetzblatt
BGE	=	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGHZ	=	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BK	=	Bonner Kommentar
BremVerf.	=	Bremer Verfassung
BTDrucks.	=	Bundestagsdrucksache
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	=	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	=	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Diss.	=	Dissertation

DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DOG	= Deichordnungsgesetz
DR	= Deutsches Recht
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift
DV	= Deutsche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
Einl. ALR	= Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten
Erl.	= Erläuterung
ESVGH	= Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofs
FamRZ	= Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FR	= Finanz-Rundschau. Dt. Steuerblatt
gem.	= gemäß
GewArch.	= Gewerbearchiv
GG	= Grundgesetz
GrünhutsZ	= Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut
GS	= Großer Senat
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
Halbbd.	= Halbband
HbgVerf.	= Hamburger Verfassung
HDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. I und Bd. II
HessVerf.	= Hessische Verfassung
HessStGH	= Hessischer Staatsgerichtshof
h. M.	= herrschende Meinung
i. S.	= im Sinne
i. V. m.	= in Verbindung mit
Jahrh.	= Jahrhundert
JöR n. F.	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge
JR	= Juristische Rundschau
JurA	= Juristische Analysen
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
LG	= Landgericht
LVG	= Landesverwaltungsgericht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	= meines Erachtens
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
pr. NK	= prinzipale Normenkontrolle
Pr. Verf.	= Preußische Verfassung
RdA	= Recht der Arbeit

RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rheinl.-Pf. LBO	= Rheinland-pfälzische Landesbauordnung
RiA	= Das Recht im Amt
Rnr.	= Randnummer
Schweizer ZGB	= Schweizer Zivilgesetzbuch
SeuffArch	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in deutschen Staaten
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
StaatsGH	= Staatsgerichtshof
StenBer.	= Stenographischer Bericht
StBFG	= Städtebauförderungsgesetz
StGB	= Strafgesetzbuch
st. Rspr.	= ständige Rechtsprechung
StW	= Steuer und Wirtschaft
USA	= United States of America
u. U.	= unter Umständen
VersR	= Versicherungsrecht
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	= Verwaltungsgericht
VSSR	= Vierteljahresschrift für Sozialrecht
v. U.	= vorbeugende Unterlassungsklage
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
Wahlper.	= Wahlperiode
WBStVwR	= Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts
WiR	= Wirtschaftsrecht
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
ZGStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

I. Die Problematik eines Rechtsschutzes gegen Normen

1. Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Problematik

Fragen des Rechtsschutzes bei rechtswidrigen hoheitlichen Handlungen begegnen seit 1945 besonderem Interesse. So war vor allem nach Erlaß des GG eine lebhafte Aktivität in Literatur und Rechtsprechung zu verzeichnen, die der Ausrichtung einzelner, in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung unvollkommener Prozeßordnungen an dem auf diesem Sektor durch Art. 19 IV GG neu akzentuierten Verfassungsrecht galt und auch in der Gegenwart noch nicht voll abgeschlossen ist. Freilich stand bei all diesen Erörterungen das Verwaltungshandeln im Vordergrund¹. Der Problematik des Rechtsschutzes bei normativem Unrecht wurde nicht in gleicher Weise Beachtung geschenkt. Schon in der Weimarer Zeit hatte das Reichsgericht², angesichts der in der wirtschaftlichen Not der Nachkriegszeit immer evidenter gewordenen Krise des Parlamentarismus, mit der liberalistisch-positivistischen Gesetzesgläubigkeit gebrochen, indem es der „Gesetzesdämmerung“³ durch Bejahung des richterlichen Prüfungsrechts auch gegenüber formellen Gesetzen zu begegnen suchte. Mit der verfassungsgesetzlichen Absicherung der judikativen Prüfungscompetenz durch Art. 100 GG glaubte man zunächst auch auf dem Boden des GG vielfach, die Problematik des Rechtsschutzes gegen Normen bereits in den Griff bekommen zu haben, eine Ansicht, der auf dem Boden der „klassischen rechtsstaatlichen“ Auffassung über Gesetz und Vollziehung wenigstens eine gewisse Konsequenz nicht abgesprochen werden konnte.

Seit Ende der fünfziger Jahre belebte sich die Diskussion der hier zu behandelnden Thematik spürbar. Die angesichts des Wortlauts des Art. 19 IV GG naheliegende Auffassung, damit werde auch Rechtsschutz gegen Normen gewährt⁴, gewann zunehmend selbst bei solchen Autoren

¹ Grundlegend hier vor allem *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung; *Menger*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

² Vgl. RGZ 111, S. 322.

³ So der Titel des berühmten Aufsatzes von *Goldschmidt*, JW 1924, S. 245 ff.

⁴ Ganz oder teilweise dafür *Abraham*, in: BK, Anm. 10 zu Art. 14 GG (Erstbearb.); *Bachof*, VVDStRL Bd. 18, S. 209 f. und ders., AöR Bd. 86 (1961), S. 187; v. *Bally*, Verfassungsbeschwerde und Annahmeverfahren, S. 34 f.; v.

Anhängerschaft, die sie früher abgelehnt hatten. Der tiefere Grund für diese Entwicklung liegt in der im modernen Sozialstaat immer evidenter werdenden Unhaltbarkeit einer strengen Trennung von Rechtsetzung und Verwaltung, wie denn auch bezeichnenderweise die intensivere Diskussion der hier zu untersuchenden Problematik primär im Zusammenhang der mit herkömmlichen rechtsstaatlichen Kategorien schwer faßbaren Rechtsfiguren der Pläne und Maßnahmegesetze in Gang kam, ohne sich freilich auf die Dauer hierin erschöpfen zu können. Das Gesetz ist in einer Zeit, in der sich der Staat in Erfüllung des Sozialstaatsauftrags zunehmend genötigt sieht, in früher überwiegend den autonomen Steu-

Barby, Verwaltungsgerichtliche Klagen auf Rechtsetzung, S. 109 ff.; *Bartlperger*, DVBl. 1967, S. 368; *Battis*, Partizipation im Städtebaurecht, S. 67 ff.; *Bauer*, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, S. 107 ff.; *Beenken*, Zur Überprüfbarkeit der Bauleitpläne nach dem Bundesbaugesetz, S. 185 f.; *Bergmann*, VerwArch Bd. 51 (1960), S. 37 f., Fn. 6; *Bettermann*, Die Grundrechte III, 2, S. 789 und ders., AöR Bd. 86 (1961), S. 152 ff. (mit Einschränkungen); *Blümel*, DVBl. 1972, S. 124; *Brinkmann*, Grundrechtskommentar, Art. 19, Anm. 7 b; *Brohm*, VVDStRL Bd. 30, S. 283 ff.; v. *Engelhardt*, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, bes. S. 126 ff.; *Fingerhut*, Die planungsrechtliche Gemeindecnackbarkeitsklage, S. 137; *Hamann / Lenz*, GG, Anm. B 14 zu Art. 19; *Hendrichs*, in: v. Münch, GG, Art. 19, Rnr. 45; *Henke*, JZ 1969, S. 145 ff.; v. *d. Heydte*, VVDStRL Bd. 8, S. 162 f.; *Kopp*, VVDStRL Bd. 30, S. 348; *Kuffer*, Die Normsetzung als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 19 IV GG, S. 81 ff.; *Lerche*, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, S. 171 f., Fn. 331; *Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 162 ff. und ders., DVBl. 1969, S. 144 ff.; *Dürig*, in: M/D/H/S, Art. 19 IV, Rnr. 18; *Maurer*, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, S. 275 ff.; *Franz Mayer*, in: Festschrift für v. d. Heydte, S. 1071; v. *Mutius*, in: Festschrift für H. J. Wolff, S. 18; *Obermayer*, VVDStRL Bd. 18, S. 209 f. u. ders., DVBl. 1965, S. 626 ff.; *Oldiges*, WiR 1974, S. 277 f.; *Ossenbühl*, Gutachten B zum 50. DJT, S. 178 f.; *Pestalozza*, Formenmißbrauch des Staates, S. 48 f.; *Renck*, DÖV 1964, S. 651 ff. u. ders., JuS 1966, S. 273 ff.; *Schnapp*, VSSR 1974, S. 210 f.; *Schmidt-Aßmann*, VVDStRL Bd. 34, S. 240 f.; *Scholz*, VVDStRL Bd. 34, S. 192 f.; *Siemer*, Normenkontrolle durch Feststellungsklage, S. 19 ff.; *Stern*, in: Festschrift für Hans Schäfer, S. 66 ff.; *Wernicke*, in: Bonner Kommentar (BK), Art. 19, Anm. II, 4 e; *Westbomke*, Der Anspruch auf Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, S. 126; *Wilken*, DVBl. 1969, S. 532 ff.; in der Rspr.: Bad-WürttVGH, AöR Bd. 86 (1961), S. 95 ff. = ESVGH 11, S. 34; Bad-WürttVGH, DVBl. 1966, S. 408; Bad-WürttVGH, ESVGH 16, S. 25; offen gelassen wird die Frage von BVerwG, DVBl. 1963, S. 442; BVerwG, DÖV 1965, S. 169; OVG Berlin, OVG 8, S. 74 f. und OVG Lüneburg, OVG 19, S. 324. Gegen eine Erstreckung des Art. 19 IV GG auch auf Normen in der Literatur: *Doehring*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 356; *Erichsen*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, S. 122; *Friesenhahn*, DV 1949, S. 482 u. ders., in: Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich, S. 125; *Hesse*, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, S. 90; ders., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 143; *Klein*, VVDStRL Bd. 8, S. 106 u. ders., in: v. Mangoldt / Klein, GG I, S. 571 (eingeschränkt); *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, S. 150; *Obermayer*, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 37 ff.; *H. Schäfer*, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart I, S. 169 f.; *Schmidt-Bleibtreu / Klein*, GG, Art. 19, Rnr. 26; *R. Schneider*, ZZP Bd. 79 (1966), S. 18; *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 138 f.; in der Rspr. ablehnend: LVG Rheinland-Pfalz, JZ 1951, S. 374 und für Gesetze BVerfGE 24, S. 49; 24, S. 401.

erungsmechanismen der Gesellschaft überlassenen Räumen zu intervenieren, zu einem bedeutsamen politischen Gestaltungsmittel geworden. Es ist als solches längst schon über jenen Kreis von Normen hinaus, die man meist recht unscharf mit dem Begriff des Maßnahmegesetzes zu umschreiben pflegt, nicht mehr lediglich *constitutio*, sondern auch *actio*. Von daher gesehen muß in einem Staat, der sich nunmehr — im Gegensatz zu früheren Verfassungen — zur Existenz materieller, vor der Gesetzgebung schützender Rechte bekennt, die Forderung nach einem Rechtsschutz gegen Normen erheblich an Nachdruck gewinnen.

Begünstigt wird diese Entwicklung durch ein neues, der gesetzestheoretischen Auffassung diametral entgegengesetztes Verständnis des Verhältnisses von Gesetz und Richter, das ein berufener Beobachter dieser Szenerie⁵ in die Formel „Wir sind unterwegs vom Gesetzesstaat zum Richterstaat“ gefaßt hat. In der Tat führt unsere Thematik mitten hinein in die oft emotional beladene Diskussion der Problematik einer „Neugewichtung der einzelnen Gewalten“, in deren Zusammenhang die einen die Aufwertung der dritten Gewalt überschwänglich als „Krönung des Rechtsstaats“⁶ oder als „Schlußstein im Gewölbe des Rechtsstaats“⁷ feiern, während die anderen vor den Gefahren einer „Entfesselung der dritten Gewalt“⁸, vor einer „Hypertrophie der Justizstaatlichkeit“⁹, vor einem „Rechtswegstaat“¹⁰ oder — wie schon C. Schmitt¹¹ in der Weimarer Zeit — vor einer „Politisierung der Justiz“ und einer „Aristokratie der Robe“ glauben warnen zu müssen.

2. Aufriß der Probleme

Die aktuelle Bedeutung der Problematik eines Rechtsschutzes¹² gegen normatives Unrecht¹³ manifestiert sich in einer Fülle von Rechtsprechung

⁵ Vgl. R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. V.

⁶ Vgl. Ebers, Festschrift für Laforet, S. 271.

⁷ Vgl. Thoma, Recht — Staat — Wirtschaft, Bd. 3 (1951), S. 9.

⁸ So van Husen, AöR Bd. 78 (1952), S. 49.

⁹ Vgl. Werner Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem der Gegenwart, S. 92 f.

¹⁰ Vgl. Jahrreiß, Verhandlungen des 37. DJT, S. 33.

¹¹ Vgl. C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S. 156.

¹² Unter Rechtsschutz werden dabei solche gerichtlichen Verfahren verstanden, die nicht nur der objektiven Rechtskontrolle, sondern (zumindest auch) dem individuellen Rechtsschutz des Bürgers dienen. Der Sprachgebrauch ist allerdings nicht immer ganz konsequent, so, wenn man ein dem Rechtsschutz gegen Normen dienendes Verfahren als (prinzipale oder inzidente) Normenkontrolle bezeichnet. An dieser sonst gebräuchlichen Terminologie zu rütteln, erscheint wenig sinnvoll; eine gewisse Berechtigung kann sie für sich zudem insofern in Anspruch nehmen, als eine solche „Normenkontrolle“ wegen des größeren Streuungskreises der Norm in weiterem Umfang als andere Rechtsschutzverfahren (auch) objektive Kontrollfunktionen erfüllt.

¹³ Normatives Unrecht meint nicht nur das Unrecht durch positives Ver-