

Die Veröffentlichung des Werkes

„Kompetenzwahrnehmung im Bereich der Bundesregierung“
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

55
W2

Kompetenzwahrnehmung im Bereich der Bundesregierung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
rechtswissenschaftlichen Doktorgrades der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Westfälischen Wilhelm-Universität zu Münster

vorgelegt von

GEORG VON WICK

aus Essen

1957



Zentral-Verlag für Dissertationen Tritsch Düsseldorf

57K 37/63

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Klein

Dekan: Prof. Dr. Michaelis

INHALT

1. Teil	Die Kompetenzwahrnehmung	
1. Kapitel		
	Das Thema	14
	§ 1 Der Gegenstand der Erörterung	14
	§ 2 Die politische Bedeutung des Problems	15
	§ 3 Die rechtliche Bedeutung des Problems	17
	§ 4 Bisherige Behandlung der Frage im Schrifttum — Rechtsvergleich — Lösungsprinzipien	18
2. Kapitel		
	Die begrifflichen Ausgangspunkte	
	§ 5 Der Begriff der Regierung	21
	§ 6 Zuständigkeit und Kompetenz	23
	§ 7 Organschaft von Regierungskollegium und Minister	25
3. Kapitel		
	Die Kompetenzwahrnehmung als konstruktives Problem	
	§ 8 Die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz in eigenem und in fremdem Namen	35
	§ 9 Die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz als „Delegation“	39
	§ 10 Der Rechtscharakter der Kompetenzwahrnehmung	
	§ 11 Die Repräsentation im Bereich der Regierung . .	53
2. Teil	Die Zulässigkeit der Kompetenzwahrnehmung	59
1. Kapitel		
	Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen im Bereich der übertragenen rechtsetzenden Tätigkeit der Bundesregierung	59
	§ 12 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompe- tenz der Bundesregierung zum Erlaß von Rechts- verordnungen durch einen Bundesminister	59
	§ 13 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompe- tenz eines Bundesministers zum Erlaß von Rechts- verordnungen durch die Bundesregierung	71
2. Kapitel		
	Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen im Bereich der regierenden Tätigkeit der Bundesregierung	84
	I. Abschnitt: Regierungsakte	84
	§ 14 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompe- tenzen der Bundesregierung zum Erlaß von Re- gierungsakten durch einen Bundesminister	84
	§ 15 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompe- tenzen eines Bundesministers zum Erlaß von Re- gierungsakten durch die Bundesregierung	92
	II. Abschnitt: Allgemeine Verwaltungsvorschriften	95
	§ 16 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompe- tenzen der Bundesregierung zum Erlaß von allge- meinen Verwaltungsvorschriften durch einen Bun- desminister	95
	§ 17 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompe- tenzen eines Bundesministers zum Erlaß von allge- meinen Verwaltungsvorschriften durch die Bundes- regierung	108
3. Kapitel		
	Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen im Bereich der verwaltenden Tätigkeit der Bundesregierung	111
	I. Abschnitt: Verwaltungsakte	111
	§ 18 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompe- tenzen der Bundesregierung zum Erlaß von Ver- waltungsakten durch einen Bundesminister	121
	§ 19 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompe- tenzen eines Bundesministers zum Erlaß von Ver- waltungsakten durch die Bundesregierung	124
	II. Abschnitt: Aufsichts- und Weisungsbefugnisse	124
	§ 20 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompe- tenzen der Bundesregierung gemäß Art. 84, 85, 108, 119 GG durch einen Bundesminister	124
	§ 21 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von sonstigen Verwaltungskompetenzen eines Bundesministers durch die Bundesregierung	130
4. Kapitel		
	§ 22 Zusammenfassung und abschließende Betrachtung .	131

- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Kommentar, 13. Auflage (3. Bearbeitung) Berlin 1930; 14. Auflage (4. Bearbeitung) Berlin 1933 (= Verf. d. D. R.)
- Apelt, Willibalt: Geschichte der Weimarer Verfassung München 1946 (= Geschichte d. WV)
- Apelt, Willibalt: Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz NJW 1949 S. 481 ff.
- Belau, Bruno: Die Auslegung und Anwendung des Artikels 113 des Grundgesetzes DVBl 1951 S. 429 ff.
- Berger: Referat über das Thema: „Können Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß ein Bundesminister ermächtigt ist, von der Bundesregierung erlassen werden?“ Anlage zum Protokoll der 45. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundesrates vom 14. 12. 1950 (= Referat)
- Bieberstein, Fritz Frhr. Marschall von: Die Verantwortlichkeit der Reichsminister, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. I § 45 S. 520 ff. Tübingen 1930
- Binder, Julius: Philosophie des Rechts Berlin 1925
- Bismarck, Otto Fürst von: Gedanken und Erinnerungen Stuttgart 1898
- Böhle-Stamschräder-Groeppe-Westermann: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1.—3. Auflage Münster 1948 (= BGB)
- Bonner Kommentar: Kommentar zum Bonner Grundgesetz von H. J. Abraham, O. Bühler, B. Dennewitz, H. Herrfahrdt, H. Holtkotten, E. Kern, R. Laun, W. Meder, B. Meißner, E. Menzel, R. Schneider, H. U. Scupin, K. G. Wernicke, Hamburg 1950 (= BonnK)
- Brünneck, Wiltraut von: Können Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß ein Bundesminister ermächtigt ist, von der Bundesregierung erlassen werden? DOV 1951 S. 257 ff.
- Delvolvé, Jean: Les „Délégations de Matières“ en Droit public Paris 1930 (= Délégations)
- v. Doemming-Füßlein-Matz: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Jahrbuch des öffentlichen Rechts Bd. 1 n. F. Tübingen 1951 (= Entstehungsgeschichte)
- Dreher, Eduard: Das parlamentarische Regierungssystem des Bonner Grundgesetzes im Vergleich zur Weimarer Verfassung NJW 1950 S. 130 ff.
- Eisenmann, Charles: Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. 2 n. F. S. 1 ff. (= Gerichtsfreie Hoheitsakte)
- Eisenmann, Charles: Die Theorie von der „délégation législative“ und die französische Rechtslehre, Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. XI (1931) S. 334 ff.
- Engländer, Konrad: Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft I. Teil Berlin 1914
- Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einleitung, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung Marburg 1931; 14. Auflage Tübingen 1952 (= Allg. T. d. BR)
- Eschenburg, Theodor: Die Richtlinien der Politik im Verfassungsrecht und in der Verfassungswirklichkeit DOV 1954 S. 193 ff.
- Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, Kommentar, München und Berlin 1950 (= VGG)
- Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 8. Auflage Tübingen 1928 (= Institutionen)
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts 3. Auflage München und Berlin 1953 (= L. d. VerwR.)
- Friedrichs, Karl: Zuständigkeit, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 6. Bd. S. 1065 ff. Berlin und Leipzig 1929

- Füßlein: Der überregionale Verwaltungsakt DVBl. 1951 S. 33 ff.
- Gebhard, Ludwig: Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, München, Berlin und Leipzig 1932 (= Verf. d. D. R.)
- Geiger, Willi: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1951, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1952 (= BVerfGG)
- Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht 1. Bd. Allgemeiner Teil und Personenrecht Leipzig 1895
- Giese, Friedrich: Die Verfassung des Deutschen Reiches 8. Auflage Berlin 1931 (= Verf. d. D. R.)
- Giese, Friedrich: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 2. Auflage Frankfurt 1951 (= GG)
- Glum, Friedrich: Die staatsrechtliche Stellung der Reichsregierung sowie des Reichskanzlers und des Reichsfinanzministers in der Reichsregierung Berlin 1925 (= Staatsrechtliche Stellung)
- Glum, Friedrich: Das parlamentarische Regierungssystem in Deutschland, Großbritannien und Frankreich München und Berlin 1950 (= Parl. Regierungssystem)
- Glum, Friedrich: Kritische Bemerkungen zu Artikel 63, 67, 68, 81 des Bonner Grundgesetzes, in Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann Stuttgart/Köln 1950 S. 47 ff. (= Kritische Bemerkungen)
- Haenel, Albert: Deutsches Staatsrecht 1. Bd. Leipzig 1892 (= StR)
- Hatschek, Julius: Deutsches und Preußisches Staatsrecht Bd. I Berlin 1922; Bd. II Berlin 1923 (= StR)
- Hensel, Albert: Staatsrechtliche Fragen in den Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs AöR Bd. 6 n. F. (1924) S. 311 ff.
- Hintze, Otto: Das preußische Staatsministerium im 19. Jahrhundert, Festschrift zu Schmollers 70. Geburtstag Altenburg 1908 S. 403 ff.
- Huber, Ernst-Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht II. Bd. 2. Auflage Tübingen 1954 (= WirtschVerwR)
- Jacobi, Erwin: Die Rechtsverordnungen, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II § 77 S. 236 ff. Tübingen 1932
- Jacobi, Erwin: Die Verwaltungsverordnungen, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II § 78 S. 255 ff. Tübingen 1932
- Jellinek, Georg: System der subjektiven Öffentlichen Rechte Freiburg 1892 (= System d. subj. Öff. R.)
- Jellinek, Georg: Gesetz und Verordnung Tübingen 1919
- Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre 3. Auflage Berlin 1929 (= Allg. Staatsl.)
- Jellinek, Walter: Verfassung und Verwaltung des Reiches und der Länder, Teubners Handbuch der Staats- und Wirtschaftskunde Bd. II 2. Heft 3. Abdruck Leipzig und Berlin 1928 (= Verf. u. Verw.)
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht 3. Auflage Offenburg 1948 (= VerwR)
- Jellinek, Walter: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone DRZ 1948 S. 269 ff.
- Jellinek, Walter: Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 8 S. 3 ff. Berlin 1950 (= Kabinettsfrage)
- Jellinek, Walter: Zuständigkeit des früheren Reichsinnenministers zur Erlassung von Verwaltungsakten und das Grundgesetz DVBl. 1955 S. 47 ff.
- Kaufmann, Erich: Die Reichsregierung, Handbuch der Politik III. Bd. S. 44 ff. Berlin und Leipzig 1921
- Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre Berlin 1925 (= Allg. Staatsl.)
- Klein, Friedrich: Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht — Recht, Staat, Wirtschaft, Schriftenreihe des Innenministers des Landes NRW für staatswissenschaftliche Forschung Bd. IV S. 171 ff. Düsseldorf 1953 (= RStW).

- Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten Bd. 12 S. 7 ff. Frankfurt 1952 (= Verordnungsermächtigungen)
- Klein, Friedrich: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach Deutschem Verfassungsrecht, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten Bd. 12 S. 79 ff. Frankfurt 1952 (= Übertragung)
- Kleinrahm, Kurt: Der Kompetenzübergang nach Art. 129 Abs. I des Grundgesetzes DOV 1952 S. 104 ff.
- Klinger, Hans: Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Kommentar, 2. Auflage Göttingen 1953 (= VGVO).
- Koellreutter, Otto: Deutsches Staatsrecht Stuttgart und Köln 1953 (= StR).
- Köttgen, Arnold: Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der Bundesgesetzgebung DOV 1952 S. 422 ff.
- Köttgen, Arnold: Bundesregierung und oberste Bundesbehörden DOV 1954 S. 4 ff.
- Kormann, Karl: Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft (herausgegeben von v. Eheberg-Dyroff) Jahrgang 1911 S. 850 ff. München und Berlin (= AnnDR).
- Kratzer, Jakob: Grundgesetz und Wirtschaftsrecht Bayerischer Staatsanzeiger Nr. 46 vom 19. 11. 1949.
- Kratzer, Jakob: Die Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit der Länder, Bayerischer Staatsanzeiger Nr. 13 vom 1. 4. 1950 S. 4 ff.
- Kratzer, Jakob: Zustimmungsgesetze AöR Bd. 77 (1951/52) S. 266 ff.
- Kratzer, Jakob: Über die Zuständigkeit zum Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften DOV 1952 S. 230 ff.
- Kratzer, Jakob: Über die Zuständigkeit zum Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften DOV 1953 S. 172 f.
- Krönig, Ernst: Befugnisse eines einzelnen Bundesministers gegenüber den Ländern MDR 1952 S. 28 f.
- Krüger, Herbert: Der Regierungskt vor den Gerichten DOV 1950 S. 536 ff.
- Krüger, Herbert: Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend S. 211 ff. Göttingen 1952 (= Rechtsv. u. Verwaltungsanw.).
- Krüger, Hildegard: Rechtsstaat und gesetzliche Delegation DOV 1948 S. 79.
- Küchenhoff, Erich: Zuständigkeitsmängel in der Rechtsverordnungspraxis der Bundesregierung und der Bundesminister AöR Bd. 79 (1953/54) S. 226 ff.
- Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. I 3. Auflage Freiburg und Leipzig 1895 (= StR).
- Laforet, Wilhelm: Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz DOV 1949 S. 221 ff.
- Lammers: Die „Reichsregierung“ als Trägerin des Ordnungsrechts JW 1924 S. 1479.
- Lammers, H.-H.: Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 14. 11. 1924 JW 1925 S. 481.
- Lechner, Hans: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1954 (= BVerfGG).
- Lechner-Hülshoff: Parlament und Regierung, Textsammlung mit Anmerkungen des Verfahrens- und Geschäftsordnungsrechts der obersten Bundesorgane München und Berlin 1953 (= PuR).
- Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 7. Auflage Berlin 1952 (= Allg. T. d. BGB).
- Leibholz, Gerhard: Das Wesen der Repräsentation Berlin und Leipzig 1929 (= Repräsentation)
- Loening, Hellmuth: Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit DVBl. 1951 S. 233 ff.
- Loening, Hellmuth: Der ministerialfreie Raum in der Staatsverwaltung DVBl. 1951 S. 173 ff.
- Mangoldt, Hermann von: Das Verhältnis von Regierung und Parlament Beiträge zum öffentlichen Recht, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht des Kaiser-Wilhelm-Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht, herausgegeben von Ernst Wolff S. 47 ff. (819 ff.) Berlin/Tübingen 1950 (= Verhältnis).
- Mangoldt, Hermann von: Das Bonner Grundgesetz Berlin und Frankfurt 1953 (= GG).
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht 2. Auflage München und Berlin 1952; 3. Auflage München und Berlin 1954 (= StR).
- Melichar, Erwin: Institutionelle und personelle Zuständigkeitsordnung Gegenwartsprobleme des Rechts, Veröffentlichungen der Görresgesellschaft, Sektion für Rechts- und Staatswissenschaften, n. F. Heft 1 Bd. 1 S. 213 ff. Paderborn 1950 (= Zuständigkeitsordnung).
- Mende: Die Nachprüfung des Ordnungsrechts der „Reichsregierung“ durch die Gerichte Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht XVIII. Jahrgang (1924) Sp. 705 ff.
- Meyer, Franz: Der Begriff der Regierung im Rechtsstaat Diss. iur. Zürich, Zürich 1948 (= Begriff d. Regierung).
- Meyer, Georg: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts 4. Auflage Leipzig 1895 (= L. d. D. StR).
- Middelhaufe, Siegfried: Justizfreie Regierungsakte DöD 1952 A S. 185 f.
- Münch, Fritz: Die Bundesregierung Frankfurt a. M. 1954 (= BReg).
- Nawiascky, Hans: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland Stuttgart und Köln 1950 (= Grundgedanken).
- Nawiascky-Leusser: Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946, Kommentar, München und Berlin 1948 (= Verf. d. Fr. Bayern).
- Oeschey, Rudolf: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Textausgabe mit Einführung 5. Auflage München 1928 (= Verf. d. D. R.).
- Perels, Kurt: Der Reichstag: Geschäftsgang und Geschäftsformen, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. I § 40 S. 449 ff. Tübingen 1930.
- Peters, Hans: Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II § 79 S. 264 ff. Tübingen 1932.
- Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949 (= L. d. Verw.).
- Peters, Hans: Die staatsrechtliche Ermächtigung Beiträge zum öffentlichen Recht, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht des Kaiser-Wilhelm-Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht, herausgegeben von Ernst Wolff, S. 840 ff. Berlin und Tübingen 1950 (= Ermächtigung).
- Poetzsch, Fritz: Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. XIII (1925) S. 1 ff.
- Poetzsch-Heffter, Fritz: Handkommentar der Reichsverfassung 3. Auflage Berlin 1928 (HK d. RV).
- Poetzsch-Heffter, Fritz: Organisation und Geschäftsformen der Reichsregierung, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. I § 44 S. 511 ff. Tübingen 1930.

- Pohl, Heinrich: Die Zuständigkeiten des Reichspräsidenten, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. I § 42 S. 482 ff. Tübingen 1930.
- Prass: Die Bundesorgane DV 1949 S. 317 ff.
- Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie 4. Auflage Stuttgart 1950.
- Redeker, Konrad: Kann gemäß Art. 84 Abs. II GG auch der einzelne Fachminister allgemeine Verwaltungsvorschriften mit Zustimmung des Bundesrates erlassen? DOV 1952 S. 235 ff.
- Röhrs, Werner: Fehlerhafte Verwaltungsvorschriften Leipzig 1932.
- Rothenbücher, Karl: Die Stellung des Ministeriums nach Bayerischem Verfassungsrechte München 1922.
- Schack, Friedrich: Die Verlagerung der Gesetzgebung im gewaltenteilenden Staat, Festschrift zum 70. Geburtstag von Karl Heff Innsbruck 1950 (= Verlagerung).
- Schäfer, Hans: Bundesaufsicht und Bundeszwang AöR Bd. 78 (1952/53) S. 1 ff.
- Schätzel, Walter: Das Vertrauensvotum, Neue Verwaltung 1949 S. 21 f.
- Scheuner, Ulrich: Der Bereich der Regierung, Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend S. 253 ff. Göttingen 1952 (= Bereich der Regierung).
- Schmidt, Karl: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Preisrechtsfällen NJW 1955 S. 401 ff.
- Schmitt, Carl: Verfassungslehre München und Leipzig 1928.
- Schneider, Hans: Zum Selbsteintritt der höheren Behörde in Angelegenheiten der unteren Verwaltungsstelle DVBl. 1950 S. 702 ff.
- Schneider, Hans: Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 8 S. 21 ff. Berlin 1950 (= Kabinettsfrage).
- Schneider, Hans: Gerichtsfreie Hoheitsakte Tübingen 1951.
- Schneider, Hans: Die Bedeutung der Geschäftsordnungen oberster Staatsorgane für das Verfassungsleben, Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend S. 303 ff. Göttingen 1952 (= Geschäftsordnungen).
- Schneider, Hans: Die Regierungsbildung nach dem Bonner Grundgesetz NJW 1953 S. 1330.
- Schoen, Paul: Die Verordnungen, Handbuch der Politik Bd. I S. 248 ff.
- Schoen, Paul: Das Ordnungsrecht und die neuen Verfassungen AöR Bd. 6 n. F. (1924) S. 133 ff.
- Schunck-de Clerck: Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz vom 14. April 1950 Siegburg und St.-Goar 1952 (= VerwGG).
- Smend, Rudolf: Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, Festgabe für Wilhelm Kahl Tübingen 1923 (= Politische Gewalt).
- Smend, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht München und Leipzig 1928 (= Verf. u. VerfR).
- Somlo, Felix: Juristische Grundlehre 2. Auflage Leipzig 1927.
- Spreng-Birn-Feuchte: Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar, Stuttgart und Köln 1954 (= Verf. d. L. Bad.-Wittbg.).
- Stammler, Rudolf: Lehrbuch der Rechtsphilosophie 3. Auflage Berlin und Leipzig 1928.
- Stralenheim, Henning Frhr. von: Die Befugnisse oberster Bundesbehörden zum Erlaß von Verwaltungsakten, Die Selbstverwaltung 1950 S. 281 ff.
- Thoma, Richard: Die Funktionen der Staatsgewalt, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II § 71 S. 108 ff. Tübingen 1932.
- Thoma, Richard: Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II § 76 S. 221 ff. Tübingen 1932.
- Triepel, Heinrich: Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung AöR Bd. 39 (1920) S. 456 ff.
- Triepel, Heinrich: Empfiehlt es sich, in die Reichsverfassung neue Vorschriften über die Grenzen zwischen Gesetz und Rechtsverordnungen aufzunehmen? Bericht auf dem 32. Deutschen Juristentag (1921) in Bamberg, Verhandlungen des zweiunddreißigsten Deutschen Juristentags (Bamberg), Berlin und Leipzig 1922 (= Bericht).
- Triepel, Heinrich: Delegation und Mandat im öffentlichen Recht Stuttgart und Berlin 1942 (= Delegation).
- Turegg, Kurt-Egon Frhr. von: Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Auflage Berlin 1950 (= L. d. VerwR.).
- Turegg, Kurt-Egon Frhr. von: Bundeseigene Verwaltung NJW 1951 S. 868 f.
- Ule, Carl-Hermann: Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Handkommentar, Berlin und Köln 1952 (= BVerwGG).
- van Husen, Paulus: Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kommentar, Stuttgart 1947 (= VGG).
- Wacke, Gerhard: Das Finanzwesen der Bundesrepublik Beiheft Nr. 13 zur DRZ 1950 (= Finanzwesen).
- Walz, Ernst: Die rechtliche Stellung des Staatsministeriums im Großherzogtum Baden, Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestag des Doktorjubiläums S. 285 ff. Tübingen 1908.
- v. Werder-Labs-Ortmann: Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, Kommentar zur Verordnung 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone Oldenburg 1949 (= VGVO).
- Wessel: Die Verwaltung DV 1949 S. 327 ff.
- Wittmayer, Leo: Regierung und Verwaltung, Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II § 85 S. 330 ff. Tübingen 1932.
- Wolff, Bernhard: Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz AöR Bd. 78 (1952/53) S. 194 ff.
- Wolff, Bernhard: Die Zulässigkeit von „gesetzändernden“ Rechtsverordnungen JZ 1954 S. 628 ff.
- Wolff, Hans Julius: Besprechung von: Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, Arch. Rechts- u. Wirtphil. Bd. 24 (1930/31) S. 392 ff.
- Wolff, Hans Julius: Organschaft und Juristische Person Bd. II: Theorie der Vertretung Berlin 1934 (= Vertretung).
- Wolff, Hans Julius: Allgemeines Verwaltungsrecht, Gedrucktes Vorlesungsmanuscript Münster ohne Jahr (= Allg. VerwR.).
- Wolff, Hans Julius: Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten MDR 1951 S. 523 ff.
- Zorn, Philipp: Die staatsrechtliche Stellung des preußischen Gesamtministeriums, Germanistische Abhandlungen zum LXX. Geburtstag Konrad v. Maurers S. 65 ff. Göttingen 1893.
- Zorn, Philipp: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I. Bd.: Verfassungsrecht 2. Auflage Berlin 1895 (= StR d. D. R.).
- ohne Verfasser: Die Konstituierung der westdeutschen Bundesorgane, Bericht AöR Bd. 75 S. 332 ff.
- ohne Verfasser: Mißbilligungsvoten gegen Bundesminister Glosse AöR Bd. 76 S. 338 ff.

Materialien zum Grundgesetz

Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. — 25. August 1948, vom Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen.
Parlamentarischer Rat, Bonn, 1948/49:

Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates 1948/49 (zitiert als: Sten. Prot.)
 Entwürfe eines Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (zitiert als: Entw. GG)
 Schriftlicher Bericht zum Entwurf eines Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (zitiert als: Schriftl. Bericht GG).

Parlamentsberichte

Sitzungsberichte des Plenums des Deutschen Bundesrates (zitiert als: Sten. Prot.)
 Drucksachen des Deutschen Bundesrates (zitiert als: BRDrucks.)
 Rechtsausschuß des Deutschen Bundesrates, Protokoll der 45. Sitzung vom 14. 12. 1950 (auszugsweise mit freundlicher Genehmigung des Rechtsausschusses benutzt)
 Verhandlungen des Deutschen Bundestages (zitiert als: Sten. Ber.).

ABKURZUNGEN

aaO	=	am angegebenen Ort
ALR	=	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AöR	=	Archiv des öffentlichen Rechts Tübingen
BGBL	=	Bundesgesetzblatt
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Tübingen
BVerfGG	=	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1951 (BGBL. 1951 I S. 243)
DöD	=	Der öffentliche Dienst
DOV	=	Die Öffentliche Verwaltung
DRZ	=	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	=	Deutsche Verwaltung
DVBl.	=	Deutsches Verwaltungsblatt
GG	=	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. 5. 1949
GemGeschOIBMin	=	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien Allgemeiner Teil (I)
GemGeschOIIBMin	=	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien Besonderer Teil (II)
GemGeschOIRMin	=	Gemeinsame Geschäftsordnung der Reichsministerien Allgemeiner Teil (I) v. 2. 9. 1926
GeschOBReg	=	Geschäftsordnung der Bundesregierung v. 11. 5. 1951 (GMBL. S. 137)
GeschORReg	=	Geschäftsordnung der Reichsregierung v. 3. 5. 1924 (RMinBl. 1924 S. 173, 236)
GeschOBTag	=	Geschäftsordnung des Bundestages v. 6. 12. 1951
GMBL.	=	Gemeinsames Ministerialblatt des Bundesministers des Innern, des Bundesministers für Vertriebene, des Bundesministers für Wohnungsbau, des Bundesministers für gesamtdeutsche Fragen, des Bundesministers für Angelegenheiten des Bundesrates, herausgegeben vom Bundesministerium des Innern.

HCHE	=	Entwurf einer Verfassung für die Bundesrepublik Deutschland des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee v. 10. — 25. August 1948
HöbDStR	=	Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Tübingen 1930 und 1932
Höb. d. Pol.	=	Handbuch der Politik Berlin/Leipzig 1928
HWBRW	=	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Berlin u. Leipzig 1929
JöR	=	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Tübingen
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
Leipz. Zeitschr.	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Parl. Rat.	=	Parlamentarischer Rat
RGStr	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RSW	=	Recht — Staat — Wirtschaft, Schriftenreihe des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen für Staatswissenschaftliche Forschung Bd. I, II Stuttgart; Bd. III, IV Düsseldorf
SB	=	Sitzungsbericht
Sten. Prot.	=	Stenographische Protokolle
VerwRspr	=	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von Ziegler München/Berlin
VGVO	=	Verordnung 165 der Militärregierung Deutschland — Britisches Kontrollgebiet (Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone) v. 15. 9. 1948
WRV	=	Weimarer Reichsverfassung (Verfassung des Deutschen Reiches v. 11. 8. 1919)
ZöR	=	Zeitschrift für öffentliches Recht Wien/Berlin

I. TEIL DIE KOMPETENZWAHRNEHMUNG

I. KAPITEL DAS THEMA

§ 1 Der Gegenstand der Erörterung

1) Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit einem Ausschnitt aus dem Funktionsbereich der Bundesregierung.¹ Wie jede staatliche Einrichtung ist die Bundesregierung nach bestimmten Organisationsprinzipien aufgebaut; sie ist, um eine wirksame Erfüllung ihrer Aufgaben zu gewährleisten, „organisiert“. Diese Organisation beruht auf der Verfassung und der durch sie bestimmten Rechtsordnung. Jede Organisation aber besteht aus der Zuordnung von Zuständigkeiten an bestimmte Organe und, sofern mehrere Organe vorhanden sind, deren Abgrenzung untereinander.² Im Bereich der Bundesregierung begegnen uns als durch die Organisation, d. h. durch die Verfassung oder verfassungsgemäße Rechtsätze, mit Zuständigkeiten ausgestattete Beteiligte³ auf der einen Seite die Gesamtregierung, auf der anderen Seite der einzelne Bundesminister.

2) Soweit ergibt sich keine rechtliche Schwierigkeit, als diese Zuständigkeiten ihrem jeweiligen Träger fest zugeteilt sind. Unsere Vorstellung und der Sprachgebrauch unterscheiden jedoch nicht immer scharf, wenn der Begriff „Regierung“ gebraucht wird.⁴ Teils wird dieser Begriff auf die Gesamtregierung, das Regierungskollegium, beschränkt,⁵ teils jedoch in weiterem Sinne verstanden. So wird kein Anstand genommen, unter „Regie-

1) Münch BReg hat eine umfassende Betrachtung der Bundesregierung unter dem GG unternommen. Er klammert jedoch den Funktionsbereich der Bundesregierung aus, mit dem Hinweis, der Aufwand wäre nur gerechtfertigt, wenn das GG als Verfassung von gewisser Dauer wäre (vgl. Vorwort). Abgesehen davon, daß das GG kein Provisorium mehr ist, muß dem — schon im Hinblick auf das Schrifttum zur WRV — widersprochen werden, das uns zum größten Teil von nicht nur historischem Interesse ist. Jede Verfassung ist nur aus ihrer Entstehung und unter Berücksichtigung des früheren Verfassungszustandes zu begreifen.

Daher könnte die vorliegende Untersuchung auch über die Geltungsdauer des GG hinaus für die Auslegung einer künftigen gesamtdeutschen Verfassung eine gewisse Bedeutung behalten.

2) Vgl. Melichar Zuständigkeitsordnung S. 213; Münch BReg S. 50 f.; Leibholz Repräsentation S. 72.

3) Der Begriff „Organ“ bleibt noch vermieden, da erst unten (§ 7) eingehend zu klären ist, ob eine Organschaft vorliegt.

4) Über die verschiedenen möglichen und gebräuchlichen Bedeutungen des Begriffs „Regierung“ vgl. Kaufmann Hdb. d. Pol. Bd. III S. 50 f.; H. J. Wolff Allg. VerwR. § 22 S. 39 ff.

5) Vgl. Anschütz Verf. d. D. R. zur Art. 52 Anm. 1 S. 311, zu Art. 57 Anm. 2 S. 330; Hatschek StR Bd. I S. 553; Münch BReg S. 95; anscheinend auch Gebhard Verf. d. D. R. S. 274.

rung“ auch den einzelnen Minister zu verstehen.⁶ Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, der Minister repräsentiere die Regierung, ja er sei, sofern er Tätigkeiten in Erfüllung von Regierungsfunktionen ausübe, „Regierung“.⁷ Aus diesem Gebrauch derselben Bezeichnung für verschiedene Begriffe ergeben sich im Verfassungsleben rechtliche Schwierigkeiten, sofern nämlich daraus die Berechtigung zur Ausübung von Zuständigkeiten hergeleitet wird. Eine Zuständigkeitsbestimmung, die lediglich die „Regierung“ als Ermächtigungsadressaten nennt, kann unscharf werden, wenn man unter „Regierung“ auch den für das betreffende Ressort zuständigen Minister versteht. Auf der anderen Seite erscheint es fraglich, ob nicht dann, wenn der einzelne Minister als Ermächtigungsadressat bestimmt ist, auch die Gesamtregierung diese Kompetenz wahrnehmen kann, denn — so könnte man argumentieren — dem Minister wird seine Zuständigkeit deshalb zugeordnet, weil er „Regierung“ ist, und deshalb müßte diese Zuordnung auch die Gesamtregierung treffen.

3) Demgemäß läßt sich das Thema in folgende Problemgruppen zerlegen: Zunächst ist zu untersuchen, ob ein Bundesminister Kompetenzen der Bundesregierung wahrnehmen kann; sodann — in umgekehrter Fragestellung — ob der Bundesregierung die Befugnis zur Wahrnehmung von Kompetenzen eines Bundesministers zusteht. Schließlich bleibt die weitere Frage zu klären, welcher Bundesminister im Zweifel zur Wahrnehmung befugt ist.

Die Untersuchung wird sich gesondert auf die einzelnen Funktionsbereiche der Bundesregierung — die übertragene rechtsetzende, die regierende und die verwaltende Tätigkeit — erstrecken. Dabei wird sich herausstellen, daß diese Komplexe sich wechselseitig überschneiden, so daß eine Zuordnung in manchen Einzelfällen schwierig sein wird. Diese Schwierigkeit scheint jedoch nicht geeignet, die allgemeine Notwendigkeit des Einteilungsprinzips in Frage zu stellen, da sich für jeden dieser Funktionsbereiche Unterschiede in der Lösung der zu behandelnden Probleme ergeben werden.

Der Untersuchung muß eine Abgrenzung der zugrundeliegenden Begriffe und im Anschluß daran eine Erörterung des Rechtscharakters der Kompetenzwahrnehmung vorausgeschickt werden, da nur durch Erarbeitung fester Begriffe eine systematische Untersuchung der Probleme möglich ist.

4) Die Beantwortung und Lösung des im Thema bezeichneten Problems wird dazu berechtigen, Folgerungen für die Auslegung des GG zu ziehen, in dessen Text die „Bundesregierung“ an verschiedenen Stellen genannt und mit Zuständigkeiten betraut ist.⁸ Hier wird die Frage zu beantworten sein, ob im GG unter „Bundesregierung“ stets das Kollegium oder im Einzelfall auch der einzelne Bundesminister zu verstehen ist.

§ 2 Die politische Bedeutung des Problems

Der Funktionsbereich der Regierung, die Kompetenzen der Regierungsorgane, ihre Abgrenzung und ihre Wahrnehmung durch andere Regierungs-

6) Vgl. Poetzsch-Heffter HdbdStR Bd. I § 44 S. 512; Poetzsch-Heffter HK d. RV zu Art. 52 Anm. 1 S. 256, zu Art. 57 Anm. 2 b S. 269; Apelt Geschichte d. WV S. 257; Lammers JW 1924 S. 1479, JW 1925 S. 481 f.; RG v. 14. 11. 1924 JW 1925 S. 481 f.; neuerdings v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351; Maunz StR 3. A. S. 247

7) Vgl. bei v. Brünneck DOV 1951 S. 257; Spreng-Birn-Feuchte Verf. d. L. Bad-Wttbg. zu Art. 61 Anm. 8 S. 206; aber Gebhard Verf. d. D. R. S. 274

8) Art. 26 Abs. II; 29 Abs. III; 37 Abs. I u. II; 43 Abs. I; 53; 62; 65 S. 3 u. 4; 76; 77 Abs. II; 80 Abs. I S. 1; 81 Abs. I u. II; 84 Abs. II, III, IV, V; 85 Abs. II, III, IV; 86; 91 Abs. II; 93 Abs. II; 94 Abs. I; 108 Abs. III u. VI; 111 Abs. I u. II; 113; 114 Abs. II; 119; 127; 129 Abs. I; 130 Abs. I; 132 Abs. IV GG

organe sind in hohem Maße vom Politischen her beeinflusst. Jede Zuständigkeit vermittelt ein „Können“ — die Fähigkeit, eine Kompetenz, d. h. einen Kreis von Obliegenheiten, auszuüben. Sie bringt daher eine politische Machtposition mit sich. Die Möglichkeit, eine fremde Kompetenz wirksam wahrzunehmen, stellt eine weitere Verstärkung der politischen Einflusssphäre dar. So nimmt es nicht wunder, wenn gerade die vorliegende Frage in hohem Maße zu politischen Lösungsversuchen Anreiz gibt. Gerade die Regierung als oberstes Organ der regierenden und verwaltenden Tätigkeit des Staates, d. h. der gesamten staatsleitenden Funktion (mit Ausschluß der Gesetzgebung),⁹ ist der Einflußnahme durch die Parteipolitik besonders ausgesetzt. Jede politische Partei versucht — ob sie sich in der Mehrheit oder in der Minderheit befindet —, auf den verschiedensten Wegen Einfluß auf die Staatsmaschinerie zu gewinnen. Die Mehrheitspartei wird dieses Ziel für die Gegenwart durch die Schaffung von Gesetzen in der Volksvertretung erreichen. Aber auch innerhalb der Mehrheitsparteien gibt es Gruppen, denen es um politischen Einfluß geht. Es genügt, in diesem Zusammenhang auf den (oft künstlich belebten) Konfessionsgegensatz und die Aktivität der wirtschaftlichen und sozialen Interessenverbände,¹⁰ die erst in jüngster Zeit immer unverhohlener ihre Forderungen angemeldet haben, hinzuweisen.¹¹ In erhöhtem Maße ist das Streben nach politischem Einfluß bei den kleinen Parteien zu beobachten, wenn sie zur Erzielung einer stabilen Mehrheit in eine Regierungskoalition aufgenommen werden. Das Aushandeln der Ministerposten nach der Wahl des 2. Deutschen Bundestages im Jahre 1953 bietet dafür ein anschauliches Beispiel. Da nicht jede Partei den Kanzler mit dem politischen Schwergewicht der Richtliniengebung gemäß Art. 65 S. 1 GG stellen kann, geht es darum, möglichst viele Ministersessel und möglichst die einflußreichsten Ministerien für sich in Anspruch zu nehmen.

Aber damit nicht genug; es genügen nicht Minister ohne Geschäftsbereich oder mit nur geringen Zuständigkeiten, deren Einfluß nur innerhalb des Kabinetts zur Wirkung kommt.¹² Zur Erlangung politischen Einflusses ist es darüber hinaus notwendig, die ihren zufallenden Ministerien mit möglichst weitreichenden Kompetenzen auszustatten¹³ und gegen Einflußnahmen — sei es des Kabinetts, sei es des Bundeskanzlers — nach Möglichkeit abzusichern. Andererseits wird eine Partei, die lediglich im Kabinett und nur unbedeutend an den Ressorts beteiligt ist, auf einen stärkeren Einfluß des Regierungskollegiums drängen. Bei allen diesen Bestrebungen bietet sich oft eine verfassungsrechtliche Theorie als willkommene Hilfe an. Während der Kampf um politische Machtpositionen in der Volksvertretung als dem von der Verfassung dazu ausersehenen Forum offen geschieht, wird er innerhalb der Regierung tunlichst hinter den Kulissen des politischen Lebens geführt.

9) Vgl. Münch BReg S. 2: „Die Bundesregierung ist ... recht eigentlich der Sitz der politischen Macht des Bundes“, vgl. auch v. Mangoldt GG Vorbem. 2 b z. VI. Abschn. S. 331

10) Vgl. dazu schon Leibholz Repräsentation S. 182 ff.

11) Vgl. Münch BReg S. 85 über den nachteiligen Einfluß der Interessenverbände.

12) Es war ein geschickter Schachzug Dr. Adenauers, in sein 2. Kabinett 1953 „Sonderminister“ aufzunehmen und damit den Einbruch der Koalitionsparteien in die Fachressorts abzufangen. Die wichtigsten Ministerien behielt die CDU (Außeres, Inneres, Finanzen, Wirtschaft, Arbeit).

13) Vgl. den Streit um die Lastenausgleichsbank zwischen dem dem BHE angehörigen Bundesvertriebenenminister und dem CSU-Bundesfinanzminister (Die Welt v. 11. 11. 1954 263/54 S. 1 und v. 15. 12. 1954 291/54 S. 2).

Auch das vorliegende Thema bietet Anreiz, die Lösung der Probleme je nach der politischen Orientierung mit politischen Entscheidungen zu finden. Hingegen soll versucht werden, die vorliegenden Fragen mit den Regeln des Verfassungsrechts zu lösen, ohne freilich die politische Bedeutung der zu behandelnden Fragen aus dem Auge zu verlieren. Es ist ja doch das Ziel der geschriebenen Verfassung, Regeln für das Spiel der politischen Kräfte aufzustellen.¹⁴ Jede verfassungsrechtliche Lösung, die dieses Spiel nicht lediglich eingrenzt, sondern hindert, bringt keine brauchbaren Spielregeln und ist, da nicht im Sinn der Verfassung, notwendig unrichtig.¹⁵ Auch und gerade bei Bejahung dieses Standpunktes ist es nicht etwa notwendig, die Maximen des Rechts und der Gerechtigkeit zu verraten. Es ist die Aufgabe, eine Lösung zu finden, die vom Recht ausgeht und bei ihm verbleibt, um dem Ablauf des staatlichen Lebens seinen Fluß zu gewähren.

§ 3 Die rechtliche Bedeutung des Problems

1) Bei jeder Bearbeitung eines rechtswissenschaftlichen Themas erscheint es vorteilhaft, sich die Bedeutung der zu behandelnden Rechtsfrage für die rechtliche Praxis vor Augen zu halten. Die Aufgabe geht dahin, die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz zu erörtern. Ist eine fremde Kompetenz von einem an sich nicht zuständigen Organ befugt ausgeübt worden, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Reizvoll wird eine Frage für den Juristen namentlich dann, wenn Friktionen auftauchen, d. h. im vorliegenden Falle, wenn zur Entscheidung steht, ob eine Kompetenz befugt oder unbefugt wahrgenommen worden ist. Daß dieser Fall nicht lediglich theoretisch ist, sondern praktische Bedeutung hat, hat erst in jüngster Zeit E. Küchenhoff¹⁶ an Beispielen aus der Rechtsverordnungspraxis der Bundesregierung aufgezeigt. In diesen Fällen handelt es sich rechtlich darum, ob die betreffende von dem im Gesetz nicht ausdrücklich ermächtigten Organ in Wahrnehmung einer fremden Kompetenz vorgenommene Rechtshandlung gültig ist oder nicht.¹⁷ So spitzt sich alles auf die Frage zu: Ist der von einem Minister gesetzte Rechtsakt (z. B. eine Rechtsverordnung, ein Verwaltungsakt usw.), den der Minister in Wahrnehmung einer Kompetenz der Regierung erlassen hat, gültig zustandegekommen oder nicht? — et vice versa. Für die Entscheidung dieser Rechtsfrage ist dann die Prüfung der weiteren, ob eine Wahrnehmung der Kompetenz überhaupt zulässig war — das Problem der Untersuchung — unerlässlich.

2) So hatten mehrere hohe und höchste Gerichte incidenter diese Frage zu prüfen. Zur Zeit der WRV hatten das Reichsgericht¹⁸ und der Reichsfinanzhof¹⁹ darüber zu befinden, ob ihren Urteilen zugrundeliegende Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, die ein Reichsminister statt der gesetzlich ermächtigten Reichsregierung erlassen hatte, gültig waren. Für

14) Vgl. in anderem Zusammenhang Huber WirtschVerwR 2. Bd. S. 224

15) Vgl. Münch BReg S. 7: „Eine Verfassung, welche den Kampf um den Besitz der legalen Macht in ruhige und gesittete Formen lenkt, hat schon dadurch ein Verdienst.“

16) Erich Küchenhoff AöR Bd. 79 S. 226 ff.

17) Vgl. Münch BReg S. 22: „Die Zuständigkeit ist dort rechtlich erheblich, wo das formelle Zustandekommen von Gesetzen oder Regierungsakten nachgeprüft werden kann...“

18) RGStr 58, 407 (JW 1925 S. 481 f.); RGZ 112, 10

19) RFH 10, 278; 14, 217

den Bereich des Bundesrechts fehlt es an Entscheidungen,²⁰ jedoch hatten sich Gerichte für die Länderebene nach 1945 mit dem Problem zu beschäftigen.²¹

Die Entscheidung der aufgeworfenen Frage hat daher für die Gültigkeit der betreffenden Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift usw. eine ausschlaggebende Bedeutung. Nur bei einer zulässigen Wahrnehmung kann der gesetzte Rechtsakt Bestand haben — eine Verletzung der Zuständigkeitsregeln zieht im Rechtsstaat notwendigerweise die Fehlerhaftigkeit des gesetzten Rechtsakts nach sich.²²

§ 4 Bisherige Behandlung der Frage im Schrifttum — Rechtsvergleich Lösungsprinzipien

1) Im Gegensatz zur Bedeutung des Problems für die juristische und politische Praxis und zu ihrer Behandlung während der Zeit der WRV²³ verhält sich das Schrifttum unter dem GG zurückhaltend. Das Problem der Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen im Bereich der Regierung wird nur in bezug auf einige der in Frage kommenden Rechtsakte behandelt (so für Rechtsverordnungen,²⁴ allgemeine Verwaltungsvorschriften,²⁵

20) Lediglich das Bundesverwaltungsgericht hatte zu entscheiden, ob ein Antrag gemäß § 129 a Abs. III StGB gültig gestellt war: vgl. BVerwG v. 16. 7. 1954 (BVerwG I A 23/53, nur auszugsweise in MDR 1955 S. 79 insoweit veröffentlicht).

21) Württ.-Bad. VGH v. 26. 7. 1951 VerwRspr Bd. 6 (1954) Nr. 115 S. 518; Bayer. VerfGH v. 10. 11. 1950 Bayer. GVBl. 1950 S. 259; Bayer. VerfGH v. 28. 6. 1952 Bayer. VerfGHE Bd. 5 (1952) Nr. 13 S. 148; OVG Berlin v. 13. 6. 1951 OVG Berlin E I, Nr. 1 S. 1, DOV 1952 S. 255, DVBl 1952 S. 758

22) Vgl. Triepel Delegation S. 127; Melichar Zuständigkeitsordnung S. 228; PreußOVG Bd. 24 S. 38

für Rechtsverordnungen: Jacobi HdbdDStR Bd. II § 77 S. 254 f.; Forsthoff L. d. VerwR S. 116

für Verwaltungsakte: Forsthoff L. d. VerwR. S. 189 ff.; H. J. Wolff MDR 1951 S. 523 ff.

für allgemeine Verwaltungsvorschriften: Forsthoff L. d. VerwR. S. 120; Röhrs Fehlerhafte Verwaltungsvorschriften S. 36 ff.

Beschlüsse, die unter Verletzung der Geschäftsordnung der Bundesregierung zustandekommen, sind ungültig: vgl. Lechner-Hülshoff PuR S. 191

23) Poetzsch-Heffter HK d. RV zu Art. 56 Anm. 3a, zur Art. 57 Anm. 2b, zu Art. 77 Anm. 5; Poetzsch-Heffter HdbdDStR Bd. I § 44 S. 113; Leipz. Zeitschr. 1924 Sp. 705 ff.; Lammers, JW 1924 S. 1479, JW 1925 S. 481; Triepel AöR Bd. 39 S. 482; Hensel AöR Bd. 6 n. F. S. 336 Anm. 13.; Schoen AöR Bd. 6 n. F. S. 159 ff.; Anschütz Verf. d. D.R. 14. A. zu Art. 57 Anm. 2 S. 330, zu Art. 77 Anm. 2 S. 411 f.; Jacobi HdbdDStR Bd. II § 77 S. 247, 261; Giese Verf. d. D.R. zu Art. 57 Anm. 1 S. 155; W. Jellinek Verf. u. Verw. d. R. S. 84 f.; Hatschek StR Bd. II S. 122; Kaufmann Hdb. d. Pol. Bd. III S. 51

24) Klein RStW Bd. IV S. 182; B. Wolff AöR Bd. 78 S. 217 f.; v. Brünnneck DOV 1951 S. 257 ff.; Maunz StR 2. A. S. 144, anders 3. A. S. 150; Berger Referat Anlage z. Protokoll d. 45. Sitzg. d. Rechtsausschusses d. D. Bundesrates v. 14. 12. 1950

25) v. Mangoldt GG zu Art. 84 Anm. 3 S. 455, zu Art. 85 Anm. 3 S. 462, zu Art. 86 Anm. 2 S. 465; Herrfahrdt BonnK zu Art. 84 Anm. II 3, zu Art. 86 Anm. II; Maunz StR 3. A. S. 157; Kratzer DOV 1952 S. 230 ff., DOV 1953 S. 172 f.; Wessel DV 1949 S. 327

Verwaltungsweisungen und Bundesaufsicht²⁶)²⁷ und auch dort nur teils als Nebenfrage,²⁸ teils ohne ausführliche Begründung entschieden.²⁹ v. Mangoldt³⁰ überläßt seine Lösung ausdrücklich einer „ins einzelne gehenden Untersuchung“, die — soweit ersichtlich — bis heute aussteht. Angesichts des Fehlens einer systematischen Untersuchung wie eines einigermaßen umfassenden Lösungsversuchs erscheint es angebracht, auf die Behandlungen des Problems in bezug auf einige Materien, wie sie im Schrifttum zu finden sind, im Zusammenhang der Erörterung einzugehen. Dieses Verfahren erscheint um so mehr berechtigt, weil sich die betreffenden Autoren sämtlich auf eine Verfassungsinterpretation beschränken. Auch die Erörterung des Schrifttums der WRV muß in den Zusammenhang verwiesen werden, da in diesem Fall noch die Schwierigkeit hinzutritt, daß sich die Verfassungsstruktur seit der WRV gerade auf dem Gebiet der Regierung in mancher Beziehung gewandelt hat und damit manche Begründungen von selbst entfallen. Die Auffassungen dieser Autoren heranzuziehen, erscheint nur nach eingehender Aufzeigung der Veränderungen in den Verfassungsinstitutionen erlaubt.

2) Auch die Möglichkeit zu historischen Parallelen³¹ und zu rechtsvergleichenden Erörterungen ist nur beschränkt gegeben. Die Bearbeitung des Themas muß sich notwendigerweise vornehmlich, ja sogar fast ausschließlich an der konkreten Ausgestaltung der Organisation der Bundesregierung unter dem GG orientieren. Hinzu tritt in der deutschen Verfassungs-

SB d. 71. Sitz. d. D. BRat v. 26. 10. 1951 (Sten. Prot. S. 758 f)

SB d. 79. Sitz. d. D. BRat v. 29. 2. 1952 (Sten. Prot. S. 68 ff.)

SB d. 92. Sitz. d. D. BRat v. 26. 9. 1952 (Sten. Prot. S. 422)

SB d. 99. Sitz. d. D. BRat v. 23. 1. 1953 (Sten. Prot. S. 17 f.)

Gutachten des Rechtsaussch. d. D. BRat BRDrucks. 377/52 v. 18. 9. 1952 u. BRDrucks 17/53 v. 14. 1. 1953

26) v. Mangoldt zu Art. 84 Anm. 4 S. 457, Anm. 5 S. 459, zu Art. 85 Anm. 4 S. 462, zu Art. 119 Anm. 2 S. 616; Herrfahrdt BonnK zur Art. 85 Anm. II 4; Schäfer AöR Bd. 78 S. 17 f., 27; Kratzer AöR Bd. 77 S. 269; Holtkotten BonnK zu Art. 119 Anm. II 4 b; Krönig MDR 1952 S. 28 f.; Wessel DV 1949 S. 527; Nawlasky Grundgedanken S. 44

27) Behandlungen der Wahrnehmung einer fremden Zuständigkeit zum Erlaß von Regierungsakten, Verwaltungsakten und Einspruchsbescheiden fehlen in der Literatur völlig.

28) So bei Klein RStW Bd. IV S. 182; B. Wolff AöR Bd. 78 S. 217 f.

29) Maunz StR 2. A. S. 144, 3. A. S. 150. Es ist nicht ganz ersichtlich, weshalb Maunz, nachdem er in der 3. Auflage seine Meinung geändert hat, einen Unterschied macht, je nachdem ob ein einzelner Bundesminister oder die Bundesregierung ermächtigt ist.

Münch BReg S. 204 f. stellt die Behandlung der Bundesregierung in der Funktion und in ihren Beziehungen zu anderen Staatsorganen in den Zusammenhang eines neuen Bundes (vgl. a. a. O. S. 4). Daher streift er das vorliegende Problem nur im Rahmen der „inneren Organisation der Bundesregierung“ am Rande ohne prüfende Erörterung.

30) v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351.

31) Über das Verhältnis zwischen Kollegium und Minister vgl. Zorn Die staatsrechtliche Stellung des Preußischen Gesamtministeriums S. 65 ff.; Walz Die rechtliche Stellung des Staatsministeriums im Großherzogtum Baden S. 285 ff. (325); Rothenbücher Die Stellung des Ministeriums nach Bayerischem Verfassungsrecht S. 28 ff.; Hintze Das Preußische Staatsministerium im 19. Jahrhundert S. 403 ff.

geschichte die Tatsache, daß die Staatsform der deutschen Länder vor 1918 die monarchische war, in der der Monarch die alleinige Zuständigkeit auf dem Gebiet der Regierung besaß und das Kabinett nur in seinem Namen handeln konnte. Unter diesen Verhältnissen konnte ein Gegensatz zwischen Kollegium und Einzelminister in bezug auf Zuständigkeiten deshalb nicht auftauchen, weil es für die Regierung eben keine eigenen Zuständigkeiten gab.³² Ähnliche Schwierigkeiten stehen einer rechtsvergleichenden Heranziehung ausländischer Verfassungen entgegen, da die Frage der Zulässigkeit der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz eine solche des positiven Verfassungsrechts ist — wie sich herausstellen wird — und aus dem System der Verfassung und der durch sie festgelegten Organisation der Regierungsorgane beantwortet werden muß.³³

3) Angesichts der zurückhaltenden Behandlung des Problems im Schrifttum, der mangelnden Klärung in Rechtsprechung und Praxis und der äußerst beschränkten Möglichkeit rechtsvergleichender oder historischer Parallelen wird es notwendig sein, die Lösung der Fragen zunächst mit Hilfe der Verfassungsinterpretation zu versuchen und sodann, wenn die Auslegung der Textstelle nichts erbringt, aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien abzuleiten.³⁴ Dabei muß versucht werden, jeden einzelnen Gedankengang — soweit möglich — gesondert literarisch zu belegen. Eine Berechtigung zu einem derartigen Verfahren bietet die Erwägung, daß für die Entscheidung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht nur die betreffende Textstelle, sondern der Gesamtgehalt der Verfassung heranzuziehen ist und auch diejenigen Verfassungsregeln zu beobachten sind, die nicht in der geschriebenen Verfassung zum Ausdruck gelangt sind.³⁵

So hat das Bundesverfassungsgericht³⁶ ausgeführt: „Eine Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet werden und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Aus dem Gesamtinhalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind. Diese sind deshalb so auszulegen, daß sie mit den elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar sind.“³⁷

32) Vgl. Triepel Delegation S. 30/31. Ein Vergleich mit dem Verfassungszustand unter der RV v. 1871 ist nicht möglich, da der Reichskanzler die alleinige Zuständigkeit besaß: er war der einzige Minister und damit zugleich „Regierung“: vgl. W. Jellinek Verf. u. Verw. d. R. S. 82; Laband StR Bd I S. 336.

33) Auf die äußerst beschränkte Möglichkeit zu einer rechtsvergleichenden Heranziehung ausländischer Verfassungsrechts im Rahmen des staatlichen Organisationsrechts macht Münch BReg S. 65 zutreffend aufmerksam.

34) Über die Auslegung von Verfassungen vgl. Münch BReg § 6 S. 64 ff. mit weiterer Literatur sowie grundlegend BVerfG v. 21. 5. 1952 BVerfGE 1, 299 (312).

35) Münch BReg S. 67 weist zutreffend darauf hin, daß Verfassungen in der Regel mehr Lücken aufweisen als andere Rechtsmaterien, da sie „fast immer unter Zeitdruck ausgearbeitet werden“. Vgl. auch W. Jellinek Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand S. 5.

36) BVerfG v. 23. 10. 1951 BVerfGE 1, 14 (32) JZ 1951 S. 729 im Verfassungsrechtsstreit betr. das 1. u. 2. Neugliederungsgesetz über den Südweststaat v. 4. 5. 1951.

37) Vgl. zur Auslegung verfassungsrechtlicher Bestimmungen auch BVerfG v. 5. 4. 1952 BVerfGE 1, 208 (227); BVerfG v. 1. 7. 1953 BVerfGE 2, 380 (403).

II. KAPITEL

DIE BEGRIFFLICHEN AUSGANGSPUNKTE

§ 5 Der Begriff der Regierung

1) Der Untersuchung sind einige Begriffe vorzuschicken, die zur Lösung der Fragen durchgängig verwendet werden sollen. Dabei läßt es sich nicht umgehen, daß an dieser oder jener Stelle über den Rahmen einer Einführung hinausgegangen wird, da auch jene zugrundezulegenden Begriffe nicht unstrittig sind. Indes läßt es sich — zumal bei einer rechtswissenschaftlichen Erörterung — nicht umgehen, von festen Begriffen auszugehen, da nur Abstrahierung und Erarbeitung von Begriffen die Möglichkeit gewähren, über eine Kasuistik hinauszukommen und die Probleme im Rahmen rechtswissenschaftlicher Systematik zu lösen. Allerdings würde es über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung hinausgehen, alle im Schrifttum vorgeschlagenen Begriffsbildungen einer kritischen Betrachtung zu unterziehen. Aufgabe dieser Einführung kann nur sein, der eigentlichen Erörterung der Probleme fruchtbare Ausgangspunkte zu gewinnen, indem Ergebnisse prüfender Erörterung der Begriffe aus dem Schrifttum zugrundegelegt werden.

2) Der Versuch einer Abgrenzung des Begriffs „Regierung“ muß von dem Sprachgebrauch seinen Ausgang nehmen. Ohne auf die durch die Rechtswissenschaft herausgearbeiteten mannigfaltigen Begriffsbildungen¹ näher eingehen zu können, kann man feststellen, daß der Sprachgebrauch unter „Regierung“ einmal die Organisation der exekutiven Staatsspitze (Regierung im organisatorischen Sinne^{1a}) und zum anderen „das Regieren“, die Vernahme von Regierungshandlungen (Regierung im funktionalen Sinne²) und diese selbst (Regierung im materiellen Sinne³) versteht.⁴

Während die Erörterung eines funktionalen und eines materiellen Regierungsbegriffs einem späteren Zusammenhang vorbehalten soll, soll hier die Regierung im organisatorischen Sinne und zwar speziell als Organisation der Exekutive betrachtet werden.⁴ Während der Begriff „Minister“ hinlänglich klar umrissen ist,⁵ findet sich der Begriff der Regierung in dem hier verstandenen organisatorischen Sinne nicht in einer entsprechenden Eindeutigkeit.

1) Übersicht bei H. J. Wolff Allg. VerwR. § 22 S. 39 ff. vgl. auch die Ausführungen unten S. 167.

1a) Bei der Regierung im organisatorischen Sinne unterscheidet man eine Vielzahl teils engerer, teils weiterer Begriffe, von denen der Begriff der Regierung als exekutiver Staatsspitze nur einer ist. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung muß zur Vereinfachung vorgeschlagen werden, den Begriff der Regierung im organisatorischen Sinne auf die exekutive Staatsspitze zu beschränken. Dies entspricht auch einigermaßen dem allgemeinen Sprachgebrauch.

2) Auch die Regierung im funktionalen und im materiellen Sinne bietet sich in mannigfaltigen Erscheinungsformen dar, auf die im vorliegenden Zusammenhang nicht eingegangen werden kann; vgl. bei H. J. Wolff Allg. VerwR. § 22 S. 39 f.

3) Vgl. Kaufmann Hdb. d. Pol. Bd. III S. 44 f.

4) Über die Unterscheidung von materiellem und organisatorischem Regierungsbegriff vgl. Meyer Begriff der Regierung S. 3; Kaufmann Hdb. d. Pol. Bd. III S. 44 f.

5) Allerdings bietet auch dieser Begriff Schwierigkeiten, da der Minister einmal als Chef des Ministeriums, zum andern als Kabinettsmitglied verstanden werden kann (vgl. unten § 7).

3) Zunächst ist im positiven Recht der Begriff der Regierung im organisatorischen Sinne zur Bezeichnung des Regierungskollegiums zu finden. Er entspricht wohl am ehesten dem Sprachgebrauch, der unter „Regierung“ „ein Gremium von Inhabern höchster Staatsämter, in deren Hand die Exekutive, die faktische Staatsgewalt liegt“,⁶ versteht. So bestimmt Art. 62 GG, daß die Bundesregierung aus dem Bundeskanzler und den Bundesministern besteht.⁷ In dieser Bestimmung des GG wird also unter Bundesregierung das Kollegium von Regierungschef und Ministern verstanden.⁸ Noch enger spricht die Verfassung von Niedersachsen (Art. 28 Abs. II) von „Landesministerium“ zur Bezeichnung der Gesamtregierung. Auch in den Art. 43 Abs. II u. III und 53 GG wird unter Bundesregierung zweifellos das Kollegium verstanden. Dasselbe gilt für Art. 65 S. 3 u. 4 GG. Letztere Verfassungsvorschrift verleiht der Bundesregierung das Recht, eine Geschäftsordnung zu beschließen, die als autonome Satzung⁹ für den Bereich der Regierung nur durch Beschluß der Gesamtregierung zustandekommen kann. Im Sinne der GeschOBReg ist denn auch „Bundesregierung“ immer das Kollegium gemäß Art. 62 GG.^{10 11}

4) Es ist aber zu fragen, ob neben diesem organisatorischen Regierungsbegriff i. e. S.¹² nicht ein weiterer Begriff der Regierung zu finden ist. Diese Frage muß man bejahen, wenn man in Betracht zieht, daß auch der einzelne Minister, soweit er als Ressortminister auftritt, in Ausübung von Regierungsfunktionen handelt. Seine Autorität und Legitimation empfängt er aus seiner Eigenschaft als Angehöriger der exekutiven Staatsspitze. Der organisatorische Begriff der Regierung i. w. S. umfaßt daher neben der Regierung i. e. S. auch den einzelnen Ressortminister.^{13 14}

6) so Münch BReg S. 95.

7) Vgl. schon Art. 52 WRV.

8) In Frankreich kann man sogar den Begriff der Regierung i. e. S. in zwei Formen unterscheiden, und zwar einerseits den Ministerrat (Conseil de Ministres), dem der Präsident der Republik vorsitzt (obwohl der Ministerpräsident „Président de Conseil“ ist), und das Kabinett (le Cabinet), an dessen Spitze der Ministerpräsident steht: vgl. einerseits Art. 32, andererseits Art. 45 der Franz. Verf. v. 1946. Vgl. dazu für die WRV Pötzsch-Heffter HdbdDStR Bd. I § 44 S. 512.

9) Vgl. Lechner-Hülshoff PuR zu GeschOBReg Anm. 1 S. 191. Vgl. S. 29 Anm. 4.

10) Über diesen Begriff der Regierung als Gesamtregierung vgl. Anschütz Verf. d. D. R. 14. A. zu Art. 52 Anm. 1 S. 311, zu Art. 57 Anm. 2 S. 330; Hatschek StR Bd. I S. 553; Münch BReg S. 95.

11) v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351 führt als Beispiele, in denen die Bundesregierung im Text des GG zweifellos als Kollegium zu verstehen sei, die Art. 62, 53, 65, 43, 37 an.

12) Der Begriff der Regierung i. e. S. auch bei H. J. Wolff Vertretung S. 343.

13) Vgl. Kaufmann Hdb. d. Pol. Bd. III S. 50.

14) Über einen Begriff der Regierung i. w. S. vgl.: Pötzsch-Heffter HdbDSTR Bd. I § 44 S. 515; Pötzsch-Heffter HK d. RV zu Art. 52 Anm. 1 S. 255, zu Art. 57 Anm. 2 b S. 269; Lammers JW 1924 S. 1479, JW 1925 S. 481; RG v. 14. 11. 1924 JW 1925 S. 482; neuerdings Maunz StR 3. A. S. 247; v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351. — So vertrat Bundesminister Seeborn in der 71. Sitzung d. D. BRat (SB d. 71. Sitz. S. 758) die Auffassung, unter „Bundesregierung“ im Sinne des GG sei immer auch der nach der Geschäftsverteilung zuständige Bundesminister zu verstehen. (Vgl. auch in diesem Zusammenhang SB d. 79. Sitz. d. D. BRat v. 29. 2. 1952 S. 68 ff.)

Daher läßt sich dem Begriff der Regierung i. e. S. mit Recht der Begriff der Regierung i. w. S. gegenüberstellen, der auch den Minister in seinem Geschäftsbereich umfaßt. Welche Bedeutung diese Unterscheidung hat, wird sich im Verlauf der Untersuchung herausstellen. Soviel aber sei schon hier gesagt, daß die Begriffe von ganz verschiedenen Ausgangspunkten her gewonnen werden. Bei dem engeren Begriff der Regierung wird auf die Organisation abgestellt, während der soeben behandelte weitere Begriff die politische Repräsentation in Betracht zieht — ein Unterschied, der uns unten (§ 11) beschäftigen wird. Festzuhalten ist indes, daß der Begriff der Regierung in zwei Varianten in die Erscheinung tritt.

§ 6 Zuständigkeit und Kompetenz

1) Um den Rechtscharakter der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz untersuchen zu können, sind zuvor zwei Komplexe einer näheren Betrachtung zu unterziehen: einmal der Gegenstand der Wahrnehmung — das, was wahrgenommen wird oder werden soll (§ 6) — und zum andern die an diesem Vorgang Beteiligten — der Kreis derjenigen, die wahrnehmen oder dafür in Frage kommen (§ 7).

2) Gegenstand der Wahrnehmung ist eine fremde Kompetenz. Nun ist jedoch der Begriff der Kompetenz durchaus nicht eindeutig.¹⁵ Die Verwirrung erhöht sich noch dadurch, daß in diesem Zusammenhang ein weiterer Begriff auftaucht: der der Zuständigkeit, und daß dieser teils der Kompetenz gleichgesetzt,¹⁶ teils von ihr unterschieden wird.¹⁷

Im Anschluß an Wolff¹⁸ soll unterschieden werden zwischen Zuständigkeit und Kompetenz, so daß es im folgenden von Bedeutung sein wird, welcher Begriff im konkreten Zusammenhang verwendet ist.

3) „Zuständigkeit“¹⁹ bezeichnet zunächst einmal die Bezogenheit²⁰ eines Rechtssubjekts auf einen Gegenstand. Dieser Gegenstand kann nur eine Berechtigung oder Verpflichtung sein. Da aber jede Person in diesem Sinne für ihre eigenen Rechte und Pflichten „zuständig“ ist,²¹ beschränkt man den

15) Wie H. J. Wolff Vertretung S. 236 nachweist.

16) So bei Engländer Regelmäßige Rechtsgemeinschaft S. 313; Triepel Delegation S. 89 f., 109 f.

17) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 236 ff.

18) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 236 ff.

19) Wenig befriedigend die Definition bei Friedrichs HWBRW S. 1065: „Zuständigkeit ist die Gesamtheit der Befugnisse und Pflichten, die jemand dadurch erhält, daß er von einem teilbaren Geschäftskreise einen Teil zugewiesen erhält oder selbst übernimmt.“ Vgl. auch den Begriff bei Triepel Delegation S. 89 f., 109 f.

20) Vgl. Engländer Regelmäßige Rechtsgemeinschaft S. 313: „Wir definieren . . . „Zuständigkeit“ oder „Kompetenz“ eines körperschaftlichen Organs als die rechtliche Bezogenheit eines Inbegriffs ganz bestimmter organschaftlicher Rechte und Pflichten auf ein bestimmtes körperschaftliches Organ kraft verfassungsmäßiger Zuweisung“, vgl. auch a. a. O. S. 32 zum Unterschied zur „Rechtzuständigkeit“.

21) Vgl. Melichar Zuständigkeitsordnung S. 238: „Zuständigkeit im weitesten Sinne bedeutet nichts anderes, als daß eine bestimmte Person zum Rechtsvollzug berechtigt ist. In diesem Sinne ist jeder Mensch, der irgendwie am Rechtsvollzug teilnimmt, als Organ der Gesamtrechtsordnung zuständig.“

Begriff vornehmlich²² auf übertragene fremde Berechtigungen und Verpflichtungen. Dabei sind letztere i. w. S. zu verstehen, so daß sich die Zuständigkeit als Bezogenheit eines Rechtssubjekts auf ein „Können“, als „Haben eines Könnens“ darstellt.²³

Zuständigkeit ist also begrifflich die Bezogenheit eines Rechtssubjekts auf die Möglichkeit der Ausübung meist fremder Berechtigungen und Verpflichtungen; einfacher kann man sie als die Berechtigung und Verpflichtung zur Wahrnehmung fremder Berechtigungen und Verpflichtungen bezeichnen.²⁴

Dieser Begriff der Zuständigkeit ist im vorliegenden Zusammenhang in einer spezielleren Bedeutung auf die staatliche Organschaft anzuwenden, ohne daß schon an dieser Stelle auf diese näher eingegangen werden soll.²⁵ Danach umfaßt die Zuständigkeit „die Berechtigung i. w. S., innerhalb eines materiell, funktionell und u. U. lokal bestimmten Bereiches (des Kompetenzbereiches) durch Geschäfte der verschiedensten Art auf den Rechts- und Vermögensbestand der Juristischen Person (hier: des Staates) einzuwirken, die dieser zustehenden Berechtigungen und Verpflichtungen auszuüben (Vertretung) und bzw. oder diejenigen Angelegenheiten zu versehen, die dem Organ in seinem Verhältnis zu den Mitgliedern (z. B. Aufnahme), zu anderen Organwaltern (z. B. Bestellung) und zu anderen Organen (z. B. Beaufsichtigung) zugewiesen sind (Geschäftsführung).“^{26 27} Daher ist die Organ-Zuständigkeit als eine personal (institutionell) begründete Geschäftsbesorgungs- und Vertretungsmacht zu verstehen.²⁸

4) Die Kompetenz ist „das, was zusteht“²⁹ — also der Gegenstand der Zuständigkeit. Als solcher ist sie ein Komplex materiell, funktionell, lokal und (oder) zeitlich bestimmter Geschäfte. Man kann sie einfacher als das „zustehende Geschäft“ bezeichnen.³⁰

22) jedoch nicht ausschließlich. Zivilistisch ist Zuständigkeit auch die Bezogenheit eines Rechts zu einer Person: vgl. **Lehmann** Allg. T. d. BGB S. 243; **Enneccerus-Nipperdey** Allg. T. d. BR 14. A. § 75 S. 283.

23) Vgl. **H. J. Wolff** Vertretung S. 237.

24) Vgl. **H. J. Wolff** Allg. VerwR. § 51 S. 136. Man unterscheidet zwischen „Wahrnehmungszuständigkeit“ und der „Endzuständigkeit“ als der Zuordnung einer Verpflichtung oder Berechtigung zu derjenigen Person, der sie objektiv rechtlich endgültig zugeordnet ist. — Für den vorliegenden Zusammenhang ist nur die Wahrnehmungszuständigkeit zu behandeln, da es um die Wahrnehmung von Zuständigkeiten von Staatsorganen, nicht um die Zuordnung ihrer Handlungen zum Staate geht.

25) Vgl. **Melichar** Zuständigkeitsordnung S. 238: „In einer spezielleren Bedeutung versteht man unter Zuständigkeit die Berechtigung zum Handeln als Organ des Staates...“

26) Vgl. Die Definition bei **H. J. Wolff** Vertretung S. 273. — Die Verwendung des Begriffs „Zuständigkeit“ statt „Kompetenz“ in der Definition erklärt sich dadurch, daß **Wolff** die Kompetenz nicht mehr als „Möglichkeit zur Ausübung fremder Geschäfte“, sondern als „zustehendes Geschäft“ selbst versteht: vgl. einerseits **Wolff** Vertretung S. 237, andererseits **Wolff** Allg. VerwR. § 51 S. 137.

27) Vgl. auch **Engländer** Regelmäßige Rechtsgemeinschaft S. 313.

28) Vgl. **H. J. Wolff** Vertretung S. 274; **H. J. Wolff** Allg. VerwR. § 52 S. 139.

29) Vgl. **H. J. Wolff** Vertretung S. 237.

30) Vgl. **H. J. Wolff** Allg. VerwR. § 51 S. 137, anders noch **Wolff** Vertretung S. 237, wo unter „Kompetenz“ nicht ein „Kreis von Geschäften“ oder „ein zustehendes Geschäft“, sondern die „unverletzliche und absolute Möglichkeit zur Einwirkung auf und Ausübung von fremden Rechten“ verstanden wird.

Zur Unterscheidung von Zuständigkeit und Kompetenz kann man für den vorliegenden Zusammenhang das folgende Beispiel anführen. Auf Grund einer Ermächtigung gemäß Art. 80 Abs. I S. 1 GG kann die Bundesregierung oder ein Bundesminister zum Erlaß von Rechtsverordnungen zuständig sein. In diesem Falle besteht die Kompetenz in dem „Erlassen von Rechtsverordnungen“, d. h. darin, bei Vorliegen bestimmter, im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens festzustellender Voraussetzungen Rechtsverordnungen zu erlassen. Die Zuständigkeit bildet hier die Berechtigung und Verpflichtung der Bundesregierung bzw. des Bundesministers zum Erlaß von Rechtsverordnungen.

§ 7 Organschaft von Regierungskollegium und Minister

1) Als zweiter Komplex der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz war neben ihrem Gegenstand (§ 6) der Kreis der Beteiligten, zwischen denen sich ein derartiger rechtlicher Vorgang abspielt, genannt worden.

Bei jeder Wahrnehmung einer fremden Kompetenz treten zwei Beteiligte in die Erscheinung. Zunächst ist das der Träger der wahrzunehmenden Kompetenz, der Ermächtigungsadressat. Daß diese Zuständigkeit bei einer gültigen Wahrnehmung eingeschränkt oder sogar ganz ausgeschlossen sein kann, kann an dieser Stelle noch dahinstehen. Jedenfalls ist das betreffende Rechtssubjekt in der Ermächtigungsnorm als zuständig bezeichnet und hat den Rechtsschein dieses Rechtssatzes für sich.

Der zweite an der Wahrnehmung Beteiligte ist das Rechtssubjekt, das die Kompetenz des Ermächtigungsadressaten für sich in Anspruch nimmt, indem es entweder die Rechtshandlung, zu der ermächtigt ist, von sich aus vornimmt oder auch nur seine Berechtigung mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln geltend macht.

In unserem Falle, in dem der Vorgang der Wahrnehmung im Bereich der Regierung vor sich geht, kommen als daran Beteiligte auf der einen Seite das Regierungskollegium, die Regierung i. e. S., und auf der anderen Seite der einzelne Minister in Frage, wobei in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung ist, wer von beiden Träger der wahrzunehmenden Kompetenz und wer Wahrnehmender ist. Der Vorgang der Wahrnehmung kann sich in beiden Richtungen vollziehen: eine Kompetenz der Regierung kann durch einen Minister wahrgenommen werden und umgekehrt.

2) Stets aber ist es erforderlich, daß zwei Beteiligte an dem Vorgang mitwirken. Es ist — mit anderen Worten — eine gewisse Selbständigkeit beider zu fordern, so daß nicht der eine als Glied oder Teil des anderen in die Erscheinung tritt. Dann nämlich läge eine Gleichheit zwischen dem Träger der wahrzunehmenden Kompetenz und dem Wahrnehmenden vor. Folglich könnte von einer Wahrnehmung in eigenem Namen nicht gesprochen werden, da die durch den Will-Wahrnehmer vorgenommene Handlung immer eine solche des Ermächtigungsadressaten X wäre, weil nur eine Zuständigkeit vorläge: die des Rechtssubjektes X. So war es unter der Reichsverfassung von 1871 nicht möglich, daß ein Staatssekretär eine Kompetenz des Reichskanzlers (der „Reichsregierung“ war) in eigenem Namen wahrnahm, denn die von ihm vorgenommene Handlung konnte nur eine solche des Reichskanzlers sein, da den Staatssekretären neben ihm keine Selbständigkeit zukam.³¹ Daher konnte der Staatssekretär auch nie in eigenem Namen, sondern immer nur in fremdem Namen handeln, mithin auch nicht in eigenem Namen „wahrnehmen“.

31) Vgl. **Laband** StR Bd. I S. 336; **W. Jellinek** Verf. u. Verw. d. R. S. 82, **Oeschey** Verf. d. D. R. Vorwort S. 10; **Zorn** StR d. D. R. Bd. I S. 259.

Das gleiche gilt, wenn etwa ein Ministerialdirektor eine Kompetenz seines Ministers „wahrnehmen“ wollte. Jede von ihm in seiner amtlichen Eigenschaft vorgenommene Handlung ist eine solche des Ministers — ein Handeln „als Ministerialdirektor“ ist mangels der geforderten, in der Folge in ihrem rechtlichen Gehalt zu umreißenden Selbständigkeit nicht möglich.

In den Bereich der Regierung übertragen bedeutet das, daß die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz voraussetzt, daß Regierungskollegium und Minister sich als zwei an diesem Vorgang gesondert Beteiligte in der geforderten Selbständigkeit gegenüberstehen. Denn läge die Zuständigkeit im Bereich der Bundesregierung ausschließlich bei dem Regierungskollegium, so würde der Bundesminister immer nur ihre — also eine fremde — Kompetenz ausüben. Er selbst könnte allenfalls in fremdem Namen, nie aber in eigenem Namen handeln, mithin auch nicht in eigenem Namen wahrnehmen. Umgekehrt würde das Regierungskollegium immer in Ausübung einer eigenen Kompetenz handeln. Es würde begrifflich an der wahrzunehmenden fremden Kompetenz des Ministers mangeln.

In der Folge ist der Rechtscharakter der bisher neutral als „Beteiligte“ Bezeichneten in ihrem rechtlichen Gehalt zu umreißern und als Begriff einzuführen. Dies muß im vorliegenden Zusammenhang speziell für den Bereich der Regierung geschehen, in dem sich Gesamtregierung und Minister gegenüberstehen. Es gilt die Frage zu lösen, ob wir es hier mit zwei selbständigen, gesonderten, eigenberechtigten „Organen“ zu tun haben, oder ob der Minister lediglich als Bestandteil des Gremiums „Bundesregierung“ gelten kann. Die Frage gewinnt an Bedeutung, wenn man in Betracht zieht, daß dem Bundesminister eine doppelte Funktion zukommt. Einmal ist er Ressortminister, Chef eines Ministeriums, ja selbst „Ministerium“,³² zum anderen Angehöriger des Regierungskollegiums, Kabinettsmitglied (im wörtlichen Sinne).³³ Im ersten Falle formt er eigene Entschlüsse, im zweiten wirkt er an fremden — denen des Kabinetts — mit. Für den Minister muß die Eigenschaft als „Regierungsorgan“ demnach in bezug auf beide in seiner Person zusammentreffende Funktionen beleuchtet werden.

3) Die Prüfung der „Organschaft“ im Bereich der Bundesregierung setzt den Begriff der „Organschaft“ im allgemeinen voraus.

Im Anschluß an Wolff³⁴ wird unter „Organschaft“ „die Vertretung einer Gruppe verstanden, sofern die Befugnis zum Handeln des Vertreters und zur Zurechnung seines Verhaltens durch eine Gruppenorganisation bestimmt ist“ (S. 91). Die Organschaft ist demnach eine Erscheinungsform der Vertretung,³⁵ und zwar ist sie „durch die Bezogenheit der Vertretung auf eine immanente Gruppenordnung (Organisation) gekennzeichnet“ (S. 102). Durch diese wird die Bestimmung getroffen, wer die Organschaft auszuüben hat, d. h. wer zur Vertretung der Gruppe berufen sein soll. Diese Bestimmung kann personell getroffen werden, d. h. auf eine bestimmte Person bezogen sein, der die organschaftliche Vertretung übertragen wird — oder nur nach Merkmalen oder Eigenschaften bestimmt, also institutionell, ein-

32) So lautet auch die Bezeichnung der Bundesministerien nicht z. B. „Bundeswirtschaftsministerium“, sondern „Der Bundesminister für Wirtschaft“: vgl. Münch BReg S. 199.

33) Vgl. über die Trennung der beiden Funktionen Köttgen DUV 1954 S. 4 ff.

34) H. J. Wolff Vertretung. Die im Text in Klammern gesetzten Zahlen verweisen auf die Fundstellen dieses Werkes.

35) a. A. u. a. G. Jellinek System d. subj. Off. R. S. 214.

geräumt werden.³⁶ Das „Organ“ soll definiert werden als der „durch die Gruppenorganisation im voraus abstrakt und ohne Rücksicht auf den die Funktionen wahrnehmenden Menschen begründeten Zuständigkeitskomplex“ (S. 104).³⁷

In diesem Begriff wird also die Vertretung institutionalisiert,³⁸ indem die Gruppenordnung (Organisation) einen Zuständigkeitskomplex begründet.³⁹ Da aber eine Vertretung nur durch eine handelnde Person denkbar ist, muß dem Begriff des „Organs“ der des „Organwalters“ zur Seite treten, der in concreto Träger des in abstracto begründeten Zuständigkeitskomplexes wird. „So bleibt denn die Gegenüberstellung von „Organ“ — als dem von der Organisation begründeten und eingerichteten Kompetenzkomplex der mit der Vertretung der organisierten Vielheit betrauten physischen Person — und „Organwalter“ als derjenigen physischen Person (des Menschen), die jene Kompetenzen wahrnimmt“⁴⁰ (S. 229). Dementsprechend

36) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 103 f.: „Die Gruppenordnungen organisieren zunächst dadurch, daß sie bestimmen, wer zur Vertretung der Gruppe berufen sein soll, d. h. sie begründen eine „persönliche Zuständigkeit“ zur Vertretung. Diese Regelung können sie in verschiedener Weise vornehmen: Entweder bestimmt die Ordnung selbst diejenigen Personen, die Organbefugnisse haben sollen, oder sie erkennt eine irgendwie appropriierte Funktionärschaft an. Weil und soweit die Gruppe aber über das Lebensalter von Personen hinaus dauert oder dauern soll, kann sie sich ferner darauf beschränken, die Organwalter nur nach Merkmalen oder Eigenschaften zu bezeichnen oder anzugeben, in welcher Weise der oder die Funktionäre — z. B. durch Wahl oder Ernennung — zu bestimmen sind und in welcher Weise eventuell das Zusammenwirken mehrerer Funktionäre statthaben soll.“

37) Vgl. auch H. J. Wolff Allg. VerwR. § 52 S. 139: „Organ im rechtsnormativen Sinne ist ein institutionelles Subjekt von Wahrnehmungszuständigkeiten, nämlich eine von mehreren auf einander bezogenen funktionsteiligen Zuordnungseinheiten, denen eben hierauf abzielende (organisatorische) Rechtsätze die Verpflichtung und Berechtigung zuordnen, die gemäß dieser oder anderer Rechtsätze einer juristischen Person eigenzuständigen Berechtigungen und Verpflichtungen nach innen (geschäftsführend) oder (und) nach außen (vertretend) wahrzunehmen.“

38) Vgl. Kormann AnnDR 1911 S. 865: „Organe sind Einrichtungen, nicht identisch mit den Personen, durch die sie gebildet werden, vielmehr losgelöst von diesen, daher sich selbst gleichbleibend trotz des Wechsels der sie bildenden Personen, objektiviert.“

39) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 236: „... folgt daraus, daß der Begriff des Organs nicht ein reiner Tatbestandsbegriff ist. Das Organ ist juristisch nicht nur ein ‚Kreis von Geschäften‘ und erst recht nicht selbst ein Geschäft.“ — Vgl. schon G. Jellinek System d. subj. Off. R. S. 216: „Das Organ stellt demnach nicht den Staat schlechthin, sondern nur innerhalb seiner Kompetenz dar.“ — „In Wahrheit aber stehen sich niemals Persönlichkeiten, sondern stets nur Kompetenzen gegenüber.“

40) Für die Unterscheidung zwischen dem Organ als Institution und dem die Zuständigkeiten ausübenden Subjekt auch Melichar Zuständigkeitsordnung S. 213 Anm. 2 G. Jellinek Allg. Staatsl. S. 559 f.; ähnlich schon G. Jellinek System d. subj. Off. R. S. 220: „Eine zweite Konsequenz ist die Notwendigkeit einer strengen Scheidung zwischen den Befugnissen, welche den Staatsorganen als solchen, und denjenigen, welche auf Grund der Organschaft den diese tragenden Individuen zukommen“ — „... daß das Staatsorgan als solches der eigenen Subjektivität gänzlich ermangelt.“

läßt sich die Definition der Organschaft in folgende Form bringen: „Das Organ . . . ist ein durch die Organisation objektiv eingeräumter, durch seine Bezogenheit auf ein oder mehrere organisatorisch verbundene Pflichtsubjekte (die Organwalter) geeinter, aber unter Abstraktion von deren Individualität (abstrakt, institutionell) bestimmter Komplex von Berechtigungen und Verpflichtungen i. w. S., d. h. von gegenständlich und oft auch modal normierter Geschäftsbesorgungs- und Vertretungsmacht für die durch die Organisation geeinte Vielheit“ (S. 236).

4) Diesem Begriff des Organs muß, wenn er irgend allgemeingültig sein soll, der Begriff des „Staatsorgans“ entsprechen. Dieses ist danach der durch die Verfassung und die auf ihr beruhenden Rechtssätze im voraus abstrakt und ohne Rücksicht auf den oder die die Funktionen wahrnehmenden Menschen begründete staatliche Zuständigkeitskomplex.^{41 42}

5) Unter Zugrundelegung dieses Begriffes ist es möglich, die „Organschaft“ im Bereich der Bundesregierung einer Untersuchung zu unterziehen.
a) Die Bundesregierung ist Trägerin der vollziehenden Gewalt,⁴³ ihr Bestand als „besonderes Organ der vollziehenden Gewalt“⁴⁴ wird vom GG garantiert⁴⁵. Durch das GG werden ihr mannigfache Zuständigkeiten⁴⁶ eingeräumt.⁴⁷ Gemäß Art. 65 S. 4 GG wird ihr die Befugnis übertragen, sich eine Geschäftsordnung zu geben,⁴⁸ die als autonome Satzung⁴⁹ die Beteili-

41) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 104, 299

42) Nach Kormann AnnDR 1911 S. 865 sind „Staatsorgane . . . Einrichtungen, durch die und in denen der Staat als Juristische Person handelnd in die Erscheinung tritt“. Auch diese Definition begreift das Organ (abstrakt) als Institution. Wolff Vertretung S. 229 Anm. 3 macht jedoch zutreffend auf die begriffliche Unmöglichkeit des Handelns einer Institution aufmerksam. Vgl. auch Nordrh.-Westf. VerfGH v. 21. 8. 1954 (3/54): „Organe sind solche Personen oder Personenmehrheiten, deren Wollen und Handeln unmittelbar der Juristischen Person als eigenes Wollen und Handeln rechtlich zugerechnet wird.“ — Auch hier wird die Unterscheidung zwischen Organ und Organwalter nicht durchgeführt. Vgl. dazu ferner Jelinek Allg. Staatsl. S. 540 ff.

43) Vgl. v. Mangoldt GG Vorbem. 1b z. VI. Abschn. S. 331.

44) Vgl. Art. 20 Abs. II GG: Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Dazu vgl. Münch BRG S. 203.

45) Durch Art. 79 Abs. III GG, der den Grundsatz der Gewaltenteilung und damit den Bestand einer gesonderten vollziehenden Gewalt für Verfassungsänderungen unzugänglich macht.

46) Vgl. Übersicht S. 15 Anm. 8.

47) Vgl. Prass DV 1949 S. 317 ff.

48) Vgl. in diesem Zusammenhang Schneider Geschäftsordnungen S. 303 ff.

49) Vgl. Lechner-Hülshoff PuR Anm. 1 zu GeschOBReg S. 191. So werden die Geschäftsordnungen der Parlamente als autonome Satzungen angesehen von Peters HdbdStR Bd. II § 79 S. 264 ff. (273); Perels HdbdStR Bd. I § 40 S. 449. BVerfG v. 6. 3. 1952, BVerfGE 1, 144, NJW 1952 S. 537. Dasselbe muß für die Geschäftsordnung der Bundesregierung gelten, da sowohl Bundestag als auch Bundesregierung in Art. 20 GG als Organe der Staatsgewalt bezeichnet werden; a. A. Giese Verf. d. D. R. zu Art. 55 Anm. 1 S. 152. der meint, eine Geschäftsordnung sei teils Rechtsverordnung, teils Dienstanzweisung.

gung der Bundesminister als Organwalter⁵⁰ an den Regierungsgeschäften regelt⁵¹ und die vom GG vorgezeichneten Zuständigkeiten klar umreißt. Nach § 15 Abs. I GeschOBReg hat die Bundesregierung die alleinige Zuständigkeit für alle Angelegenheiten von allgemeiner innen- oder außenpolitischer, wirtschaftlicher, sozialer, finanzieller oder kultureller Bedeutung. In § 15 Abs. I Ziff. a bis f und Abs. II Ziff. a bis c GeschOBReg sind weitere ausschließliche Zuständigkeiten der Bundesregierung i. e. S. aufgezählt. Damit ist der Bundesregierung ein bestimmter Komplex von Zuständigkeiten eingeräumt,⁵² die sie unabhängig von ihrem jeweiligen Bestand ausübt. An der Organschaft der Bundesregierung i. e. S. kann daher kein Zweifel sein.

b) Zur Prüfung der Organschaft der Bundesminister ist die obige Unterscheidung der beiden Funktionen heranzuziehen, in Ausübung derer der Bundesminister tätig werden kann: die des Ressortministers und die des Kabinettsmitglieds.

An dieser Stelle sei noch einmal auf die Unterscheidung zwischen Organ und Organwalter hingewiesen. Organ könnte nur beispielsweise der „Bundesminister für Wirtschaft“ als Institution, abstrahiert von der den Ministeressel einnehmenden Persönlichkeit, Organwalter nur der Herr Bundesminister X, der ihn tatsächlich einnimmt, sein. Wenn die Prüfung ergibt, daß eine Organschaft vorliegt, wird damit zugleich die Frage nach der Organwalterschaft beantwortet, da ein Organ ohne eine oder mehrere dessen Funktion ausübende physische Personen nicht denkbar ist.

c) Die Prüfung der Organschaft des Bundesministers in seiner Stellung in der Bundesregierung bereitet dabei die geringsten Schwierigkeiten. Hier ist der Bundesminister lediglich Kabinettsmitglied (im wörtlichen Sinne), also Glied eines Kollegiums. Organ ist die Bundesregierung i. e. S. Die Bundesminister sind — nach der vorausgeschickten Begriffsabgrenzung — Organwalter des Organs „Bundesregierung“. Das Bundeskabinett als Gesamtheit der Organwalter fällt die Entscheidungen (die Beschlüsse), die dem Organ „Bundesregierung“ zugerechnet werden. In der Funktion des Kabinettsmitglieds ist der Bundesminister daher als einzeln nicht allein Organwalter, sondern nur in Gemeinschaft und durch das Zusammenwirken mit den übrigen Mitgliedern des Bundeskabinetts.

Bei seiner Mitwirkung und Mitentscheidung im Bundeskabinett ist der Bundesminister nicht als Ressortminister beteiligt. Es besteht lediglich eine sich aus praktischen und politischen Erfordernissen ergebende Realunion mit der Wirkung, daß die Ressortminister gleichzeitig Kabinettsmitglieder sind. Wenn auch die Bundesminister unter Berücksichtigung der Tatsache, daß sie ein bestimmtes Ressort verwalten, Sitz und Stimme im Bundeskabinett haben, so muß man dennoch die beiden Funktionen des Ressortministers und des Kabinettsmitglieds scharf trennen. Zwar sind die Ressortminister Mitglieder des Bundeskabinetts (Art. 62 GG), aber nicht jeder

50) Vgl. Kaufmann Hdb. d. Pol. Bd. III S. 45: „So bedeutet das Wort ‚Regierung‘ zur Bezeichnung von bestimmten Organpersönlichkeiten diejenigen Personen . . .“

51) Über kollegiale Organwalterschaft vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 92, 104, 236.

52) Vgl. Maunz StR 3. A. S. 247: „In Regierungs- und Verwaltungsangelegenheiten des Bundes besteht eine Vermutung für ihre oberste Zuständigkeit.“

Bundesminister braucht einen Geschäftsbereich zu leiten.⁵³ Die Unterscheidung der beiden Funktionen findet sich im positiven Recht z. B. bei der Vertretung⁵⁴ und der Verantwortung⁵⁵ der Bundesminister.

53) So wurden in das 2. Kabinett Adenauer vier „Sonderminister“ ernannt. — Bundesminister ohne Geschäftsbereich sind auch unter dem GG zulässig; man kann Gegenteiliges nicht aus Art. 65 S. 2 GG herleiten, der nur Selbständigkeit und Verantwortung des Bundesministers vorschreibt, wenn er einen Geschäftsbereich leitet: vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 62 Anm. 2 S. 335; Meder BonnK zu Art. 62 Anm. II 2; Münch BReg S. 197. — Köttgen DOV 1954 S. 4 ff. faßt die Sonderminister als Ressortminister auf. Das erscheint nicht richtig. Ein attachierter persönlicher Stab macht noch kein „Ministerium“ und gelegentliche Aufträge politischer oder repräsentativer Art und selbst dadurch begründete „Zuständigkeiten“ schaffen noch keinen Geschäftsbereich. Nach den Äußerungen des Bundeskanzlers wurden die Sonderminister gerade ernannt, um das politische Element im Bundeskabinett gegenüber den Fachressorts zu stärken.

54) Als Kabinettsmitglied wird der Bundesminister durch einen anderen Bundesminister, als Ressortminister durch den Staatssekretär vertreten (§ 14 GeschORReg). Münch BReg S. 102 macht bezüglich der Vertretung die Unterscheidung zwischen den politischen und den verwaltenden Aufgaben des Bundesministers. Es erscheint zweifelhaft, ob die Trennungslinie sich dergestalt ziehen läßt, denn auch das Kollegium hat verwaltende Aufgaben (z. B. den Erlaß gewisser Verwaltungsakte), während der Bundesminister in regierender, also hochpolitischer Funktion (z. B. bei den Befugnissen gem. Art. 112 GG, §§ 20, 21 Haushaltsordng., § 26 GeschORReg oder bei dem Erlaß von Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften) handeln kann. So wird er bei dem Erlaß von Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch den Staatssekretär vertreten (§§ 67 Abs. II, 73 Abs. II GemGeschOIIBMin). Anders war die Regelung der Vertretung unter der WRV. In der Regel vertrat der Staatssekretär den Reichsminister sowohl in der Leitung des Geschäftsbereichs als auch in den Kabinettsitzungen (§§ 16 Abs. I, 30 Abs. II GeschORReg). Ausgenommen war lediglich die Gegenzeichnung von Gesetzen und Verfügungen und Anordnungen des Reichspräsidenten wegen der damit zu übernehmenden Verantwortung des Gegenzeichnenden. Hier führten der Reichskanzler oder ein Reichsminister die Vertretungshandlung aus (§ 16 Abs. II GeschORReg).

55) Art. 65 S. 2 GG bestimmt nur, daß der Bundesminister seinen Geschäftsbereich unter eigener Verantwortung leitet, daß er also in seiner Eigenschaft als Ressortminister Verantwortung trägt. Damit ist nicht gesagt, daß er als Kabinettsmitglied keinerlei Verantwortung unterliegt. Hier ist jedoch die Gesamtheit der Bundesminister verantwortlich (vgl. v. Mangoldt GG Vorbem. 2 a. z. VI. Abschn. S. 330 f.; ders. Verhältnis S. 822), da sie auch nur in ihrer Gesamtheit Organwahrer des Organs Bundesregierung sind. Die Verantwortung ist eine kollektive (vgl. v. Mangoldt a. a. O.; Koellreutter StR S. 206; Münch BReg S. 221; Köttgen DOV 1954 S. 4 „solidarische V.“; Glum Staatsrechtl. Stellung S. 16; gegen eine kollektive Verantwortung für die WRV Frhr. M. v. Bieberstein HdbdDStR Bd. I § 45 S. 529). Vgl. Art. 48 d. Franz. Verf. v. 13. 10. 1946: Die Minister sind gemeinschaftlich vor der Nationalversammlung für die allgemeine Politik des Kabinetts und einzeln für ihre persönlichen Verfügungen verantwortlich; u. Art. 95 Abs. II Ital. Verf.: Die Minister sind gesamtverantwortlich für die Akte des Ministerrates und individuell verantwortlich für die Akte ihres Ressorts. — In der politischen Praxis wird man einen Bundesminister allerdings schwerlich wegen seiner Abstimmung im Kabinett zur Rechenschaft ziehen können, da dessen Sitzungen vertraulich sind (§ 22 Abs. III GeschORReg).

So hat der Bundesminister bei den Abstimmungen im Bundeskabinett nicht die Belange seines Ressorts zur Geltung zu bringen, sondern das politische Gesamtinteresse, wie es sich auf der Regierungsebene mit dem dieser eigenen umfassenden Aufgabenbereich darstellt, zu berücksichtigen. Ein Bundesminister, der einen anderen Bundesminister im Bundeskabinett zu vertreten hat⁵⁶ oder zwei Geschäftsbereiche leitet, kann nicht zwei Stimmen abgeben,⁵⁷ da er nicht für das Ressort, sondern in der Funktion des Kabinettsmitgliedes abstimmt. Von Ausnahmen wird unten zu handeln sein.

d) Die Untersuchung der Organschaft des Bundesministers muß sich also auf den Fall konzentrieren, in dem der Bundesminister die Funktion des Ressortministers ausübt. Die rechtliche Stellung, die ein Minister einnimmt, entscheidet sich nach den positiv-rechtlichen Bestimmungen, die die Verfassung trifft. Es gibt die mannigfachsten Möglichkeiten, die Struktur der Regierung, d. h. das Verhältnis zwischen Regierungschef, Regierungskollegium und Einzelminister, zu regeln, die von der weitestgehenden Unterordnung des Ministers unter Kollegium oder Regierungschef (wie z. B. in den Vereinigten Staaten von Nordamerika und unter der RV von 1871) bis zur größtmöglichen Selbständigkeit der Minister (wie z. B. in Frankreich)⁵⁸ reichen. Es würde über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgehen, die Struktur der Bundesregierung im einzelnen zu untersuchen und einem bestimmten Typus zuzuordnen, wie es Glum⁵⁹ für die WRV in einer lehrreichen Studie über die staatsrechtliche Stellung der Reichsregierung unternommen hat.⁶⁰ Im vorliegenden Zusammenhang kommt es lediglich darauf an, ob die Bundesregierung dem Bundesminister in dem umfassenden Sinne vorgesetzt ist, daß ihre Zuständigkeit die seine umfaßt, eine solche des Ministers also gar nicht besteht.⁶¹

Daß diese Ansicht nicht richtig sein kann, zeigt eine Prüfung der diesbezüglichen Bestimmungen des GG.⁶² Gemäß Art. 65 Satz 2 GG „leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung“. Der Bundesminister genießt also Selbständigkeit in den Regierungshandlungen, die er in Ausübung seiner Funktion als Ressortminister vornimmt,⁶³ was nur bedeuten kann, daß er in dieser Hinsicht von allen Entscheidungen anderer Organe, auch der Bundesregierung i. e. S., unabhängig ist.⁶⁴ Er ist lediglich den Richtlinien des Bundeskanzlers, nicht

56) Gem. § 14 GeschORReg.

57) Vgl. Münch BReg S. 200; Poetzsch JöR Bd. XIII S. 179.

58) Loi Constitutionnelle sur l'Organisation des Pouvoirs Publics 1875, Février 25 (Art. 6); Constitution de la République Française 1946, Octobre 13 (Art. 48).

59) Glum Staatsrechtliche Stellung.

60) Vgl. für das GG v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 2 S. 349; Meder BonnK zu Art. 62 Anm. II 1; Koellreutter StR S. 205 ff.

62) wie z. Z. der RV von 1871 die alleinige Zuständigkeit bei dem Reichskanzler lag. Die Staatssekretäre nahmen auch noch nach dem Stellvertretungsgesetz v. 17. 3. 1878 keine eigene Organstellung ein: Vgl. Laband StR Bd. I S. 336; W. Jellinek Verf. u. Verw. d. R. S. 82; Oeschey Verf. d. D. R. S. 10 f.; Zorn StR d. D. R. Bd. I S. 259.

63) Vgl. Glum Kritische Bemerkungen S. 51: „Es ist nicht anzunehmen, daß man mit dieser Bestimmung (sc. Art. 65 S. 1 GG) erreichen wollte, die Bundesminister etwa in die Stellung der Staatssekretäre der Bismarckschen Verfassung oder gar der Verfassung der USA zurückzudrängen.“

64) Vgl. Giese GG zu Art. 62 Anm. II 3 S. 113.

65) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 4 S. 350.

aber dessen Einzelweisungen unterworfen.⁶⁵ Als Korrelat seiner ausschließlichen Zuständigkeit für sein Ressort trägt er die Verantwortung für die Erfüllung seiner Aufgaben.⁶⁶

Aus der Auferlegung der Verantwortung folgt, daß der Bundesminister nicht an die Willensentscheidungen anderer Staatsorgane, außer an die Richtlinien des Bundeskanzlers (Art. 65 S. 2 GG), gebunden sein kann.⁶⁷ Auch an anderen Stellen des GG wird ausdrücklich eine Zuständigkeit eines Bundesministers begründet: so in Art. 80 Abs. I S. 1 GG, über den noch ausführlich zu handeln sein wird, in Art. 129 GG, der Zuständigkeiten von Reichsinstanzen auf die „zunehmend sachlich zuständigen Stellen“ überleitet, und in Art. 130 Abs. II GG, durch den der Bundesminister als oberster Disziplinarvorgesetzter bestimmter Körperschaften des öffentlichen Rechts eingesetzt wird. Gemäß Art. 58 GG werden Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidenten durch den zuständigen Bundesminister gegengezeichnet. Auch für einzelne Bundesminister werden ausdrücklich Zuständigkeiten eingeräumt: so für den Bundesjustizminister,⁶⁸ den Bundesfinanzminister⁶⁹ und den Bundesinnenminister.⁷⁰ Es ist aber kein Grund ersichtlich, nur den letzteren die Organschaft zuzuerkennen, nur weil sie ausdrücklich im GG oder in der Geschäftsordnung erwähnt sind.⁷¹ Auch im Schrifttum wird daher der Bundesminister als selbständiges Regierungsorgan anerkannt.⁷²

e) An dieser Stelle ist auf eine Erscheinung hinzuweisen, die für die Organschaft der Minister bedeutsam ist. Gemäß § 26 Abs. I GeschOBReg und §§ 20, 21 Haushaltsordnung haben der Bundesfinanzminister und gemäß § 26 Abs. II GeschOBReg der Bundesminister der Justiz und der Bundesminister des Innern in gewissen Fällen ein Widerspruchsrecht gegen Beschlüsse der Bundesregierung. Da oben festgestellt wurde, daß innerhalb

65) Vgl. Prass DV 1949 S. 323; Eschenburg DOV 1954 S. 195; vgl. auch Frhr. M. v. Bieberstein HdbdDStR Bd. I § 45 S. 526.

66) Vgl. unten § 13.

67) Vgl. Bayer. VerfGH v. 10. 3. 1951 Bayer. VerfGHE Bd. 4 n. F. S. 30 (32); vgl. auch Frhr. M. v. Bieberstein HdbdDStR Bd. I § 45 S. 523.

68) Vgl. Art. 95 Abs. III GG; § 26 Abs. II GeschOBReg.

69) Art. 108 Abs. IV, 112, 114 Abs. I GG; § 26 Abs. I GeschOBReg; §§ 20, 21 Haushaltsordnung.

70) § 26 Abs. II GeschOBReg.

71) Auf die Organstellung der betreffenden Bundesminister in den Fällen der Art. 95 Abs. III, 96 Abs. II, 112 GG macht zutreffend Geiger BVerfGG zu § 63 Anm. 4 S. 210 aufmerksam. Er erkennt ihnen die Befugnis zu, ihre Zuständigkeit im Wege der Organstreitigkeit gem. Art. 93 Abs. I Nr. 1 GG; §§ 13 Nr. 5, 63 BVerfGG zu verteidigen (dazu noch unten S. 34 Anm. 82). Vgl. auch Wacke Finanzwesen S. 87: „Damit ist der B. d. F. zum unmittelbaren Organ des Bundes geworden, weil ihm hier (und auch in Art. 114) bei der Rechnungslegung sowie bei der schon erwähnten Bestellung der Bundesfinanzrichter eine verfassungsmäßige Aufgabe hohen Ranges unter alleiniger Verantwortung und Entscheidungsbefugnis zugewiesen ist, ohne daß er einem Weisungsrecht irgendeines anderen Staatsorgans unterläge.“

72) Vgl. Klein RStW Bd. IV S. 182; Geiger BVerfGG zu § 63 Anm. 3 S. 208; ähnlich für die WRV Glum Staatsrechtliche Stellung S. 16.

73) Über den politischen Wert dieser Regelung ist hier nicht zu handeln. Vgl. aber die kritischen Bemerkungen Bismarcks über die Fachminister (Gedanken und Erinnerungen Bd. II S. 271 ff.). Über die starke Stellung der Ressortminister in Preußen vgl. Zorn Staatsr. Stellg. d. Preuß. Gesamtministeriums S. 121 ff.

des Bundeskabinetts der Bundesminister nie Organ, sondern stets nur Organwalter (des Organs „Bundesregierung“) sei, bedarf dieser Grundsatz hier einer Einschränkung. In den oben bezeichneten Fällen des Widerspruchsrechts handelt der betreffende Bundesminister als Ressortminister, d. h. als Organ „Bundesminister“, denn er übt eine Befugnis aus, die in den Rahmen seines Ressorts fällt,⁷⁴ da der Bundesminister der Finanzen für die Finanzpolitik,⁷⁵ der Bundesminister des Innern und der Bundesminister der Justiz für Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit zuständig und verantwortlich sind. Dieser Umstand ist jedoch nicht geeignet, den Grundsatz in Frage zu stellen. Das erhellt daraus, daß das Widerspruchsrecht erst gegeben ist, wenn ein Beschluß der Bundesregierung schon vorliegt.⁷⁶ Der Bundesminister ist demnach insofern nicht bei der Beschlußfassung, sondern erst später an dem Vorgang beteiligt.⁷⁷ Im Rahmen der vorangehenden Beratung und Beschlußfassung des Bundeskabinetts handelt er als einer der Organwalter des Organs „Bundesregierung“ und wird als solcher eventuell überstimmt. Bei Ausübung des Widerspruchsrechts handelt der Bundesminister als Organ.⁷⁸ So hat er auch im ersten Falle die Interessen der staatlichen Gesamtpolitik zu beobachten, während er im zweiten Falle die Belange seines Ressorts zur Geltung bringt.⁷⁹ Es ist ja gerade der Sinn dieser Bestimmungen, es zu vermeiden, daß über die Bedenken der für die Finanzpolitik und die Prüfung der Recht- und Verfassungsmäßigkeit der Gesetz- und Verordnungsentwürfe zuständigen Bundesminister hinweggegangen wird.⁸⁰ Daher kann in diesem Falle von einer Teil- oder Unterorganschaft keine Rede sein.

6) Im Ergebnis sind daher sowohl die Bundesregierung i. e. S. als auch der einzelne Bundesminister — in seiner Eigenschaft als Ressortminister — als selbständige Regierungsorgane zu begreifen.⁸¹ Die Minister sind einer-

74) Vgl. Wacke Finanzwesen S. 87.

75) Vgl. Wacke Finanzwesen S. 83 f.

76) Während die Zustimmung gemäß Art. 112 GG im Vorhinein zu erteilen ist: vgl. Wacke Finanzwesen S. 86.

77) Das geht auch daraus hervor, daß in einer erneuten Sitzung des Bundeskabinetts über den Widerspruch abgestimmt werden muß (§ 26 Abs. I GeschOBReg), vgl. dazu Belau DVBl 1951 S. 431.

78) Für die Organstellung des Bundesministers der Finanzen im insofern ähnlichen Fall des Art. 112 GG vgl. Geiger BVerfGG zu § 63 Anm. 4 S. 210.

79) Vgl. zum Vorstehenden auch v. Mangoldt GG zu Art. 112 Anm. 2 S. 592.

80) Münch BReg S. 214 bezweifelt die Verfassungsmäßigkeit des § 26 GeschOBReg und der §§ 20, 21 Haushaltsordnung, da gemäß Art. 65 S. 3 GG die Bundesregierung insgesamt zur Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten der Bundesminister zuständig sei. Dabei übersieht Münch aber, daß die genannten Bestimmungen nicht die Abstimmung des Bundesministers als Kabinettsmitglied betreffen, sondern ihn in seiner Eigenschaft als Ressortminister erfassen. Ein Widerspruch ist erst gegen einen von der Bundesregierung (eventuell bei Meinungsverschiedenheiten gemäß Art. 65 S. 3 GG) gefaßten Beschluß möglich.

81) Vgl. Klein RStW Bd. IV S. 182.

seits in ihrer Gesamtheit Organwalter des Organs „Bundesregierung“, andererseits einzeln Organwalter des Organs „Bundesminister“.⁸²

Erst durch diese Feststellung wird — wie oben gezeigt — die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz begrifflich denkbar. Da auch der Bundesminister als ein gesondertes Regierungsorgan, das der Bundesregierung i. e. S. unabhängig zur Seite tritt, begriffen wird, ist der Vorgang der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz in beiden Richtungen denkbar: d. h. es ist die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompetenz der Bundesregierung durch einen Bundesminister und umgekehrt der Wahrnehmung einer solchen des Bundesministers durch die Bundesregierung zu untersuchen. Dabei sei jedoch darauf hingewiesen, daß bei der Erörterung der zur Untersuchung stehenden Probleme der Bundesminister stets in seiner Eigenschaft als Ressortminister, also als Organ „Bundesminister“, zu betrachten ist. Denn nur als solchem kommt ihm die oben geforderte Selbständigkeit — die Organschaft — zu, ohne die eine Wahrnehmung einer fremden Kompetenz in eigenem Namen begrifflich nicht vollziehbar ist.⁸³

82) Wenn man von der Organschaft der Bundesminister ausgeht, müßte dem Minister auch das Recht zustehen, gemäß Art. 93 Abs. I Nr. 1 GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 5, 63 BVerfGG im Wege der Organstreitigkeit seine Zuständigkeit zu verteidigen. Zwar sieht Art. 65 S. 3 GG die Entscheidungsbefugnis der Bundesregierung über Meinungsverschiedenheiten der Bundesminister vor. Diese Bestimmung gilt jedoch nur dann, wenn über die Zugehörigkeit bestimmter Zuständigkeiten zu bestimmten Ressorts gestritten wird, nicht wenn feststeht, daß eine Zuständigkeit in einen bestimmten Geschäftsbereich fällt und diese nur für einen einzelnen Fall von dem Regierungskollegium ausgeübt werden soll. — Für die Organstellung und die daraus fließende Klagebefugnis des Bundesministers Geiger BVerfGG zu § 63 Anm. 3 S. 208; ähnlich Münch BReg S. 223. Lechner BVerfGG zu § 13 Nr. 5 Anm. 3 d bb S. 81 erkennt zwar nicht die Organschaft des Bundesministers an, läßt ihn jedoch grundsätzlich als „anderen Beteiligten“ im Sinne des Art. 93 Abs. I Nr. 1 GG und des § 15 Nr. 5 BVerfGG gelten. Er verneint jedoch die Möglichkeit, im Wege der Organstreitigkeit Klage zu erheben, unter Hinweis auf Art. 65 S. 3 GG für den Fall, wenn es sich um Meinungsverschiedenheiten über die Abgrenzung von Ressortzuständigkeiten handelt. — Allerdings ist die Möglichkeit der Klage im Wege der Organstreitigkeit angesichts des politischen und verfassungsrechtlichen Übergewichts des Bundeskanzlers in der Praxis illusorisch, da dieser jederzeit gemäß Art. 64 Abs. I GG die Entlassung des betreffenden Bundesministers veranlassen oder gemäß § 9 GeschOBRReg die betreffende Zuständigkeit im ganzen auf einen anderen Bundesminister übertragen kann.

83) So werden im Verwaltungsrecht die von einem Mitglied eines zuständigen und zur Entscheidung berufenen Kollegiums gesetzten Verwaltungsakte als nichtig betrachtet: vgl. Forsthoft L. d. VerwR. S. 194 mit weiterer Literatur. Dasselbe muß dann gelten, wenn man den Bundesminister in seiner Eigenschaft als Mitglied des Bundeskabinetts eine Zuständigkeit der Bundesregierung „wahrnehmen“ ließe.

III. KAPITEL

Die Kompetenzwahrnehmung als konstruktives Problem

§ 8 Die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz in eigenem und in fremdem Namen

1) Während die Erörterung der Zulässigkeit der Kompetenzwahrnehmung unter dem geltenden Bundesverfassungsrecht den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet, soll in diesem Kapitel eine Konstruktion vorausgeschickt werden, die diese Erscheinung von anderen rechtlichen Begriffen abgrenzen und in ihrer Eigenart deutlich machen soll.

2) a) Die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz ist in zwei Formen denkbar. Einmal kann das wahrnehmende Organ in eigenem Namen handeln, zum anderen kann es im Namen desjenigen Organs auftreten, dem die vorzunehmende Rechtshandlung als Aufgabe obliegt.

b) Im ersten Fall handelt das die Kompetenz wahrnehmende Organ als solches und tritt als solches auf, ohne daß nach außen in irgendeiner Weise zum Ausdruck kommt, daß es nicht in Ausübung einer eigenen, sondern in Wahrnehmung einer fremden Kompetenz handelt.¹ Es leitet die Autorität seines Handelns, mit der es Dritten gegenüber auftritt, diesen gegenüber aus sich selbst ab. Die in Wahrnehmung der fremden Kompetenz von diesem Organ vorgenommene Rechtshandlung wird ihm selbst zugerechnet.

c) Im zweiten Fall tritt das eine fremde Kompetenz wahrnehmende Organ in Ausübung einer Vertretungsmacht für das zuständige Organ auf,² unter ausdrücklicher Kundgebung gegenüber dem Adressaten des erlassenen Rechtsakts, daß eine fremde Autorität hinter ihm stehe. Die vorgenommene Rechtshandlung wird direkt dem zuständigen, vertretenen Organ zugerechnet. In Wirklichkeit wird hier also der eigentliche Zuständigkeitsträger tätig. Er nimmt seine eigene Kompetenz — durch einen anderen — wahr.³

d) Sowohl das wahrnehmende Regierungsorgan als auch das die Kompetenz innehabende sind Durchgangssubjekte der Zurechnung, die den Staat als Zurechnungsendsubjekt trifft.⁴ Während aber bei der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz in eigenem Namen Durchgangssubjekt der Zurechnung das wahrnehmende Organ ist, ist es im Falle der Wahrnehmung in fremdem Namen das zuständige, vertretene Organ. Die beiden Formen der Wahrnehmung unterscheiden sich damit zunächst in bezug auf die Zurechnung der vorgenommenen Rechtshandlung.

Zugerechnet werden kann nur eine Rechtshandlung, die von dem diese vornehmenden Organ kompetenzgemäß, d. h. für den Bereich der Regierung: im Rahmen seines Geschäftsbereichs vorgenommen wird. Voraussetzung für die (gültige) Wahrnehmung in eigenem Namen ist damit, daß das wahrnehmende Organ eine Zuständigkeit zur Vornahme der Rechtshandlung besitzt. Das bedingt aber, daß eine Kompetenzverschiebung von dem ermächtigten Organ auf das wahrnehmende Organ stattgefunden ha-

1) Z. B. der Bundesminister für Wirtschaft, der die Kompetenz der Bundesregierung wahrnimmt, zeichnet als „Bundesminister für Wirtschaft“.

2) Der Bundesminister zeichnet für die Bundesregierung „im Auftrag“ oder unter einer ähnlichen Bezeichnung.

3) Nach Triepel Delegation S. 26 wäre dieser Fall ein Mandat. Vgl. auch Peters Ermächtigung S. 840.

4) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 250.

ben muß. Anders dagegen ist es bei der Wahrnehmung in fremdem Namen. Hier verbleibt die Zuständigkeit bei dem ermächtigten Organ, das diese selbst — durch ein Vertreterorgan — ausübt und dem folglich dieser von ihm gesetzte Rechtsakt zugerechnet werden muß. In diesem Falle findet rechtlich keine Kompetenzverschiebung statt.⁵ Das wahrnehmende Organ erhält keine neue, das ermächtigte Organ verliert keine Zuständigkeit.⁶

e) Die Gegenüberstellung macht die grundlegenden Unterschiede zwischen beiden Rechtsfiguren deutlich. Ebensovwenige Anknüpfungspunkte bieten sich, wenn die Frage der Zulässigkeit der Wahrnehmung beleuchtet wird. Bei der Wahrnehmung in fremdem Namen können alle die Probleme — der Vorgriff sei erlaubt — nicht auftauchen, die sich um die Erscheinung ranken, daß eine Verlagerung von Zuständigkeiten stattgefunden hat. Die Problematik der Wahrnehmung in fremdem Namen⁷ soll daher im Rahmen dieser Einführung vorweg erläutert werden.

3) a) Der rechtliche Charakter der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz in fremdem Namen wurde oben dahin umrissen, daß sich diese als Ausübung einer Vertretungsmacht für das zuständige Organ darstellt. Vertretung ist das Handeln „anstelle“, „für“ einen anderen.⁸

Der Vertreter nimmt Rechtshandlungen im Namen des Vertretenen mit unmittelbarer Wirkung für oder gegen diesen vor, d. h. die Handlungen⁹ des Vertreters werden dem Vertretenen direkt zugerechnet.

Wichtig für den vorliegenden Zusammenhang ist, daß die Willensbildung (bei Kollegien: der Beschluß) des Vertreters an die Stelle der des Vertretenen tritt. Auch alle diesen Willensentschluß vorbereitenden und herbeiführenden Handlungen liegen bei jenem.

Daneben besteht noch die Möglichkeit einer Botenschaft, bei der eine fremde Willenserklärung durch den Boten lediglich übermittelt wird, ohne daß er auf ihren Inhalt und ihre Abgabe Einfluß nähme.

b) In unserem Zusammenhang ergibt sich das Problem, wer im Bereich der Regierung zur Vertretung berufen ist und wer einem Vertreterorgan eine Vertretungsbefugnis erteilen kann. Dabei ist davon auszugehen, daß die Funktionen der Staatsorgane und ihre Ausübung „höchstpersönlich“ und ohne ausdrückliche Bestimmung nicht übertragbar sind.^{10 11} Die Zulässigkeit der Vertretung von Staatsorganen ist daher eine Frage des positiven Rechts.¹² In jedem einzelnen Fall muß sich eine Vertretung auf einen Rechts-

5) So zutreffend Triepel Delegation S. 26.

6) Vgl. auch Peters Ermächtigung S. 840: „Wer ‚im Auftrag‘ handelt, übernimmt keine fremde Zuständigkeit.“

7) Eine eingehende Untersuchung fehlt in der Literatur: vgl. Triepel Delegation S. 131.

8) Vgl. Lehmann Allg. T. d. BGB S. 274 ff. (275); Enneccerus-Nipperdey Allg. T. d. BR 13. A. S. 543 ff. (555); Böhle-Stamschräder BGB Vorbem. 1 vor §§ 164 ff. BGB S. 227.

9) Nicht nur Handlungen, auch innere Vorgänge: vgl. § 166 Abs. I BGB.

10) Vgl. Forsthoff L. d. VerwR. S. 162, 348; Delvolve Délégations S. 8; Melichar Zuständigkeitsordnung S. 227 f.; ähnlich H. J. Wolff Allg. VerwR. § 51 S. 138; vgl. auch PreußOVG Bd. 6 S. 208 f., Bd. 10 S. 207, Bd. 24 S. 38.

11) Vgl. das nicht veröffentlichte Urteil des OVG Münster v. 23. 11. 1954 (VII A 651/53): „Wenn die Zuständigkeit zum Erlaß von Verfügungen vom Gesetz ausdrücklich einer höheren Behörde vorbehalten ist, so kann diese nicht nachgeordnete Behörden ‚im Auftrage‘ handeln lassen; sie muß vielmehr die Entscheidung im Einzelfall selbst treffen.“

12) Vgl. Triepel Delegation S. 131 ff. (146).

satz stützen, der eine Vertretungsbefugnis erteilt oder es wenigstens zuläßt, daß ein Staatsorgan seine Funktionen durch einen Stellvertreter ausüben läßt. So regelt z. B. § 14 GeschOBReg die Vertretung der Bundesminister einerseits in ihrer Eigenschaft in der Regierung, andererseits als Leiter einer obersten Bundesbehörde.¹³

c) Zur Entscheidung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Wahrnehmung einer fremden Zuständigkeit in fremdem Namen im Bereich der Regierung zulässig ist, ist daher eine Prüfung des geltenden Bundesverfassungsrechts in dieser Richtung erforderlich. Es handelt sich dabei darum, ob ein Regierungsorgan wirksam für das andere in Ausübung einer Vertretungsmacht handeln kann; ob es eine entsprechende Vertretungsbefugnis besitzt oder ob das vertretene Organ eine solche erteilen kann.

aa) Kann — um mit diesem Fall zu beginnen — ein Bundesminister eine in die Zuständigkeit der Bundesregierung fallende Rechtshandlung „in Vertretung“ für diese vornehmen? Hat er also eine generelle Vertretungsmacht oder kann ihm eine solche für einen einzelnen Fall erteilt werden? Zur Entscheidung dieser Fragen ist von der oben gemachten Feststellung auszugehen, daß eine Vertretung die Ersetzung der Willensbildung des Vertretenen durch eine solche des Vertreters beinhaltet.¹⁴ Der Bundesminister müßte daher den Inhalt des zu erlassenden Rechtsakts selbständig beschließen, nicht einen beschlossenen Text lediglich unterzeichnen oder verkünden.¹⁵

Nun bestimmt jedoch § 15 Abs. I GeschOBReg, daß der Bundesregierung alle Angelegenheiten von allgemeiner Bedeutung zur Beratung und Beschlußfassung zu unterbreiten sind, und § 15 Abs. I Zif. e GeschOBReg schreibt vor, daß alle Angelegenheiten, für die GG oder Gesetz die Zuständigkeit der Bundesregierung vorsehen, von dieser zu beraten und zu beschließen sind.¹⁶ Damit ist eine eindeutige Regelung getroffen, daß die Willensbildung über Rechtshandlungen, für die die Bundesregierung zuständig ist, allein bei dieser liegt. Oben wurde schon darauf hingewiesen, daß im Sinne der GeschOBReg „Bundesregierung“ immer die Regierung i. e. S. ist. Wenn also durch die GeschOBReg stets ein Beschluß der Bundesregierung i. e. S. als erforderlich vorgesehen ist, so verbietet sich mangels einer abweichenden Vorschrift die Annahme, daß eine generelle Befugnis der Ressortminister bestünde, sie bei der Beschlußfassung zu vertreten. Darüber hinaus erscheint es angesichts des klaren Inhalts der Bestimmung, die alle Angelegenheiten von allgemeiner Bedeutung der Beschlußfassung der Bundesregierung i. e. S. vorbehält, auch nicht zulässig, daß sich die Bundesregierung in Einzelfällen bei dem Erlaß in ihre Kompetenz fallender Rechtsakte von einem Bundesminister vertreten läßt.

Eine andere Frage ist es, ob ein Bundesminister die Bundesregierung bei der Unterzeichnung oder Verkündung von Regierungsakten i. w. S.¹⁷ vertreten kann. Das Bundesverwaltungsgericht¹⁸ hat mit Recht die Befugnis des

13) Vgl. Lechner-Hülshoff PuR zu § 14 GeschOBReg Anm. 1 u. 2 S. 196.

14) Vgl. statt anderer Lehmann Allg. T. d. BGB S. 275.

15) Vgl. BVerwG v. 16. 7. 1954 (BVerwG I A 23/53). In letzterem Falle würde wohl lediglich eine Botenschaft vorliegen (vgl. S. 36).

16) Vgl. auch §§ 73 ff. GemGeschOIBMin. Die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien ist noch nicht in Kraft gesetzt, sondern nur vorläufig der Praxis zur Anwendung übergeben. Es wird weitgehend nach ihr verfahren: vgl. Lechner-Hülshoff PuR S. 206, 289.

17) Zum Begriff des Regierungsaktes vgl. unten S. 84 ff.

18) BVerwG v. 16. 7. 1954 (BVerwG I A 23/53). Der hier interessierende Teil des Urteils ist nur auszugsweise in MDR 1955 S. 79 veröffentlicht.

Bundesministers. Beschlüsse der Bundesregierung in ihrer Vertretung zu unterzeichnen,¹⁹ für den Antrag gem. § 129 a Abs. III StGB auf Verbot einer Vereinigung anerkannt.²⁰ Welcher oder welche Bundesminister für die Bundesregierung handeln, richtet sich nach der Geschäftsverteilung innerhalb der Bundesregierung. Stets aber ist es erforderlich, daß der Beschluß durch das Bundeskabinett gefaßt wird. In dieser Beziehung ist eine Vertretung durch einen Bundesminister unzulässig. Auch die Vorbereitung der Gesetzesvorlagen werden in der Regel die Bundesminister stellvertretend für das Kollegium übernehmen;²¹ desgleichen die Vorbereitung und Durchführung sonstiger Beschlüsse der Bundesregierung i. e. S.²² Ferner werden die Vorlagen im Bundestag und Bundesrat von dem federführenden Minister „vertreten“ (§ 28 GeschOBReg).²³ Gemäß § 22 Abs I S. 2 und S. 3 BVerfGG kann die Bundesregierung einen Bundesminister zur Prozeßvertretung vor dem Bundesverfassungsgericht bevollmächtigen.^{24 25}

bb) Der umgekehrte Fall, daß die Bundesregierung in Vertretung eines Bundesministers diesem obliegende Rechtshandlungen vornimmt, scheint nicht recht praktisch. Zudem ist die Vertretung der Bundesminister in § 14 GeschOBReg geregelt. Man wird diese Regelung als abschließend betrachten können. Die Festlegung im einzelnen, in welcher Weise die Bundesminister einander vertreten, ist durch Kabinettsbeschluß getroffen worden.²⁶ Daher wird man eine Vertretung eines Bundesministers durch die Bundesregie-

19) Allerdings darf er dann nicht unter der ausdrücklichen Bezeichnung „Die Bundesregierung“ zeichnen, daß gem. § 30 Abs. II GeschOBReg unter dieser Bezeichnung — abgesehen von den Fällen besonderer Ermächtigung — nur der Bundeskanzler oder mit ihm der zuständige oder alle Bundesminister zeichnen dürfen.

20) Für Rechtsverordnungen schließt § 30 Abs. I GeschOBReg i. V. m. § 66 Abs. I GemGeschOIIBMin das allerdings ausdrücklich aus. Die Bundesregierung hat Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß sie gemäß Art. 80 Abs. I S. 1 GG ermächtigt ist, selbst zu zeichnen und zu verkünden. — Anders die Auffassung unter der WRV: vgl. § 25 Abs. II GeschOBReg; vgl. auch *Mende* Leipz. Zeitschr. 1924 Sp. 709 f.

21) Vgl. §§ 20 ff. GemGeschOIIBMin.

22) Vgl. für die Vorbereitung und Durchführung der Beschlüsse über Maßnahmen der Bundesaufsicht und Erteilung von Einzelweisungen an Landesbehörden: *Schäfer* AÖR Bd. 78 S. 18.

23) *Münch* BReg S. 211 will diese Vertretungsbefugnis auf alle sachlichen Erörterungen, Anfragen und Auskünfte ausdehnen. Man wird dem mit dem Vorbehalt zustimmen können, daß die Meinungsbildung über Angelegenheiten von allgemeiner politischer Bedeutung (§ 15 Abs. I GeschOBReg) — wenn sie nicht schon feststeht — durch einen Beschluß des Bundeskabinetts erfolgt.

24) Vgl. *Münch* BReg S. 212.

25) Im Rahmen einzelner Verfahren des BVerfG ist der Bundesregierung Gelegenheit zur Äußerung zu geben (§§ 77, 82 Abs. I; 83 Abs. II; 85 Abs. II BVerfGG). Dabei wird die Bundesregierung in der Regel durch den für Verfassungsfragen zuständigen Bundesminister der Justiz vertreten werden (BVerfG v. 20. 7. 1955 NJW 1955 S. 1271).

26) Vgl. *Lechner-Hülshoff* PuR zu § 14 GeschOBReg Anm. 1 S. 196.

lung i. e. S. generell und für den Einzelfall — auch angesichts der Bestimmung des Art. 65 S. 2 GG — nicht für zulässig halten können.²⁷

4) In Anbetracht der Verschiedenartigkeit der Problematik muß vorgeschlagen werden, die Rechtsfigur der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz in fremdem Namen aus dem Kreis der zu erörternden Gegenstände zu entlassen. Im Verlauf der Untersuchung wird sie an geeigneter Stelle zum Vergleich und zur Erläuterung herangezogen werden. Darüber hinaus erscheint angesichts der Verschiedenheit der Gegenstände und der ihnen innewohnenden Problematik der Vorschlag berechtigt, im Rahmen der vorliegenden Untersuchung die Bezeichnung „Kompetenzwahrnehmung“ hinfort auf die Wahrnehmung in eigenem Namen zu beschränken.

5) Es handelt sich also vorliegend nur um die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz in eigenem Namen: d. h. um die Frage: Kann ein Bundesminister (die Bundesregierung) Rechtshandlungen, deren Vornahme der Bundesregierung (einem Bundesminister) zusteht, in eigenem Namen vornehmen?

Das findet in der verfassungsrechtlichen Praxis auf folgende Weise seinen Niederschlag: die GeschOBReg und die GemGeschOIIBMin unterscheiden zwischen Rechtsverordnungen, die auf Grund einer Ermächtigung der Bundesregierung, und solchen, die auf Grund einer Ermächtigung eines Bundesministers zu erlassen sind (§ 30 GeschOBReg §§ 56, 66 GemGeschOIIBMin). Würde nun ein Bundesminister die Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen in eigenem Namen wahrnehmen, so müßte eine solche Rechtsverordnung wie diejenigen zustandekommen, die durch einen Bundesminister zu erlassen sind, also nur von ihm gezeichnet werden. Denn andernfalls wären es Rechtsverordnungen der Bundesregierung. Entsprechendes gilt für den Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften, Verwaltungsakten usw.

§ 9 Die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz als „Delegation“

1) Unter der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz im Bereich der Regierung ist die Erscheinung zu verstehen, daß ein Regierungsorgan eine in die Kompetenz des anderen Regierungsorgans fallende Rechtshandlung in eigenem Namen vornimmt. In Form eines Ausgangsfalls gestellt würde das bedeuten, daß ein Bundesminister (die Bundesregierung) eine Kompetenz der Bundesregierung (eines Bundesministers) zum Erlaß einer Rechtsverordnung, eines Verwaltungsakts o. ä. in eigenem Namen ausübt.

2) Bei der Kompetenzwahrnehmung handelt es sich um die fremde Kompetenz wahrnehmende Regierungsorgan als solches und nur in Ausübung einer Vertretungsmacht des Staates und nicht einer solchen des anderen Regierungsorgans. Der erlassene Rechtsakt wird dem wahrnehmenden Organ und nicht dem, dessen Kompetenz wahrgenommen wird, zugerechnet. Dem Adressaten des betreffenden Rechtsakts tritt nur das wahrnehmende Organ gegenüber. Außerlich ist gar nicht zu erkennen, daß Träger der Zuständigkeit im zugrundeliegenden, die Ermächtigung enthaltenden Rechtsatz in

27) So hat gemäß § 30 Abs. I S. 2 GeschOBReg i. V. m. § 66 Abs. II GemGeschOIIBMin der Bundesminister Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß er ermächtigt ist, selbst zu erlassen. In seiner Vertretung handelt der Staatssekretär (§ 14 GeschOBReg; § 67 Abs. II GemGeschOIIBMin). — Vgl. auch die entsprechende Regelung für die Vertretung beim Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften (§ 73 Abs. II GemGeschOIIBMin).

Wirklichkeit das Organ „Bundesregierung“ ist, denn der Bundesminister zeichnet und verkündet als solcher, ohne Bezeichnung eines Vertretungsverhältnisses. Erst wenn man auf die zugrundeliegende Ermächtigung²⁸ zurückgeht, zeigt es sich, daß diese nicht dem handelnden Bundesminister, sondern der Bundesregierung erteilt ist. Unterstellt man in diesem Zusammenhang die Zulässigkeit der Wahrnehmung,²⁹ so scheint eine Kompetenzverschiebung stattgefunden zu haben.

3) An diesen Vorgang der Kompetenzverschiebung knüpft **Triepel**³⁰ an und leitet aus ihm die Rechtsfigur der „Delegation“ her. Von diesem Begriff muß auch die Erörterung der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz im Bereich der Regierung ihren Ausgang nehmen.

Nach **Triepel** ist „Delegation im Sinne des öffentlichen Rechts derjenige Rechtsakt, durch den der Inhaber einer staatlichen . . . Zuständigkeit³¹ . . . seine Kompetenz³¹ ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt.“³² Das zuständige Organ schiebt eine Zuständigkeit ab und einem anderen, bisher unzuständigen Organ zu, das durch die Delegation zuständig wird.³³ Eine Delegation stellt sich demnach als eine Abschiebung und Zuschreibung einer Zuständigkeit von einem Organ auf das andere dar.³⁴ Diese Kompetenzverschiebung wird durch einen Rechtsakt des abschiebenden Organs bewirkt, d. h. sie muß auf dem Willen des Organs beruhen, das die Zuständigkeit verliert.³⁵ Jede Delegation setzt demnach eine bestehende Zuständigkeitsordnung voraus, und zwar ein zuständiges und ein an sich (ohne die Delegation) nicht zuständiges Organ.³⁶ Die Zuständigkeitsordnung aber ist Bestandteil der positiven Rechtsordnung³⁷ — die hier in Betracht stehende Zuständigkeitsordnung der Regierungsorgane ist sogar durch die Verfassung festgelegt, die zum großen Teil aus Zuständigkeitsbestimmungen besteht.³⁸ Jede (gültige) Delegation ändert die bestehende Zuständigkeitsordnung.³⁹ Da diese durch das objektive Recht gesetzt ist, bedarf jede

28) Diese braucht nicht in einem Gesetz im formellen Sinn erteilt zu sein, sie kann auch direkt aus der Verfassung hervorgehen.

29) Um die Rechtsnatur der Wahrnehmung klären zu können, muß im folgenden die Zulässigkeit der Wahrnehmung unterstellt werden, da sonst die Inanspruchnahme der fremden Zuständigkeit rechtlich unbeachtlich wäre und damit eine wirksame Wahrnehmung gar nicht vorläge. Über die Zulässigkeit wird unten — § 12 ff. — zu handeln sein.

30) **Triepel** Delegation (insbesondere S. 23 ff.).

31) Die Begriffe „Zuständigkeit“ und „Kompetenz“ sind bei **Triepel** nicht in dem oben vorgeschlagenen Sinne unterschieden.

32) Vgl. **Triepel** Delegation S. 23; vgl. auch den Begriff der Delegation bei **Melichar** Zuständigkeitsordnung S. 228 f.

33) Vgl. **Triepel** Delegation S. 80.

34) Vgl. den Unterschied von Delegation und Mandat bei **Triepel** Delegation S. 26. Das Mandat kommt der oben erwähnten „Wahrnehmung im fremden Namen“ gleich und bewirkt im Gegensatz zu der Delegation gerade keine Änderung der bestehenden Zuständigkeitsordnung.

35) Vgl. **Triepel** Delegation S. 23; auch **H. J. Wolff** Allg. VerwR. § 51 S. 138: „Delegation, d. h. Übertragung von Zuständigkeiten eines Organs durch dieses auf ein anderes . . .“

36) Vgl. **Triepel** Delegation S. 23, 80; **Peters** Ermächtigung S. 840 f.

37) Vgl. **Triepel** Delegation S. 29.

38) Vgl. **Münch BReg** S. 50 f.

39) Vgl. **Triepel** Delegation S. 29, 81.

Delegation einer gesetzlichen Grundlage, die zu diesem Eingriff in die bestehende Rechtsordnung ermächtigt.⁴⁰ Die Delegation selbst ist daher, indem sie eine Änderung der Zuständigkeitsordnung herbeiführt, Rechtsschöpfung, Akt der Rechtsetzung.⁴¹

4) Von einer für unseren Zusammenhang im wesentlichen gleichen Konstruktion geht **Delvolvé** aus.⁴² Er stellt indes vornehmlich auf die durch die „délégation“ zu übertragenden Zuständigkeiten und nicht so sehr auf den Übertragungsakt selbst ab (Konstruktion einer primären und einer sekundären Zuständigkeit).

Nach **Delvolvé** wird die Zuständigkeit eines Staatsorgans ausschließlich durch das Gesetz bestimmt.⁴³ Diese Zuständigkeit ist höchstpersönlich, unverzichtbar und unübertragbar⁴⁴ — ein Grundsatz, der auch im deutschen Recht bei Zuständigkeitsbestimmungen im Zweifel Geltung hat.⁴⁵ Die Übertragung einer Zuständigkeit durch den Delegierenden kann nur dann wirksam erfolgen, wenn dies im zugrundeliegenden, die Kompetenz schaffenden Gesetz ausdrücklich bestimmt ist.⁴⁶ In diesem Falle besteht zunächst einmal eine gesetzliche (primäre) Zuständigkeit des im Gesetz ermächtigten Organs.⁴⁷ Die Bestimmung der sekundären Zuständigkeit wird dadurch getroffen, daß das primär zuständige Organ eine „délégation de matières“ vornimmt, d. h. bestimmte Kompetenzen („Materien“) dem Delegatar-Organ zur Ausübung im eigenen Namen überträgt. Auch die sekundäre Zuständigkeit ist demnach eine gesetzliche, da sie durch das die Ermächtigung des primär zuständigen Organs aussprechende Gesetz vorgesehen ist und damit mittelbar auf diesem Gesetz beruht.⁴⁸

Das Organ, an das eine „Materie“ delegiert wird, übt die neue Zuständigkeit auf Grund seiner eigenen Machtbefugnisse („pouvoir“) aus und nicht auf Grund etwa vom Deleganten übertragener.⁴⁹ Es empfängt Legitimation und Autorität seines Handelns direkt aus dem zugrundeliegenden Gesetz, das gleichermaßen das primär zuständige und (durch ausdrückliche Zulassung der „délégation“) das sekundär zuständige Organ ermächtigt. Auf diese These stützt **Delvolvé** seine Behauptung, es handele sich um eine

40) Die Übertragung einer Zuständigkeit ist nur möglich und gültig, wenn sie vom positiven Recht zugelassen ist; vgl. **Melichar** Zuständigkeitsordnung S. 227 f.; **Forsthoif** L. d. VerwR. S. 162; Vgl. auch **H. J. Wolff** Allg. VerwR. § 51 S. 138: „Delegation, d. h. Übertragung von Zuständigkeiten eines Organs durch dieses auf ein anderes ist nur Kraft gesetzlicher Ermächtigung desjenigen Organs zulässig, das die Zuständigkeit begründet hat, eine gesetzliche nur durch formelles Gesetz oder gesetzsgleiche Verordnung. Das delegierte Organ handelt im eigenen Namen und als eigene Instanz.“

41) Vgl. **Triepel** Delegation S. 28 f. — **Friedrichs** HWBRW Bd. 6 S. 1069.

42) **Delvolvé** Délégations S. 78 ff.

43) **Delvolvé** Délégations S. 89.

44) **Delvolvé** Délégations S. 8, 78.

45) Vgl. **Forsthoif** L. d. VerwR. S. 162, 348; **Triepel** Delegation S. 108 m. weit. Lit., S. 114; **Triepel** Bericht 32. D. Juristentag S. 21; **Melichar** Zuständigkeitsordnung S. 227 f.; **H. J. Wolff** Allg. VerwR. § 51 S. 138; **PreußOVG** Bd. 6 S. 208 f., Bd. 10 S. 207, Bd. 24 S. 38.

46) Vgl. **Delvolvé** Délégations S. 88 f.

47) Vgl. zum folgenden **Delvolvé** Délégations S. 91 ff. (95).

48) Vgl. **Delvolvé** Délégations S. 97.

49) Vgl. **Delvolvé** Délégations S. 92 f.

„délégation de matières“ und nicht um eine „délégation de pouvoir“,⁵⁰ wie ein Teil der französischen und die deutsche Lehre annehmen.⁵¹

Allein diese Streitfrage in der Konstruktion kann hier auf sich beruhen. Vielmehr ist für den vorliegenden Zusammenhang von Wichtigkeit, daß auch **Delvolvé** von der durch das Gesetz (oder die Verfassung) ausdrücklich festgesetzten — der „primären“ — Zuständigkeit ausgeht und das Problem behandelt, ob sich in gewissen Fällen aus der Rechtsordnung die fernere Zuständigkeit eines anderen Organs — die sekundäre Zuständigkeit — ergibt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß das nur durch eine „délégation de matières“ möglich ist,⁵² d. h. durch einen Rechtsakt, der auf Grund einer im Gesetz vorgesehenen Delegationsbefugnis vom Deleganten ausgeht und das „sekundäre zuständige“ Organ bestimmt.

5) Die Untersuchung der von **Triepel** und **Delvolvé** geklärten Begriffe der Delegation auf ihre Anwendbarkeit im Falle der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz führt zu folgenden Ergebnissen:

a) Sowohl **Triepel** als auch **Delvolvé** gehen davon aus, daß das zuständige Organ seine Zuständigkeit durch einen Übertragungsakt auf das Delegatarorgan überträgt.⁵³ Bei einer Delegation ist demnach stets erforderlich, daß der Delegant von sich aus einen Rechtsakt setzt,⁵⁴ d. h. handelnd hervortritt.⁵⁵ Das geht schon daraus hervor, daß er ja objektives Recht setzt,⁵⁶ zu dessen Erlaß ein wenn auch nur konkludentes, so doch aktives Tun erforderlich ist.⁵⁷ Nun wird im Falle der Kompetenzwahrnehmung jedoch möglicherweise nicht die Regierung als ein eine Zuständigkeit abschließendes Organ tätig, sondern der Minister nimmt von sich aus eine Kompetenz in Anspruch. Er ist also das allein handelnde Organ. Es fehlt damit an dem die Zuständigkeit abschließenden und dem anderen Organ zuschiebenden Rechtsakt des ermächtigten Organs. Wollte man einen solchen dennoch unterstellen, so käme man zumindest in allen den Fällen in Schwierigkeiten, in denen das an sich zuständige Organ gar keine Kenntnis von der Wahrnehmung seiner Kompetenz hat oder sogar die Befugnis des wahrnehmenden Organs in dieser Beziehung nachdrücklich bestreitet, sich also gerade weigert, einen Delegationsakt vorzunehmen. Ginge man von der Ansicht aus, daß der Vorgang der Kompetenzwahrnehmung als „Delegation“ nur auf Grund eines vorangehenden Delegationsakts rechtlich wirksam wäre, so wäre die

50) Vgl. **Delvolvé** Délégations S. 92.

51) Bedenken gegen die Konstruktion **Delvolvé**s bei **Triepel** Delegation S. 29 insbes. Anm. 22. Vgl. auch die Kritik **Eisenmanns** ZöR Bd. XI S. 334 ff.

52) Vgl. **Delvolvé** Délégations S. 95: „La délégation est l'acte par lequel un organe transfère une matière à régler de son propre domaine de décision dans le domaine de décision d'un autre organe.“

53) **Triepel** Delegation S. 23; **Delvolvé** Délégations S. 95. Auch **Peters** Ermächtigung S. 840 ff. fordert für eine Ermächtigung eines Staatsorgans durch das andere einen ausdrücklichen Rechtsakt.

54) Vgl. **H. J. Wolff** Allg. VerwR. § 51 S. 138.

55) Nach **Triepel** Delegation S. 29, 104 f. bedarf es zu einer Delegation von Zuständigkeiten eines Staatsorgans an das andere stets einer Rechtsverordnung.

56) Vgl. **Triepel** Delegation S. 29.

57) **Triepel** räumt die Möglichkeit einer stillschweigenden Delegation ein, stets aber muß es sich um eine „beabsichtigte“ Delegation handeln (vgl. a. a. O. S. 105) durch Duldung einer tatsächlichen Entwicklung (a. a. O. S. 34 f.).

Wahrnehmung in das — vom Gesetz begrenzte — Ermessen des ermächtigten Organs gestellt, das darüber zu entscheiden hätte, ob eine Wahrnehmung seiner Kompetenz statthaben könnte oder nicht. Würde man die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz stets als „Delegation“ betrachten, so wäre die Gültigkeit der Wahrnehmung jeweils durch einen vorher gesetzten Delegationsakt des ermächtigten Organs bedingt!⁵⁸ Würde es an einem solchen mangeln, so müßte dem Vorgang der Wahrnehmung die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen werden. Hätte aber das wahrnehmende Organ die betreffende Rechts-handlung in Wahrnehmung der fremden Kompetenz schon vorgenommen, etwa eine Rechtsverordnung schon erlassen, so wäre diese von Anfang an ungültig, wenn man nicht die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung behaupten wollte.

b) Jede Übertragung von Zuständigkeiten bedarf der gesetzlichen Grundlage, da durch sie die bestehende Zuständigkeitsordnung, die Bestandteil der Rechtsordnung ist, geändert wird. So ist nach **Delvolvé** stets eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung („par la loi“) als Grundlage einer „délégation“ erforderlich.⁵⁹ **Triepel** weist darauf hin, daß im modernen Verfassungsstaat an die gesetzliche Grundlage einer Delegation strenge Anforderungen zu stellen seien, die Vermutung also gegen die Zulässigkeit einer Delegation spreche.⁶⁰

Nun ist aber im Bundesverfassungsrecht, d. h. im GG und den auf ihm beruhenden Organisationsnormen, keine Bestimmung nachweisbar, die einem Regierungsorgan die Erlaubnis gäbe, seine Zuständigkeit ganz oder auch nur teilweise zu delegieren. Im Gegenteil ist die Ansicht berechtigt, daß ein Regierungsorgan nicht wirksam auf seine Zuständigkeiten verzichten oder diese anderen Instanzen übertragen kann.⁶¹ Die der Bundesregierung gemäß Art. 65 S. 3 u. 4 GG in Verbindung mit § 15 GeschO BReg übertragenen Zuständigkeiten lassen sich ebensowenig übertragen wie die dem Bundesminister eingeräumten, was für den letzteren deutlich aus Art. 65 S. 2 GG hervorgeht.⁶² Mangels einer positiv-rechtlichen Ermächtigung der Bundesregierung und des Bundesministers zu einer Delegation ihrer Zuständigkeiten fehlt auch die erforderliche rechtliche Grundlage für einen eine Zuständigkeit übertragenden Rechtsakt. Diese Schwierigkeit ließe sich allenfalls dadurch überwinden, daß man eine gewohnheitsrechtliche Änderung der bestehenden Zuständigkeitsordnung begründete.⁶³ Eine solche im

58) Wenn eine Delegation nicht vom positiven Recht zugelassen ist, ist sie nichtig; vgl. **Triepel** Delegation S. 127; **Melichar** Zuständigkeitsordnung S. 228.

59) Vgl. **Delvolvé** Délégations S. 88.

60) Vgl. **Triepel** Delegation S. 38 f. Über das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage und die davon abhängende Zulässigkeit der Delegation vgl. a. a. O. S. 106 ff., für den Bereich der obersten Staatsorgane im gewaltenteilenden Staat insb. S. 112. Eine Delegation ohne gesetzliche Grundlage ist nichtig (a. a. O. S. 127).

61) Vgl. S. 41 Anm. 45.

Vgl. schon ALR Teil I Titel 13 §§ 41 f.: Geschäfte eines öffentlichen Amtes soll Niemand einem Anderen an seiner Statt übertragen. Ist es dennoch geschehen, so sind die Handlungen des Substituten nichtig.

62) Vgl. **v. Brünneck** DOV 1951 S. 258 f.

63) **Münch** BReg S. 65 f. (m. weit. Lit.) rät zur Vorsicht bei der Annahme von verfassungsrechtlichem Gewohnheitsrecht, mindestens für den begrenzten Bereich des organisatorischen Verfassungsrechts, das nur die Beziehungen zwischen den obersten Staatsorganen regelt.

vorliegenden Falle anzunehmen, erscheint mangels jeglichen Anhalts und angesichts der bisher kurzen Geltungsdauer des GG aber mehr als zweifelhaft,⁶⁴ und ein einfacher Verfassungsbrauch würde schwerlich genügen.

c) Es erscheint darüber hinaus zweifelhaft, ob es zur rechtlichen Konstruktion der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz der Unterstellung eines Delegationsakts überhaupt bedarf. In diesem Zusammenhang ist ein Vorgriff auf spätere Erörterungen notwendig. Wenn ein Regierungsorgan eine Kompetenz eines anderen „wahrnehmen“ will, muß es sich auf eine Befugnis dazu, auf eine „Zuständigkeit zur Wahrnehmung“ berufen können. Kraft dieser nimmt es eine fremde Kompetenz (die des anderen Regierungsorgans) in eigenem Namen wahr. Wenn aber bei der „Delegation“ eine Zuständigkeit von dem ermächtigten Organ an das Delegatar-Organ „delegiert“ wird, so wird diesem diese Zuständigkeit als eigene übertragen. Es übt folglich fortthin eine eigene Zuständigkeit (nämlich eben die delegierte) in eigenem Namen aus.⁶⁵ So unterscheidet auch ein strenger rechtswissenschaftlicher Sprachgebrauch zwischen der „Ausübung“ einer eigenen und der „Wahrnehmung“ einer fremden Zuständigkeit. Bei letzterer kann es sich deshalb nicht um eine Delegation handeln, weil bei der Delegation eine eigene Zuständigkeit ausgeübt und nicht in Wahrnehmung einer fremden Kompetenz gehandelt wird.⁶⁶

6) Aus allen diesen Erwägungen muß folgen, daß die Kompetenzwahrnehmung im Bereich der Regierung nicht als rechtmäßige „Delegation“ im Sinne **Triepels** oder als „délégation“ im Sinne **Delvolvé's** aufgefaßt werden kann, wenn sie nicht — gesetzlich zugelassen — tatsächlich vorgenommen worden ist. Die Frage muß daher dahin gestellt werden, ob es für den Vorgang der Kompetenzwahrnehmung eine andere rechtliche Begründung gibt.

§ 10 Der Rechtscharakter der Kompetenzwahrnehmung

1) a) Der Vorgang der Kompetenzwahrnehmung besteht darin, daß ein Organ eine Rechts Handlung, die in die Zuständigkeit eines anderen Organs, des erstermächtigten Organs, fällt, in eigenem Namen vornimmt. Dieser Vorgang kann — wie gezeigt — nicht auf einer Delegation beruhen, wenn es an der notwendigen gesetzlichen Zulassung für eine solche und an einem entsprechenden, die Kompetenz abschiebenden Rechtsakt mangelt.

Indes kommt man nicht an der Tatsache vorbei, daß eine Kompetenzverschiebung stattgefunden haben muß, denn wenn ein Organ eine Rechts Handlung vornimmt, muß es eine „Zuständigkeit“ zu ihrem Erlaß besitzen⁶⁷ — andernfalls wäre diese Rechts Handlung, weil zuständigkeitswidrig, notwendig rechtlich nicht gültig.

64) Skeptisch bezüglich der Annahme von verfassungsrechtlichem Gewohnheitsrecht überhaupt **Delvolvé Délégations** S. 10 ff.

65) Vgl. **H. J. Wolff Allg. VerwR.** § 51 S. 138: „Das delegierte Organ handelt in eigenem Namen und als eigene Instanz.“ Vgl. auch **Triepel Delegation** S. 26: „Nach geschehener Delegation übt der Delegatar seine nunmehr vergrößerte Zuständigkeit aus, wird er in eigenem Namen und unter eigener Verantwortung tätig.“

66) Daß die wahrzunehmende Kompetenz eine fremde bleibt, also nicht eine solche des wahrnehmenden Organs wird, erhellt daraus, daß bei Fortfall der „Wahrnehmungszuständigkeit“ das erstermächtigte Organ weiter seine Kompetenz ausüben kann, was bei einem vorhergehenden Übergang der Zuständigkeit auf das wahrnehmende Organ nicht möglich ist.

67) Vgl. **Melichar Zuständigkeitsordnung** S. 228.

b) Dasselbe muß auch dann gelten, wenn ein Organ eine fremde Kompetenz wahrnimmt. Auch in diesem Falle muß es eine Befugnis haben, den betreffenden Rechtsakt zu erlassen, sofern dieser Anspruch auf Gültigkeit erheben soll.⁶⁸ Wenn ein Organ also eine fremde Kompetenz wahrnimmt, so muß es sich auf eine Berechtigung dazu berufen können.⁶⁹ Nun wird aber die Kompetenz als der Kreis von Obliegenheiten (Geschäften) begriffen, der einem Organ zusteht.⁷⁰ Stellen wir fest, daß dem wahrnehmenden Organ eine Berechtigung zur Ausübung dieser fremden Kompetenz zusteht, so muß diese — nach unserer Definition — eine „Zuständigkeit“ sein.

Daraus ergibt sich, daß Voraussetzung für eine rechtmäßige Kompetenzwahrnehmung eine „Zuständigkeit zur Wahrnehmung eben dieser fremden Kompetenz“ ist.⁷¹

Das wahrnehmende Organ muß sich also auf eine Zuständigkeit stützen können, die es in den Stand setzt, in die Zuständigkeit des erstermächtigten⁷² Organs einzugreifen und dessen Kompetenz wahrzunehmen. Im Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung soll für die „Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer fremden Kompetenz“ der Einfachheit halber die Bezeichnung „Wahrnehmungszuständigkeit“⁷³ verwendet werden, wobei

68) Eine Verletzung der Zuständigkeitsregeln macht den betreffenden Rechtsakt fehlerhaft: vgl. **Triepel Delegation** S. 127; **Melichar Zuständigkeitsordnung** S. 228; **PreußOVG** Bd. 24 S. 38; für Rechtsverordnungen: **Jacobi HdbdDStR** Bd. II § 77 S. 254 f.; **Forsthoff L. d. VerwR.** S. 116; für allgemeine Verwaltungsvorschriften: **Forsthoff L. d. VerwR.** S. 120; **Röhrs Fehlerhafte Verwaltungsvorschriften** S. 36 ff.; für Verwaltungsakte: **Forsthoff L. d. VerwR.** S. 189 ff.; **H. J. Wolff MDR** 1951 S. 523 ff.

69) Wie es auch zur Übertragung seiner Zuständigkeiten einer Ermächtigung bedarf (s. o. § 9).

70) Vgl. oben § 6.

71) Das erhellt auch daraus, daß die Funktionen der Staatsgewalt unveräußerlich und an feste Zuständigkeiten gebunden sind. Wenn ausnahmsweise eine Übertragung der Zuständigkeit durch das ermächtigte Organ erlaubt sein soll, so ist dies nur auf Grund positiv-rechtlicher Grundlage möglich (vgl. **Forsthoff L. d. VerwR.** S. 162, 348; **Melichar Zuständigkeitsordnung** S. 227 f.; ähnlich auch **H. J. Wolff Allg. VerwR.** § 51 S. 138). Ohne eine derartige aus dem geltenden Recht fließende Zuständigkeit zur Wahrnehmung wäre kein Grund ersichtlich, weshalb das erstermächtigte Organ von seiner Bindung an die Zuständigkeit betreit wäre.

Vgl. für das franz. Recht **Delvolvé Délégations** S. 8: „Le pouvoir dont ils (sc. les agents de l'Etat) sont investis au contraire, est un élément qui, par sa nature, leur est personnel“ und „C'est l'application du principe général ... que la force dont est doué un organe lui est personnelle et qu'elle ne peut être augmentée que par l'autorité qui en le créant a défini son pouvoir.“ — Auch die Zuständigkeit des wahrnehmenden Organs kann also nur von Gesetzes wegen um die „Wahrnehmungszuständigkeit“ erweitert werden.

72) Die Bezeichnung „erstermächtigt“ ist nicht im Sinne einer zeitlichen Reihenfolge der Ermächtigungen zu verstehen.

73) Im Unterschied zu der „Erstzuständigkeit“ des erstermächtigten Organs.

nicht übersehen wird, daß damit dem in der Literatur im allgemeineren Sinne⁷⁴ gebrauchten Begriff im hiesigen Rahmen eine speziellere Bedeutung gegeben wird.

c) Wie jede Zuständigkeit ist auch die Wahrnehmungszuständigkeit Bestandteil einer Zuständigkeitsordnung, die wiederum als System von Organisationsnormen neben dem der Verhaltensnormen Bestandteil der Rechtsordnung ist. Jede Zuständigkeit ist damit Ausfluß der bestehenden Rechtsordnung.⁷⁵ Daher muß auch die Wahrnehmungszuständigkeit aus einer Quelle positiven Rechts fließen. Die Frage nach der Wahrnehmungszuständigkeit schließt also die Frage nach einer Rechtsquelle ein, die eine solche einräumt. Das wahrnehmende Organ muß sich auf eine zur Wahrnehmung berechtigende Quelle positiven Rechts stützen können, um den Erlaß des betreffenden Rechtsakts anstelle des erstermächtigten Organs zu rechtfertigen.

Von einer Kompetenzwahrnehmung kann man begrifflich daher immer dann sprechen, wenn ein Organ eine in die Kompetenz eines anderen Organs, des erstermächtigten Organs, fallende Rechtshandlung auf Grund eines in eine Wahrnehmungszuständigkeit erteilenden Rechtssatzes in eigenem Namen vornimmt.

d) Dementsprechend muß eine Kompetenzwahrnehmung immer dann rechtmäßig sein, wenn der Rechtssatz, auf den das wahrnehmende Organ sich stützt, diesem eine derartige Befugnis wirklich einräumt, d. h. wenn aus ihm tatsächlich eine wirksame Wahrnehmungszuständigkeit fließt.

Ob das der Fall ist, ist nur durch Abwägung des Verhältnisses der Wahrnehmungszuständigkeit zu der Erstzuständigkeit, genauer: des Ranges der beiden die Zuständigkeiten enthaltenden Rechtssätze zu ermitteln. Eine Kompetenzwahrnehmung kann nur dann gültig erfolgen, wenn die Wahrnehmungszuständigkeit gegenüber der Erstzuständigkeit den Vorrang besitzt. Das bedeutet, daß der die Wahrnehmungszuständigkeit begründende

74) Nach H. J. Wolff Allg. VerwR. § 51 S. 136 liegt eine „Wahrnehmungszuständigkeit“ dann vor, „wenn es sich um die Verpflichtung oder Berechtigung nur zur Wahrnehmung (Ausübung) einer Berechtigung oder Verpflichtung handelt, insbesondere dann, wenn diese einer anderen Person endgültig zusteht, so daß sie dem zur Wahrnehmung zuständigen Subjekt nicht endgültig, sondern nur vorläufig zugeordnet wird.“ Im Unterschied dazu ist eine „Eigen- (oder End-) Zuständigkeit gegeben, wenn es sich um die Zuordnung einer Verpflichtung oder Berechtigung zu derjenigen Person handelt, der sie objektiv-rechtlich endgültig zugeordnet ist (dem Rechtsträger) ...“ In diesem Sinne sind zunächst alle in dieser Untersuchung in Betracht genommenen und zu nehmenden Erstzuständigkeiten Wahrnehmungszuständigkeiten, da es sich stets um Zuständigkeiten der Bundesregierung oder eines Bundesministers, also von Staatsorganen, nicht des Staates selbst, handelt. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll der Begriff „Wahrnehmungszuständigkeit“ indes auf die „Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer dem erstermächtigten Organ an sich zustehenden Kompetenz“, spezialisiert und beschränkt werden.

75) Vgl. Triepel Delegation S. 29.

Rechtssatz die Kraft haben muß, den die Erstzuständigkeit enthaltenden Rechtssatz abzuändern.⁷⁶

Der Vorgang einer Kompetenzwahrnehmung begegnet uns daher stets an dem Schnittpunkt zweier Zuständigkeitszuordnungen, die einander gegenüber treten und sich hinsichtlich der Ermächtigungsadressaten widersprechen.

Ist indes in beiden Rechtssätzen derselbe Adressat ermächtigt, so handelt es sich nicht um eine fremde Kompetenz. Hierbei kann nicht berücksichtigt werden, daß auch im Falle der rechtmäßigen Kompetenzwahrnehmung das wahrnehmende Organ, indem es die fremde Kompetenz wahrnimmt, die eigene (Wahrnehmungs-) Zuständigkeit ausübt. Bei der Betrachtung des Vorgangs der Kompetenzwahrnehmung wird vornehmlich die zugrundeliegende Kompetenz in Betracht genommen und das rechtliche Problem behandelt, wann und unter welchen Voraussetzungen das wahrnehmende Organ in die Zuständigkeit des erstermächtigten Organs durch Erlaß eines in dessen Kompetenz fallenden Rechtsakts eingreifen darf.

Da beide Zuständigkeitszuordnungen in Rechtssätzen enthalten sein müssen, kommt es für die Entscheidung, ob eine rechtmäßige Kompetenzwahrnehmung möglich ist, auf das konkrete Rangverhältnis der beiden die Ermächtigungen enthaltenden Rechtssätze an.

Keinesfalls kann eine in einem rangniederen Rechtssatz enthaltene Wahrnehmungszuständigkeit einer in einem dem Range nach höheren Rechtssatz enthaltenen ausschließlichen Erstzuständigkeit an die Seite treten oder diese ausschließen.⁷⁷ So kann z. B. nicht in einem einfachen Gesetz bestimmt werden, daß ein Organ eine einem anderen Organ von der Verfassung eingeräumte ausschließliche Zuständigkeit wahrnehmen könne, soweit die betreffende Verfassungsbestimmung nicht unter dem Vorbehalt des Gesetzes steht. Dabei ist aber darauf Bedacht zu nehmen, daß auch eine in einem einfachen Gesetz enthaltene Ermächtigung sich auf die Verfassung stützen und damit das Eingreifen einer Wahrnehmungszuständigkeit ausschließen kann.⁷⁸ Bei alledem wird vorausgesetzt, daß eine ausschließliche Erstzuständigkeit zugrundeliegt. Denn sieht schon die vorliegende Erstzuständigkeitsbestimmung vor, daß eine Wahrnehmungszuständigkeit ihr zur Seite oder an ihre Stelle treten kann, so bedarf es zu deren Einräumung keines höher-rangigen Rechtssatzes.

76) Vgl. für den insofern ähnlichen Fall der staatsrechtlichen Ermächtigung: Peters Ermächtigung S. 842 f. Vgl. auch Eisenmann ZöR Bd. XI S. 336. So hält H. J. Wolff Allg. VerwR. § 51 S. 138 eine Übertragung von gesetzlichen Zuständigkeiten nur auf Grund formellen Gesetzes oder gesetzgleicher Verordnung für zulässig. Der zur Übertragung einer Zuständigkeit ermächtigende Rechtssatz muß gegenüber der zugrundeliegenden Ermächtigungsnorm derogierende Kraft entfalten. Entsprechendes muß auch für die Kompetenzwahrnehmung gelten. — Während bei der „Delegation“ der ermächtigende Rechtssatz dahin modifiziert wird, daß der Ermächtigungsadressat ein anderes Organ an seine Stelle setzt, wird er hier dahin geändert, daß eine Wahrnehmungszuständigkeit an die Statt oder an die Seite der zugrundeliegenden Zuständigkeit (Erstzuständigkeit) tritt. Beide Vorgänge stellen eine Änderung der Ermächtigungsnorm dar und erfordern derogierende Kraft des abändernden Rechtssatzes (vgl. dazu auch Triepel Delegation S. 110 f.).

77) Vgl. dazu auch Peters Ermächtigung S. 842.

78) Z. B. in dem unten eingehend zu erörternden Falle des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG, der sich auf den Grundsatz der Gewaltenteilung und die Verfügungsfreiheit des Gesetzgebers über Rechtsetzungsbefugnisse stützt.

e) Mit dem Problem der Gültigkeit der Kompetenzwahrnehmung ist die Frage der Subsidiarität oder Ausschließlichkeit der Wahrnehmungszuständigkeit eng verbunden. Der die Erstzuständigkeit enthaltende Rechtssatz kann durch den die Wahrnehmungszuständigkeit begründenden Rechtssatz dahingehend geändert werden, daß die Erstzuständigkeit durch die Wahrnehmungszuständigkeit in dem Sinne ergänzt wird, daß eine rechtmäßige Kompetenzwahrnehmung immer dann stattfindet, wenn das erstermächtigte Organ seine Zuständigkeit nicht ausübt, oder daß das wahrnehmende Organ neben dem erstermächtigten Organ handeln darf (subsidiäre Wahrnehmungszuständigkeit). Die Erstermächtigkeitsbestimmung kann aber auch dahingehend abgeändert werden, daß die Wahrnehmungszuständigkeit die Erstzuständigkeit beseitigt, daß also das wahrnehmende Organ das erstermächtigte Organ von der Ausübung seiner Kompetenz ausschließt (ausschließliche Wahrnehmungszuständigkeit).

Bei Beantwortung dieser Frage sind die beiden die verschiedenen Zuständigkeit enthaltenden Rechtssätze nach ihrem Sinn und ihrer Funktion innerhalb des Systems der staatlichen Organisation abzuwägen. Sehr oft wird diese Bestimmung nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend erteilt sein,⁷⁹ sich also erst aus dem Zusammenhang folgern lassen.

f) Es ist wichtig festzustellen, daß es sich bei der Kompetenzwahrnehmung um die Wahrnehmung einer fremden Kompetenz und nicht um die Ausübung einer eigenen Kompetenz handelt (wie bei der Delegation, durch die die Zuständigkeit als solche übertragen wird), wiewohl das wahrnehmende Organ in Ausübung seiner eigenen (Wahrnehmungs-) Zuständigkeit handelt. Dieser begriffliche Unterschied muß schon deshalb gemacht werden, weil der die Wahrnehmungszuständigkeit begründende Rechtssatz aufgehoben werden oder nach von vornherein begrenzter Geltungsdauer fortfallen kann. In diesen Fällen kann das erstermächtigte Organ seine Kompetenz wie ehemals ohne Einschränkung durch eine Wahrnehmungszuständigkeit ausüben.

g) Die theoretische Grundlegung der Kompetenzwahrnehmung läßt sich daher in folgende Leitsätze fassen:

aa) Eine Kompetenzwahrnehmung ist immer an dem Schnittpunkt zweier Zuständigkeitszuordnungen zu beobachten. Sie ist dann gegeben, wenn ein Staatsorgan eine in die Kompetenz eines anderen Staatsorgans fallende Rechtshandlung in eigenem Namen vornimmt und sich dabei auf eine aus einem Rechtssatz fließende Wahrnehmungszuständigkeit stützt.

bb) Sie ist nur dann rechtswirksam, wenn der Rechtssatz, auf den sich das wahrnehmende Organ stützt, in einem solchen Rangverhältnis zu der Erstermächtigkeitsbestimmung steht, daß er diese abändern oder ergänzen kann.

cc) Ob die Wahrnehmungszuständigkeit subsidiär oder ausschließlich ist, entscheidet sich nach dem konkreten Verhältnis und dem konkreten Inhalt der beiden Rechtssätze.⁸⁰

79) Vgl. für die Delegation Triepel Delegation S. 111; für die Ermächtigung Peters Ermächtigung S. 841.

80) Eine andere Frage ist, ob ein sogenannter „Ausfertigungsmangel“ beachtlich ist und den erlassenen Rechtsakt rechtsunwirksam macht. Es handelt sich dabei um das Problem, ob ein nicht ermächtigtes Organ mit Zustimmung des ermächtigten Organs eine in dessen Kompetenz fallende

2) a) — Diese Grundsätze — in ihrer Anwendung auf den Bereich der Regierung beleuchtet — ergeben folgendes Bild:

Kompetenzwahrnehmung liegt im Bereich der Regierung immer dann vor, wenn ein Regierungsorgan eine in die Kompetenz des anderen Regierungsorgans fallende Rechtshandlung unter Berufung auf eine Wahrnehmungszuständigkeit in eigenem Namen vornimmt: so wenn ein Bundesminister (die Bundesregierung) eine von der Bundesregierung (von einem Bundesminister) zu erlassende Rechtsverordnung o. ä. in eigenem Namen erläßt.

Der Bundesminister muß sich dann auf eine ihm eingeräumte Wahrnehmungszuständigkeit stützen können, die als Bestandteil der Zuständigkeitsordnung und damit der Rechtsordnung Inhalt einer Quelle positiven Rechts sein muß. Eine solche wird im folgenden auch im Bereich der Regierung gefunden werden müssen, wenn die Kompetenzwahrnehmung gerechtfertigt sein soll.

b) An dieser Stelle ist jedoch darauf hinzuweisen, daß dieses Verfahren nur dann zum Ziel führen kann, wenn die Auslegung der betreffenden Ermächtigungsnorm eindeutig ergibt, daß dieser Rechtssatz nur dann als zuständig bezeichneten Adressaten ermächtigen will. Sollte nämlich die Auslegung z. B. ergeben, daß als „Bundesregierung“ im Sinne der Textstelle die Bundesregierung i. w. S. zu gelten hat, so ist der betreffende Ressortminister direkt ermächtigt. Die Erstermächtigkeitsnorm überläßt dann die endgültige Bestimmung des Adressaten der innerhalb der Regierung vor-

Rechtshandlung vornehmen kann. Es wird angenommen, daß es sich dann lediglich um einen „Ausfertigungsmangel“ handele, da die Willensbildung des ermächtigten Organs durch die Einholung seiner Zustimmung gewahrt sei, und daß dieser Mangel — weil nicht die Willensbildung, sondern lediglich den formellen Vorgang der Ausfertigung betreffend — die Gültigkeit des erlassenen Rechtsakts nicht berühre (vgl. BGH v. 22. 10. 1954 BGHZ 15, 113 [119]).

Es erscheint zweifelhaft, ob dieser Ansicht zu folgen ist. Bei dem Erlaß eines Rechtsakts kommt nicht nur der Inhaltswille des erlassenden Organs (als der Wille, daß ein Akt dieses Inhalts Recht werden soll), sondern auch der Geltungswille dieses Organs (als der Wille, daß der betreffende Akt als Recht in Kraft gesetzt werden soll) zum Ausdruck.

Wenn auch hinter einem an einem „Ausfertigungsmangel“ leidenden Rechtsakt der Inhaltswille des ermächtigten Organs steht, so wird die Geltungskraft jedenfalls nicht durch den Geltungswillen des ermächtigten Organs herbeigeführt. Der Gesetzgeber, der die Ermächtigung erteilt hat, wird aber davon ausgegangen sein und gewollt haben, daß gerade das von ihm ermächtigte Organ den Rechtsakt, zu dessen Erlaß es ermächtigt ist, in Geltung setzt. (Für die nach Art. 80 Abs. I S. 1 GG zu erlassenden Rechtsverordnungen geht dies ganz klar aus dieser Bestimmung hervor, vgl. unten §§ 12, 13.)

Daß die Frage der Unbeachtlichkeit des „Ausfertigungsmangels“ auch dem BGH nicht unzweifelhaft ist, zeigt seine zusätzliche Begründung, es habe sich ein Gewohnheitsrecht entwickelt, daß der (nicht zuständige) Preiskommissar nach Einholung der Zustimmung des (zuständigen) Beauftragten f. d. Vierjahresplan tätig wurde (BGHZ 15, 120). Das ist aber nichts anderes als eine Delegation, die auch gewohnheitsrechtlich begründet sein kann. — Zu Unrecht beruft sich der BGH auf BVerfGE 2,237 (255). Dort war Gegenstand der Urteilsfindung, ob der Erlaß einer Rechtsverordnung von der Zustimmung des Gesetzgebers abhängig gemacht werden kann — ein ganz anderes Problem. Jacobi HdbdDStR Bd. II § 77 S. 252 f., auf den der BGH sich beruft, behandelt das Problem nicht.

genommenen Geschäftsverteilung, und sie wird durch diese ausgefüllt. Das vorliegende Problem taucht erst auf, wenn feststeht, daß nur die Bundesregierung i. e. S. ermächtigt ist. Daher hat seiner Erörterung stets eine Interpretation des die Erstermächtigung enthaltenden Rechtssatzes voranzugehen. Ist mit „Bundesregierung“ die Bundesregierung i. w. S. gemeint,⁸¹ ist eine Wahrnehmung immer möglich. Streng begrifflich liegt dann nicht einmal eine Kompetenzwahrnehmung in dem hier verstandenen Sinne vor, da ja der Bundesminister (als Bundesregierung i. w. S.) direkt ermächtigt ist. Immerhin spricht aber die Textstelle nur von „Bundesregierung“ und erzeugt damit einen Rechtsschein zugunsten der Bundesregierung i. e. S.⁸² Dieser Umstand rechtfertigt es, auch in diesem Falle von einer „Kompetenzwahrnehmung“ zu sprechen.

c) Will ein Regierungsorgan derart eine Zuständigkeit des anderen erst-mächtigten Regierungsorgans wahrnehmen, so wird es sich auf die Verfassung als Rechtsquelle berufen. So wird der Bundesminister auf Art. 65 S. 2 GG hinweisen und eine Wahrnehmungszuständigkeit aus dieser Bestimmung herzuleiten suchen. Dieser Verfassungssatz erklärt ihn für selbständig und verantwortlich innerhalb seines Geschäftsbereichs.⁸³ Selbständigkeit bedeutet aber, daß das betreffende Organ von jeglichen Entscheidungen anderer Instanzen in diesem Bereich freigestellt sein muß, daß also alle Entscheidungen des Ressorts bei dem Bundesminister ruhen müssen.⁸⁴ Daraus folgt, daß dem Bundesminister in den Grenzen seines Geschäftsbereichs die ausschließliche Zuständigkeit zusteht, ohne die Selbständigkeit nicht denkbar ist. Als Korrelat dieser ausschließlichen Zuständigkeit wird ihm die Verantwortung⁸⁵ für die Ausübung seiner Befugnisse innerhalb seines Geschäftsbereichs übertragen.⁸⁶ Durch Art. 65 S. 2 GG wird damit eine Zuständigkeitszuteilung vorgenommen, die mit der Kraft der allen sonstigen Rechtsquellen im Rang vorangehenden Verfassung ausgestattet ist.

Entsprechend wird die Bundesregierung im umgekehrten Fall, wenn sie eine Kompetenz eines Bundesministers wahrnehmen will, ihre Befugnis, d. h. ihre Wahrnehmungszuständigkeit, aus Art. 65 S. 4 GG und der auf ihm beruhenden GeschOReg herleiten. Dort ist in § 15 Abs. I bestimmt, daß die Entscheidung (und damit die Zuständigkeit) für alle Fragen von allgemeiner innen- oder außenpolitischer, wirtschaftlicher, sozialer, finanzieller oder kultureller Bedeutung — vorbehaltlich der Richtlinien des Bundeskanzlers (Art. 65 S. 1 GG) — bei der Bundesregierung liegt. Diese Vorschrift wird negativ durch Art. 65 S. 2 GG ergänzt, der die Zuständigkeit des Bundesministers auf seinen Geschäftsbereich begrenzt.

81) Wie zur Zeit der WRV die herrschende Lehre für den Regelfall annahm: vgl. oben S. 22 Anm. 14.

82) Der Sprachgebrauch versteht unter „Regierung“ in diesem Sinne vornehmlich die Regierung i. e. S., das „Gremium von Inhabern höchster Staatsämter“: vgl. Münch BReg S. 95, während der Begriff der Regierung i. w. S. ein mehr juristischer ist.

83) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 4 S. 350.

84) Der Bundesminister ist weder Anweisungen des Bundeskanzlers noch der Bundesregierung i. e. S. unterworfen: vgl. Prass DV 1949 S. 323.

85) Vgl. ausführlich unten § 13.

86) Das bedingt aber selbständige Entscheidung, ohne die eine Grundlage für eine Verantwortung entfiel: vgl. Bayer. VerfGH v. 10. 3. 1951 Bayer. VerfGE Bd. 4 n. F. S. 30 (32).

Durch diese Hinweise ist noch nichts über die Gültigkeit der Kompetenzwahrnehmung ausgesagt, d. h. über die Frage, ob und wann die Regierungsorgane sich mit Recht auf diese Bestimmungen berufen und aus ihnen eine Wahrnehmungszuständigkeit herleiten können. Sie ermöglichen es jedoch, die rechtliche Konstruktion der Kompetenzwahrnehmung im Bereich der Bundesregierung dahingehend zu präzisieren: Die Kompetenzwahrnehmung im Bereich der Bundesregierung ist dann gegeben (und auf ihre Gültigkeit zu prüfen), wenn ein Regierungsorgan (der Bundesminister unter Berufung auf Art. 65 S. 2 GG; die Bundesregierung unter Hinweis auf Art. 65 S. 4 GG i. V. m. § 15 GeschOReg) eine in die Kompetenz des anderen, erstmächtigten Regierungsorgans fallende Rechtshandlung vornimmt, wobei es aus den genannten Bestimmungen eine Wahrnehmungszuständigkeit für sich herleitet.

d) Unter diesem Blickwinkel ist auch die Gültigkeit der Kompetenzwahrnehmung zu prüfen. Sie muß aus der Abwägung der die Erstzuständigkeit und die Wahrnehmungszuständigkeit enthaltenden Rechtssätze abgeleitet werden. Das erfordert eine Prüfung des Verhältnisses und des Inhalts der betreffenden Bestimmungen in jedem einzelnen Fall und soll dem Hauptteil der Untersuchung — § 12 ff. — vorbehalten sein.

Die Verfassungsbestimmungen des Art. 65 S. 2 GG oder des Art. 65 S. 4 GG i. V. m. § 15 GeschOReg werden dann eine Wahrnehmungszuständigkeit enthalten, wenn sie geeignet sind, die Erstermächtigungsbestimmungen zu derogieren. Allerdings darf man sich nicht dadurch täuschen lassen, daß diese Vorschriften Verfassungsrang besitzen und daher immer anderen Rechtssätzen vorzugehen scheinen. Es ist möglich — das wird sich im Verlauf der Untersuchung herausstellen —, daß die Erstermächtigungsnorm — auf einen Verfassungssatz gestützt — ihrem konkreten Inhalt nach gerade die Anwendung der erwähnten Bestimmungen ausschließen wird.⁸⁷

e) Wenngleich im Vorhergehenden die Gültigkeit einer Kompetenzwahrnehmung von der Abwägung im Einzelfall abhängig gemacht und nicht ein für allemal entschieden werden konnte, so lassen sich dennoch Aussagen darüber machen, ob die Wahrnehmungszuständigkeit subsidiären oder ausschließlichen Charakter trägt, wenn sie überhaupt besteht, d. h. wenn eine gültige Kompetenzwahrnehmung überhaupt möglich ist. Bei Beantwortung dieser Frage ist von den erwähnten Verfassungsbestimmungen auszugehen, auf die die Regierungsorgane sich zur Rechtfertigung einer Wahrnehmungszuständigkeit berufen können. Für den Bundesminister garantiert Art. 65 S. 2 GG Selbständigkeit und ausschließliche Zuständigkeit in den Grenzen des ministeriellen Geschäftsbereichs. Auf der anderen Seite wird durch Art. 65 S. 4 GG i. V. m. § 15 Abs. I GeschOReg⁸⁸ und negativ durch Art. 65 S. 2 GG die ausschließliche Zuständigkeit der Bundesregierung für alle Angelegenheiten von allgemeiner politischer usw. Bedeutung begründet.⁸⁹ Es stehen sich also rechtlich genau abgezielte Zuständigkeitsbereiche gegenüber. Wenn aber jedem Regierungsorgan alleinige und ausschließliche Zuständigkeit in seinem Bereich durch das GG zugesichert wird, so muß das auch für den Fall gelten, daß dieses Regierungsorgan aus die-

87) Vgl. S. 47 Anm. 78.

88) Allerdings kann die Geschäftsordnung keine neuen beschließenden Zuständigkeiten schaffen oder diese anders als im GG geschehen zuteilen (vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351). Die Zuständigkeit der Bundesregierung ist jedoch insofern schon durch das GG vorgezeichnet, so daß die Bestimmungen der GeschO die des GG nur ausführen, nicht dessen Regelung abändern.

ser eine Wahrnehmungszuständigkeit ableiten kann. Wenn eine solche nachgewiesen werden kann, so fällt sie automatisch in den Geschäftsbereich und nimmt damit an der Ausschließlichkeit aller der einem Bundesminister bzw. der Bundesregierung zustehenden Zuständigkeiten teil. Eine aus den erwähnten Bestimmungen des GG abgeleitete Wahrnehmungszuständigkeit schließt damit immer das erstermächtigste Regierungsorgan von der Ausübung seiner Erstzuständigkeit aus.⁸⁹ Angesichts der Verantwortlichkeit der Regierungsorgane⁹¹ ist das die Wahrnehmungszuständigkeit innehabende Regierungsorgan gehalten, diese geltend zu machen. Dem erstermächtigsten Organ andererseits ist es sogar verwehrt, die Erstzuständigkeit auszuüben, weil die ausschließliche Wahrnehmungszuständigkeit entgegenseht.

f) Die Ergebnisse lassen sich damit in folgender Form zusammenfassen:

aa) Eine Kompetenzwahrnehmung liegt im Bereich der Bundesregierung dann vor, wenn ein Bundesminister (bzw. die Bundesregierung) unter Berufung auf Art. 65 S. 2 GG (bzw. auf Art. 65 S. 4 GG i. V. m. § 15 Gesch OBRReg) eine in die Kompetenz des anderen Regierungsorgans fallende Rechtshandlung in eigenem Namen vornimmt.

bb) Die Gültigkeit einer Kompetenzwahrnehmung hängt von der Abwägung des Verhältnisses und des Inhaltes der die Erstzuständigkeit und die Wahrnehmungszuständigkeit begründenden Rechtssätze im einzelnen konkreten Falle ab.

cc) Eine gültige Kompetenzwahrnehmung im Bereich der Bundesregierung trägt immer ausschließlichen Charakter.

89) Zu Unrecht meint Münch BReg S. 205 f., das Ressortprinzip gelte nicht innerhalb der Richtlinien der Politik des Bundeskanzlers (a. a. O. S. 205). Man kann im Gegenteil sagen, daß es gerade „innerhalb der Richtlinien der Politik“ gilt; der Bundesminister ist, soweit er diese allgemeinen Grundsätze und Ziele berücksichtigt, in der Entscheidung der einzelnen Maßnahme frei. Die Richtlinien durchdringen und bestimmen die Tendenz seiner Maßnahmen (vgl. dazu auch Frhr M. v. Bieberstein HdbdDStR Bd. I § 45 S. 526). Sie dürfen nicht spezialisiert sein, d. h. keine Einzelweisungen darstellen (vgl. Prass DV 1949 S. 323). — Weiter meint Münch, das Ressortprinzip höre auf zu wirken, wenn Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundesministern einträten; dann gälte das Kollegialprinzip (a. a. O. S. 206). Das erscheint nicht zutreffend. Wenn sich Meinungsverschiedenheiten erheben, so deshalb, weil die Angelegenheit nicht ausschließlich in einen Geschäftsbereich fällt, sondern allgemein-politischen Charakter trägt. Dann ist aber ohnehin die Zuständigkeit der Bundesregierung gem. Art. 65 GG i. V. m. § 15 Abs. I GeschOBRReg begründet. Keinesfalls kann ein anderer Bundesminister oder das Bundeskabinett dadurch, daß sie über die Ressortangelegenheit eines Bundesministers eine andere Ansicht haben und es zu Meinungsverschiedenheiten kommen lassen, eine Ressortangelegenheit vor das Kollegium bringen.

90) Eine Ausnahme könnte allenfalls für den Fall gemacht werden, daß bei einem Staatsnotstand die Bundesregierung am Zusammentritt verhindert oder aus sonstigen Gründen handlungsunfähig wäre. Dieser Fall wäre nach den allgemeinen Regeln zu entscheiden, die für das Handeln eines staatlichen Organs anstelle eines anderen, verhinderten Staatsorgans im Falle von Staatsnotständen gelten. In einem solchen Falle würde ein Bundesminister einstweilen Obliegenheiten der Bundesregierung wirksam versehen können.

3) Die Prüfung der Zulässigkeit der Kompetenzwahrnehmung im Bereich der Regierung hat daher in zwei Stufen zu erfolgen: Die erste ist die Interpretation der betreffenden Textstelle. Wenn diese ergibt, daß z. B. unter „Bundesregierung“ die Bundesregierung i. w. S. zu verstehen ist, ist die Möglichkeit einer Kompetenzwahrnehmung ohne weiteres eröffnet, da hier das wahrnehmende Organ in Wirklichkeit direkt ermächtigt ist.

Erst wenn die Textstelle ein bestimmtes Regierungsorgan (die Bundesregierung i. e. S. oder einen Bundesminister) zweifelsfrei ermächtigt, ist die Möglichkeit der Kompetenzwahrnehmung in der oben entwickelten Form zu untersuchen (zweite Stufe der Erörterung).

§ 11 Die Repräsentation im Bereich der Regierung

1) An dieser Stelle ist auf einen weiteren Vorschlag einzugehen, der gelegentlich zur Rechtfertigung der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz gemacht worden ist.⁹² Nach dieser Ansicht kann der Minister die Kompetenz der Regierung wahrnehmen, weil und soweit er die Regierung „repräsentiere“. Damit wird aus der Eigenschaft des Ministers als „Regierung i. w. S.“ die Rechtfertigung der Wahrnehmung einer Kompetenz der Regierung abgeleitet. Es bedarf daher der Erörterung, ob und in welcher Weise der Gedanke der „Repräsentation“ zur Lösung unseres Problems herangezogen werden kann. Eine Auseinandersetzung mit diesen Fragen muß notwendigerweise ihren Ausgang vom Begriff der Repräsentation nehmen.

2) Im Anschluß an Wolff⁹³ ist als Repräsentation sozialiter die Vertretung einer Gruppe, insbesondere einer Gemeinschaft, unabhängig von einer Gruppenordnung in dem Sinne zu verstehen, daß das Verhalten des Repräsentanten um seiner Zugehörigkeit zur Gruppe willen diesen von einem Dritten zugerechnet oder von der Gruppe selbst vindiziert wird⁹⁴ (S. 303).

Auch die Repräsentation ist demnach eine Form der Vertretung,⁹⁵ aber vornehmlich im faktisch-sozialen Sinne und erst, wenn durch das Recht sanktioniert, im juristischen Sinne. Während die Organschaft der normativ-juristischen Sphäre angehört, erfolgt die Repräsentation in der faktisch-sozialen Sphäre (S. 344). Da im Rahmen unserer Betrachtung die Repräsentation im Bereich der Regierung, genauer: im Verhältnis zwischen dieser und Dritten, stattfindet, kann man hier mit Recht von einer „politischen Repräsentation“ sprechen, da im Verhältnis zwischen den Staat leitenden Organen und den Außenstehenden vornehmlich politische Gesichtspunkte obwalten.

91) Vgl. unten § 13.

92) Vgl. bei v. Brünneck DOV 1951 S. 257; Spreng-Birn-Feuchte Verf. d. L. Bad.-Wttbg. zu Art. 61 Anm. 8 S. 206.

93) H. J. Wolff Vertretung (die in Klammern gesetzten Zahlen verweisen auf die Fundstellen dieses Werkes).

94) Von einem wesentlich verschiedenen Begriff der Repräsentation gehen aus: Leibholz Repräsentation S. 25 ff. (bespr. v. Wolff Arch. Rechts- u. Wirtphil. Bd. 24 S. 392 ff.); G. Jellinek Allg. Staatslehre S. 566; Schmitt Verfassungslehre S. 204 ff.; Kelsen Allg. Staatsl. S. 310.

95) Anders z. T. Leibholz Repräsentation S. 32 f.; vgl. auch Triepel Delegation S. 129: „Repräsentation heißt die Darstellung eines schwer erkennbaren Seins durch eine leichter faßbare Wirklichkeit.“ Vgl. ferner G. Jellinek Allg. Staatsl. S. 566; Schmitt Verfassungslehre S. 209.

Die Verschiedenheit der Sphären, denen Organschaft und Repräsentation angehören, bedingt eine verschiedene Grundlage der Zurechnung des Verhaltens, insbesondere der Handlungen, der in Betracht genommenen Personen. Im Unterschied zu anderen Vertretungsarten erfolgt die Zurechnung des Verhaltens der Repräsentanten nicht auf Grund einer Legitimation durch die Organisation (wie bei der Organschaft) oder durch eine eingeräumte Vertretungsmacht (wie bei der Stellvertretung i. e. S.), sondern sie wird unmittelbar durch den Dritten vorgenommen (S. 17 f.).⁹⁶ „Die Repräsentation muß mithin vom Repräsentanten grundsätzlich hingenommen und kann nur nachträglich abgestritten und bestenfalls ungeschehen gemacht werden“ (S. 75). Ein Auftreten „als Repräsentant“ — gleich ob es vom Repräsentanten oder vom Repräsentierten ausgeht — führt also erst dann und nur dann zur Zurechnung, wenn der Dritte das Verhalten als repräsentierend und die Person als Repräsentanten anerkennt und die Zurechnung vornimmt.⁹⁷ Eine derartige soziale oder politische Zurechnung hängt sogar dann, wenn der „Will-Repräsentant“ Organ einer Gruppenordnung ist, davon ab, ob der Dritte das Organverhalten als repräsentierend betrachtet. Sogar eine von der Organisation ausdrücklich erteilte Vertretungsmacht kann es nicht in allen Fällen erzwingen, daß eine soziale oder politische Zurechnung vorgenommen wird.⁹⁸ Daher ist auch die Berechtigung der Zurechnung eine vollkommen getrennte Frage (S. 89). Im Rahmen der Repräsentation handelt es sich in Anbetracht der Verschiedenheit der Sphären nicht — wie bei der Organschaft — um rechtsgültige Zurechnung, sondern um sozial-gültige, hier: politisch-gültige Zurechnung.⁹⁹

Die juristische Repräsentation (Repräsentation als Rechtsform)¹⁰⁰ ist eine Erscheinungsform der Vertretung i. w. S., die an vorrechtliche soziale Tatbestände anknüpft und diesen im positiven Recht eine rechtliche Gestalt gibt. Sie ist die juristische Formung sozialer Repräsentation, wobei die letztere als vorgegeben bei der Ausgestaltung der Rechtsformen berücksichtigt wird (S. 305 f.). Die rechtliche Vertretung findet in dem „beson-

96) Anders z. B. Triepel Delegation S. 130.

97) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 78: „Der Repräsentant mag zwar gehalten sein, ‚gut zu repräsentieren‘ — aber zugerechnet wird auch, wenn er schlecht repräsentiert“; anders Leibholz Repräsentation S. 141.

98) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 82: „Selbst eine ausdrückliche Legitimierung, durch die die Gruppe oder der Repräsentant . . . die Repräsentation zum Inhalt einer Norm macht, sagt . . . über die Vollziehbarkeit und Gültigkeit der Repräsentation noch nichts aus, sondern begründet allenfalls eine Organstellung des angeblichen Repräsentanten. Damit er wirklich Repräsentant wird, muß er — prinzipiell sogar unabhängig von der Ordnung — von dem Dritten als solcher hin- oder angenommen werden. Die Dritten müssen in ihm die Verkörperung einer transzendenten Idee, eines ‚Gruppenwesens‘ oder von ‚Gruppenqualitäten‘ sehen.“

99) Die Begriffe der Repräsentation und der Organschaft werden in der Literatur durchweg nicht scharf abgegrenzt: vgl. die Definitionen bei G. Jelinek Allg. Staatsl. S. 566: „Unter Repräsentation versteht man das Verhältnis einer Person zu einer oder mehreren anderen, kraft dessen der Wille der ersteren unmittelbar als Wille der letzteren angesehen wird, so daß beide rechtlich als eine Person zu betrachten sind“, und bei Kelsen Allg. Staatsl. S. 310: „Das Wesen des Organs ist, daß es den Staat repräsentiert.“

100) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 303 ff.

deren, juristisch erheblichen, wenn auch vorrechtlich begründeten Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen“ ihre Rechtfertigung.¹⁰¹

Die juristische Repräsentation ist nicht wie die Organschaft oder die Stellvertretung i. e. S. eine eigenständige Rechtsinstitution, sondern eine durch ihre Beziehung auf ein vorgegebenes soziales Vertretungsverhältnis besondere Erscheinungsform der Vertretung, ein „gemeinsamer Nenner, auf den verschiedene Rechtsinstitute gebracht werden können“ (S. 334).

3) Unter diesen eben gewonnenen Begriffen der Repräsentation soll die an den Anfang gestellte Frage beantwortet werden, ob der Gesichtspunkt der Repräsentation zur Rechtfertigung der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz mit Erfolg herangezogen werden kann. Es handelt sich darum, ob ein Bundesminister eine in die Kompetenz der Bundesregierung fallende Rechtshandlung unter Berufung darauf, er „repräsentiere“ die Bundesregierung, wirksam vornehmen kann.

Bei Beantwortung der Frage ist auf die oben getroffene Feststellung Bedacht zu nehmen, daß Grundlage einer wirksamen Kompetenzwahrnehmung eine Berechtigung dazu, eine Wahrnehmungszuständigkeit, ist. Da die Zuständigkeiten der Staatsorgane als Bestandteil der staatlichen Zuständigkeitsordnung auf der Rechtsordnung beruhen, bedarf jede Änderung dieser Ordnung der Legitimation durch einen Rechtssatz. Die Zuständigkeiten der Staatsorgane — und damit auch eine Wahrnehmungszuständigkeit — sind Ausfluß der staatlichen Organisation und beruhen auf dem staatlichen Organisationsrecht.

Keinesfalls läßt sich die Rechtfertigung einer Kompetenzwahrnehmung aus der sozialen Repräsentation herleiten, weil diese einer andere Sphäre — nämlich der faktisch-sozialen, hier der politischen — angehört.¹⁰² Die auf Grund der Repräsentation erfolgende Zurechnung kann daher zwar eine faktisch-soziale oder politische Gültigkeit, nicht aber Rechtsverbindlichkeit beanspruchen.¹⁰³ Eine rechtsverbindliche Zurechnung könnte sich lediglich aus der staatlichen Organisation, d. h. aus der normativ-juristischen Sphäre ergeben.¹⁰⁴ Daher könnte auch die Zurechnung einer Rechtshandlung, die in Wahrnehmung einer fremden Kompetenz vorgenommen wird, nur auf Grund

101) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 314: „Hält man sich statt an den Sprachgebrauch an die besondere Art der untergesetzlichen Rechtfertigungsgründe, dann ist die Gemeinschaft jemandes mit einem oder mehreren anderen Voraussetzung für die besondere Rechtsform juristischer Repräsentation . . . Aber es kommt doch auch vor, daß die ursprünglich ‚bloß soziale Repräsentation‘ selbst zur Rechtsform erhoben wird oder daß eine reine Rechtsgemeinschaft ausnahmsweise ohne Stellvertretung und Organschaft vertreten werden kann, d. h. daß das Recht selbst in nur noch formaler Anknüpfung an die sozialen Sachverhalte die Gemeinschaft herstellt.“

102) Vgl. H. J. Wolff Vertretung S. 344.

103) Anders Triepel Delegation S. 130: „Das objektive Recht ist es, das von dem ‚Adressaten‘ der Repräsentation verlangt, daß sie den Inhaber eines bestimmten Amtes als Repräsentanten eines anderen ansehen.“

104) Vgl. Leibholz Repräsentation S. 60 f. zu dem insofern ähnlichen Fall des Parlaments: „Damit also, daß das Parlament das Volk repräsentiert, ist noch nichts über den konkreten Zuständigkeitsbereich der Volksvertretung gesagt.“

staatlichen Organisationsrechts erfolgen.¹⁰⁵ Keinesfalls kann die vom Dritten ausgehende faktisch-soziale oder politische Repräsentation eine rechtsverbindliche Zurechnung einer derartigen Rechtshandlung herbeiführen. Eine rechtsgültige Zurechnung ist aber erforderlich, um eine Wahrnehmung fremder Kompetenz zu rechtfertigen.

Auch die juristische Repräsentation als solche kann nicht zur Wahrnehmung einer fremden Kompetenz berechtigen. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die juristische Repräsentation nicht eine eigenständige Rechtsinstitution ist. Aus der Tatsache, daß hier die Vertretung rechtlich in Anknüpfung und Anlehnung an vorgegebene Tatbestände gestaltet ist, läßt sich aber kein Anhalt dafür gewinnen, daß eine Kompetenzwahrnehmung auf dieser Grundlage stets gerechtfertigt ist. Vielmehr muß uns die juristische Repräsentation zur Beantwortung unserer Frage wiederum auf das staatliche Organisationsrecht verweisen.

Zudem wäre dieser Lösungsweg — seine Richtigkeit unterstellt — nur in einer Richtung gangbar. Man wird dann, wenn die Bundesregierung eine Kompetenz eines Bundesministers wahrzunehmen beansprucht, nicht sagen können, die Regierung repräsentiere regelmäßig den Minister.

4) Mit diesen Feststellungen soll jedoch die Bedeutung der Repräsentation (sowohl im sozialen oder politischen als auch im juristischen Sinne) für den vorliegenden Zusammenhang nicht verkannt werden. Gerade im Bereich der obersten Staatsorgane, die stets im Licht der Öffentlichkeit stehen, sind die Repräsentation und ihre Wirkungen vielfältig zu beobachten. Die politische Gestaltung des Staates kann an ihr nicht vorbeigehen, sondern wird sie bei der Ausbildung der staatlichen Organisation berücksichtigen müssen.

a) An dieser Stelle kann die Repräsentation im Bereich der Regierung nur an einigen Beispielen aufgezeigt und verdeutlicht werden.

So werden bei Vorbereitung der von der Bundesregierung zu beschließenden Gesetzesvorlagen und Verordnungen die fachlich einschlägigen Ministerien an der Ausarbeitung der Entwürfe beteiligt.¹⁰⁶ Diese werden von den beteiligten Bundesministern vorberaten; einer von ihnen übernimmt in der Regel die Federführung.¹⁰⁷ In dem Schriftverkehr und den erforderlichen Verhandlungen¹⁰⁸ mit Dritten tritt der Bundesminister für die Bundesregierung auf; er „repräsentiert“ sie im juristischen Sinne diesen gegenüber. Seine Maßnahmen und sein gesamtes persönliches Verhalten werden regelmäßig der Bundesregierung zugerechnet, die die Entscheidung der Sache später fällt.¹⁰⁹

105) Vgl. Leibholz Repräsentation S. 196: „Über diese Frage (sc. welche Personen oder Personengruppen als Repräsentanten für die im Staate geante Volksgemeinschaft zu handeln berechtigt sind) entscheidet letzten Endes ... die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung eines Landes ...“ — Hier sind allerdings die Begriffe Organschaft und Repräsentation wiederum nicht scharf getrennt.

106) Vgl. §§ 21, 61 GemGeschoIIBMin.

107) Vgl. zum Vorstehenden §§ 16, 27 GeschOBReg; §§ 73 ff. GemGeschoIIBMin.

108) Vgl. § 10 GeschOBReg.

109) Vgl. Gebhard Verf. d. D. R. S. 274 mit dem zutreffenden Hinweis, der Reichsminister repräsentiere die Reichsregierung, er sei aber nicht Reichsregierung.

b) Nach dem schon erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts¹¹⁰ kann ein Bundesminister die Bundesregierung bei der Unterzeichnung z. B. eines Antrages gemäß § 129a Abs. III StGB vertreten,¹¹¹ wenn die Bundesregierung den entsprechenden Beschluß gefaßt hat. Es zeichnet dann nur der betreffende Bundesminister.¹¹² Auch in dieser Beziehung repräsentiert der Bundesminister die Bundesregierung im juristischen Sinne; der von ihm unterzeichnete Antrag wird der Bundesregierung zugerechnet, von der er in diesem Falle auch rechtlich ausgeht.

c) Gesetzesvorlagen der Bundesregierung (Art. 76 Abs. I GG) werden im Bundestag grundsätzlich von dem federführenden oder von dem zuständigen Bundesminister oder dessen Stellvertreter „vertreten“.¹¹³ Ebenso werden mündliche Anfragen von Bundestagsabgeordneten von dem zuständigen Bundesminister beantwortet.^{114 115} Bei diesen Gelegenheiten repräsentiert der Bundesminister im rechtlichen Sinne die Bundesregierung, die an sich die Zuständigkeit zur Beratung, Beschluß und Einbringung der Gesetzesvorlagen besitzt.¹¹⁶

d) Nur im politischen Sinne repräsentiert der Bundesminister, wenn er unmittelbar vor die Öffentlichkeit tritt, insbesondere wenn er in Verhandlungen oder öffentlichen Reden politische Äußerungen macht. So wird eine von einem Minister vor der Öffentlichkeit geäußerte Ansicht vom Publikum ganz selbstverständlich als offizielle Meinung der Regierung betrachtet, er mag dagegen noch so sehr geltend machen, er sei nicht „als Bundesminister“, sondern in einer anderen Eigenschaft aufgetreten.¹¹⁷

Dieser Umstand kann gewichtige Folgen nach sich ziehen, wenn der Minister eine lediglich persönliche Meinung geäußert hat, die nicht mit der von der Bundesregierung verfolgten und von der Mehrheit des Bundestages unterstützten Politik in Einklang steht oder den politischen Richtlinien des Bundeskanzlers zuwiderläuft.^{118 119} Da die Parlamentsmehrheit wie

110) BVerwG v. 16. 7. 1954 (BVerwG I A 23/53; MDR 1955 S. 79).

111) Das gilt nicht für Gesetzesvorlagen und Rechtsverordnungen: vgl. §§ 29 f. GeschOBReg; §§ 53 f., 65 ff. GemGeschoIIBMin.

112) Nicht unter der Bezeichnung „Die Bundesregierung“: vgl. § 30 GeschOBReg.

113) Vgl. § 38 GemGeschoIIBMin.

114) Vgl. § 9 Abs. II GemGeschoIIBMin

115) Vgl. dazu Münch BReg S. 211.

116) Gemäß § 22 Abs. I S. 2 u. 3 BVerfGG kann ein Bundesminister zur Prozeßvertretung vor dem Bundesverfassungsgericht bevollmächtigt werden. Auch an dieser Stelle wird die Wirkung der Repräsentation besonders zu spüren sein.

117) Dieser Einwand wird deshalb auch von den Beteiligten regelmäßig nicht abgenommen, vgl. „Das Parlament“ Nr. 8/1955 S. 7 f. Hier wurde anläßlich einer Aussprache im Bundestag über Äußerungen des Bundeskanzlers im Berliner Wahlkampf der Einwand zurückgewiesen, der Bundeskanzler habe als „Bundesvorsitzender der CDU“ gesprochen.

118) Vgl. als Beispiel den Fall des Bundesministers für Familienfragen Wuermeling, der Äußerungen gemacht hatte, die mit der von der Regierungskoalition verfolgten Politik des konfessionellen Ausgleichs nicht vereinbar waren, s. „Die Welt“ v. 19. 11. 1954 Nr. 269/54 S. 1 und v. 1. 12. 1954 Nr. 279/54 S. 2.

die Regierung sich von den ihr zugerechneten Äußerungen regelmäßig distanzieren wollen, müssen sie den betreffenden Minister desavouieren und ihn in schwerwiegenden Fällen zur Verantwortung ziehen.¹²⁰ Das kann dahin führen, daß der Bundeskanzler zu einem Schritt gemäß Art. 64 Abs. I GG — Vorschlag an den Bundespräsidenten, den Bundesminister zu entlassen — veranlaßt wird. Diese Wirkungen der Repräsentation berücksichtigt § 12 GeschOBReg, der bestimmt, daß Äußerungen eines Bundesministers vor der Öffentlichkeit im Einklang mit den vom Bundeskanzler aufgestellten Richtlinien der Politik zu stehen haben, ein Fall wiederum der juristischen Repräsentation.

5) Aus diesen wenigen Beispielen geht die eminente politische und juristische Bedeutung der Repräsentation in der verfassungsrechtlichen Praxis für den Bereich der Regierung hervor, die nicht selten über Bestehen oder Nichtbestehen des Regierungskabinetts entscheidet. Wenn auch der Gesichtspunkt der Repräsentation nicht zur Lösung des Problems der Zulässigkeit der Wahrnehmung einer fremden Kompetenz dienen kann, so wird er dennoch im Rahmen der Untersuchung an bedeutsamer Stelle wieder auftauchen.

119) Im besonderen Maße repräsentiert der einzelne Minister seine Regierung dem Ausland gegenüber, in dem seine sämtlichen Äußerungen als „offizielle“ der Regierung angesehen werden. Diesem Umstand trägt § 13 Abs. II GeschOBReg Rechnung. Danach muß der Bundesminister zur Annahme einer Einladung in das Ausland die Zustimmung des Bundeskanzlers einholen. Vgl. auch § 11 Abs. II GeschOBReg, wonach Verhandlungen mit dem Ausland oder im Ausland nur mit Zustimmung des Auswärtigen Amtes geführt werden dürfen.

120) Vgl. die Erörterungen über die Verantwortung der Bundesminister (§ 13). Eines der Mittel, den Bundesminister zur Verantwortung zu ziehen, besteht darin, ihn in Gestalt eines Mißbilligungsbeschlusses öffentlich zu tadeln, was überwiegend für zulässig gehalten wird (vgl. unten S. 77 Anm. 91 und 92).

2. TEIL

DIE ZULÄSSIGKEIT DER KOMPETENZWAHRNEHMUNG

Im folgenden zweiten Teil der Untersuchung soll die Frage der Zulässigkeit der Kompetenzwahrnehmung unter dem geltenden Bundesverfassungsrecht einer Prüfung unterzogen werden. Diese Prüfung hat für die einzelnen Funktionen, in Ausübung derer die Bundesregierung tätig wird (für die übertragene rechtsetzende, die regierende und die verwaltende Tätigkeit) getrennt zu erfolgen, da sich für jeden dieser Bereiche Unterschiede ergeben werden.

1. KAPITEL

DIE ZULÄSSIGKEIT DER WAHRNEHMUNG VON KOMPETENZEN IM BEREICH DER ÜBERTRAGENEN RECHTSETZENDEN TÄTIGKEIT DER BUNDESREGIERUNG

§ 12 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen durch einen Bundesminister

1) An dieser Stelle soll die Frage behandelt werden, ob ein Bundesminister eine gesetzliche Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen wirksam in eigenem Namen wahrnehmen kann.

Rechtsverordnungen¹ sind im Gegensatz zu Verwaltungsverordnungen Recht im materiellen Sinne. Während diese sich lediglich instruktionell an die Behörden, also an den innerorganisatorischen Bereich, richten, treffen jene rechtssatzmäßig den Staatsbürger.² Daher können auch Rechtsverordnungen Bestimmungen enthalten, die in die Rechtssphäre des Staatsbürgers eingreifen, sofern die Ermächtigung hierzu in der Form des formellen Gesetzes ergangen ist.³

Die Rechtsverordnung stellt generelle Verhaltensnormen auf. Ihr wesentliches Merkmal ist es, daß sie Tatbestände in abstrakter Weise, d. h. für eine noch unbestimmte Anzahl nur generell bestimmter Einzelfälle, regelt.⁴⁵

1) Vgl. zum Begriff der Rechtsverordnung: v. Turegg L. d. VerwR. S. 101 ff.; G. Jellinek Gesetz und Verordnung S. 366 ff. (368); Jacobi HdbdStR Bd. II § 77 S. 236 ff.; Maunz StR 3. A. S. 151.

Kritisch zu der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung: Krüger Rechtsv. u. Verwaltungsanw. S. 211 ff. (217); v. Turegg L. d. VerwR. S. 150.

2) Vgl. Anschütz Verf. d. D. R. 14. A. zu Art. 77 Anm. 2 S. 411.

3) Vgl. W. Jellinek VerwR. S. 126; Forsthoff L. d. VerwR. S. 106, 111 ff.

4) Vgl. Forsthoff L. d. VerwR. S. 110 f.

5) In älteren und vereinzelt sogar noch in neueren Gesetzen findet man zuweilen die Wendung: „Die Regierung . . . erläßt die zur Durchführung notwendigen Verordnungen“ (trotz der Vorschrift des § 57 Abs. I GemGesCh OIBMin, vgl. Kratzer DOV 1952 S. 234). Darunter werden im Sinne der rechtswissenschaftlichen Definition manchmal auch Verwaltungsverordnungen

2) In der Literatur und Rechtsprechung ist streitig geworden, wie weit die Ermächtigung des Gesetzgebers zum Erlaß von Rechtsverordnungen gehen kann; ob sie nur die gesetzdurchführenden Rechtsverordnungen oder auch gesetzvertretende, gesetzändernde und gesetzergänzende Rechtsverordnungen umfaßt oder ob Rechtsverordnungen der letzteren Arten nur beschränkt unter dem GG zulässig sind. — Im vorliegenden Zusammenhang kann diese Streitfrage für das Verfassungsrecht des Bundes auf sich beruhen, weil die Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen und die Zuständigkeit hierzu ohne Unterschied in Art. 80 Abs. I GG geregelt sind und da es für die Entscheidung der vorliegenden Frage deshalb nicht von Bedeutung ist, welche Art von Rechtsverordnung im Einzelfall vorliegt. Insofern muß auf das umfangreiche Schrifttum zu diesem Problem verwiesen werden.⁶

In der Folge soll die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompetenz zunächst einmal für die gem. Art. 80 Abs. I S. 1 GG erteilten Ermächtigungen betrachtet werden. Im Anschluß daran sind die unter dem GG zulässigen gesetzvertretenden Rechtsverordnungen des Art. 119 GG zu behandeln.

3) An dieser Stelle ist an das oben vorgeschlagene Prinzip der Problemlösung zu erinnern. Die Untersuchung soll in zwei Stufen erfolgen. Zunächst ist die betreffende Gesetzesstelle dahingehend auszulegen, in welchem Sinne sie den Begriff „Bundesregierung“ versteht; ob der erkennbar zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers darunter die Bundesregierung i. e. S. oder die Bundesregierung i. w. S. versteht.⁷ Im letzteren Falle ist der Bundesminister durch das Gesetz (mit)ermächtigt und daher unmittelbar zuständig.

Erst wenn feststeht, daß nur die Bundesregierung i. e. S. ermächtigt, der Bundesminister also nach Art. 80 Abs. I S. 1 GG nicht zuständig ist, eröffnet sich der Weg zu der zweiten Stufe der Problembearbeitung, auf der die Frage zu behandeln ist, ob der Bundesminister dennoch eine Wahrnehmungszuständigkeit aus dem geltenden Recht herleiten kann, auf Grund derer er eine durch die Bundesregierung zu erlassende Rechtsverordnung in eigenem Namen erlassen kann.

gen, die zur Durchführung eines Gesetzes ergehen, verstanden. Diese Verwaltungsverordnungen zur Durchführung eines Gesetzes sollen unten gesondert behandelt werden, da sie nicht in den vorliegenden Zusammenhang gehören (vgl. §§ 16, 17). Neuerdings bestimmt § 57 Abs. I GemGeschOIBMin zur Vermeidung von Zweifeln, daß die Bezeichnung „Verordnung“ ausschließlich für die im GG und in der Rechtslehre als Rechtsverordnungen bezeichneten Vorschriften vorbehalten bleiben soll. Dieser Wortgebrauch soll schon bei der Vorbereitung der Gesetzentwürfe beachtet werden (vgl. § 29 Abs. I GemGesch-OIIBMin).

6) Vgl. Schack Verlagerung S. 332 ff.; Klein RStW Bd. IV S. 171 ff.; B. Wolff AöR Bd. 78 S. 194 ff.; B. Wolff JZ 1954 S. 628 ff.; Maunz StR 3. A. S. 150; v. Mangoldt GG zu Art. 80 Anm. 2 S. 432; OVG Hamburg v. 7. 11. 1952 NJW 1953 S. 879 ff.; MDR 1953 S. 185 ff.; BVerwG v. 23. 4. 1954 NJW 1954 S. 1781 (dazu Schmidt NJW 1955 S. 402); VGH Kassel v. 16. 7. 1954 NJW 1955 S. 439; vgl. ferner Arbeitsergebnisse des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten JZ 1952 S. 93.

7) Der Sprachgebrauch versteht unter „Regierung“ vornehmlich die Regierung i. e. S., vgl. Münch BReg S. 95.

4) Die Zuständigkeit zum Erlaß von Rechtsverordnungen ist in Art. 80 Abs. I S. 1 GG dahingehend geregelt, daß der Gesetzgeber die Bundesregierung, einen Bundesminister oder die Landesregierungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigen kann. Für die vorliegende Frage ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber einerseits der Bundesregierung, andererseits einem Bundesminister eine Ermächtigung erteilen kann. Da jede Ermächtigung sich auf Art. 80 Abs. I S. 1 GG gründen muß, leitet sich die Zuständigkeit der Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen mittelbar aus dem GG her, das die Übertragung rechtsetzender Befugnisse in den Grenzen des Art. 80 Abs. I S. 1 GG erlaubt.

Ist nun in Art. 80 Abs. I S. 1 GG unter „Bundesregierung“ nur die Bundesregierung i. e. S. oder auch die Bundesregierung i. w. S., d. h. auch der einzelne Bundesminister zu verstehen?

Eine Lösung dieser Frage könnte unter Umständen der Vergleich mit anderen Bestimmungen des GG bringen, in denen die „Bundesregierung“ erwähnt ist. Zwar ist dort unter „Bundesregierung“ in der Regel das Kollegium verstanden (z. B. in Art. 43, 53, 62, 65 GG),⁸ im übrigen ist jedoch vieles streitig, z. B. für das benachbarte Gebiet der Befugnis zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften (Art. 84 Abs. II; 85 Abs. II; 86 S. 1; 108 Abs. VI). Von der Bundesregierung wird die Ansicht vertreten, daß auch ein Bundesminister diese Befugnis ausüben könne, was vom Bundesrat mit Nachdruck bestritten wird.⁹ Daher könnte eine vergleichsweise Heranziehung anderer Bestimmungen des GG erst nach ausführlicher Behandlung im Verlauf der folgenden Untersuchung die erwünschte Klarheit bringen. An dieser Stelle wäre sie noch eine *petitio principii*.

Ein Blick auf die rechtswissenschaftliche Literatur zeigt, daß die Frage zwar gesehen und zum Teil entschieden, aber nicht eingehend erörtert ist.¹⁰

v. Mangoldt¹¹ überläßt die Entscheidung ausdrücklich einer „ins einzelne gehenden Untersuchung“. Maunz entscheidet sich ohne Begründung in der 2. Auflage dafür, unter „Bundesregierung“ auch den einzelnen Bundesminister zu verstehen,¹² er äußert sich in der 3. Auflage ebenfalls ohne Begründung im umgekehrten Sinne.¹³ Zum Teil wird das Problem unter Berufung auf den Wortlaut des Art. 80 Abs. I S. 1 GG entschieden.^{14 15}

5) Der Wortlaut des Art. 80 Abs. I S. 1 GG allein beseitigt jedoch nicht alle Zweifel, wie die uneinheitliche Meinung in der Literatur zeigt. Daher ist es notwendig, auf den Rechtszustand vor Erlaß des GG einzugehen und die Entwicklung zu beobachten, die zu der heutigen Regelung in Art. 80 Abs. I S. 1 GG geführt hat. Ferner bedarf die Stellung des Art. 80 Abs. I GG innerhalb des gesamten Systems der Verfassung einer eingehenden Erörterung.

8) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351.

9) Vgl. unten § 16.

10) Vgl. B. Wolff AöR Bd. 78 S. 217 f.; Kratzer DOV 1952 S. 232; Klein RStW Bd. IV S. 182.

11) v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351.

Im übrigen neigt v. Mangoldt dahin, in Art. 80 Abs. I S. 1 GG eine Zuständigkeit der „Bundesregierung als Ganzer“ anzunehmen.

12) Maunz StR 2. A. S. 144.

13) Maunz StR 3. A. S. 150.

14) Vgl. Kratzer DOV 1952 S. 231 f.

15) Weitere Literatur: v. Brünneck DOV 1951 S. 257 ff.; Spreng-Birnfeuchte Verf. d. L. Bad.-Würtbg. zu Art. 61 Anm. 8 S. 206; Münch BReg S. 204 f.; Berger Referat (Anlage zu dem Protokoll der 45. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundesrats v. 14. 12. 1950).

6) Unter der WRV gab es keine verfassungsrechtliche Bestimmung, die die Befugnis und die Zuständigkeit zum Erlaß von Rechtsverordnungen ausdrücklich regelte. Es bestand lediglich eine Verfassungsbestimmung bezüglich des Erlasses von allgemeinen Verwaltungsvorschriften (Art. 77 WRV). Es wurde jedoch gleichwohl für zulässig gehalten, daß der Reichstag in einem einfachen Gesetz eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen (ja sogar von gesetzvertretenden Rechtsverordnungen) aussprach. Eine Ermächtigung seitens des Gesetzgebers war stets notwendig.¹⁶ Dabei wurde im Rahmen der Ermächtigung der Reichsregierung jeweils der nach der Geschäftsverteilung zuständige Reichsminister als mitermächtigt angesehen. Das wurde aus Art. 56 S. 2 WRV gefolgert, der für den Ressortbereich die Selbständigkeit, alleinige Zuständigkeit und Verantwortlichkeit der Reichsminister begründete. Da Rechtsverordnungen in zahlreichen Fällen ressortgebundene Fragen zum Gegenstand haben, wurde grundsätzlich durch die Ermächtigung der Reichsregierung dem Fachminister die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen eingeräumt. Eine Ausnahme bildeten lediglich die Fälle, in denen Rechtsverordnungen Gegenstände berührten, die dem Entscheidungsrecht der Reichsregierung unterlagen, und der Gesetzgeber erkennbar davon ausgegangen war, daß nur die Reichsregierung als Kollegium von der Ermächtigung Gebrauch machen sollte.

Neben der Begründung der Wahrnehmung der Zuständigkeit der Reichsregierung durch einen Reichsminister mit der aus Art. 56 S. 2 WRV folgenden Selbständigkeit und Verantwortlichkeit für den Geschäftsbereich findet man das Argument, der Reichsminister „repräsentiere“ in seinem Ressort die Reichsregierung, er sei insofern Reichsregierung.¹⁷

Für die WRV sprachen sich auch die meisten rechtswissenschaftlichen Autoren¹⁸ und die Rechtsprechung¹⁹ für die Zulässigkeit der Wahrnehmung der Kompetenz der Reichsregierung durch einen Reichsminister aus. Ebenso verfuhr die Praxis der Weimarer Zeit, indem viele Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß im zugrundeliegenden Gesetz die Reichsregierung ermächtigt war, von dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Reichsminister erlassen wurden.

Diese Praxis findet ihren Niederschlag in der Geschäftsordnung der Reichsregierung (GeschORReg) vom 3. 5. 1924 (RMinBl 1924 S. 173) und der Gemeinsamen Geschäftsordnung Teil I der Reichsministerien (GemGesch OIRMin) vom 2. 9. 1926. Wenn die Reichsregierung durch Gesetz zum

16) Apelt Geschichte d. WV S. 257; Hatschek StR Bd. II S. 114; Anschütz Verf. d. D. R. 13. A. zu Art. 77 Anm. 2 S. 356 f.; Jacobi HdbdDStR Bd. II § 77 S. 245.

17) Vgl. v. Brünneck DOV 1951 S. 257; Spreng-Birn-Feuchte Verf. d. L. Bad.-Witbg. zu Art. 61 Anm. 8 S. 206.

Es wurde oben — § 11 — ausführlich darauf hingewiesen, daß es verfehlt ist, aus der Tatsache, daß der Minister Regierung i. w. S. ist, und aus der vom Dritten vorgenommenen Zurechnung im Rahmen der Repräsentation das Vorhandensein einer „Zuständigkeit zur Wahrnehmung“ zu folgern.

18) Apelt Geschichte der WV S. 257; Schoen AöR Bd. 6 n. F. (1924) S. 159 f. Mende Leipz. Zeitschr. 1924 Sp. 705 ff.; Poetzsch-Heffter HK d. RV zu Art. 56 Anm. 3a; zu Art. 57 Anm. 2b; Poetzsch-Heffter HdbdDStR Bd. I § 44 S. 515 f.; Lammers JW 1924 S. 1479, JW 1925 S. 481; Triepel AöR Bd. 39 S. 482; Jacobi HdbdDStR Bd. II § 77 S. 247; W. Jellinek Verf. u. Verw. d. R. S. 841; Kaufmann Hdb. d. Pol. Bd. III S. 51.

19) RGStr. 58, 407; RGZ 112, 10 RFH 10, 278; 14, 217.

Erlaß von Rechtsnormen (spr. Rechtsverordnungen) ermächtigt war, handelte in der Regel der zuständige Reichsminister (§ 56 Abs. II GemGeschOIRMin) und unterzeichnete allein (§ 25 Abs. II GeschORReg; § 58 GemGeschOIRMin). Der Reichsregierung waren nur Rechtsverordnungen von allgemeiner politischer Bedeutung im Entwurf zur Beschlußfassung zu unterbreiten (§ 18 Zif. 2a GeschORReg; § 60 GemGeschOIRMin), die aber gleichwohl allein vom betreffenden Reichsminister erlassen und gezeichnet wurden (§ 25 Abs. II S. 1 GeschORReg). Lediglich wenn nach dem zugrundeliegenden Gesetz die ausdrückliche Zustimmung der Gesamtregierung erforderlich war, zeichnete für die Reichsregierung der Reichskanzler zusammen mit dem zuständigen Minister (§ 25 Abs. II S. 2 GeschORReg; § 58 Abs. IV GemGeschOIRMin).

Allerdings nahmen auch zur Weimarer Zeit einige Autoren für das damals geltende Recht an, daß eine Wahrnehmung der Kompetenz der Reichsregierung durch einen Fachminister im eigenen Namen unzulässig sei.²⁰

Triepel äußerte in seinem Bericht auf dem 32. Deutschen Juristentag (1921): „Ein Staatsorgan . . . , dem die Verfassung eine Kompetenz zuweist, ist im Zweifel gehalten, diese Kompetenz auch selber auszuüben. Es kann sie nicht eigenmächtig auf ein anderes Subjekt übertragen.“²¹ Angesichts des Schweigens der Verfassung drang diese Meinung allerdings nicht durch.

7) Grundlegend anders ist unser heutiger verfassungsrechtlicher Rechtszustand gegenüber dem unter der WRV insofern geworden, als Art. 80 Abs. I S. 1 GG eine Grundlage für Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen gibt. Nach dieser Bestimmung ist der Kreis der möglichen Adressaten einer Ermächtigung von vornherein begrenzt und dadurch auch bestimmt, nämlich: Bundesregierung, Bundesminister und Landesregierungen.²²

8) Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte gibt folgende Auskünfte: Der Entwurf von Herrenchiemsee (HCHE) führte eine dem Art. 80 Abs. I S. 1 GG entsprechende Bestimmung als Art. 102, die denselben Wortlaut insofern aufweist.²³ Diese sprachliche Wendung wurde den Beratungen des Parlamentarischen Rates zugrundegelegt und (als Art. 180a) schon von dem Fachausschuß unverändert übernommen.²⁴ An ihr wurde in sämtlichen Lesungen des Redaktionsausschusses und des Hauptausschusses und Plenums nichts mehr geändert.²⁵ In den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates findet sich kein Anhalt dafür, daß dort das Problem aufgetaucht ist und erörtert wurde.²⁶ Andererseits wird man daraus, daß der Art. 102 HCHE, der Art. 108a des Entwurfs des Parlamentarischen Rates und später der Art. 80 Abs. I S. 1 GG in bewußter Bezugnahme auf den (gesetzlich nicht geregelten) Verfassungszustand unter der WRV geschaffen wurde, darauf schließen

20) Vgl. Giese Verf. d. D. R. zu Art. 57 Anm. 1 S. 155; Anschütz Verf. d. D. R. 13. A. zu Art. 57 Anm. 2 S. 285; Hatschek StR Bd. II S. 122 hält das Reichskabinett für den Träger des Ordnungsrechts, solange nicht ein einzelner Reichsminister durch das Gesetz ermächtigt ist.

21) Triepel Bericht S. 21.

Diese Auffassung steht in merkwürdigem Gegensatz zu der von Triepel in AöR Bd. 39 S. 482 geäußerten Ansicht.

22) Die Aufzählung der Adressaten ist erschöpfend: Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 80 Anm. 2 S. 432; Herrfahrdt BonnK zu Art. 80 Anm. II 1; B. Wolff AöR Bd. 73 S. 216.

23) Vgl. Bericht Herrenchiemsee darst. Teil S. 46.

24) Vgl. Entw. GG S. 29.

25) Vgl. Entw. GG S. 64, 102, 148, 185, 221, 249.

26) Vgl. v. Doemming-Fußlein-Matz Entstehungsgeschichte S. 588 f.

können, daß beabsichtigt war, die Ermächtigungsempfänger eindeutig festzulegen. Das ergibt sich auch daraus, daß der Kreis der Adressaten einer Ermächtigung gegenüber der früheren Verfassungslage außerordentlich eingeschränkt wurde. Es wird davon auszugehen sein, daß der Grundgesetzgeber nur diese Adressaten ermächtigt sehen wollte. Darauf deutet ferner das Erfordernis der inhaltlichen Bestimmtheit der Ermächtigung, das in Art. 80 Abs. I S. 2 GG ausgesprochen ist.²⁷

9) Hält man sich den Wandel vor Augen, den die Verfassungslage seit der WRV bis zum GG durchgemacht hat, so muß auffallen, daß im Gegensatz zur Weimarer Zeit der Gesetzgeber heute bei Beratung und Beschluß jedes Gesetzes, das eine Ermächtigung nach Art. 80 Abs. I GG aussprechen soll, vor die Wahl gestellt wird, welchem der in Art. 80 Abs. I S. 1 GG genannten möglichen Adressaten er die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen erteilen will. Das bedingt aber in jedem Fall eine Entscheidung des Gesetzgebers, die er zugunsten des einen oder anderen Regierungsorgans (Bundesregierung oder Bundesminister) treffen muß. Es steht aber zu vermuten, daß der Gesetzgeber, bevor er die Wahl trifft, sich informiert, die Beteiligten hört usw., um wirklich das Organ zu ermächtigen, in dessen Ressort die Regelung der anstehenden Angelegenheit fällt.

10) Hat der Gesetzgeber aber einmal seine Entscheidung in dieser oder jener Richtung (Bundesregierung — Bundesminister) getroffen, so müssen die Beteiligten daran gebunden sein.²⁸ Kein anderes Staatsorgan kann dann eigenmächtig diese Zuständigkeitsregelung ändern.²⁹ Denn die Vermutung spricht unter dem GG dafür, daß der Gesetzgeber ausschließlich das im Gesetz genannte Regierungsorgan ermächtigen wollte.

Das war unter der WRV anders. Dort bestand eine Vermutung, daß mit der Ermächtigung der Reichsregierung zugleich der Ressortminister ermächtigt war, da der Gesetzgeber selbst von der Zuständigkeitsverteilung der Art. 56 und 57 WRV und den Bestimmungen der GeschORReg und der GemGeschOIRMin ausging und in der Regel nur die „Reichsregierung“ ermächtigte, wobei er die Ausübung der Ermächtigung der inneren Geschäftsverteilung der Reichsregierung überließ. Nun aber, wo der Gesetzgeber eine Wahl und Entscheidung zu treffen hat, muß angenommen werden, daß er unter den beiden möglichen Adressaten dem im Gesetz schließlich genannten Organ die Befugnis wirklich hat erteilen wollen, daß dieses also der „richtige“ Adressat ist. Denn dem Gesetzgeber hätte es im Einzelfall freigestanden, zum Beispiel statt der Bundesregierung einen Bundesminister zu ermächtigen, wenn er dies gewollt hätte.

27) Vgl. zum Vorstehenden: Verhandlungen des Hauptausschusses des Parl. Rat Sten. Prot. S. 134, 148, 267, 455, 656, 755.

28) Vgl. v. Brünneck DOV 1951 S. 260; Berger Referat; Klein RStW Bd. IV S. 182 f.; vgl. auch Triepel Delegation S. 114: „Delegation ist nur dann erlaubt, wenn und nur erlaubt insoweit, als die Rechtsordnung nicht in erkennbarer Weise auf die persönliche Ausübung der Zuständigkeit durch ihren Inhaber Wert legt. Sie ist verboten, wenn und soweit die Verfassung (!) erkennen läßt, daß diese Kompetenz oder dieser Teil einer Kompetenz gerade von diesem Inhaber aus persönlichen oder sachlichen Gründen selbst ausgeübt werden muß.“ (Vgl. auch Triepel Bericht S. 21) Diese für die Delegation aufgestellten Sätze müssen auch sinngemäß für die Wahrnehmung einer fremden Zuständigkeit gelten.

Zu den obigen Ausführungen Triepels stehen im Widerspruch seine Bemerkungen in AöR Bd. 39 S. 482.

29) Vgl. Bayer. VerfGH v. 10. 11. 1950 Bayer. GVBl. 1950 S. 259.

11) Ein anderer Gesichtspunkt ist mit diesem eben genannten eng verknüpft. Der Gesetzgeber erteilt mit jeder Befugnis einen Auftrag — mit jeder Ermächtigung ist zugleich die Verpflichtung verbunden, von ihr bei gegebener Zeit unter bestimmten Voraussetzungen Gebrauch zu machen.³⁰ Dem Adressaten der Ermächtigung wird damit eine Verantwortung gesetzlich auferlegt, die darin besteht, daß er für den Gebrauch und die (richtige) Anwendung der Befugnis einzustehen hat. Diese vom Gesetzgeber auferlegte Verpflichtung und Verantwortung kann er weder auf ein anderes Staatsorgan übertragen, noch kann ein solches sie ihm abnehmen.³¹ Bundesminister und Bundesregierung sind aber — wie oben (§ 7) ausführlich gezeigt — im Hinblick auf die Regierungsfunktionen vollkommen getrennte, selbständige Regierungsorgane. Hat der Gesetzgeber der „Bundesregierung“ mit der Ermächtigung eine Aufgabe und die Verantwortung für ihre Erfüllung übertragen, so muß wenigstens dann, wenn er diese Aufgabe und Verantwortung ebenso dem Bundesminister hätte überweisen können, eine Vermutung bestehen, daß der Gesetzgeber unter „Bundesregierung“ nur die Bundesregierung i. e. S. verstanden wissen wollte. Gerade auch die Auferlegung einer Verantwortung³² drückte das Gewicht aus, das der Erfüllung der betreffenden Aufgabe durch die Verfassung beigelegt wird, und erfordert, um die Verantwortlichkeit wirksam geltend machen zu können, die Bestimmtheit der Adressaten.

12) Geht man aber von der Annahme aus, daß der Gesetzgeber durch Art. 80 Abs. I S. 1 GG gezwungen wird, seine Entscheidung entweder zugunsten der Bundesregierung oder zugunsten eines Bundesministers zu treffen, und spricht eine Vermutung dafür, daß er diese Entscheidung auch wirklich getroffen hat, so würde es rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechen, wenn gleichwohl die Ermächtigung der Bundesregierung von einem einzelnen Bundesminister wahrgenommen würde.³³ Jede Übertragung rechtsetzender Gewalt von der Legislative auf die Exekutive ist eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der in Art. 20 Abs. II S. 2 GG seinen Niederschlag gefunden hat. Eine solche ist aber nur in engen Grenzen im Rechtsstaat zulässig und muß fest umrissen sein.³⁴

Daraus ergibt sich das Erfordernis der Bestimmtheit des Adressaten einer Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen. Nur der im Gesetz wirklich genannte Adressat kann als Verordnungssubjekt handeln.³⁵ Wenn aber die Bundesregierung auf diese Weise vom Gesetzgeber als Ermächtigungsadressat bestimmt ist, und es ist nicht zugleich der Wille des Gesetzgebers zu unterstellen, daß gegebenenfalls der Minister anstelle der Regierung

30) Vgl. B. Wolff AöR Bd. 78 S. 217 f.; Berger Referat (Anlage z. Protokoll d. 45. Sitzung d. Rechtsaussch. d. D. BRat. v. 14. 12. 1950); v. Brünneck DOV 1951 S. 258.

31) Vgl. Münch BReg S. 30: „Das Organ kann also die Wahrnehmung seiner Aufgabe für sich beanspruchen, ihre Erfüllung kann aber auch von ihm verlangt werden.“

32) Auch die Bundesregierung als Kollegium ist dem Bundestag gegenüber verantwortlich: vgl. v. Mangoldt GG Vorbem. z. VI. Abschn. 2 a S. 330 f.; ders. Verhältnis S. 822; Koellreutter StR S. 206; Glum Staatsrechtl. Stellung S. 16; vgl. ferner § 83 Abs. II Zif. 4 StGB.

33) Vgl. Bayer. VerfGH v. 10. 11. 1950 Bayer. GVBl. 1950 S. 259.

34) Vgl. hierzu Klein RStW Bd. IV S. 193.

35) Vgl. Küchenhoff AöR Bd. 79 S. 226.

handeln solle (wie unter der WRV), so ist nur sie ermächtigt. Eine Er-
streckung der Ermächtigung ist dann unzulässig.³⁶

13) Ein weiteres Argument für die Unzulässigkeit der Wahrnehmung einer
gesetzlichen Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsver-
ordnungen durch einen Bundesminister tritt durch die Anwendung des
Art. 80 Abs. I S. 4 GG hinzu. Nach dieser Bestimmung darf eine Rechtsver-
ordnung nur dann von einer anderen als der im Gesetz bezeichneten Stelle
erlassen werden, wenn diese Befugnis im Gesetz ausdrücklich eingeräumt
ist. Zur Weiterübertragung der Ermächtigung bedarf es zudem einer Rechts-
verordnung. Dadurch wollte der Grundgesetzgeber die uferlose Übertragung
von Rechtsetzungsbefugnissen verhüten und sich die Entscheidung darüber
vorbehalten. Der Sinn ist der, daß der einfache Gesetzgeber von vornherein
bestimmen soll, wer von der Ermächtigung Gebrauch machen kann und soll.
Auch darin zeigt sich, daß die Ermächtigung grundsätzlich einem be-
stimmten Adressaten erteilt werden soll (Erfordernis der Bestimmtheit
des Adressaten einer Ermächtigung) und dann nur ihm zustehen soll. Wenn
aber die Bundesregierung durch Gesetz ermächtigt ist, während der Gesetz-
geber ebenso den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Bundesminister
hätte ermächtigen können (Art. 80 Abs. I S. 1 GG), so würde es eine Um-
gehung des Art. 80 Abs. I S. 4 GG darstellen, wollte man — ohne die Vor-
aussetzungen des Art. 80 Abs. I S. 4 GG (ausdrückliche Ermächtigung zur
Weiterübertragung und Rechtsverordnung) zu erfüllen — die Ermächtigung
der Bundesregierung auf den Bundesminister erstrecken. Denn auch diesen
Fall trifft Art. 80 Abs. I S. 4 GG.³⁷ Die Weiterübertragung der Befugnis von
der Bundesregierung auf einen Bundesminister wäre danach nur auf Grund
einer gesetzlichen Ermächtigung und in Form einer Rechtsverordnung rech-
tlich möglich.

14) Die bisherigen Erörterungen münden danach sämtlich in dem Ergebnis
aus, daß unter „Bundesregierung“ im Sinne des Art. 80 Abs. I S. 1 GG die
Bundesregierung i. e. S. verstanden werden muß und daß es unzulässig
erscheint, daß ein Bundesminister eine gesetzliche Zuständigkeit zum
Erlaß einer Rechtsverordnung anstelle der Bundesregierung im eigenen
Namen wahrnimmt. Diesem von der juristischen Seite her gewon-
nenen Schluß seien noch einige Bemerkungen aus der Praxis der
Bundesregierung angefügt. Diese regelt sich nach der GeschOBReg
vom 11. 5. 1951 (GMinBl 15/1951) und der GemGeschOIIBMin. Diese
unterscheiden im Gegensatz zu der Geschäftsordnung der Reichsregie-
rung und der Gemeinsamen Geschäftsordnung I der Reichsministerien
aus der Weimarer Zeit mit Rücksicht auf Art. 80 Abs. I S. 1 GG scharf
zwischen denjenigen Rechtsverordnungen, die durch die Bundesregierung,
und solchen, die durch einen Bundesminister zu erlassen sind (§ 30 Abs. I
GeschOBReg; § 56 Abs. I GemGeschOIIBMin). Rechtsverordnungen der ersten
Art werden durch den Bundeskanzler und den federführenden Bundes-
minister gezeichnet (§ 30 Abs. I S. 1 GeschOBReg; § 66 Abs. I GemGesch
OIIBMin), solche der zweiten Art nur durch den betreffenden Bundes-
minister (§ 66 Abs. II GemGeschOIIBMin). Daher sind der Bundesregierung
gemäß § 62 Abs. I GemGeschOIIBMin sämtliche Rechtsverordnungen, die
die Bundesregierung zu erlassen hat, im Entwurf von dem federführenden
Bundesminister als Kabinettsvorlage zur Beschlußfassung zu übersenden
(§ 15 Abs. I Zif. b GeschOBReg). Die GemGeschOIIBMin geht danach davon

36) Für eine enge Auslegung der Rechtsetzungsermächtigungen auch
Krüger DOV 1948 S. 79.

37) Vgl. auch v. Brünneck DOV 1951 S. 257 Anm. 5 und S. 260.

aus, daß bei Ermächtigung der Bundesregierung nur diese selbst die Rechts-
verordnungen beschließt und erläßt.^{38 39}

15) Das bisher Gesagte gilt einheitlich für die unter dem GG zulässigen
Rechtsverordnungen. An die Auslegung des Art. 80 Abs. I S. 1 GG hat sich
nun noch die einer weiteren Bestimmung des GG anzuschließen, die die
Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen regelt. Art. 119 GG
räumt der Bundesregierung das Recht ein, in Angelegenheiten der Flücht-
linge und Vertriebenen bis zu einer bundesgesetzlichen Regelung Verord-
nungen mit Gesetzeskraft zu erlassen.⁴⁰ In dieser Bestimmung wird also nur
die Bundesregierung und nicht — im Gegensatz zu Art. 80 Abs. I S. 1 GG —
ein Bundesminister als Ermächtigungsadressat genannt. Hier könnte die
Ansicht vertreten werden, daß auch der nach der Geschäftsverteilung zu-
ständige Bundesminister mitermächtigt sei, der Grundgesetzgeber also die
Bundesregierung i. w. S. als Ermächtigungsadressat bezeichnen wollte. Dem
wird man jedoch mit Rücksicht auf Stellung und Sinn der Bestimmung
nicht beipflichten können. Gerade aus der Tatsache, daß das GG im Gegen-
satz zu Art. 80 Abs. I S. 1 GG an dieser Stelle nur die Bundesregierung
ermächtigt, wird man den Schluß ziehen können und müssen, daß in
Art. 119 GG nur die Ermächtigung der Bundesregierung i. e. S. gewollt ist.
Diese Auslegung wird auch dem Sinn der Regelung am ehesten gerecht.
Die Vorschrift des Art. 119 GG stellt eine Ausnahmebestimmung dar und
ist daher eng auszulegen. Sie durchbricht zur Behebung von Notlagen in
einer Übergangszeit den Grundsatz der Gewaltenteilung, indem sie die
Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates zum Erlaß von gesetz-
vertretenden Rechtsverordnungen anweist, ihr also erlaubt, anstelle des
Gesetzgebers tätig zu werden.⁴¹ Hier ist über das oben Ausgeführte hinaus
aus dem Ausnahmecharakter der Vorschrift zu folgern, daß nur die Bundes-
regierung i. e. S. ermächtigt sein soll.⁴²

16) Bisher wurde lediglich die Rechtslage für die Ermächtigungen be-
leuchtet, die in Gesetzen aus der Zeit des GG ausgesprochen sind. Für
die Ermächtigungen aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages
bestimmt Art. 129 Abs. I S. 1 GG, daß die Ermächtigungen zum Erlaß von
gesetzdurchführenden Rechtsverordnungen auf die „nunmehr sachlich zu-
ständigen Stellen“ übergehen, während die Ermächtigungen zum Erlaß
von gesetzvertretenden und gesetzergänzenden Rechtsverordnungen

38) Vgl. einerseits § 25 Abs. II GeschORReg; andererseits § 30 Abs. I
GeschOBReg.

39) Diese Regel wurde allerdings in der Praxis nicht immer eingehalten;
vgl. Küchenhoff AöR Bd. 79 S. 229.

40) Art. 119 GG enthält eine direkte Ermächtigung der Bundesregierung
durch das GG zum Erlaß von gesetzvertretenden Rechtsverordnungen. Es
bedarf daher — abweichend von der Bestimmung des Art. 80 Abs. I S. 1 GG
— keiner Ermächtigung durch den einfachen Gesetzgeber für jeden einzel-
nen Fall; vgl. Holtkotten BonnK zu Art. 119 Anm. II 1 a; v. Mangoldt GG
zu Art. 119 Anm. 2 S. 615.

41) Vgl. Klein RStW Bd. IV S. 195.

42) Vgl. Holtkotten BonnK zu Art. 119 Anm. II 3 a; v. Mangoldt GG zu Art.
119 Anm. 2 S. 616. Allerdings stützt v. Mangoldt diesen Schluß auf die ver-
fehlte Begründung, eine ausschließliche Zuständigkeit der Bundesregierung
als Kollegium sei in diesem Falle deshalb gegeben, weil die gesetzvertre-
tenden Rechtsverordnungen immer über einen einzelnen Geschäftsbereich
hinaus allgemeine Bedeutung hätten. Darauf kann man — wie gezeigt —
die ausschließliche Zuständigkeit des Kollegiums nicht stützen.

erlöschen (Art. 129 Abs. III GG). Die für Art. 141 des Entwurfs des Parlamentarischen Rates vorgeschlagene Fassung, daß sie auf die „entsprechenden“ Stellen übergehen sollten, wurde im Parlamentarischen Rat nicht angenommen.⁴³ Das zeigt, daß nicht unbedingt eine Ermächtigung, zum Beispiel der Reichsregierung, auf die Bundesregierung übergeht. Es ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, welche Stelle zuständig wäre, wenn die Ermächtigung unter Berücksichtigung der heutigen Zuständigkeitsverteilung⁴⁴ erteilt worden wäre.⁴⁵ Wenn aber einmal die Ermächtigung auf eine bestimmte Instanz übergeleitet ist, so gilt das oben Ausgeführte. Ist die Bundesregierung als ermächtigt zu betrachten, so darf ein Bundesminister auch nicht die gesetzliche Kompetenz wahrnehmen, die auf Grund der alten Ermächtigung auf sie übergegangen ist.

17) Als Ergebnis der bisher unternommenen Verfassungsauslegung ist zusammenfassend festzuhalten: Es hat sich erwiesen, daß „Bundesregierung“ im Sinne des Art. 80 Abs. I S. 1 GG und des Art. 119 GG die Bundesregierung i. e. S. ist. Damit ist durch eine vorliegende Ermächtigung der Bundesregierung nur diese befugt, Rechtsverordnungen zu erlassen. Mit Rücksicht darauf erscheint es als unzulässig, daß ein Bundesminister die Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen wahrnimmt.⁴⁶ Die Zuständigkeitszuteilung des auf Art. 80 Abs. I S. 1 GG beruhenden, die Bundesregierung als Ermächtigungsadressaten bezeichnenden Gesetzes und des Art. 119 GG trifft eindeutig die Bundesregierung i. e. S. und nicht den Bundesminister.

18) Mit dieser Feststellung ist der Weg freigegeben, um in die zweite Stufe der Untersuchung einzutreten. Diese muß erweisen, ob der Bundesminister sich nicht dennoch auf eine Befugnis berufen kann, eine in die Kompetenz der Bundesregierung fallende Rechtsverordnung in eigenem Namen zu erlassen. Wie oben ausführlich erörtert, könnte er eine derartige „Wahrnehmungszuständigkeit“ nur aus einer Rechtsquelle herleiten, die die Ermächtigungsnorm abzuändern geeignet wäre, d. h. dieser gegenüber derogierende Kraft besäße. Der Bundesregierung wird die Zuständigkeit zum Erlaß von Rechtsverordnungen im Falle des Art. 80 Abs. I S. 1 GG durch einfaches Gesetz und im Falle des Art. 119 GG unmittelbar durch die Verfassung erteilt. Wenn diese Zuständigkeit durch eine Wahrnehmungszuständigkeit eingeschränkt werden soll, muß der diese enthaltende Rechtssatz in einem entsprechenden Rang stehen, um die Ermächtigungsnorm abändern zu können.

43) Vgl. v. Doemming-Füßlein-Matz Entstehungsgeschichte S. 852 f.

44) Sofern die Angelegenheit überhaupt in den Bundes-, nicht in den Landesbereich fällt. Die letzteren Fälle scheiden hier aus. Vgl. dazu Abg. Süsterhenn 39. Sitz. des Hauptaussch. des Parl. Rat. v. 14. 1. 1949 Sten. Prot. S. 492.

45) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 129 Anm. 2 S. 633: „... soll nach dem GG nicht schlechthin das Nachfolgeorgan des früher zuständigen Organs zuständig sein, sondern das Organ, das nach dem GG ... zuständig wäre“; vgl. ferner Holtkotten BonnK zu Art. 129 Anm. I u. II 2 a; Kleinrahm DOV 1952 S. 104 ff.; Kratzer Bayer. Staatsanz. Nr. 46 v. 19. 11. 1949 u. Nr. 13 v. 1. 4. 1950 S. 5; BVerfG v. 7. 7. 1955 NJW 1955 S. 1270 f.

46) So auch v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351; Klein RStW Bd. IV S. 182; B. Wolff AöR Bd. 78 S. 217 f.; Kratzer DOV 1952 S. 231 f.; Maunz StR 3. A. S. 150; a. A. v. Brünneck DOV 1951 S. 257; Berger Referat; Maunz StR 2. A. S. 144; vgl. auch Spreng-Birn-Feuchte Verf. d. L. Bad.-Wttbg. zu Art. 61 Anm. 8 S. 206.

Als Rechtssatz, aus dem der Bundesminister möglicherweise eine Wahrnehmungszuständigkeit herleiten könnte, wurde oben Art. 65 S. 2 GG genannt. Eine Prüfung muß ergeben, ob dieser Verfassungssatz eine Zuständigkeit für den Bundesminister einschließt, die Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen wahrzunehmen. Der Art. 65 S. 2 GG sichert dem Bundesminister Selbständigkeit im Bereich seines Ressorts zu. Der Bundesminister soll innerhalb seines Geschäftsbereichs, d. h. als Organ „Bundesminister“, von jeglichen Entscheidungen anderer Instanzen freigestellt und nur den Richtlinien der Politik (Art. 65 S. 1 GG) unterworfen sein. Dafür wird ihm die Verantwortung für seine Maßnahmen und Entscheidungen überbürdet. Wenn der Bundesminister aber in diesem Rahmen selbständig sein und die Verantwortung tragen soll, so kann das nichts anderes bedeuten, als daß er innerhalb seines Geschäftsbereichs allein und ausschließlich zuständig sein soll.⁴⁷ Das GG enthält damit in Art. 65 S. 2 GG die Garantie der alleinigen Zuständigkeit des Ressortministers, soweit er als solcher tätig wird. Dieser Grundsatz müßte — so sollte man folgern können — auch für den Fall gelten, daß der Gegenstand einer zu erlassenden Rechtsverordnung ausschließlich in den Bereich eines fachlich begrenzten Ressorts fällt. In diesem Falle müßte daher der Bundesminister ausschließlich zuständig sein und dann, wenn die Ermächtigung die Bundesregierung als Adressaten nennt, diese Kompetenz in eigenem Namen unter Berufung auf Art. 65 S. 2 GG wahrnehmen können. Er müßte dann, wenn die Rechtsverordnung ressortgebundene Fragen regeln soll, aus Art. 65 S. 2 GG eine Wahrnehmungszuständigkeit herleiten können. Der Bundesminister wird als Argument verwenden, daß diese Bestimmung der Vorschrift des einfachen Gesetzes, die die Ermächtigung der Bundesregierung enthält, und selbst der Ausnahmvorschrift des Art. 119 GG vorgehe, es sei denn, daß die Anwendung dieses Verfassungssatzes durch andere Verfassungsbestimmungen ausgeschlossen wird, d. h. gegenüber der Ermächtigungsnorm derogierende Wirkung nicht entfalten kann.

19) Eine solche Bestimmung findet sich in dem Grundsatz der Gewaltengliederung und dem aus ihm folgenden Satz, daß die Organe jeder der drei Gewalten in ihrem Bereich die alleinige Verfügung und Entscheidung zu beanspruchen haben, wie er in Art. 20 Abs. II S. 2 GG seinen Niederschlag gefunden hat.

Man darf bei Erwägung der aus Art. 65 S. 2 GG folgenden ausschließlichen Ressortzuständigkeit nicht übersehen, daß im vorliegenden Falle die Bundesregierung in Ausübung rechtsetzender Gewalt tätig wird. Sie bewegt sich also auf dem ihr fremden Gebiet der Gesetzgebung, auf dem sie nur kraft ausdrücklicher Ermächtigung tätig werden darf.

Im Rahmen des Art. 80 Abs. I S. 1 GG steht dem Gesetzgeber die alleinige und endgültige Entscheidung über die Auswahl des Ermächtigungsadressaten zu.⁴⁸ Bei dieser Entscheidung ist er nicht an die sachliche Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche zwischen Bundesregierung und Bundesminister gebunden, da er hier über (seine) rechtsetzende Gewalt verfügt.⁴⁹ Die Zu-

47) v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 4 S. 350; Prass DV 1949 S. 323.

48) Vgl. oben S. 64 f.

49) Es ist in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt, welchem Regierungsorgan er eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen erteilt. Allerdings würde der Gesetzgeber die Grenzen seines Ermessens überschreiten, wenn er durch eine Ermächtigung ein Regierungsorgan mit durchaus ressortfremden Angelegenheiten befaßte, um ein anderes Regierungsorgan zu umgehen. Er würde damit den Grundsatz verletzen, daß

ständigkeitsbestimmungen des § 15 Abs. I GeschOBReg und des Art. 65 S. 2 GG werden eingeschränkt durch Art. 80 Abs. I S. 1 GG, nach dem eine Zuständigkeit der Bundesregierung oder eines Bundesministers zum Erlaß von Rechtsverordnungen nur durch eine ausdrückliche Ermächtigung des Gesetzgebers begründet werden kann. In diesem Bereich schafft also der Gesetzgeber mit jeder einzelnen Ermächtigung erst die Kompetenz (und damit zugleich die Zuständigkeit des ermächtigten Organs). Erst durch die Ermächtigung wird die vom Gesetzgeber übertragene Rechtsetzungsbefugnis Bestandteil des Geschäftsbereichs der Bundesregierung oder eines Bundesministers.

Da sich aus Art. 65 S. 2 GG keine allgemeine Zuständigkeit zum Erlaß sachlich ressortgebundener Rechtsverordnungen herleiten läßt, kann diese Bestimmung im Bereich der übertragenen rechtsetzenden Gewalt auch keine Wahrnehmungszuständigkeit begründen. Der Bundesminister kann daher nicht unter Berufung darauf, daß eine zu erlassende Rechtsverordnung eine Angelegenheit regelt, die ausschließlich in seinen (sachlichen) Geschäftsbereich falle, die Kompetenz der durch Gesetz ermächtigten Bundesregierung wahrnehmen. Die ausschließliche Zuständigkeit des Bundesministers für alle in seinen sachlichen Geschäftsbereich einschlägigen Angelegenheiten (Art. 65 S. 2 GG) und die für diese streitende Vermutung muß versagen, wenn die Bundesregierung durch Gesetz zum Erlaß der Rechtsverordnung ermächtigt ist.⁵⁰ Die Bundesregierung kann daher auch die Rechtsverordnungen, die ausschließlich ressortgebundene Gegenstände betreffen, selbst erlassen, wenn sie gesetzlich ermächtigt ist.

Im Ergebnis ist daher die Unzulässigkeit der Wahrnehmung der Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen durch einen Bundesminister festzustellen.

20) Sollte ein Bundesminister dennoch auf diese Weise in die Zuständigkeit der Bundesregierung eingreifen und eine Rechtsverordnung erlassen, zu deren Erlaß die Bundesregierung zuständig ist, so ist die Rechtsverordnung als unzulässig zu betrachten.⁵¹ Das ist zwar im Hinblick auf die Praxis bedauerlich,⁵² aber nach Festlegung des rechtlichen Standpunkts unvermeidlich.

Daher heißt es mit Recht in den Arbeitsergebnissen der Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten:

„Im Hinblick auf die bestehende Streitfrage⁵³ empfiehlt es sich, in der Ermächtigung klarzustellen, ob von ihr die Bundesregierung als solche oder ein einzelner Bundesminister Gebrauch machen darf.“⁵⁴

alle staatlichen Organe, da sie als Glieder ein und desselben Staatswesens einen gemeinsamen staatlichen Zweck verfolgen, sich in ihrer Tätigkeit zu fördern, jedenfalls nicht zu hindern haben, und würde verfassungswidrig handeln.

50) Art. 65 S. 2 GG gilt uneingeschränkt, wenn der Bundesminister selbst zum Erlaß einer Rechtsverordnung ermächtigt ist; dann besteht auch insofern eine Verantwortung des Bundesministers, da die Kompetenz (der Erlaß der Rechtsverordnung) Bestandteil seines Geschäftsbereiches geworden ist.

51) Vgl. Jacobi HdbdDStR Bd. II § 77 S. 254; Forsthoff L. d. VerwR. S. 116.

52) Vgl. Übersicht bei Küchenhoff AöR Bd. 79 S. 226 ff.

53) Besser: Unklarheit.

54) JZ 1952 S. 93 Zif. 8.

§ 13 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von Rechtsverordnungen durch die Bundesregierung

1) a) Im folgenden Abschnitt ist die Frage zu untersuchen, ob die Bundesregierung i. e. S. eine gesetzliche Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von Rechtsverordnungen wahrnehmen kann. Beim ersten Anblick will es scheinen, als sei die Frage lediglich umgekehrt zu stellen und unter entsprechender Auswechslung der beiden Regierungsorgane zu beantworten. Diese Meinung würde indes an der Problematik vorbeigehen. Immerhin ist die Regierung das umfassendere Regierungsorgan — in gewisser Hinsicht die höhere Ebene —, so daß die größere politische Potenz der Gesamtregierung die Annahme nahelegen könnte, die Wahrnehmung der Kompetenz des Bundesministers durch die Bundesregierung sei stets zulässig. Es bedarf daher eingehender Untersuchung, ob sich die Frage auf diese oder jene Weise beantworten läßt.

b) Unter der WRV konnte auch ein einzelner Reichsminister zum Erlaß von Rechtsverordnungen durch Gesetz ermächtigt werden.⁵⁵ Indes scheint — soweit ersichtlich — die Frage der Wahrnehmung dieser Kompetenz durch die Reichsregierung nicht aufgetaucht zu sein.⁵⁶ Unter dem GG wird die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von Rechtsverordnungen durch die Bundesregierung im Schrifttum überwiegend verneint.⁵⁷

2) Ein Bundesminister kann eine gesetzliche Zuständigkeit zum Erlaß von Rechtsverordnungen nur durch ein formelles Gesetz erhalten (Art. 80 Abs. I S. 1 GG), und zwar durch eine auf ihn lautende Ermächtigung des einfachen Gesetzgebers. Da diese Ermächtigung, um wirksam zu sein, durch den Art. 80 Abs. I S. 1 gedeckt sein muß, leitet der Bundesminister seine Zuständigkeit mittelbar aus der Verfassung ab, denn diese erteilt die allgemeine Erlaubnis zur Übertragung rechtsetzender Gewalt an bestimmte Adressaten und macht die Ausübung im Einzelfall von einer Ermächtigung durch formelles Gesetz abhängig. Das festzuhalten wird für die Folge wichtig sein. Eine Zuständigkeit zum Erlaß von gesetzvertretenden Rechtsverordnungen gem. Art. 119 GG steht dem Bundesminister — wie gezeigt — nicht zu, so daß nur gesetzliche Ermächtigungen gem. Art. 80 Abs. I S. 1 GG in die Betrachtung einbezogen zu werden brauchen.

3) Die vorliegende Frage könnte dann von Bedeutung werden, wenn eine Angelegenheit zur Regelung durch Rechtsverordnung ansteht, die die Bundesregierung wegen ihrer allgemeinen innen- oder außenpolitischen, wirtschaftlichen, sozialen, finanziellen oder kulturellen Bedeutung (§ 15 Abs. I GeschOBReg) durch Beschluß des Bundeskabinetts zu behandeln wünscht oder wenn ein an sich gesetzlich ermächtigter Bundesminister in diesem Falle die Verantwortung auf eine breitere Basis stellen möchte.⁵⁸ Immer

55) Vgl. Hatschek StR Bd. II S. 122; Apelt Geschichte d. WV S. 257.

56) Vgl. Berger Referat.

57) Vgl. v. Brünneck DOV 1951 S. 257 ff.; Berger Referat; Klein RStW Bd. IV S. 182; B. Wolff AöR Bd. 78 S. 217 f.

a. A. Maunz StR 3. A. S. 150.

Vgl. auch Spreng-Birn-Feuchte Verf. d. L. Bad.-Wttbg. zu Art. 61 Anm. 8 S. 206 f.; Wttbg.-Bad VGH v. 26. 7. 1951 VerwRspr. Bd. 6 (1954) Nr. 115 S. 518.

58) Vgl. v. Brünneck DOV 1951 S. 258.

aber — das ist zu betonen — handelt es sich darum, ob die Bundesregierung eine derartige Rechtsverordnung, deren Erlaß nach dem Gesetzeswortlaut dem Bundesminister obliegt, als eigene gem. § 30 Abs. I S. 1 Gesch OBReg; §§ 56, 66 Abs. I GemGeschOIBMin erlassen und zeichnen darf.

4) Um einen Ausgangspunkt für die Behandlung der Frage zu gewinnen, scheint es vorteilhaft, sich die oben erlangten Ergebnisse in der umgekehrten Frage gegenwärtig zu machen, da ein großer Teil von ihnen auch für die Erörterung des vorliegenden Problems bedeutsam ist.

Gegenüber der Weimarer Zeit hat sich der verfassungsrechtliche Zustand auf diesem Gebiet durch Schaffung des seinem Wortlaut nach klaren Art. 80 Abs. I S. 1 GG verändert. Diese Bestimmung sagt ausdrücklich, daß auf der einen Seite die Bundesregierung, auf der anderen Seite ein Bundesminister zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt werden kann. Damit wird der Gesetzgeber gezwungen, jeweils bei Beratung und Beschluß eines Gesetzes zwischen diesen beiden Regierungsorganen — Bundesregierung oder Bundesminister — zu wählen und sich zu entscheiden, welchem von beiden er die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen übertragen soll. Dadurch wird die Vermutung begründet, daß bei einer vorliegenden gesetzlichen Ermächtigung der Gesetzgeber diese Entscheidung wirklich getroffen hat. Wenn man aber davon ausgeht, so ist es selbstverständlich, daß die Willensäußerung des Gesetzgebers zu respektieren ist.⁵⁹ Denn da jede Übertragung rechtsetzender Gewalt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltentrennung (Art. 20 Abs. II S. 2 GG) ist, muß jede Bestimmung, die eine solche zuläßt, eng ausgelegt werden. Das gilt auch in bezug auf das Erfordernis der Bestimmtheit des Adressaten. Zudem wäre jede Erstreckung der Ermächtigung eine Umgehung des Art. 80 Abs. I S. 4 GG, der eine Untermächtigung an die Beobachtung ganz bestimmter enger Voraussetzungen knüpft.

5) Daraus ergibt sich umgekehrt: Wenn der Gesetzgeber in dem zugrundeliegenden Gesetz einen Bundesminister ermächtigt hat, so hat er seine Entscheidung dahin getroffen, daß dieser Minister diese Zuständigkeit wahrzunehmen hat. Auch hier — im umgekehrten Fall — besteht die Vermutung (angesichts der alternativen Fassung des Art. 80 Abs. I S. 1 GG), daß der Gesetzgeber das tatsächlich im Gesetz ermächtigte Organ ermächtigen wollte — daß dieses der „richtige Adressat“ ist. Insofern müssen die oben gemachten Ausführungen auch dann Geltung haben, wenn das andere alternativ in Art. 80 Abs. I S. 1 GG genannte Regierungsorgan — ein Bundesminister — im Gesetz als Ermächtigungsempfänger genannt ist.⁶⁰

6) Auch folgende Überlegungen sind geeignet, zur Lösung des Problems zu führen: Die Erteilung einer gesetzlichen Ermächtigung schafft für den Adressaten nicht nur eine Befugnis, von ihr bei gegebener Gelegenheit Gebrauch zu machen, sondern sie beinhaltet darüber hinaus und mit jener unlösbar verknüpft die Verpflichtung, sie auszuüben, wenn die Materie regelungsbedürftig ist.⁶¹ Wie allgemein im Rechtsleben ergänzen sich Recht und Pflicht. Das bedeutet für das vorliegende Problem, daß mit der Befugnis zum Erlaß einer Rechtsverordnung den Minister Auftrag und Verpflichtung

trifft, sie im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Aufgaben auszuüben.⁶² Es ist ihm verwehrt, auf seine Zuständigkeit zu verzichten.⁶³ Wenn einem Bundesminister die Zuständigkeit zum Erlaß von Rechtsverordnungen übertragen wird, so trägt er für die Erfüllung dieser Aufgabe die Verantwortung, da diese Kompetenz durch die Ermächtigung zu einem Bestandteil seines Geschäftsbereichs wird.⁶⁴

7) a) Ob und inwieweit den Bundesminister eine echte parlamentarische Verantwortung trifft,⁶⁵ ist nicht unbestritten.⁶⁶ Einige folgern aus der im Verhältnis zur Weimarer Zeit wesentlich stärkeren Stellung des Kanzlers, daß nur er und nicht die Bundesminister eine parlamentarische Verantwortung zu tragen hätten. Eine gewisse Stütze findet diese Auffassung darin, daß nach dem GG die Minister nicht der Ministeranklage unterliegen und daß der Bundestag einem einzelnen Bundesminister nicht mit der Wirkung das Mißtrauen aussprechen kann, daß dieser zurückzutreten hat. Wenn man allerdings Ministeranklage und gesondertes, zum Rücktritt verpflichtendes Mißtrauensvotum als Kriterien der parlamentarischen Verantwortlichkeit eines Ministers versteht, liegt diese Ansicht nahe. So spricht sich denn auch die herrschende Lehre im Schrifttum in dieser Richtung aus.⁶⁷ Zum Teil wird angenommen, Art. 65 S. 2 GG beinhalte nur eine politische Verantwortung des Bundesministers dem Bundeskanzler gegenüber.⁶⁸ Die Lö-

62) Vgl. Münch BReg S. 30.

63) Vgl. Kratzer Bayer. Staatsanzeiger Nr. 13 v. 1. 4. 1950 S. 4; Triepel Bericht S. 21.

64) Vgl. oben S. 70.

65) Vgl. Frhr. M. v. Bieberstein HdbdDStR Bd. I § 45 S. 523: „Die Vorstellung einer Verantwortlichkeit umfaßt das Entstehen eines selbständig Handelnden für die Erfüllung einer Pflicht, die er einem andern schuldet, die Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens muß (und darf) der Verantwortliche dem Berechtigten dartun.“

66) Das Problem der Verantwortlichkeit der Bundesminister wird an dieser Stelle in breiterer Ausführung behandelt, da es auch für die folgenden Abschnitte von Bedeutung ist.

67) Eine parlamentarische Verantwortung des Bundesministers unter dem GG lehnen ab: v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 4 S. 350 (s. a. unten); Koellreutter StR S. 206; Münch BReg S. 220 ff.; Glum Kritische Bemerkungen S. 51; Schälzel Neue Verwaltung 1949 S. 22.

Nawiasky Grundgedanken S. 99 erwähnt, daß die Bundesminister einem Mißtrauensvotum nicht ausgesetzt seien, bezeichnet dieses aber als nur „typisches Instrument des parlamentarischen Systems“.

Maunz StR 3. A. S. 249 f. ist der Ansicht, zwischen Bundesregierung und Bundestag herrsche das parlamentarische System, nur der Bundeskanzler sei jedoch einem Mißtrauensvotum unterworfen. Ähnlich meint v. Mangoldt GG Vorbem. 2 z. VI. Abschn. S. 331 und ders. Verhältnis S. 822 die Bundesregierung als Ganze und damit mittelbar jedes einzelne Mitglied sei dem Bundestag verantwortlich (vgl. aber seine teilweise abweichende Meinung in GG zu Art. 65 Anm. 4 S. 350).

Nach Klein Übertragung rechtsetzender Gewalt S. 91 ff. unterliegen die Bundesminister zwar keiner unmittelbaren, aber einer eigenen politischen bzw. parlamentarischen Verantwortung (a. a. O. S. 93).

Für eine echte parlamentarische Verantwortung der Bundesminister: v. Brünneck DOV 1951 S. 258 f.; Berger Referat; ähnlich Praß DV 1949 S. 324; anscheinend auch Loening DVBl 1954 S. 175 f. und Köttgen DOV 1954 S. 5.

68) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 4 S. 350; Meder BonnK zu Art. 65 Anm. II 6; Giese GG zu Art. 65 Anm. II 3 S. 117; Eschenburg DOV 1954 S. 199.

59) Vgl. v. Brünneck DOV 1951 S. 260; Klein RStW Bd. IV S. 182.

60) Vgl. Wittbg.-Bad. VGH v. 26. 7. 1951 VerwRSpr Bd. 6 Nr. 115 S. 518: „Eine durch Gesetz dem Innenministerium zugewiesene Zuständigkeit kann nicht durch die Regierung ausgeübt werden.“

61) Vgl. B. Wolff AöR Bd. 78 S. 217; v. Brünneck DOV 1951 S. 258; Berger Referat.

sung der Frage wird also entscheidend davon abhängen, was man unter „Verantwortung dem Bundestag gegenüber“ versteht.⁶⁹

b) Es ist zuzugeben, daß das GG dem Kanzler eine wesentlich stärkere Stellung als die WRV eingeräumt hat.⁷⁰ Nur er wird vom Parlament gewählt (Art. 63 GG), während die Bundesminister auf Vorschlag des Bundeskanzlers vom Bundespräsidenten ernannt werden (Art. 64 Abs. I GG). Nur der Bundeskanzler ist einem zum Rücktritt verpflichtenden Mißtrauensvotum des Bundestages ausgesetzt (Art. 67 GG).⁷¹ Das Amt eines Bundesministers erledigt sich mit jeder Erledigung des Amtes des Bundeskanzlers (Art. 69 Abs. II GG) — er steht und fällt also mit dem Kanzler.

Es würde aber zu weit gehen, daraus zu folgern, daß damit die Regelung der RV von 1871 aufgegriffen werden sollte und daß unter „Bundesregierung“ nur der Kanzler zu verstehen wäre, während die Minister in seinem Schatten stehen und seine Entschlüsse ausführen sollten, noch daß der Bundeskanzler die alleinige Verantwortung für die Erfüllung der Regierungsaufgaben zu tragen hätte.⁷² Diese Folgerung verbietet sich mit Rücksicht auf die durch das GG ausgebildete Organstellung des Bundesministers.⁷³ Daß dieser Schluß unrichtig wäre, zeigt darüber hinaus die ausdrückliche Bestimmung des Art. 65 S. 2 GG, der dem Bundesminister eigene Verantwortung auferlegt.⁷⁴ Daher ist es nicht zwingend zu folgern, daß nur der Bundeskanzler und nicht auch die Bundesminister parlamentarische Verantwortung tragen.

Würde man dagegen annehmen, in Art. 65 S. 2 GG sei die politische Verantwortung gegenüber dem Bundeskanzler gemeint,⁷⁵ so würde diesem die Stellung eines Vorgesetzten zugewiesen, die er für den Ressortbereich nach dem System des GG gerade nicht haben soll.

c) Weiter wird man berechtigte Zweifel hegen können, ob Ministeranklage und gesondertes, zum Rücktritt verpflichtendes Mißtrauensvotum als Kriterien jeder echten parlamentarischen Verantwortung zu betrachten sind.

Was die Ministeranklage anlangt, so muß zunächst auffallen, daß auch der Bundeskanzler einer Ministeranklage im hergebrachten Sinne, wie z. B. Art. 59 WRV sie vorsah, nicht unterliegt.⁷⁶ Insofern kann aber kein Zweifel bestehen, daß der Bundeskanzler dem Bundestag gegenüber eine echte Ver-

69) Vgl. **Frhr. M. v. Bieberstein** HdbdDStR Bd. I § 45 S. 523: „Die Verantwortlichkeit, die das geltende Verfassungsrecht den Reichsministern auferlegt, äußert sich in der ihnen obliegenden rechtlichen Verpflichtung, für die Redtmäßigkeit ihrer Amtsführung dem Reichstage gegenüber einzustehen und sich vor ihm, daneben aber (bei Gesetzesverletzung) auf seine Anklage hin auch vor dem Staatsgerichtshof persönlich zu rechtfertigen.“ Vgl. auch a. a. O. Anm. 10 „Ministerverantwortlichkeit ist rechtliche Verantwortlichkeit.“

70) Vgl. **v. Mangoldt** GG Vorbem. 2c z. VI. Abschn. S. 333.

71) Über die Beweggründe und Hintergründe des fehlenden Mißtrauensvotums gegenüber einem Bundesminister vgl. **Glum** Kritische Bemerkungen S. 47 ff. (49, 51).

72) Vgl. **Glum** Kritische Bemerkungen S. 51.

73) Vgl. oben § 7.

74) Vgl. auch **Abg. Dr. Schmid** in der 33. Sitz. des Hauptausschusses des Parl. Rat. v. 8. 1. 1949 (Sten. Prot. S. 410).

75) Vgl. S. 73 Anm. 68.

76) Vgl. Bericht des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee darst. Teil S. 45: „Die Ministeranklage hat sich als eine Einrichtung des konstitutionellen Regimes entwickelt, die in einem System mit parlamentarischer Verantwortlichkeit ihren eigentlichen Sinn verloren hat.“

antwortung trägt. Überhaupt ist bemerkenswert, daß der Grundgesetzgeber gerade den Bundespräsidenten ungeachtet der geringen Tragweite seiner Funktionen, nicht aber die Mitglieder der Bundesregierung als eigentliche Träger der politischen Macht⁷⁷ einer verfassungsrechtlichen Anklage unterworfen hat. Daraus wird man entnehmen können, daß dieser Institution nur noch traditionelle, nicht aber irgendeine praktische Bedeutung beigemessen worden ist.⁷⁸ Daher kann die Ministeranklage nur als ein — wenn auch fragliches — Mittel zur Geltendmachung parlamentarischer Verantwortung, nicht aber als Kriterium einer solchen betrachtet werden.⁷⁹

d) Ebenso wenig kann man aus dem Fehlen eines echten Mißtrauensvotums im GG darauf schließen, daß der Bundesminister dem Bundestag gegenüber nicht verantwortlich ist. Dieses verfassungsrechtliche Institut wurde im Falle der Minister nicht in das System des GG aufgenommen, um die Homogenität der Bundesregierung zu sichern und zu verhindern, daß der Bundestag Minister aus der Bundesregierung „herausschießen“ kann⁸⁰ und dem Bundeskanzler (insbesondere einem Minderheitskanzler) dadurch die Erfüllung der Regierungsaufgaben erschwert oder unmöglich macht.⁸¹ Der Bundeskanzler soll sich mit Persönlichkeiten seines Vertrauens umgeben können.⁸² Es liegt nach den Erfahrungen unter der WRV in der Tendenz des GG, im Interesse der Stabilität der Regierung die Verantwortlichkeit und ihre Geltendmachung an strengere Voraussetzungen zu knüpfen als unter der WRV. Das findet außer in dem Fehlen des Mißtrauensvotums gegenüber einem Bundesminister auch darin seinen Ausdruck, daß ein Mißtrauensvotum dem Bundeskanzler gegenüber (Art. 67 GG) erschwert ist. Aus dieser Entscheidung des GG wird man jedoch schwerlich den Willen des Grundgesetzgebers folgern können, den Bundesminister von einer parlamentarischen Verantwortung freizustellen.⁸³

77) Vgl. **Münch BReg** S. 2.

78) Die geringe Bedeutung der Ministeranklage hebt auch **Münch BReg** S. 32, 220 f. hervor.

79) So betrachten **Klein** Übertragung rechtsetzender Gewalt S. 91; **Kaufmann** Hdb. d. Pol. Bd. III S. 46; **Frhr. M. v. Bieberstein** HdbdDStR Bd. I § 45 S. 539 die Ministeranklage nur als ein Mittel zur Geltendmachung der Ministerverantwortlichkeit.

80) Der Abgeordnete **Dr. Katz** begründete in der 33. Sitzung des Hauptaussch. d. Parl. Rat. am 8. 1. 1949 (Sten. Prot. S. 409) den Vorschlag des Allg. Redaktionsausschusses mit der Unmöglichkeit einer Minderheitsregierung, wenn der Bundestag zwar nicht den Kanzler, aber seine sämtlichen Minister stürzen und die Regierung dadurch lahmlegen könne. Vgl. **Abg. Lehr** Schr. Ber. GG S. 20.

81) Vgl. **v. Mangoldt** Verhältnis S. 822.

82) Vgl. **v. Mangoldt** GG zu Art. 64 Anm. 1 S. 344; **Dennewitz-Meder** BonnK zu Art. 64 Anm. II 2.

83) Daß eine parlamentarische Verantwortlichkeit trotz fehlender Möglichkeit eines zum Rücktritt verpflichtenden Mißtrauensvotums nicht undenkbar ist, zeigt das Beispiel der bayerischen Verfassung, die in Art. 51 die Verantwortung des Staatsministers „dem Landtag gegenüber“ festlegt, im übrigen aber ein Mißtrauensvotum weder gegen einen einzelnen Staatsminister noch gegen den Ministerpräsidenten kennt: vgl. **Nawiasky** Verf. d. Fr. Bayern Syst. Teil S. 37, zu Art. 44 S. 121, zu Art. 47 S. 125 f., zu Art. 51 S. 134.

e) Ministeranklage und Mißtrauensvotum sind auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur — soweit ersichtlich — bisher stets nur als Mittel betrachtet worden, parlamentarische Verantwortlichkeit zur Geltung zu bringen.⁸⁴ Ebensovienig wie die Durchsetzbarkeit Kriterium des Rechts überhaupt ist,⁸⁵ können bestimmte verfassungsrechtliche Zwangsmittel als Kriterien einer parlamentarischen Verantwortung gelten, sondern diese besteht unabhängig von ihnen.

f) Im übrigen gewährt das Verfassungssystem des GG geeignete Mittel, die parlamentarische Verantwortlichkeit geltend zu machen. Klein⁸⁶ nennt als wesentliche Mittel zur Geltendmachung parlamentarischer Verantwortlichkeit die Einrichtungen der Information, der Interpellation und der Petition. Ein wesentlicher Ausdruck der Ministerverantwortlichkeit ist die Tatsache, daß der Bundestag jederzeit das Erscheinen der Bundesminister im Bundestag oder seinen Ausschüssen verlangen (Art. 43 Abs. I GG) und darüber hinaus fordern kann, daß der Minister Rede und Antwort steht.⁸⁷ So kann der Bundestag eine Untersuchung gegen einen Bundesminister eröffnen und das Erscheinen des Bundesministers vor dem Untersuchungsausschuß verlangen (Art. 44 GG i. V. m. Art. 43 Abs. I GG).⁸⁸ Gemäß § 110 GeschOBTag können Mitglieder des Bundestages Auskunft über bestimmte bezeichnete Tatsachen von der Bundesregierung (d. h. gemäß § 7 Abs. I S. 2 GemGeschOIBMin von dem zuständigen Bundesminister) verlangen⁸⁹ (kleine Anfrage).⁹⁰ Ferner kann jeder Abgeordnete in der Fragestunde des Bundestages mündliche Anfragen an einen Bundesminister richten, die dieser zu beantworten verpflichtet ist (§ 111 GeschOBTag; § 9 Abs. II GemGeschOIBMin). Über die Ausführung seiner Beschlüsse hat die Bundesregierung dem Bundestag Auskunft zu geben (§§ 115,

84) So zutreffend Kaufmann Hdb. d. Pol. Bd. III S. 46 ff.; Nawlasky Grundgedanken S. 99; ders. Verf. d. Fr. Bayern zu Art. 47 S. 125 f.; Frhr. M. v. Bieberstein HdbdDStR Bd. I § 45 S. 534 ff.

Glum Staatsrechtliche Stellung S. 6 bemerkt richtig, daß die parlamentarische Verantwortung durch das Mißtrauensvotum noch besonders hervorgehoben werde, vgl. auch Glum Parl. Regierungssystem S. 302.

85) Vgl. Stammler Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 148; Somlo Juristische Grundlehre S. 140 ff. (143); Gierke Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 114; ausführlich Binder Philosophie des Rechts S. 241 ff.; a. A. Radbruch Rechtsphilosophie S. 180; vgl. auch in anderem Zusammenhang v. Mangoldt GG zu Art. 85 Anm. 4 S. 463: „Aber Rechtspflichten und rechtliche Verantwortlichkeit können auch ohne Möglichkeit eines Zwanges bestehen.“ Vgl. auch BGH NJW 1955 S. 1276 ff. (1280).

86) Klein Übertragung rechtsetzender Gewalt S. 91 ff. (92).

87) Vgl. v. Brünneck DOV 1951 S. 258; Berger Referat; vgl. auch Frhr. M. v. Bieberstein HdbdDStR Bd. I § 45 S. 536 mit der richtigen Bemerkung, Anwesenheit bedeute nicht „stummes Dabeisitzen, sondern Beteiligung an den Verhandlungen.“

88) Vgl. v. Brünneck DOV 1951 S. 258; Berger Referat.

89) Vgl. Klein Übertragung rechtsetzender Gewalt S. 92 f.

90) Bei großen Anfragen (§§ 105 ff. GeschOBTag) besteht die Verpflichtung zur Antwort nicht, da hier der Bundestag im Mißtrauensvotum gegenüber dem Bundeskanzler (Art. 67 GG) jederzeit ein politisches Mittel hat, um auf den Bundeskanzler und die Bundesregierung einen Druck auszuüben, was ihm insofern gegenüber einem Bundesminister nicht möglich ist, vgl. Lechner-Hülshoff PuR Anm. 1 zu § 106 GeschOBTag S. 135.

116 GeschOBTag). Durch einen Mißbilligungsbeschluß⁹¹ kann der Bundestag einen Bundesminister wegen seines persönlichen Verhaltens öffentlich tadeln.⁹² Allein aus der Tatsache, daß diese Mißbilligung nicht die Verpflichtung zum sofortigen Rücktritt nach sich zieht⁹³ — wie in Art. 54 S. 2 WRV — kann man aber mit Rücksicht auf die starke politische Wirkung dieses Beschlusses, die den selbst auf die Mehrheitsparteien gestützten Bundeskanzler zu einem Schritt gem. Art. 64 Abs. I GG veranlassen kann,⁹⁴ nicht das Fehlen einer parlamentarischen Verantwortung des Bundesministers folgern. Darüber hinaus hat der Bundestag das Recht, bei der Beschlußfassung über den Haushaltsplan (Art. 110 Abs. II GG) den Etat des Ministeriums oder das Gehalt des Bundesministers zu streichen,⁹⁵ wie es im

91) Der Mißbilligungsbeschluß wird überwiegend auch unter dem GG für zulässig gehalten. Schon unter der RV v. 1871 gab es die Möglichkeit, den Reichskanzler in Ermangelung eines echten Mißtrauensvotums durch ein Mißbilligungsvotum zu tadeln (vgl. Schneider Geschäftsordnungen S. 309 f.) § 33 a GeschO d. Reichstags sah ein solches ausdrücklich vor, was zu dem Votum des Reichstags im Zabern-Konflikt 1913 führte (vgl. Schneider Geschäftsordnungen S. 309 Anm. 9).

Im Parlamentarischen Rat wurde das Mißbilligungsvotum überwiegend als unzulässig betrachtet (vgl. Sten. Prot. d. Hauptaussch. S. 413, 415, 644; ferner v. Doemming-Füsslein-Matz Entstehungsgeschichte S. 446). An diese im Text des GG nicht zum Ausdruck gelangte Ansicht des Grundgesetzgebers wird man indes nicht gebunden sein (vgl. grundsätzlich BVerfG v. 21. 5. 1952 BVerfGE 1, 299 [312]).

Folgende Autoren sprechen sich unter dem GG für die Zulässigkeit eines Mißbilligungsbeschlusses gegenüber einem Bundesminister aus: v. Mangoldt GG zu Art. 67 Anm. 3 S. 359; ders. Verhältnis S. 822; Maunz StR 3. A. S. 250; Schneider Kabinettsfrage S. 28 f.; vgl. auch Spreng-Birn-Feuchte Verf. d. Bad.-Wittbg. zu Art. 54 Anm. 5 S. 192; Glosse AöR Bd. 76 S. 340 f.; Bericht AöR Bd. 75 S. 346; a. A. Münch BReg S. 178 ff.

92) Die Zulässigkeit des Mißbilligungsbeschlusses gegen einen Bundesminister wird auch in der Verfassungspraxis anerkannt. Dabei geht man von der Ansicht aus, daß es dem Bundestag nicht verwehrt sein kann, einem Regierungsmitglied für sein Verhalten sein Mißfallen auszusprechen und ihm damit zu verstehen zu geben, daß dieses im Widerspruch zu der von der Mehrheit der Volksvertretung verfolgten Politik steht. So sind Anträge an den Bundestag, einen Mißbilligungsbeschluß gegen einen Bundesminister zu fassen, im 1. und 2. Deutschen Bundestag von der Opposition mehrfach eingebracht und vom Plenum verhandelt worden (vgl. Münch BReg S. 179 mit Nachweisen; v. Mangoldt GG zu Art. 67 Anm. 3 S. 359). Die Regierungsparteien haben dadurch, daß sie in die sachliche Debatte eingetreten sind, zu verstehen gegeben, daß sie keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Beschlüsse tragen (vgl. Drucks. 2714, 3879, 3955, 3974 und 4360 der 1. Wahlperiode des BT und Drucks. 769 der 2. Wahlperiode).

93) Vgl. Maunz StR 3. A. S. 250.

94) Dennewitz-Meder BonnK zu Art. 64 Anm. II 2 machen zutreffend auf die enge Verbindung von Bundestag und Parteien aufmerksam, die einen Druck auf Entlassung eines Bundesministers ausüben können. Vgl. auch Glosse AöR Bd. 76 S. 346 (ohne Verfasseramen).

95) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 64 Anm. 2 S. 346; Nawlasky Grundgedanken S. 99; Dreher NJW 1950 S. 132; Glosse AöR Bd. 76 S. 340; a. A. Münch BReg S. 179; für die WRV: Frhr. M. v. Bieberstein HdbdDStR Bd. I § 45 S. 536.

1. und 2. Deutschen Bundestag schon geschehen ist.⁹⁶ Der Bundestag kann ferner einen Beschluß des Inhalts fassen, daß der Bundeskanzler ersucht wird, den Antrag gem. Art. 64 Abs. I GG auf Entlassung des betreffenden Bundesministers an den Bundespräsidenten zu stellen. Dieser Beschluß verpflichtet den Bundeskanzler allerdings nicht, auf diese Weise zu verfahren, kann aber unter Umständen einen starken politischen Druck in dieser Richtung auf ihn ausüben, da der Bundeskanzler sich zur Gewährleistung einer aktiven Regierungsarbeit auf die Bundestagsmehrheit stützen muß.⁹⁷

Als letztes Mittel bleibt dem Bundestag im äußersten Falle vorbehalten, den Rücktritt des Bundesministers über den Weg einer Kabinettkrise durch Sturz des Bundeskanzlers und damit der Bundesregierung (Art. 67 i. V. m. Art. 69 Abs. II GG) zu erzwingen.⁹⁸

Damit dürfte gezeigt sein, daß dem Bundestag sehr wohl Mittel zur Verfügung stehen, die parlamentarische Verantwortung auch gegenüber den Bundesministern zur Geltung zu bringen und daß diese sich begrifflich nicht in den Mitteln der Ministeranklage und des echten Mißtrauensvotums erschöpft.^{99 100}

g) Die Auffassung, daß der Bundesminister dem Bundestag gegenüber verantwortlich ist, scheint auch im Parlamentarischen Rat vorgeherrscht zu haben.

Es wurde immer wieder darauf hingewiesen, daß den Ministern eine selbständige und eigenverantwortliche Stellung gegenüber dem Bundeskanzler — keine subalterne unter ihm — zukommen sollte. Daher wurde der von dem Abgeordneten **Dr. Dehler** vertretene Vorschlag des Allgemeinen Re-

96) Auch auf Debatten über Beschlüsse dieser Art haben sich die Regierungsparteien schon wiederholt eingelassen (vgl. **Münch BReg S. 179**). So wurde nach einigen Anträgen dieser Art. im 1. Deutschen Bundestag in der Sitzung des 2. Deutschen Bundestages vom 6. 5. 1954 der Antrag gestellt, den Etat des Bundesministers für Familienfragen zu streichen. Der Antrag wurde verhandelt und abgelehnt (vgl. *Die Welt* Nr. 105/54 v. 7. 5. 1954 S. 1), also vom Bundestag als zulässig betrachtet (vgl. auch 23. Ausschuß 130., 131. und 135. Sitzung BTag-Sitzungsberichte 1. Wahlperiode S. 7438A und 7467).

97) Beschlüsse des Bundestages dieses Inhalts werden für zulässig gehalten von Abg. **Dr. Laforet** 3. Sitzung des HA des Parl. Rat. v. 16. 11. 1948 (Sten. Prot. S. 37); **v. Mangoldt** GG zu Art. 64 Anm. 2 S. 346; **Glosse AöR** Bd. 76 S. 341; **v. Brünneck** DOV 1951 S. 258; **Berger** Referat; **Nawiasky** Grundgedanken S. 99. — **Münch BReg S. 179, 187** verneint ihre Zulässigkeit mit der Begründung, daß der Bundestag dem Bundeskanzler gegenüber kein Weisungsrecht habe. Die rechtliche Bindung solchen Beschlusses ist jedoch eine ganz andere Frage. Unter Berücksichtigung der politischen Wirkung dieser Beschlüsse wird man sie als nicht wirkungslos für zulässig ansehen müssen, auch wenn sie rechtliche Bindungen nicht erzeugen können. Man kann den Gesetzgeber nicht derart einschränken, daß er nicht mehr seinen Willen — wenn auch in unverbindlicher Form — Ausdruck geben kann (vgl. dazu **v. Mangoldt** GG zu Art. 67 Anm. 3 S. 359).

98) Vgl. **v. Mangoldt** Verhältnis S. 822: Das Parlament „kann jederzeit die Zusammensetzung der Regierung als Ganzes oder das Verbleiben eines einzelnen Mitgliedes zum Gegenstand der Vertrauensfrage gegenüber dem Kanzler machen“. Vgl. auch **Apelt** NJW 1949 S. 484.

99) Vgl. **Glum** Staatsrechtliche Stellung S. 6; ders. Parl. Regierungssystem S. 302; a. A. **Münch BReg S. 222**.

100) Über die Rechtsformen der Ministerverantwortlichkeit vgl. ausführlich **Kaufmann** Hdb. d. Pol. Bd. III S. 46 ff.

daktionsausschusses, die Worte „unter eigener Verantwortung“ zu streichen, da sie angesichts der stärkeren Stellung des Kanzlers keine Bedeutung hätten,¹⁰¹ mit überwiegender Mehrheit abgelehnt.¹⁰² In derselben Sitzung erklärte der Abgeordnete **Dr. Laforet**, er ziehe aus der Formulierung den Schluß „unter eigener Verantwortung gegenüber dem Parlament“.¹⁰³ Dieser Auffassung wurde nicht widersprochen.¹⁰⁴ Abgesehen davon scheint es wenig wahrscheinlich, daß der Grundgesetzgeber mit derselben Formulierung in Art. 65 S. 1 GG und in Art. 65 S. 2 GG etwas Verschiedenes ausdrücken wollte, nämlich die parlamentarische Verantwortung des Bundeskanzlers und die lediglich diesem gegenüber bestehende politische der Bundesminister.

h) Die parlamentarische Verantwortung der Bundesminister findet ihren Ausdruck auch in der Gegenzeichnung bei Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidenten (Art. 58 S. 1 GG) und formellen Gesetzen (§ 53 Gem. GeschOIBMin). Da die Institution der Gegenzeichnung ihren Grund gerade in der fehlenden parlamentarischen Verantwortung des Staatsoberhauptes¹⁰⁵ findet,¹⁰⁶ wäre sie bedeutungslos, wenn nicht der Bundesminister mit ihrer Vornahme eine Verantwortung übernehme.¹⁰⁷ So wird in der verfassungsrechtlichen Praxis mit Recht die Gegenzeichnung als Übernahme einer Verantwortung verstanden.¹⁰⁸

101) Die Fassung des Organisationsausschusses v. 18. 10. 1948 (Entw. GG S. 12) lautete: „... selbständig und unter eigener Verantwortung.“ Der Redaktionsausschuß (10. 11.—5. 12. 1948) schlug in Anm. 62 die Streichung der Worte „und unter eigener Verantwortung“ vor (Entw. GG S. 27), „da nach der sonstigen Regelung der Bundeskanzler gegenüber dem Parlament die Verantwortung allein tragen soll und eine Einzelverantwortlichkeit der Minister mit dem System nicht vereinbar wäre.“

102) In der 3. Sitzung des Hauptausschusses (1. Lesung) am 16. 11. 1948 (Sten. Prot. S. 36).

103) 3. Sitzung des Hauptausschusses (1. Lesung) am 16. 11. 1948 (Sten. Prot. S. 37).

104) Der Entwurf der 1. Lesung des Hauptausschusses (Entw. GG S. 62) erhielt wieder die ursprüngliche Fassung, die nicht mehr geändert wurde.

105) Die Gegenzeichnung ist ein Überbleibsel aus der Zeit des Konstitutionalismus, in der der Minister anstelle des dem Parlament nicht verantwortlichen Monarchen die Verantwortung übernahm: vgl. **Menzel** BonnK zu Art. 58 Anm. II 1; **Münch BReg S. 97**.

106) Die Gegenzeichnung hat die Übernahme der Verantwortung durch den Gegenzeichnenden zum Inhalt: vgl. **v. Mangoldt** GG zu Art. 58 Anm. 2 S. 313 f. Im Gegensatz zu seiner oben angeführten Ansicht räumt **v. Mangoldt** hier eine Ministerverantwortlichkeit ausdrücklich ein.

107) Vgl. **Frhr. M. v. Bieberstein** HdbdStR Bd. I § 45 S. 529 ff. Er sieht in der Billigung der vorgenommenen Handlung, die sich in der Gegenzeichnung manifestiert, den Rechtsgrund für die Verantwortlichkeit des Gegenzeichnenden.

108) So verweigerte z. B. der ehemalige Bundesminister der Justiz **Dr. Thomas Dehler** die Unterschrift unter ein Gesetz (die sogen. Platow-Amnestie), weil er dieses Gesetz für verfassungswidrig hielt, unter Hinweis darauf, er wolle die Verantwortung für dieses Gesetz nicht übernehmen (vgl. *Der Spiegel* Nr. 3/1955 v. 12. 1. 1955 S. 15 ff.). Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß gerade **Dr. Dehler** im Parlamentarischen Rat den Antrag einbrachte, die Worte „und unter eigener Verantwortung“ in Art. 65 S. 2 GG zu streichen, da sie inhaltlich keine Bedeutung hätten (vgl. Sten. Prot. d. Hauptaussch. S. 36).

i) Nicht zuletzt sei daran erinnert, daß die Bundesminister gemäß Art. 64 Abs. II GG den Eid — bezeichnenderweise vor dem Bundestag — dahingehend zu leisten haben, daß sie Achtung der Verfassung und gewissenhafte Erfüllung ihrer Pflichten geloben.¹⁰⁹ Es besteht danach auch eine gewissensmäßige Bindung, auf die sich die Verantwortung gründet.¹¹⁰ Die Auferlegung der Pflicht zieht die Verantwortung nach sich.¹¹¹ Daher ist den Bundesministern durch das GG auch die Möglichkeit eingeräumt worden, verlangen zu können, daß sie im Bundestag gehört werden und dadurch von sich aus ihre Handlungen und ihr persönliches Verhalten verantworten können (Art. 43 Abs. II GG).

k) Im übrigen scheint es nicht den Absichten des Grundgesetzgebers und dem System des GG zu entsprechen, den Träger eines so hohen staatlichen Amtes wie das des Bundesministers ohne Verantwortung seine Funktionen erfüllen zu lassen.¹¹² Dieser Fall stünde einzigartig in der Geschichte der demokratischen Verfassungen da.¹¹³ Eine solche Ansicht wäre schon mit dem Text des GG nicht vereinbar, das die Worte „unter eigener Verantwortung“ ausdrücklich in Art. 65 S. 2 GG aufgenommen hat. Man kann aber gerade bei der Auslegung von Verfassungen nicht leichthin unterstellen, daß der Verfassungsgesetzgeber überflüssige oder nichtssagende Formulierungen in den Verfassungstext einfügt. Wenn also eine Verantwortung besteht, so ist nicht zu ersehen, wem gegenüber sie bestehen sollte, wenn nicht dem Bundestag gegenüber.

Der Bundesminister kann daher nicht von einer echten parlamentarischen Verantwortung befreit sein. Ihre Geltendmachung allerdings ist zum Zwecke der Stabilität der Bundesregierung erschwert, indem die stärksten Mittel dem Bundestag durch das GG vorenthalten sind.¹¹⁴

8) In diesem Zusammenhang ist ein scheinbarer Widerspruch zu klären, der sich aus dem oben Ausgeführten ergeben könnte. Wir hatten festgestellt, daß der Art. 65 S. 2 GG im Bereich der übertragenen rechtsetzenden Tätigkeit der Bundesregierung seine Kraft verliert, da dort dem Gesetzgeber die alleinige Verfügung und Entscheidung über den Träger des Verwaltungsrechts zusteht (Art. 80 Abs. I S. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. II S. 2 GG).¹¹⁵ Wenn also der Art. 65 S. 2 GG bei der Ausübung des Verwaltungsrechts keine Anwendung finden soll, müßte — so könnte man folgern — auch die Berufung auf die Verantwortlichkeit des Bundesministers für die Ausübung der Rechtsverordnungsermächtigung unzulässig sein.

109) Vgl. zum Eid der Mitglieder der Bundesregierung Münch BReg S. 164 ff., insbes. S. 167: „Das GG und die Gesetze des Bundes „wahren und verteidigen, ist mehr als sie befolgen.“

110) Eine andere Frage ist es, ob der Eid eine Pflicht und Verantwortung erst begründet. Das wird nicht anzunehmen sein: vgl. Koellreuter StR S. 199; Münch BReg S. 165; Dennewitz-Meder BonnK zu Art. 64 Anm. II 3.

111) Gemäß § 88 Abs. II Zif. 4 StGB ist die „parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung“ als Verfassungsgrundsatz strafrechtlich geschützt.

112) Nach dem Urteil des BVerfG v. 23. 10. 1952 BVerfGE Bd. 2 (1953) S. 1 (13) gehört die Verantwortlichkeit der Regierung sogar zur freiheitlich demokratischen Grundordnung, also zu den grundlegenden Verfassungsprinzipien.

113) Vgl. Bayer. VerfGH v. 10. 3. 1951 Bayer. VerfGHE Bd. 4 n. F. (1951) S. 30: „Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit besagt, daß ein Staatsorgan, das eine Entscheidung zu treffen hat, dafür die Verantwortung trägt.“

114) Die parlamentarische Verantwortung ist nicht zuletzt auch eine Wirkung der politischen Repräsentation (vgl. oben § 11).

115) Vgl. oben S. 69 f.

Nun ist nicht zu übersehen, daß Art. 65 S. 2 GG zwei — allerdings eng verknüpfte — Bestimmungen trifft. Zunächst garantiert er dem Bundesminister Selbständigkeit und — wie gezeigt — ausschließliche Zuständigkeit innerhalb seines Geschäftsbereichs und sodann die Verantwortung für die Ausübung seiner Befugnisse.

Der Grundsatz der Verantwortung der Bundesminister besagt, daß der Bundesminister für alle von ihm vorgenommenen Handlungen verantwortlich ist. Der Art. 65 S. 2 GG ist daher so zu verstehen, daß der Bundesminister, so weit er zuständig ist, für die Erfüllung dieser in seine Kompetenz fallenden Aufgaben die Verantwortung trägt. Die Verantwortlichkeit des Bundesministers findet also ihre Schranke an den Grenzen seines Zuständigkeitsbereichs. Der Bundesminister soll einerseits ohne Ausnahme für alle in diesem Bereich vorgenommenen Handlungen zur Rechenschaft gezogen werden können, andererseits soll seine Verantwortung nur in diesem Rahmen bestehen.

Diese Feststellung führt zur Lösung des scheinbaren Widerspruchs. Denn auch die ausschließliche Zuständigkeit erfährt ihre Begrenzung durch den Geschäftsbereich. Die obigen Ausführungen beschäftigten sich mit der Frage, ob nicht der Bundesminister, da er für alle in sein Ressort einschlagenden Fragen zuständig ist, auch zum Erlaß aller Rechtsverordnungen, die ausschließlich ressortgebundene Gegenstände betreffen, befugt sein muß. Wir hatten gesehen, daß dies nicht der Fall ist, da in diesem Bereich der Gesetzgeber die Zuständigkeit allein bestimmt. Es mußte der Versuch abgewehrt werden, mit Hilfe der Zuständigkeitsvermutung des Art. 65 S. 2 GG die normale Ressortzuständigkeit um eine „Zuständigkeit zur Wahrnehmung“ zu erweitern. Der Bundesminister kann sich daher nicht auf seine ausschließliche Zuständigkeit gem. Art. 65 S. 2 GG berufen, wenn er eine fremde Rechtsverordnungsermächtigung wahrnehmen will, da das GG und das auf ihm beruhende, die Zuständigkeit zuteilende Gesetz ihm diese Aufgabe entzogen hat. Hat der Gesetzgeber aber dem Bundesminister gem. Art. 80 Abs. I S. 1 GG eine eigene Rechtsverordnungsermächtigung erteilt, so fällt diese in seinen Zuständigkeitsbereich, und er trägt gem. Art. 65 S. 2 GG für ihre Ausübung die Verantwortung.

Art. 65 S. 2 GG ist also nicht anwendbar zur Begründung einer Wahrnehmungszuständigkeit eines Bundesministers im Bereich der übertragenen rechtsetzenden Tätigkeit der Bundesregierung. Ist dem Bundesminister jedoch eine Rechtsetzungsermächtigung und damit die Zuständigkeit zu ihrer Ausübung durch den Gesetzgeber erteilt, so gilt Art. 65 S. 2 GG uneingeschränkt.

9) Wenn aber den Bundesminister innerhalb seines Geschäftsbereichs gem. Art. 65 S. 2 GG für seine Maßnahmen und sein persönliches Verhalten die Verantwortung trifft, so folgt daraus, daß er nicht an die Beschlüsse eines anderen Organs gebunden sein kann.¹¹⁶ Denn Verantwortung kann sinnvoll nur für das eigene Handeln bestehen, nicht aber für dasjenige Dritter.¹¹⁷ Daß die Bundesregierung in diesem Sinne ein anderes getrenntes Organ ist, ist oben gezeigt.¹¹⁸ Viel weniger aber noch ist sie in dem um-

116) Vgl. Bayer. VerfGH v. 10. 3. 1951 Bayer. VerfGHE Bd. 4 n. F. (1951) S. 30 (32); Praß DV 1949 S. 323.

117) Zudem geht die Verantwortung nicht auf das wahrnehmende Kollegium über, wollte man die Zulässigkeit der Wahrnehmung unterstellen: vgl. v. Brünneck DOV 1951 S. 259.

118) Vgl. oben § 7.

fassenden Sinne übergeordnete Behörde, daß sie eine Angelegenheit an sich ziehen und den Minister von seiner Verantwortung entbinden kann.¹¹⁹

Daraus folgt, daß der Bundesminister innerhalb seines Ressorts in seiner Tätigkeit völlig frei entscheiden und handeln kann und muß. Ist ihm eine Zuständigkeit erteilt, so ist er nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, sie selbst auszuüben.¹²⁰

10) Die Betrachtung müßte notwendig unvollständig bleiben, wenn sie sich auf die Interpretation der Ermächtigungsnorm beschränkte. In der zweiten Phase der Untersuchung bleibt daher zu klären, ob nicht gleichwohl eine andere Rechtsquelle der Bundesregierung eine Wahrnehmungszuständigkeit erteilt. Dabei ist davon auszugehen, daß der Bundesregierung gemäß Art. 65 S. 3 u. S. 4 GG in Verbindung mit § 15 Abs. I GeschOBReg die ausschließliche Zuständigkeit für alle Angelegenheiten von allgemeiner politischer Bedeutung zusteht. Diese Zuständigkeitszuteilung wird noch durch § 15 Abs. I Zif. c GeschOBReg erweitert und präzisiert, wonach der Bundesregierung „sonstige Verordnungsentwürfe, wenn sie von besonderer politischer Bedeutung sind“, zur Beratung und Beschlußfassung zu unterbreiten sind.¹²¹ Diese Bestimmung ist nur so zu verstehen, daß damit die Verordnungsentwürfe derjenigen Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß ein Bundesminister gesetzlich ermächtigt ist, gemeint sind, da die von der Bundesregierung zu erlassenden Rechtsverordnungen in § 15 Abs. I Zif. b GeschOBReg ausdrücklich genannt sind.¹²²

Indes möge es erlaubt sein, eine ausführliche Behandlung der — umstrittenen — Zuständigkeiten der Bundesregierung i. e. S. in einen anderen Zusammenhang zu stellen.¹²³

Bei der Lösung des Problems kann in vollem Umfange an die oben gemachten Ausführungen im umgekehrten Falle verwiesen werden.¹²⁴ Zwar enthalten die angeführten Verfassungs- und Geschäftsordnungsbestimmungen eine Zuständigkeitszuteilung für die Bundesregierung des Inhalts, daß diese für alle Angelegenheiten von allgemeiner politischer usw. Bedeutung ausschließlich zuständig ist. Der ihr dadurch eingeräumte Zuständigkeitsbereich umfaßt jedoch nicht auch die Kompetenz zum Erlaß von Rechtsverordnungen. Diese kann nur durch eine ausdrückliche Ermächtigung des Gesetzgebers geschaffen werden (Art. 80 Abs. I S. 1 GG) und wird erst dadurch Bestandteil des Zuständigkeitsbereichs der Bundesregierung. Aus Art. 65 S. 4 GG i. V. m. § 15 Abs. I GeschOBReg ergibt sich keine allgemeine Zuständigkeit zum Erlaß von Rechtsverordnungen von allgemeiner politischer usw. Bedeutung. Daher läßt sich auch aus den genannten Bestimmungen keine Zuständigkeit der Bundesregierung zur Wahrnehmung der einem Bundesminister übertragenen Kompetenz zum Erlaß von Rechtsverordnungen herleiten, wenn eine zu erlassende Rechtsverordnung allgemeine politische usw. Bedeutung besitzt, da auch dazu eine Ermächtigung des Gesetzgebers erforderlich wäre. Die Zuständigkeit der Bundesregierung

119) Vgl. Berger Referat; v. Brünneck DOV 1951 S. 259.

120) Vgl. Kratzer Bayer. Staatsanzeiger Nr. 13 v. 1. 4. 1950 S. 4: „... angemerkt sei hier, daß im übrigen verfassungsmäßige Zuständigkeiten nicht verzichtbar und durch Abreden nicht übertragbar sind“; vgl. auch Münch BReg S. 30.

121) Vgl. § 62 Abs. II GemGeschOIIBMin.

122) Vgl. Lechner-Hülshoff PuR zu § 15 GeschOBReg Anm. 4 S. 197.

123) Vgl. unten S. 88 ff.

124) Vgl. S. 69 f.

gemäß Art. 65 S. 4 GG in Verbindung mit § 15 Abs. I GeschOBReg ist wie die Zuständigkeit des Bundesministers gem. Art. 65 S. 2 GG auf dem Gebiet der übertragenen rechtssetzenden Gewalt eingeschränkt.¹²⁵

11) Das schließt in der verfassungsrechtlichen Praxis nicht aus, daß der Inhalt einer von einem Bundesminister zu erlassenden Rechtsverordnung vorher im Kabinett beraten und beschlossen wird, wenn sie Angelegenheiten von besonderer politischer Bedeutung betrifft (§ 15 Abs. I Zif. c GeschOBReg; § 62 Abs. II GemGeschOIIBMin). Durch diese Bestimmung wird der Bundesminister jedoch lediglich dem Kabinett gegenüber, d. h. im Innenverhältnis, gebunden, dieses mit einer derartigen Frage zu befassen und nach geschehener Beschlußfassung die Rechtsverordnung wie beschlossenen zu erlassen.¹²⁶ Nach außen tritt er als das allein beschließende Organ auf.¹²⁷ Trotz des Kabinettsbeschlusses gem. § 15 Abs. I Zif. c GeschOBReg bleibt es eine Rechtsverordnung des betreffenden Bundesministers im Sinne des GG und der GemGeschOIIBMin und wird allein von dem betreffenden Bundesminister erlassen und verkündet (§ 30 Abs. I S. 2 GeschOBReg; §§ 56, 66 Absatz II GemGeschOIIBMin).¹²⁸

Der Bundesminister würde verfassungsrechtlich rechtmäßig handeln, wenn er den Erlaß einer vom Bundeskabinett beschlossenen Rechtsverordnung verweigerte oder eine solche gegen den Willen des Bundeskabinetts erließe. Eine rechtliche Bindung des Bundesministers kann durch § 15 Abs. I Zif. c GeschOBReg deshalb nicht erzeugt werden, weil die Geschäftsordnung beschließende Zuständigkeiten nicht abweichend von der Regelung des GG begründen kann. Insofern ist aber — wie gezeigt — die ausschließliche Zuständigkeit des Bundesministers durch das GG zwingend festgelegt. Die Gültigkeit einer entgegen einem ausdrücklichen Beschluß des Bundeskabinetts erlassenen Rechtsverordnung bliebe von diesem Vorgang unberührt.¹²⁹

12) Allerdings ist dieser Fall in der Verfassungswirklichkeit angesichts der starken Abhängigkeit des Bundesministers vom Bundeskanzler¹³⁰ kaum vorstellbar. Der Bundeskanzler kann jederzeit dem Bundespräsidenten die Entlassung des Bundesministers vorschlagen (Art. 64 Abs. I GG) oder die Zuständigkeiten des Bundesministers gem. § 9 GeschOBReg, wonach der Bundeskanzler den Geschäftsbereich der Bundesminister in seinen Grundzügen festlegt, auf einen anderen, gefügigeren Bundesminister übertragen.¹³¹ Auch bei dieser Gelegenheit ist die nicht seltene Beobachtung zu machen, daß sich die verfassungsrechtliche Stellung der Staatsorgane und ihre politische Macht in der Verfassungswirklichkeit nicht entsprechen. Immerhin

125) Vgl. oben § 12.

126) Vgl. Prot. d. 45. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundesrates v. 14. 12. 1950.

127) Vgl. Münch BReg S. 212; Lechner-Hülshoff PuR zu § 15 GeschOBReg Anm. 4 S. 197.

128) Nicht folgerichtig Spreng-Birn-Feuchte Verf. d. L. Bad.-Wttbg. zu Art. 61 Anm. 8 S. 206. Einerseits wird die Zulässigkeit einer Wahrnehmung abgelehnt, eine solche andererseits aber in Fragen von weitreichender Bedeutung und bei Meinungsverschiedenheiten unter den Ministern zugelassen.

129) Gem. § 68 Abs. II Zif. c GemGeschOIIBMin steht der Wortlaut einer „sonstigen Verordnung“ (das ist eine solche des Bundesministers; vgl. Lechner-Hülshoff PuR zu § 15 GeschOBReg Anm. 4 S. 197) erst nach Billigung des Entwurfs durch den Minister oder in seiner Vertretung durch den Staatssekretär fest.

130) Vgl. Münch BReg S. 186.

131) Vgl. Eschenburg DOV 1954 S. 199, 201.

kann es, wenn der Bundesminister von einer für die Regierungspolitik wichtigen Partei oder sogar von der Bundestagsmehrheit gestützt wird, dem Bundeskanzler schwerfallen, von den Mitteln, die ihm das GG gibt, Gebrauch zu machen, wie sich schon im 1. Deutschen Bundestag in einem Fall erwiesen hat.¹³² Auch scheint es nicht sicher, ob der Bundespräsident den Bundesminister auf Vorschlag des Bundeskanzlers entlassen muß, wenn er dessen Handeln, etwa als zum Schutz der Verfassung notwendig, billigt — eine Streitfrage, die hier nicht entschieden werden kann.¹³³ Keinesfalls jedoch kann die Bundesregierung ihre Entscheidung an die Stelle der des Bundesministers setzen und eine Rechtsverordnung, zu deren Erlaß er ermächtigt ist, in eigenem Namen erlassen. Der Bundesminister kann vielmehr auch die Rechtsverordnungen, die Fragen von allgemeiner Bedeutung betreffen, erlassen, wenn er in dem zugrundeliegenden Rechtssatz als Ermächtigungsadressat genannt ist. Diesem Grundsatz entspricht auch die Praxis der Bundesregierung, die nach den in der GeschOBReg und Gem GeschOIBMin getroffenen Regelung verfährt.

13) Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß die Wahrnehmung einer Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von Rechtsverordnungen durch die Bundesregierung unter keinen Gesichtspunkten als zulässig erscheint.

II. KAPITEL

DIE ZULÄSSIGKEIT DER WAHRNEHMUNG VON KOMPETENZEN IM BEREICH DER REGIERENDEN TÄTIGKEIT DER BUNDESREGIERUNG

I. ABSCHNITT: REGIERUNGSAKTE

§ 14 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen der Bundesregierung zum Erlaß von Regierungsakten durch einen Bundesminister

1) Die Erfassung des Wesens des Regierungsakts muß für die Behandlung der vorliegenden Frage entscheidend sein.¹ Insbesondere wird eine Abgrenzung zwischen Regierungsakt und Verwaltungsakt wie allgemein zwischen der regierenden und der verwaltenden Funktion der Regierungsorgane notwendig sein. Allerdings würde es den Rahmen der vorliegenden Untersuchung überschreiten, sich mit allen Versuchen einer Definition des Regierungsakts und seiner Abgrenzung von anderen Erscheinungen auseinanderzusetzen.

¹³² Der ehemalige Bundesjustizminister Dr. Thomas Dehler verweigerte die Gegenzeichnung eines Gesetzes. Sein Verhalten hatte keinerlei politische Folgen. Vgl. Der Spiegel Nr. 3/1955 S. 15 ff. (18).

¹³³ Nach Schneider NJW 1953 S. 1330 m. weit. Lit., Münch BReg S. 196 f., Eschenburg DOV 1954 S. 198 f ist der Bundespräsident nicht an den Vorschlag des Bundeskanzlers gebunden, sondern kann ihn ablehnen: a. A. Dreher NJW 1950 S. 131.

1) Die Betrachtung des Problems in bezug auf Rechtsverordnungen und allgemeine Verwaltungsvorschriften, die in einem weiteren Sinne als Regierungsakte aufzufassen sind, ist in §§ 12, 13, 16, 17 gesondert vorgenommen.

Zunächst einmal kann man einen Begriff des Regierungsakts im formellen Sinn und im materiellen Sinn unterscheiden.² Der erstere Begriff läßt sich dahin umreißen, daß er als Regierungsakt alle von einem Regierungsorgan gesetzten Hoheitsakte begreift. Dieser Begriff berücksichtigt also die Frage der Zurechnung des betreffenden Hoheitsakts. Es bedarf keiner Erörterung, daß dieser Begriff allein zur Lösung des vorliegenden Problems nicht beitragen kann.³ Vielmehr muß der Regierungsakt im materiellen Sinne einer Betrachtung unterzogen werden, und zwar in der Weise, daß nur die von einem Regierungsorgan gesetzten Regierungsakte im materiellen Sinne in Betracht genommen werden, d. h. diejenigen Hoheitsakte, die zugleich Regierungsakte im materiellen und im formellen Sinne sind.^{4,5}

2) Das Bemühen, zu einer Definition des Regierungsakts zu gelangen, begegnet der Schwierigkeit, daß die in der Literatur vorliegenden Begriffs-umreibungen fast sämtlich im Hinblick auf die Justiziabilität gebildet worden und auf das Ziel gerichtet sind, den „justizfreien Hoheitsakt“ oder „Regierungsakt“ — beide Begriffe werden oft gleichbedeutend gebraucht⁶ — von dem der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegenden Verwaltungsakt begrifflich zu scheiden.⁷ Daher nimmt es nicht wunder, daß die disparatesten Erscheinungen in dem Begriff „Regierungsakt“ zusammengefaßt wurden, um diesen Zweck zu erreichen.

Im vorliegenden Zusammenhang muß die Gleichsetzung der Begriffe Regierungsakt und gerichtsfreier Hoheitsakt⁸ vermieden bleiben und versucht werden, einen Begriff des Regierungsakts herauszuarbeiten, der dem Wesen dieses Hoheitsakts in seiner wörtlichen Bedeutung — d. h. als Mittel regierender Tätigkeit — gerecht wird.

2) Vgl. Übersicht bei H. J. Wolff Allg. VerwR. § 22 S. 40 f.

3) Vgl. Loening DVBl. 1951 S. 235; Krüger DOV 1950 S. 539.

4) Etwas Ähnliches scheint auch OVG Berlin v. 26. 9. 1952 OVG Berlin E Bd. 1 Nr. 11 S. 64 (JZ 1953 S. 644) zu meinen.

5) Es muß darauf hingewiesen werden, daß auch die übrigen obersten Staatsorgane — Bundespräsident, Bundestag, Bundesrat, ja sogar das Bundesverfassungsgericht (vgl. Loening DVBl. 1954 S. 174) — Regierungsakte setzen können.

6) Vgl. z. B. den Hinweis bei Schneider Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 22, 26, 27 auf den Rechtszustand in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands; vgl. dazu auch Ule BVerwGG S. 60.

7) So definiert Jellinek DRZ 1948 S. 271 bezeichnend: „Regierungsakte, actes de gouvernement, d. h. solche obrigkeitlichen Akte, welche die Regierung wegen deren hohen politischen Bedeutung gerne der richterlichen Nachprüfung entziehen möchte . . .“

8) Die Verquickung der Begriffe „Regierungsakt“ und „gerichtsfreier Hoheitsakt“ ist eine Folge des Einflusses französischer Rechtsgedanken. Im französischen Recht decken sich weitgehend die „actes de gouvernement“ mit den justizfreien Hoheitsakten, weshalb man die Gerichtsfreiheit auch als wichtigstes Kriterium dieser Hoheitsakte ansieht (vgl. bei Eisenmann Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 8 ff.). So wird auch die Bezeichnung „acte de gouvernement“ — in der deutschen Übersetzung „Regierungsakt“ — unterschiedslos gebraucht. Kritisch zu der überlieferten Lehre und Begriffsbildung der actes de gouvernement äußert sich Eisenmann Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 1 ff.; Eisenmann rügt, daß sie außer der Gerichtsfreiheit kein eigentliches rechtliches Merkmal, das sie gemeinsam hätten, aufweisen könnten (vgl. a. a. O. S. 16).

In der Literatur⁹ besteht insoweit Einigkeit, als im Regierungsakt der Ausdruck des staatlichen Handelns hoheitlicher Art gesehen wird, das sich mit Gegenständen staatspolitischen Inhalts — den Gegenständen der „hohen Politik“ — befaßt.¹⁰ Nicht schlechthin jedes Handeln der regierenden Gewalt geschieht in der Form des Regierungsakts. Man muß davon neben der Gesetzgebung im formellen Sinne zunächst einmal den großen Komplex subtrahieren, der in der Verwaltungstätigkeit der Regierungsorgane besteht, ferner diejenige Regierungstätigkeit, die nicht in der Form von Hoheitsakten ausgeübt wird, wie z. B. die Vorbereitung der Gesetzentwürfe, die einen großen Raum innerhalb der Ministerialarbeit einnimmt.¹¹ Aber auch dann muß man die Anwendung des Begriffs „Regierungsakt“ auf diejenigen Äußerungen regierenden Handelns beschränken, die in einem höheren Sinne staatsleitend sind.¹² Sie müssen geeignet und bestimmt sein, auf den Fluß des staatlichen Lebens einen grundlegenden,¹³ richtungweisenden politischen Einfluß auszuüben,¹⁴ indem sie an der Gestaltung des staatlichen Seins mitwirken und es im Sinne der demokratischen Mehrheit formen.¹⁵ Welche Hoheitsakte im einzelnen noch unter diesen Begriff fallen, wird im Rahmen der Abgrenzung des Regierungsakts vom Verwaltungsakt alsbald zu erörtern sein.¹⁶

3) Zu den Regierungsakten müssen zunächst einmal die grundlegenden innen- und außenpolitischen Entscheidungen gerechnet werden, zum Beispiel eine Währungsreform,¹⁷ die Erklärung des Belagerungszustandes, die

9) Vgl. die Definitionen des Regierungsakts bei **Wittmayer** HdbdDStR Bd. II § 85 S. 334; **Forsthoff** L. d. VerwR. S. 417; **Peters** L. d. Verw. S. 8, 152; **Schneider** Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 42; **Eyermann-Fröhler** VGG zu § 22 A I 1 a bb S. 67; **Schunck-de Clerck** VerwGG zu § 15 Anm. 3 a dd S. 64; **v. Werder-Labs-Ortmann** VGVO zu § 25 III 5 S. 80; **Lechner** BVerfGG zu § 90 Abs. 1 Anm. 2 b bb S. 261; **OVG Berlin v. 26. 9. 1952** OVG Berlin E Bd. 1 Nr. 11 S. 64; **JZ 1953 S. 644**; **Hess. VGH v. 22. 12. 1948** VerwRspr Bd. I Nr. 102 S. 334; Übersicht bei **Loening** DVBl 1951 S. 234.

10) Vgl. **Wittmayer** HdbdDStR Bd. II § 85 S. 335; **Jellinek** DRZ 1948 S. 271; **Thoma** HdbdDStR Bd. II § 71 S. 135 ff.

11) Vgl. **Scheuner** Bereich der Regierung S. 284; **Loening** DVBl. 1951 S. 235. — Diese die Regierungsentscheidungen vorbereitenden Tätigkeiten, insbesondere die Ausarbeitung der Gesetzentwürfe, sind Ressortangelegenheiten der beteiligten Ministerien, von denen in der Regel eines die Federführung übernimmt (vgl. § 21 GemGeschOIBMin).

12) Vgl. **Forsthoff** L. d. VerwR. S. 13 f.; **Loening** DVBl. 1951 S. 234 ff.; **Scheuner** Bereich der Regierung S. 277.

13) Vgl. **Krüger** DOV 1950 S. 540: „Der Regierungsakt ist wesentlich ein Akt, der die erste Grundlage legt, auf der dann im einzelnen weitergebaut werden soll.“

14) Vgl. **W. Jellinek** VerwR. S. 3 f.; **Schunck-de Clerck** VerwGG zu § 15 Anm. 3 a dd S. 64 „grundlegende Entscheidungen der Staatsleitung mit politischem Einschlag“.

15) Vgl. **Smend** Politische Gewalt S. 16: „... bestimmt sich die Regierung als der Teil des bezeichneten Bereichs, der in den Kreis der Politik fällt, d. h. in dem der Staat sich und sein Wesen bestimmt und durchsetzt...“ Vgl. auch **Smend** Verfassung und Verfassungsrecht S. 102 ff.

16) **Koellreutter** StR S. 180 sieht das Wesentliche in der Orientierung der Regierung am politischen Wert, im Gegensatz zur Verwaltung, die sich am Rechtswert orientiert. Vgl. auch **Wittmayer** HdbdDStR Bd. II S. 334.

17) Sofern sie nicht in der Form eines formellen Gesetzes vorgenommen wird.

Sperrung der Grenzen (Zonengrenzen), Anerkennung fremder Staaten, Aufnahme diplomatischer Beziehungen mit ausländischen Staaten.¹⁸ Aber auch im GG verstreut lassen sich Bestimmungen auffinden, die die Befugnis zum Erlaß von Regierungsakten erteilen (Art. 26 Abs. II Genehmigung der Waffenproduktion; Art. 32 Abs. II Genehmigung von Verträgen der Länder mit ausländischen Staaten; Art. 37 Anordnung des Bundeszwangs; Art. 76 Einbringung von Gesetzesvorlagen; Art. 81 Abs. I Antrag auf Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes; Art. 91 Abs. II Unterstellung der Polizei der Länder bei öffentlichen Notständen; Art. 112, 113 Zustimmungen auf finanzpolitischem Gebiet; Art. 111 Bereitstellung von Mitteln bei Fehlen des Haushaltsplans). Nicht zuletzt wird die Richtlinienggebung des Bundeskanzlers gem. Art. 65 S. 1 GG als Regierungsakt zu betrachten sein. Sie begründet die bindende Verpflichtung für die Bundesminister, sich diesen Richtlinien gemäß zu verhalten¹⁹ und ihre Entscheidungen im Ressortbereich danach auszurichten.²⁰

4) Das Gemeinsame dieser letzteren, aus dem GG aufgezählten Beispiele liegt darin, daß in sämtlichen Fällen (außer in denen des Art. 65 S. 1 und des Art. 112 GG, auf die noch zurückzukommen sein wird) nur die „Bundesregierung“ zum Erlaß des betreffenden Regierungsakts ermächtigt ist. Nach einhelliger Meinung im Schrifttum — soweit Äußerungen vorliegen — bezieht sich diese Zuständigkeit ausschließlich auf die Bundesregierung i. e. S.²¹

18) Vgl. Katalog bei **Schneider** Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 47.

19) § 1 ff. (§ 1 Abs. I S. 2) GeschOReg.

20) Vgl. zum Vorstehenden **Scheuner** Bereich der Regierung S. 276 f., 284 f.; **Schneider** Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 47; **Maunz** StR 3. A. S. 251 spricht von „Regierungsentscheidungen“. Die Wahl dieses Wortes deutet darauf, daß Entscheidungen des Kollegiums gemeint sind.

21) Vgl. für den Beschluß der Gesetzvorlagen (Art. 76 Abs. I GG): **v. Mangoldt** GG zu Art. 76 Anm. 2 S. 414 f.; **Herrfahrdt** BonnK zu Art. 76 Anm. II 2; **Meder** BonnK zu Art. 65 Anm. II 1; **Giese** GG zu Art. 76 Anm. II 3 u. 4 S. 132; **Münch** BReg S. 204; **Maunz** StR 3. A. S. 251; **Eschenburg** DOV 1954 S. 199. Auch die Praxis der Bundesregierung erfordert einen Beschluß des Bundeskabinetts für Gesetzvorlagen (§ 15 Abs. I Ziff. a GeschOReg; § 35 GemGeschOIBMin; ähnlich schon Art. 57 WRV, § 18 Ziff. 1 a GeschOReg); für den Antrag an den Bundespräsidenten auf Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes (Art. 81 Abs. I GG): **v. Mangoldt** GG zu Art. 81 Anm. 2 S. 436; **Herrfahrdt** BonnK zu Art. 81 Anm. II 2; **Münch** BReg S. 204; **Maunz** StR 3. A. S. 251; **Eschenburg** DOV 1954 S. 199;

für den Bundeszwang (Art. 37 Abs. I GG): **v. Mangoldt** GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351; **Maunz** StR 3. A. S. 251; **Eschenburg** DOV 1954 S. 199;

für die Unterstellung der Polizei der Länder (Art. 91 Abs. II GG): **v. Mangoldt** GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351; **Maunz** StR 3. A. S. 251; **Eschenburg** DOV 1954 S. 199; **Middelhaufe** DöD 1952 A S. 186;

für die Befugnisse gem. Art. 111 GG: **v. Mangoldt** GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351; für die Zustimmung gem. Art. 113 GG: **v. Mangoldt** GG zu Art. 113 Anm. 2 c S. 596; **Wacke** Finanzwesen S. 91; **Belau** DVBl. 1951 S. 431; **Schneider** Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 47;

für die Verfügung über alte Reichs- und Zonenbehörden gem. Art. 130 Abs. I S. 2 GG: **Münch** BReg S. 204.

Auch der Antrag im Normenkontrollverfahren (Art. 93 Abs. I Nr. 2 GG; § 13 Zif. 6 BVerfGG; § 76 BVerfGG) und der Antrag an das Bundesverwaltungsgericht auf Verbot einer Vereinigung (§ 129 a Abs. III StGB) werden Regierungsakte darstellen. Für den Antrag gem. § 129 a Abs. III StGB hat

Auch die Praxis der Bundesregierung erfordert für die Ausübung dieser Zuständigkeiten — soweit erkennbar — einen Beschluß des Bundeskabinetts.²²

5) a) Das geht zudem aus der Bestimmung des auf Art. 65 S. 4 GG beruhenden § 15 Abs. I GeschOBReg hervor, der die Beratung und Beschlußfassung der Bundesregierung über Entscheidungen von allgemeiner innen- oder außenpolitischer, wirtschaftlicher, sozialer, finanzieller oder kultureller Bedeutung vorsieht. Diese Vorschrift begründet damit die Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. für alle politischen Entscheidungen und Rechtsakte, die oberhalb der Ressortgrenze liegen. Münch²³ will den § 15 Abs. I GeschOBReg so verstehen, daß durch ihn Angelegenheiten in Bezug genommen seien, „an denen sich entscheiden kann, ob die Regierung die Unterstützung der öffentlichen Meinung behält oder verliert, in denen ein wichtiger Erfolg oder Mißerfolg (für die Bundesregierung) bevorsteht, von denen also die Machtstellung abhängt“. Damit wird dieser Vorschrift und dem Begriff „politisch“ eine Bedeutung gegeben, die nur die Bundesregierung als Staatsorgan in Bezug nimmt. Einer derartigen Verengung der Begriffe kann jedoch nicht zugestimmt werden. Maxime des Handelns der Regierung wie aller staatlichen Tätigkeit sollte nicht der Bestand des augenblicklichen Kabinetts oder der Organwalter eines anderen Staatsorgans, sondern das Wohl des Staates selbst sein. Dem Wohl der Bundesrepublik Deutschland zu dienen, lautet die Verpflichtung der „Organwalter“, die jene Organe mit Leben erfüllen — und diese Verpflichtung wird durch den Eid bekräftigt, den die Bundesminister leisten müssen. Um zu gewährleisten, daß entsprechende, dem Wohl des gesamten Staates dienende Entscheidungen gefaßt werden können, haben das GG und die GeschOBReg die Ressortzuständigkeit nicht für genügend erachtet, sondern angeordnet, daß einige Angelegenheiten — nämlich gerade die, die das Wohl des gesamten staatlichen Seins in umfassender Form betreffen — durch das Gesamtkollegium zu behandeln und zu entscheiden sind. Daraus erhellt, daß es sich bei den in § 15 Abs. I GeschOBReg genannten Angelegenheiten von allgemeiner politischer Bedeutung nur um solche Gegenstände politischer Entscheidungen handeln kann, die nicht im Rahmen eines Ressorts einen Teil des staatlichen Lebens regeln, sondern um solche, die in die Gesamtheit des staatlichen Lebens eingreifen und für den Staat als ganzen Wirkungen zeitigen. Dies ist nur entfernt eine Frage des Grades (in dem Sinne, daß die „wichtigsten“ Angelegenheiten auf die Ebene der Regierung gehoben sind), sondern vielmehr eine solche des Ausmaßes, in dem das staatliche Leben in seinen einzelnen Bereichen betroffen wird. Der Bundesminister mag sehr „wichtige“ Entscheidungen treffen; solange durch sie nur der durch seinen Geschäftsbereich zum Ausdruck kommende Teil der staatlichen Wirklichkeit einer Entscheidung und Regelung unterworfen wird, bleiben sie „Ressortsache“.

das Bundesverwaltungsgericht die alleinige Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. zum Beschluß der Antragserhebung anerkannt (BVerwG v. 16. 7. 1954 BVerwG I A 23/53 MDR 1955 S. 79). Dasselbe wird für das Normenkontrollverfahren gelten müssen, da dort der Kreis der Antragsberechtigten mit Absicht außerordentlich eng gezogen wurde (so Gelger BVerfGG Vorbem. 3 vor § 76 S. 240).

22) Gem. §§ 35, 45 ff. GemGeschOIIBMin sind Kabinettsvorlage und Kabinettsbeschluß vorgesehen.

23) Münch BReg S. 8 f., auch S. 206.

Wollte man die Ansicht Münchs teilen und die Entscheidungen der Bundesregierung nur an der Bedeutung messen, die sie für das Wohl der augenblicklich bestehenden Regierung — in ihrer konkreten Zusammensetzung — haben, so würde jede Regierung bestimmen können, was ihrer Beschlußfassung unterliegt. Denn der Bestand der Regierung wird gar nicht selten durch in der Wirklichkeit nicht sehr weitreichende Entschlüsse betroffen, die in der öffentlichen Meinung, wie sie sich durch die Parteien widerspiegelt, erregten Widerhall finden. Die Bundesregierung könnte also in jedem Fall bestimmen, ob eine Entscheidung ihren Bestand gefährdet oder stärkt und ob diese daher durch sie zu fassen ist. Auf diesem Wege würde die Bestimmung des Art. 65 S. 2 GG ausgehöhlt, die gerade den Bundesminister innerhalb seines Geschäftsbereichs von Weisungen der Bundesregierung freistellen soll. Auch diese Erwägung muß dazu führen, den Begriff der „allgemeinen politischen Bedeutung“ objektiv — d. h. in bezug auf die Gesamtheit des staatlichen Lebens und auf das Wohl des Staates — zu sehen. Es handelt sich daher in § 15 Abs. I GeschOBReg um Gegenstände, die für die Bundesrepublik Deutschland allgemeine politische Bedeutung haben.

b) Durch § 15 GeschOBReg wird damit die alleinige Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. für diese Angelegenheiten begründet.²⁴ Allerdings kann eine Geschäftsordnung neue beschließende Zuständigkeiten nicht begründen; die Zuständigkeiten und ihre Abgrenzung innerhalb der Bundesregierung sind jedoch insofern schon vorgezeichnet, und die Vorschrift des § 15 GeschOBReg wird durch den Art. 65 S. 4 GG gedeckt.²⁵ Diese Ansicht findet ihre Stütze zudem in Art. 65 S. 2 GG, der ausdrücklich die Zuständigkeit des Bundesministers durch die Grenze seines Ressorts beschränkt. Über diese Grenze hinaus hat der einzelne Bundesminister lediglich als Mitglied des Regierungskollegiums — also durch seine gleichzeitige Stellung als einer der Organwalter des Organs „Bundesregierung“ — und innerhalb dieses Gremiums durch seine Beteiligung an dessen Entscheidungen Einfluß auf das Handeln der Regierung. Die Bestimmung des Art. 65 S. 2 GG beinhaltet negativ, daß alle über den Rahmen des Geschäftsbereichs hinausreichenden Angelegenheiten durch die Bundesregierung zu entscheiden sind, denn dem Bundeskanzler wird durch das GG lediglich die — allerdings politisch ausschlaggebende — Richtliniengebung (Art. 65 S. 1 GG), nicht aber werden ihm alle übergeordneten umfassenden Entscheidungen eingeräumt.

6) Wendet man diese Grundsätze auf das uns vorliegende Problem der Zuständigkeit zum Erlaß von Regierungsakten und zwar in bezug auf die oben aus dem GG gegebenen Beispiele an, so ergibt sich, daß sie sämtlich Angelegenheiten von allgemeiner politischer Bedeutung im Sinne des § 15 GeschOBReg betreffen. Dasselbe muß ferner für die anfangs erwähnte Gruppe (Anordnung des Belagerungszustandes, Sperrung der Grenzen, Anerkennung fremder Staaten usw.) gelten. In diesen Fällen erteilt zwar die Verfassung keine ausdrückliche Ermächtigung und damit keine Zuständigkeitszuteilung. Aber auch hier läßt sich die Zuständigkeit — und zwar die ausschließliche — der Bundesregierung aus dem Zusammenhang der Bestimmungen der Art. 65 S. 3 u. 4 GG; § 15 Abs. I GeschOBReg herleiten, unbeschadet der Richtliniengebung des Bundeskanzlers (Art. 65 S. 1 GG). Die Zuständigkeit zum Erlaß von Regierungsakten liegt damit schon auf Grund der Verfassung bei der Bundesregierung. Bei allen bisher erwähnten Gruppen von Regierungsakten ist damit die Bundesregierung für deren Erlaß als allein zuständig zu betrachten.

24) Vgl. auch § 15 Abs. I Zif. e GeschOBReg.

25) v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351.

7) An dieser Stelle muß die Frage aufgeworfen werden, ob nicht Regierungsakte denkbar sind, die in den Bereich eines einzelnen Ressorts fallen und daher der ausschließlichen Zuständigkeit des Ressortministers gemäß Art. 65 S. 2 GG unterliegen. Es wurde oben in anderem Zusammenhang erörtert, daß im Bereich der höchsten exekutiven Spitze, der Bundesregierung und der Bundesministerien, Aufgaben der Regierung und der Verwaltung vereinigt sind und daß sie sich nicht selten berühren und ineinander übergehen.²⁶ Der bei weitem überwiegende Teil der Tätigkeit der Ministerien ist verwaltendes Handeln.²⁷ Wie man die obige Frage löst, hängt entscheidend davon ab, wo man die Grenze zwischen der regierenden und der verwaltenden Tätigkeit zieht, soweit das überhaupt möglich ist und soweit man nicht annimmt, bei gewissen Tätigkeiten vereinigten sich die regierende und die verwaltende Funktion in einem Handeln. Welcher staatliche Hoheitsakt ist noch Regierungsakt und welcher schon Verwaltungsakt?²⁸ Wenn man nicht — wie hier geschehen — nur die unmittelbar staatsleitenden, die „hochpolitischen“ Hoheitsakte unter den Begriff „Regierungsakt“ faßt und auch noch die Maßnahmen und Anordnungen hinzurechnet, die zur Ausführung der grundlegenden politischen Entschlüsse ergehen, wäre es denkbar, daß ein Ressortminister in seinem Geschäftsbereich einen Regierungsakt setzte. Dann wären zum Beispiel Anordnungen auf Grund des Art. 91 Abs. II GG, die der Bund, und zwar nach einhelliger Ansicht²⁹ der Bundesminister des Inneren als Ausfluß seiner interimistischen polizeilichen Zuständigkeit während vorübergehender Notstandslagen erläßt, Regierungsakte. Dieser Ansicht kann deshalb nicht gefolgt werden, weil sich hier Regierung und Verwaltung so eng berühren, daß sie begrifflich nicht mehr getrennt werden können. Was würde dann noch den Unterschied zwischen regierendem und verwaltendem Handeln bilden? Aus diesem Grunde müssen bei dem Versuch einer Definition alle die Erscheinungen aus dem bisherigen Begriff ausgeschieden werden,³⁰ die man in dem „Regierungsakt“ oder in dem diesem oft gleichgesetzten „justizfreien Hoheitsakt“ zusammengefaßt hat, um diese Akte vor der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zu bewahren³¹ oder weil sie einfach in den Begriff des Verwaltungsakts nicht hineinpaßten.³²

26) Scheuner Bereich der Regierung S. 276 f., 284 f.

27) Vgl. Loening DVBl. 1951 S. 235.

28) Auch die Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat gewinnt den Begriff des Regierungsakts aus seiner Abgrenzung zum Verwaltungsakt, allerdings unter dem Aspekt der Justiziabilität, nicht — wie hier — im Hinblick auf die Zuständigkeit: vgl. Eisenmann Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 15 f.

29) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 91 Anm. 4 S. 488.

30) Vgl. Ule BVerwGG zu § 9 Abs. II Anm. 1 b S. 60: „Der Begriff des ‚justizfreien Hoheitsakts‘ (‚Regierungsakts‘) ist in der Beratung des Rechts- und Verfassungsausschusses des Bundestages ausdrücklich abgelehnt worden, soweit er etwa auch Verwaltungsmaßnahmen oberster Bundesbehörden erfassen soll, die in die Rechte des einzelnen eingreifen.“

31) Über die Ausweitung des Begriffs „Regierungsakt“ unter dem Nationalsozialismus und neuerdings in der sowjetisch besetzten Zone mit dem Ziel, bestimmte Hoheitsakte verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung zu entziehen: vgl. Schneider Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 9 ff., 22 ff.

32) So z. B. der gnaedweise Erlaß einer Strafe. Dieser hat mit dem Regierungsakt nur gemein, daß er nicht justiziabel ist. Es läßt sich streiten, ob man in ihm eine Verwaltungsmaßnahme sehen kann — ein Regierungsakt im hier verstandenen Sinne ist er bestimmt nicht.

Während die Verwaltung im wörtlichen Sinne vollziehende Tätigkeit ist, indem sie die politischen Entscheidungen der obersten Staatsorgane ausführt und dabei eine mehr „dienende“ Tätigkeit erfüllt, stellt die Regierung die Lenkung und Ausrichtung der staatlichen Wirklichkeit im Sinne der politischen Grundentscheidungen der Repräsentanten staatlicher Integration dar — sie übt eine „herrschende“ Tätigkeit aus.³³

Es erscheint unumgänglich, den Begriff „Regierungsakt“ im Sinne der oben gegebenen Definition auf diejenigen Hoheitsakte staatspolitischen Inhalts zu beschränken, die unmittelbar staatsleitend, hochpolitisch, richtungweisend für den Fluß des staatlichen Lebens sind.³⁴ Aus diesem Grunde aber ist es begrifflich nicht denkbar, daß der Erlaß eines Regierungsakts Ressortangelegenheit sein könnte. Man kommt daher unter Zugrundelegung der obigen Begriffsumreibung zu dem Schluß, daß ein Regierungsakt — außer in wenigen, noch zu erörternden Ausnahmefällen³⁵ — nur von der Bundesregierung i. e. S. erlassen werden kann.³⁷

Als Ergebnis der Auslegung der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Bestimmungen, die die Zuständigkeit zum Erlaß von Regierungsakten regeln, ist daher festzuhalten, daß ein Regierungsakt — abgesehen von einzelnen Ausnahmen — nicht von einem einzelnen Bundesminister erlassen werden kann und daß daher die Wahrnehmung einer Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Regierungsakten unzulässig erscheint.³⁸

33) Vgl. Scheuner Bereich der Regierung S. 277: „Während zur Verwaltung die laufende Tätigkeit, die Ausführung der rechtlich festgelegten Aufträge und Maßstäbe des staatlichen Handelns gehört, erst recht das Technische, Lokale, das Besondere und Einzelne, zählt zur Regierung die politische Entscheidung, die Festlegung der Richtlinien, darüber hinaus aber die Oberleitung des Staates, durch die der Staat seine Einheit herstellt.“

34) Vgl. Schneider Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 42: „Regierungsakte sind ... die von der Regierung in Erfüllung ihrer wesenhaft politischen Funktion vorgenommenen Entscheidungen, kurz: alle zur Bestimmung und Behauptung der staatlichen Einheit vorgenommenen Entscheidungen, die zu treffen der Regierung von Verfassungen wegen aufgegeben oder überlassen ist.“

35) Über die Abgrenzung von Regierung und Verwaltung vgl. Smend Politische Gewalt S. 5 ff. (16); Scheuner Bereich der Regierung S. 276 f., 284 f.; Koellreutter StR S. 180; Forsthoff L. d. VerwR. S. 13 f.; W. Jellinek VerwR. S. 3 f.

36) Vgl. S. 93 ff.

37) Allerdings nimmt v. Mangoldt GG zu Art. 91 Anm. 4 S. 488 an, die Ausübung der polizeilichen Befugnisse auf Grund des Art. 91 Abs. II GG stehe dem Bundesminister des Innern zu. Diese Stelle scheint jedoch so zu verstehen zu sein, daß die Zuständigkeit des Bundesministers des Innern sich nicht auf die Anordnung der Unterstellung der Polizei erstreckt. Diese ist als Regierungsakt der Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. vorbehalten. Nur für die einen solchen Beschluß der Bundesregierung ausführenden Maßnahmen und die darauf beruhende interimistische Polizeigewalt des Bundes ist der Bundesminister des Inneren zuständig. Das ist aber nichts anderes als verwaltende Tätigkeit. Vgl. dazu auch Bundesminister Dr. Lehr in der 97. Sitzung des Deutschen Bundestages am 7. 11. 1950 (Sten. Ber. 3544 ff.).

38) Folgt man allerdings dieser Definition nicht und faßt man eine Anzahl von staatlichen Hoheitsakten, die hier, da nicht unmittelbar staatsleitend, ausgeschlossen sind, als Regierungsakte auf, so muß insofern das unten über Verwaltungsakte zu Erörternde gelten, soweit es die Zulässigkeit der Wahrnehmung betrifft.

8) Die Betrachtung müßte notwendig unvollständig bleiben, wenn sie sich auf die Auslegung der einzelnen Gesetzesbestimmungen beschränken würde. Vielmehr muß in Erwägung gezogen werden, ob nicht eine andere Rechtsquelle einem Bundesminister die Befugnis erteilt, die vorgehend festgestellte Kompetenz der Bundesregierung i. e. S. zum Erlaß von Regierungsakten wahrzunehmen, d. h. ob nicht eine Wahrnehmungszuständigkeit nachzuweisen ist.

Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, daß hier die Bundesregierung in Ausübung materieller regierender Tätigkeit handelt, d. h. auf dem Gebiet der vollziehenden Gewalt — ihrer Domäne — tätig wird. Während bei der Ausübung übertragener rechtsetzender Tätigkeit durch die Bundesregierung gezeigt wurde, daß in diesem Bereich der Gesetzgeber als Walter der gesetzgebenden Gewalt allein entscheidet und die Zuständigkeiten festlegt, ist hier davon auszugehen, daß die Zuständigkeit der Bundesregierung auf dem Gebiet der vollziehenden Gewalt durch das GG bindend festgelegt ist, und zwar in dem Sinne, daß der Ressortminister die alleinige Zuständigkeit in seinem Geschäftsbereich, die Bundesregierung i. e. S. im Rahmen der Richtliniengebung des Bundeskanzlers die Zuständigkeit für alle Angelegenheiten von allgemeiner politischer Bedeutung hat (Art. 65 GG in Verbindung mit § 15 GeschOBReg).

Indes braucht an dieser Stelle das Verhältnis der beiden Zuständigkeitsordnungen (der die Zuständigkeit zuteilenden gesetzlichen oder verfassungsmäßigen und der des Art. 65 GG in Verbindung mit § 15 GeschOBReg) noch nicht eingehend behandelt zu werden, da sich beide Zuständigkeitszuordnungen in jedem Fall decken müssen. Denn nach der Definition des Regierungsakts, die oben unternommen worden ist, wird der Erlaß eines Regierungsakts immer eine Angelegenheit von allgemeiner politischer Bedeutung darstellen und daher auch nach Art. 65 GG in Verbindung mit § 15 GeschOBReg immer der Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. unterliegen. Es würde die einem Bundesminister gemäß Art. 65 S. 2 GG gezogenen Grenzen überschreiten, wollte man ihm die Befugnis geben, in die Gegenstände der allgemeinen Politik durch Erlaß von Regierungsakten einzugreifen. Für den Erlaß von Regierungsakten ist unter allen Gesichtspunkten die alleinige Zuständigkeit der Bundesregierung, vorbehaltlich der Richtliniengebung des Bundeskanzlers, begründet.

Daher ist die Wahrnehmung einer Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Regierungsakten durch einen Bundesminister nicht zulässig.

§ 15 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen eines Bundesministers zum Erlaß von Regierungsakten durch die Bundesregierung

1) Nach der Definition des Regierungsakts³⁹ ist dieser stets Ergebnis grundlegender staatspolitischer Entscheidungen. Daher ist die ausschließliche Zuständigkeit zum Erlaß von Regierungsakten der Bundesregierung vorbehalten (Art. 65 GG i. V. m. § 15 Abs. I GeschOBReg).

2) Wenn man davon ausgeht, erscheint es nicht angängig, daß ein einzelner Bundesminister einen Regierungsakt erlassen kann. Diese Ansicht findet ihre Bestätigung zudem in Art. 65 S. 2 GG, der den Tätigkeitsbereich des Ministers auf sein Ressort beschränkt und ihm nur für Angelegenheiten im Rahmen seines Ressorts — und nicht für darüber hinausgehende — die Zuständigkeit überträgt.

39) Vgl. Schneider Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 42; Smend Politische Gewalt S. 16; Forsthoft L. d. VerwR. S. 417; Loening DVBl. 1951 S. 233 ff.

Allerdings wäre der Fall denkbar, daß der Gesetzgeber durch ein einfaches Gesetz einem Bundesminister eine Ermächtigung zum Erlaß eines Regierungsakts erteilt.⁴⁰

Wie unten im Zusammenhang mit der Betrachtung des Verwaltungsakts ausführlich zu zeigen sein wird, findet jedoch die Befugnis des einfachen Gesetzgebers, Ermächtigungen auf dem Gebiet der vollziehenden Gewalt zu erteilen, ihre Schranke am GG. Wenn das GG in Art. 65 und in der auf ihm beruhenden Geschäftsordnung der Bundesregierung eine klare Zuständigkeitsabgrenzung innerhalb der Regierung schafft, so muß auch der Gesetzgeber daran gebunden sein (Art. 20 Abs. III GG). Denn andernfalls könnte jede sinnreiche Verteilung der Regierungsaufgaben unmöglich gemacht werden. Die verfassungsmäßige Stellung der Regierung als eine der den Staat tragenden Gewalten (Art. 20 Abs. II S. 2 GG) muß ihr — in den vom GG vorgezeichneten Grenzen — die Selbstbestimmung ihrer inneren Organisation sichern, wie es in der auf Art. 65 S. 4 GG beruhenden Geschäftsordnung der Bundesregierung geschehen ist.⁴¹ Die Organisationsgewalt der Bundesregierung und die durch das GG festgelegte oder vorgezeichnete Organisation der Regierungsorgane kann der Gesetzgeber nicht dadurch im ganzen hinfällig machen, daß er Angelegenheiten von überragender Bedeutung einem einzelnen Bundesminister unter Umgehung der verfassungsmäßig zuständigen Gesamtregierung bindend übertragen kann. In einem solchen Falle muß die verfassungsmäßige Zuständigkeit der gesetzlichen Ermächtigung vorgehen. Daher kann die Bundesregierung in einem solchen Falle aus den genannten Bestimmungen eine Wahrnehmungszuständigkeit gegenüber der gesetzlichen Kompetenz des Bundesministers herleiten. Die Bundesregierung ist nicht nur berechtigt, sondern im Rahmen ihrer Verantwortung⁴² verpflichtet, die Kompetenz des Bundesministers wahrzunehmen.

3) a) Im Anschluß an die Herausarbeitung der Regel sind einige Ausnahmen zu erwähnen. Es handelt sich hier ausnahmslos um Regierungsakte, die rechtlich ausschließlich im Bereich der Regierung ihre Wirksamkeit entfalten, wenn sie auch weitreichende politische Folgen für das gesamte staatliche Leben zeitigen. Es muß auffallen, daß sie sämtlich von einem einzelnen Bundesminister (bzw. dem Bundeskanzler) ausgehen und gegen die Bundesregierung i. e. S. gerichtet sind. Es sind dies die in Art. 112 GG; §§ 20, 21 Haushaltsordnung und § 26 GeschOBReg vorgesehenen Zustimmungs- bzw. Widerspruchsbefugnisse.

b) Die Verfassungsbestimmung des Art. 112 GG macht Haushaltsüberschreitungen und außerplanmäßige Ausgaben von der Zustimmung des Bundesministers der Finanzen abhängig. Nun könnte man streiten, ob die Erteilung einer solchen Zustimmung ein Regierungsakt ist. Auch an dieser Stelle erweist es sich, wie schwierig es oft ist, regierende und verwaltende Tätigkeit gegeneinander abzugrenzen. Im Hinblick auf die überragende Bedeutung und die tiefgreifenden Auswirkungen, die die Erteilung dieser Zustimmung für die Gesamtpolitik haben kann, wird man berechtigt sein, sie als Regierungsakt im hier verstandenen Sinne zu betrachten.⁴³ Die

40) Obwohl dieser Fall selten eintreten wird, da die meisten Regierungsakte auf verfassungsmäßiger Ermächtigung beruhen.

41) Dadurch, daß der Bundeskanzler den Geschäftsbereich des Bundesministers in seinen Grundzügen festlegt (§ 9 S. 1 GeschOBReg), übt er die der Bundesregierung zustehende Organisationsgewalt aus.

42) Vgl. oben § 7 S. 30 Anm. 55.

43) So auch Schneider Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 47.

Zuständigkeit zur Erteilung dieser Zustimmung wird durch Art. 112 GG einem einzelnen Bundesminister, dem Bundesminister der Finanzen, übertragen. Wenn man von dem oben Ausgeführten ausgeht, so müßte die Bundesregierung auch diese Kompetenz wahrnehmen können. Das kann in diesem Falle jedoch deshalb nicht gelten, weil hier das GG eine verantwortliche Leitung der Finanzpolitik⁴⁴ durch den Bundesminister der Finanzen gewährleisten wollte und zu diesem Zweck eine Ausnahmebestimmung geschaffen hat. Da sich der Art. 112 GG gegen Ausgabenmehrungen durch die Regierung und die Verwaltung wendet,⁴⁵ ist hier mit Absicht ein einzelner Bundesminister mit der Zuständigkeit betraut. Ihm wird als Ressortminister, d. h. als selbständiges Regierungsorgan,⁴⁶ die Kontrolle des anderen (der Bundesregierung i. e. S.) übertragen.⁴⁷ Die Ausübung der Befugnis aus Art. 112 GG, auch wenn sie sich gegen die Bundesregierung richtet, ist eine verfassungsmäßige Pflicht, für deren Erfüllung der Bundesminister der Finanzen gemäß Art. 65 S. 2 GG allein verantwortlich ist. Daher muß in diesem Falle die alleinige Zuständigkeit des Bundesministers der Finanzen angenommen werden und eine Wahrnehmung dieser Kompetenz als unzulässig erscheinen.⁴⁸

c) Dem Zustimmungsrecht des Bundesministers der Finanzen gemäß Art. 112 GG ähnlich sind die Befugnisse der Bundesminister der Finanzen, des Innern und der Justiz gemäß §§ 20, 21 Haushaltsordnung und § 26 Abs. I u. II GeschOReg, die ein Widerspruchsrecht der betreffenden Bundesminister gegen Beschlüsse der Bundesregierung in Fragen von finanzpolitischer Bedeutung oder bei Bedenken wegen der Recht- oder Verfassungsmäßigkeit von Gesetz- oder Verordnungsentwürfen oder Maßnahmen der Bundesregierung vorsehen. Man wird annehmen können, daß die Ausübung des Widerspruchsrechts den Charakter eines Regierungsakts im oben unrisenen Sinne beanspruchen kann, da auch in diesen Fällen grundlegende Einflüsse auf die politische Gestaltung des Staatsganzen ausgeübt werden. Diese Widerspruchsbefugnisse werden den betreffenden Bundesministern wie im Falle des Art. 112 GG deshalb eingeräumt, um die Kontrolle eines verantwortlichen Ministers in das Regierungssystem einzubauen⁴⁹ und ein retardierendes Moment zur Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeit zu schaffen.⁵⁰ Auch in diesen von der Regel abweichenden

44) Auf die Verantwortung des Bundesministers der Finanzen weist zutreffend Giese GG zu Art. 112 Anm. II 1 S. 185 hin.

45) Nicht gegen solche des Bundestages, da für diesen Fall Art. 113 GG eine ausschließliche Regelung vornimmt: Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 112 Anm. 2 S. 592; Belau DVBl. 1951 S. 429 ff. (431); Wacke Finanzwesen S. 86.

46) Vgl. oben § 7. Dementsprechend wird auch die Vertretung insofern gemäß § 14 GeschOReg beim Staatssekretär liegen.

47) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 112 Anm. 2 S. 592 f.

48) So ausdrücklich Wacke Finanzwesen S. 87; anscheinend auch Giese GG zu Art. 112 Anm. II 2 S. 185.

v. Mangoldt GG zu Art. 112 Anm. 2 S. 593 scheint anzunehmen, daß der Bundesfinanzminister nach Ausübung seiner Rechte entsprechend der Bestimmung des § 26 Abs. I GeschOReg von der Bundesregierung überstimmt werden könnte. Dann wäre aber der Art. 112 GG sinnlos, der sich gerade gegen die Regierung bzw. die ihr unterstehende Verwaltung richtet und mit dessen Hilfe eine verantwortliche Kontrolle hergestellt werden soll. Daher kann dieser Meinung nicht gefolgt werden.

49) Vgl. Wacke Finanzwesen S. 83 f.

50) Kritisch zu den entsprechenden Befugnissen des Reichsfinanzministers zur Zeit der WRV: Glum Staatsrechtliche Stellung S. 48 ff.

den Ausnahmefällen wird man gerade wegen der oben beschriebenen gegen die Regierung gerichteten Tendenz des Widerspruchs eine ausschließliche Zuständigkeit der betreffenden Bundesminister annehmen können.⁵¹ Die Unzulässigkeit der Wahrnehmung dieser Kompetenzen durch die Bundesregierung i. e. S. ergibt sich in diesen Fällen schon daraus, daß der § 26 GeschOReg ein bestimmtes Verfahren vorschreibt, durch das ein erfolgter Widerspruch durch das Bundeskabinett aus dem Wege geräumt werden kann.⁵² Zudem wäre ein Widerspruch der Bundesregierung gegen einen eigenen Beschluß wenig sinnvoll.

d) Es bedarf keiner Erörterung, daß auch die Richtliniengebung des Bundeskanzlers Regierungsakt ist.⁵³ Hier liegt die alleinige Zuständigkeit des Bundeskanzlers gemäß Art. 65 S. 1 GG verfassungsmäßig fest.

4) Aus diesen Erwägungen lassen sich folgende Grundsätze ableiten:

a) Grundsätzlich kann und muß die Bundesregierung eine etwaige gesetzliche Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von Regierungsakten wahrnehmen.

b) In den Fällen der Art. 65 S. 1, 112 GG, der §§ 20, 21 Haushaltsordnung und des § 26 GeschOReg ist ihr diese Befugnis verwehrt.

II. ABSCHNITT: ALLGEMEINE VERWALTUNGSVORSCHRIFTEN

§ 16 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen der Bundesregierung zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch einen Bundesminister

I. 1. Die Untersuchung hat von dem Begriff der „allgemeinen Verwaltungsvorschriften“ ihren Ausgang zu nehmen. Nach Rechtslehre und Schrifttum sind unter diesem — auch als „Verwaltungsverordnungen“ bezeichneten — Begriff von einer vorgesetzten Behörde an die ihr unterstellten Behörden vermöge ihrer Hoheitsgewalt gerichtete abstrakte und in der Regel generelle Verwaltungsanordnungen⁵⁴ zu verstehen.⁵⁵

51) Münch BReg S. 214 bezweifelt im Hinblick auf Art. 65 S. 3 GG die Verfassungsmäßigkeit der genannten Bestimmungen und hält auch in diesen Fällen die Bundesregierung i. e. S. für zuständig.

52) Gemäß § 26 Abs. I GeschOReg kann dies in einer erneuerten Sitzung des Bundeskabinetts geschehen, wenn die Mehrheit der Bundesminister und mit ihnen der Bundeskanzler gegen den Widerspruch stimmen.

53) Vgl. Schneider Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 47.

54) Vgl. H. J. Wolff Allg. VerwR. § 30 S. 64: „Verwaltungsanordnungen sind einseitig durch öffentliche Organe gesetzte normative Sätze oder Akte, welche nur die Organe oder Organwahrer einer öffentlichen Verwaltungsorganisation oder die in einem besonderen Gewaltverhältnis Stehenden (z. B. Beamten, Anstaltsbenutzer), nicht aber andere Personen verpflichten oder berechtigen.“

55) So H. J. Wolff Allg. VerwR. § 30 S. 64 f. Vgl. auch Fleiner Institutionen S. 62; Forsthoff L. d. VerwR. S. 117; W. Jellinek VerwR S. 126; v. Mangoldt GG zu Art. 84 Anm. 3 S. 454; Giese GG zu Art. 84 Anm. II 3 S. 146; Anschütz Verf d. D. R. 13. A. zu Art. 77 Anm. 2 S. 357. Vgl. auch § 57 Abs. II GemGeschOIBMin: Allgemeine Verwaltungsvorschriften soll die ausschließliche Bezeichnung für alle Vorschriften sein, die in der Rechtslehre unter dem Begriff Verwaltungsverordnungen oder allgemeine Verwaltungsvorschriften erfaßt werden.

Im Gegensatz zu den Rechtsverordnungen schaffen sie nicht Recht im materiellen Sinne,⁵⁶ sondern sie wenden sich lediglich instruktionell an den innerorganisatorischen Bereich.^{57 58} Eingriffe in die Rechts- und Freiheits-sphäre des Staatsbürgers können nur auf Grund materiellen Gesetzes — also wenigstens einer Rechtsverordnung — vorgenommen werden. Daher können allgemeine Verwaltungsvorschriften nur die Organe und die Amtswalter der Verwaltungsbehörden — und diese nur in ihrer behördlichen Funktion —, nicht aber rechtssatzmäßig den einzelnen Staatsbürger binden.⁵⁹

Im Unterschied zu den „Verwaltungsanweisungen“ stellen die allgemeinen Verwaltungsvorschriften generelle und abstrakte Anordnungen, d. h. für eine noch unbestimmte Anzahl von Einzelfällen im voraus abstrakt aufgestellte Richtlinien, dar, während die Verwaltungsanweisungen sich auf die Regelung eines schon vorliegenden konkreten Tatbestandes innerhalb des behördlichen Bereichs beschränken.

Da der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung es erfordert, daß alle Eingriffe des Staatsbürgers der materiell-rechtlichen Ermächtigung bedürfen,⁶⁰ die allgemeinen Verwaltungsvorschriften jedoch derartige Einbegriffsbefugnisse der Verwaltung nicht enthalten dürfen, kann man in Umkehrung des Grundsatzes davon ausgehen, daß die Verwaltung zum Erlaß von abstrakten oder konkreten Anordnungen innerhalb ihres Bereichs einer gesetzlichen oder verfassungsmäßigen Ermächtigung nicht bedarf.⁶¹ Die Befugnis der Verwaltung, in ihrem Bereich gestaltend tätig zu werden, ist in die allgemeine Hoheitsgewalt eingeschlossen.⁶² Sie ist Ausfluß des auf dem Gewaltengliederungsprinzip beruhenden Grundsatzes, daß die vollziehende Gewalt als ein „besonderes Organ der Staatsgewalt“ (Art. 20 Abs. II S. 2 GG) ihren Bereich unabhängig gestalten kann und die zu diesem Zwecke erforderlichen Befugnisse beanspruchen muß.

2) Die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften ist für den Bereich der Verwaltung zur Ausführung von Bundesgesetzen ausdrücklich im GG geregelt: und zwar in Art. 84 Abs. II GG für die landeseigene Verwaltung, in Art. 85 Abs. II GG für die Auftragsverwaltung und in Art. 86 S. 1 GG für die bundeseigene Verwaltung und in Art. 108 Abs. VI

56) Die Unterscheidung zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnungen geht auf Laband zurück (vgl. StR Bd. I S. 564), der die lediglich innerhalb der Verwaltung normierenden Sätze von den Rechtsquellen abgrenzt.

57) Vgl. Anschütz Verf. d. D. R. 13. A. zu Art. 77 Anm. 2 S. 357; H. J. Wolff Allg. VerwR. § 30 S. 64 f.; Giese GG zu Art. 84 Anm. II 3 S. 146.

58) Dazu ausführlich Jacobi HdbdDStR Bd. II § 78 S. 255 ff.; Forsthoff L. d. VerwR. S. 110 ff. (118 f.). Krüger wendet sich gegen die hergebrachte Unterscheidung mit dem Hinweis, die Trennungslinie zwischen Innen und Außen der Verwaltung sei im Interesse des Rechtsschutzes des Staatsbürgers nicht zuverlässig (Rechtsw. u. Verwaltungsanw. S. 211 ff.); dazu kritisch Koellreutter StR S. 99. Gegen die h. L. auch v. Turegg L. d. VerwR. S. 150.

59) Vgl. W. Jellinek VerwR S. 126; H. J. Wolff Allg. VerwR. § 30 S. 64 f.; Giese GG zu Art. 84 Anm. II 3 S. 146.

60) Vgl. W. Jellinek VerwR S. 126; H. J. Wolff Allg. VerwR. § 34 S. 73.

61) So Forsthoff L. d. VerwR. S. 119 f.; Fleiner Institutionen S. 72; Jacobi HdbdDStR Bd. II § 78 S. 261; Schoen Hdb. d. Pol. Bd. I S. 249; grundsätzlich auch W. Jellinek VerwR S. 126, der jedoch dann eine gesetzliche Grundlage für erforderlich hält, wenn sich ein zweites Rechtssubjekt, z. B. ein Land, einschreibt (vgl. unten S. 100 Anm. 88)

62) Vgl. Forsthoff L. d. VerwR. S. 119.

GG für die Finanzverwaltung des Bundes und der Länder.⁶³ Danach ist die „Bundesregierung“ zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften für zuständig erklärt; gemäß Art. 86 S. 1 GG unter dem Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Regelung. Die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften könnte durch Bundesgesetz also lediglich für die bundeseigene Verwaltung abweichend von der durch das GG vorgenommenen Regelung vorgeschrieben werden.

Die Erörterung des Problems, ob in den genannten Vorschriften des GG unter „Bundesregierung“ die Bundesregierung i. e. S. oder die Bundesregierung i. w. S. zu verstehen ist, hat von dem Sinn und Zweck dieser Verfassungsbestimmungen ihren Ausgang zu nehmen. Die Untersuchung begegnet dabei der Schwierigkeit, daß ein Vergleich mit anderen Vorschriften des GG, in denen der Begriff „Bundesregierung“ verwendet wird, nicht angängig erscheint, da die Auslegung auch dieser Bestimmungen Gegenstand der Erörterung ist und die Berufung darauf eine *petitio principii* darstellen würde.

3) a) Zur Erfassung von Sinn und Zweck der in Betracht genommenen Vorschriften des GG ist es wichtig, sich die Entwicklung gegenwärtig zu machen, die zu der heutigen Regelung geführt hat. Art. 77 WRV sah die Zuständigkeit der Reichsregierung zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung vor.⁶⁴ Danach bestand die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber die Befugnis zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften einem einzelnen Reichsminister übertrug.⁶⁵ Gleichwohl nahm ein Teil des Schrifttums an, daß unter „Reichsregierung“ im Einzelfall auch der nach der Geschäftsverteilung zuständige Reichsminister zu verstehen sei, und zwar dann, wenn der Erlaß der allgemeinen Verwaltungsvorschrift eine Angelegenheit seines Geschäftsbereichs war, für den er gemäß Art. 56 S. 2 WRV die Verantwortung trug.⁶⁶ Dem folgte auch die Praxis der Reichsregierung, indem allgemeine Verwaltungsvorschriften in der Regel von dem betreffenden Fachminister in eigenem Namen erlassen wurden.⁶⁷ Allerdings wurde diese Praxis von einer

63) Man hat eine Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften ferner auf eine durch Bundesgesetz gem. Art. 84 Abs. I GG erfolgende Ermächtigung stützen wollen (vgl. Gutachten d. Rechtsaussch. d. D. BRat Drucks. 17/53 v. 14. I. 1953 S. 7 f.). Da Art. 84 Abs. I GG die Regelung des Verwaltungsverfahrens durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates ermögliche, könne durch ein entsprechendes Bundesgesetz einem Bundesminister die Zuständigkeit zum Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften übertragen werden. Dagegen wendet sich Kratzer DOV 1952 S. 233 u. DOV 1953 S. 172 f. mit dem zutreffenden Hinweis, „Regelung des Verwaltungsverfahrens“ bedeute etwas ganz anderes (z. B. Rechtsbehelfe, Beschwerdefristen u. ä.). Zudem sei Art. 84 Abs. II GG die *lex specialis* in bezug auf allgemeine Verwaltungsvorschriften (vgl. auch Köttgen DOV 1952 S. 424 f.).

64) Anders die Regelung des Art. 7 Nr. 2 RV v. 1871: Der Bundesrat beschloß über die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften.

65) Vgl. Anschütz Verf. d. D. R. 13. A. zu Art. 77 Anm. 5 S. 358.

66) Vgl. Gebhard Verf. d. D. R. zu Art. 77 Anm. 3 a S. 367; Triepel AöR Bd. 39 S. 482; Poetzsch-Heffter HK d. RV zu Art. 77 Anm. 5 S. 336; Apelt Geschichte der WV S. 257; Jacobi HdbdDStR § 78 S. 261 Anm. 25.

67) Vgl. §§ 56 Abs. I, 58 Abs. III GemGeschoIRMin.

anderen Ansicht im Schrifttum, die unter „Reichsregierung“ nur die Reichsregierung i. e. S. verstanden wissen wollten, für unzulässig gehalten.⁶⁸

b) Der HCHE sah für die Befugnis zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften folgende Regelung vor: Für den Bereich der landeseigenen Verwaltung und der sogenannten „Landesverwaltung nach Weisung“ (der „Auftragsverwaltung“ des GG) erließ die „Bundesregierung“ (Art 114 Abs. I, 113 HCHE); für das Gebiet der bundeseigenen Verwaltung erließen „die Bundesregierung und nach Maßgabe ihrer Geschäftsordnung die einzelnen Bundesminister“ die Durchführungsverordnungen⁶⁹ (Art. 112 HCHE). Der Allgemeine Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates schlug dann für die landeseigene Verwaltung die Formulierung „die Bundesregierung oder nach Maßgabe ihrer Geschäftsordnung die einzelnen Bundesminister“ vor.⁷⁰ Diese Wortfassung wurde in der ersten Lesung des Hauptausschusses angenommen;⁷¹ in der zweiten Lesung wurde auf einen Antrag der Abgeordneten **Dr. Laforet** und **Hoch** die heutige Fassung hergestellt,⁷² die nur die „Bundesregierung“ für zuständig erklärt. Eine Begründung für die Änderung der Formulierung und ein Anhalt dafür, ob sie eine sachliche Korrektur oder lediglich eine Straffung des Wortlautes der Vorschrift bezweckte, wurde von den Antragstellern nicht gegeben und geht auch nicht aus den (wenigen) veröffentlichten Protokollen hervor. Auch in den sich an den Antrag anschließenden Debatten findet sich kein Fingerzeig in dieser oder jener Richtung.

c) Als Folge dieses non liquet in der Entstehungsgeschichte hat sich der schon unter der WRV entflammte Streit im Schrifttum des GG erneut entzündet. Ein Teil der rechtswissenschaftlichen Autoren will die betreffenden Vorschriften eng auslegen, d. h. die Zuständigkeit auf die Bundesregierung i. e. S. beschränken;⁷³ ein anderer folgt der Praxis der WRV und versteht unter „Bundesregierung“ die Bundesregierung i. w. S., also auch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Ressortminister.⁷⁴ Auch im Bereich der obersten Staatsorgane des Bundes hat der Streit nicht haltgemacht. Während die Bundesregierung die weitere Auffassung vertritt,

68) Vgl. **Anschütz** Verf. d. D. R. 13. A. zu Art. 77 Anm. 2 S. 357; **Giese** Verf. d. D. R. zu Art. 77 Anm. 2 S. 193; **Hatschek** StR Bd. II S. 122; **Schoen** AöR Bd. 6 n. F. S. 161.

69) Unter „Durchführungsverordnungen“ wurden die zur Ausführung von Gesetzen notwendigen Rechts- und Verwaltungsverordnungen verstanden. Vgl. auch die Erörterungen im Hauptaussch. d. Parl. Rates über diese Frage Sten. Prot. S. 191, 431; ferner bei **v. Doemming-Füßlein-Matz** Entstehungsgeschichte S. 629, 638, 641.

70) Vgl. **v. Doemming-Füßlein-Matz** Entstehungsgeschichte S. 631.

71) 16. Sitzung d. Hauptaussch. Sten. Prot. S. 190 ff.

72) 35. Sitz. d. Hauptaussch. v. 12. 1. 1949 Sten. Prot. S. 431 ff. (für Art. 84 Abs. II GG); 45. Sitz. d. Hauptaussch. v. 19. 1. 1949 Sten. Prot. S. 594 f. (für Art. 85 Abs. II GG); 36. Sitz. d. Hauptaussch. v. 12. 1. 1949 Sten. Prot. S. 445. (für Art. 86 S. 1 GG). Vgl. auch **v. Doemming-Füßlein-Matz** Entstehungsgeschichte S. 632, 638, 643.

73) Vgl. **Kratzer** DOV 1952 S. 230 ff.; DOV 1953 S. 172 f.; **Maunz** StR 3. A. S. 157 für die landeseigene Verwaltung.

74) Vgl. **v. Mangoldt** GG zu Art. 84 Anm. 3 S. 455, zu Art. 85 Anm. 3 S. 462, zu Art. 86 Anm. 2 S. 465; **Herrfahrdt** BonnK zu Art. 84 Anm. II 3, zu Art. 86 Anm. II; **Wessel** DV 1949 S. 327; **Redeker** DOV 1952 S. 325 ff.

wobei sie sich auf die Weimarer Praxis stützt,⁷⁵ hält der Bundesrat an der engeren fest und hat Entwürfen von allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die nur von einem Bundesminister erlassen werden sollten, die erforderliche Zustimmung verweigert.⁷⁶

Die Bundesregierung hatte die Rechtsfrage im Jahre 1952 im Rahmen einer Organstreitigkeit gemäß Art. 93 Abs. I Nr. 1 GG; §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gestellt.⁷⁷ Die Klage wurde jedoch zurückgezogen, weil sich der eigentliche Streitgegenstand⁷⁸ von selbst erledigt hatte.⁷⁹ Die Auffassung der Bundesregierung findet ihren Niederschlag in § 56 Abs. II GemGeschOIBMin, nach dem allgemeine Verwaltungsvorschriften auch durch einen einzelnen Bundesminister erlassen werden können.

4) Wenn auch die Vorstellungen, die sich der Grundgesetzgeber von dem Sinngehalt einer Bestimmung oder eines von ihm verwendeten Begriffes gebildet hat, keine bindende Wirkung entfalten können, soweit sie nicht im Text des GG zum Ausdruck gelangt sind,⁸⁰ so kann dennoch die Entstehungsgeschichte wichtige Fingerzeige geben, die mit anderen Indizien zusammen Sinn und Zweck einer Vorschrift erkennen lassen.⁸¹

Nun will man aus der in der zweiten Lesung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates vorgenommenen Änderung der Formulierung⁸² für die Auslegung des Begriffs „Bundesregierung“ einerseits entnehmen, der Grundgesetzgeber habe in Verfolgung seiner (unbestreitbaren) Tendenz, den Kreis der zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften zuständigen Organe weitestmöglich zu beschränken, nur die Bundesregierung i. e. S. für zuständig erklären und den Bundesminister durch die Streichung gerade von dieser Befugnis ausschließen wollen.⁸³ Andererseits wird angeführt, der Grundgesetzgeber habe an die Praxis der WRV angeknüpft und mit Rücksicht auf diese Wendung „oder nach Maßgabe ihrer Geschäftsordnung die einzelnen Bundesminister“ als überflüssig gestrichen.⁸⁴

75) Die Auffassung der Bundesregierung geht dahin, daß es „zulässig und geboten sei, dann an die Praxis der WRV anzuknüpfen, wenn ein Tatbestand im GG in gleicher oder ähnlicher Weise geregelt ist wie in der WRV“ (Äußerung v. 30. 10. 1952; vgl. BRatDrucks. 17/53 S. 4).

76) SB d. 71. Sitz. d. D. BRat v. 26. 10. 1951 (Sten. Prot. S. 758 f.). SB d. 79. Sitz. d. D. BRat v. 29. 2. 1952 (Sten. Prot. S. 68 ff.). SB d. 92. Sitz. d. D. BRat v. 26. 9. 1952 (Sten. Prot. S. 422). SB d. 99. Sitz. d. D. BRat v. 23. 1. 1953 (Sten. Prot. S. 17 f.). Gutachten des Rechtsaussch. d. D. BRat BRDrucks. 377/52 v. 18. 9. 1952 u. BRDrucks. 17/53 v. 14. 1. 1953.

77) Vgl. BRDrucks. 45/52 v. 1. 3. 1952; **Kratzer** DOV 1953 S. 172.

78) Es handelte sich um einen Entwurf einer Allgemeinen Verfügung des Bundesministers der Justiz betr. Übergang des bisher bei der Staatsanwaltschaft beim Kammergericht geführten Strafregisters auf die Staatsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof.

79) Lt. Auskunft an den Verfasser.

80) Vgl. BVerfG v. 21. 5. 1952 BVerfGE 1,299 (312).

81) Über die Auslegung von Verfassungen unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte vgl. ferner **Münch** BReg S. 67 ff.

82) Vgl. Sten. Prot. d. Hauptaussch. S. 431 ff., 445, 594 f.

83) Vgl. **Kratzer** DOV 1953 S. 172.

84) Vgl. **Redeker** DOV 1952 S. 235 f.; anscheinend auch **Herrfahrdt** BonnK zu Art. 84 Anm. II 3, zu Art. 86 Anm. II; vgl. auch die Äußerung der Bundesregierung v. 30. 10. 1952; Gutachten des Rechtsausschusses d. D. BRat BRDrucks. 17/53 v. 14. 1. 1953 S. 4.

In den veröffentlichten und zugänglichen Protokollen des Parlamentarischen Rates findet sich jedoch für keine der beiden Ansichten ein Stütze.⁸⁵ Aus diesem Grunde scheint die Argumentation mit der Entstehungsgeschichte kein geeigneter Weg zu sein, um zu einer eindeutigen Auslegung zu gelangen.

5) Geht man von der wörtlichen Bedeutung des Begriffs „Bundesregierung“ aus, so ist nicht zu übersehen, daß im allgemeinen Sprachgebrauch unter „Regierung“ vornehmlich das Regierungskollegium verstanden wird, während die Bezeichnung des Ministers als „Regierung i. w. S.“ ein übertragener, mehr juristischer Sprachgebrauch ist. So umreißt Münch⁸⁶ den Begriff der Regierung als das „Gremium von Inhabern höchster Staatsämter . . . , in dessen Hand die Exekutive, die faktische Staatsgewalt liegt.“ — Immerhin jedoch hat sich der Begriff der Regierung i. w. S. im öffentlichen Leben und im Sprachgebrauch der obersten staatlichen Organe soweit durchgesetzt,⁸⁷ daß man nicht wird sagen können, die Wortfassung „Regierung“ begründe eine Vermutung zugunsten der Regierung i. e. S. Aus diesem Grunde wird man aus einer philologischen Methode keinen brauchbaren Ausgangspunkt gewinnen können.

6) Da es zur Einräumung einer Befugnis der Verwaltung, allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen, keiner besonderen Ermächtigung durch Verfassung oder Gesetz bedarf, ein solches Recht vielmehr aus der auf der Gewaltengliederung beruhenden allgemeinen Hoheitsgewalt der Verwaltung in ihrem Bereich fließt und ihr wesensgemäß ist, können die Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II, 86 S. 1 und 108 Abs. VI GG nicht den Charakter von Ermächtigungsbestimmungen tragen, sondern lediglich Regeln für die subjektive Zuständigkeit darstellen.⁸⁸ Im Gegensatz zu den gesetzlichen Ermächtigungen

85) v. Mangoldt zu Art. 86 Anm. 2 S. 465 weist irrtümlich darauf hin, aus den Motiven des Parlamentarischen Rates ergebe sich, daß für Art. 86 S. 1 GG unter „Bundesregierung“ das Kollegium und der einzelne Minister zu verstehen seien. — Das geht jedoch aus den angegebenen Quellen durchaus nicht hervor, und dem dort angezogenen HCHE lag ein anderer Wortlaut zugrunde als dem GG.

86) Vgl. Münch BReg S. 95.

87) Auch durch Praxis und h. L. unter der WRV: vgl. oben § 5.

88) So Forsthoff L. d. VerwR. S. 120. Im Gegensatz dazu hält W. Jellinek VerwR. S. 126 für den Fall, daß sich ein zweites Rechtssubjekt, z. B. ein Land, einschleibt, eine gesetzliche Grundlage für erforderlich. Dem kann deshalb nicht beigepflichtet werden, weil hier nicht in Betracht steht, ob überhaupt allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen werden dürfen (wie z. B. bei den Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen), sondern wer sie erlassen darf, und zwar a) ob dem Bund oder den Ländern und b) wem innerhalb der Bundes- oder Landesorganisation diese Befugnis zusteht. Beides aber sind Zuständigkeitsbestimmungen. Es steht im Belieben des Verfassungsgesetzgebers, ob er eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen erteilt, aber nicht, ob allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen werden sollen, soweit der Grundsatz der Gewaltentrennung und der allgemeinen Hoheitsgewalt aufrecht erhalten werden soll.

Jacobi HdbdStR Bd. II § 78 S. 261 fordert richtig nur eine „besondere Zuständigkeitsbegründung“. Vgl. auch Fleiner Institutionen S. 72; H. J. Wolff Allg. VerwR. § 34 S. 73; Schoen Hdb. d. Pol. Bd. I S. 249.

zum Erlaß von Rechtsverordnungen, ohne die Organe der Exekutive keine Rechtsverordnungen erlassen dürfen, bestimmen diese Vorschriften nicht, ob überhaupt allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen werden dürfen, sondern daß nur die Bundesregierung und nicht andere Bundesbehörden hierfür zuständig sind,⁸⁹ ferner daß neben den Landesbehörden auch Bundesbehörden zuständig sind. Der Grundsatz der allgemeinen Hoheitsgewalt der Verwaltung besagt lediglich, daß der Verwaltung allgemein dieses Recht zusteht, nicht daß es allen Behörden eingeräumt sei. Welche Behörde im einzelnen zuständig sein soll, unterliegt der Regelung durch Verfassung oder Gesetz.

Dieser Umstand bietet für die Auslegung der genannten Vorschriften des GG einen wichtigen Anhalt, denn aus dem Charakter dieser Artikel als Zuständigkeitsbestimmungen erhellt, daß der Grundgesetzgeber den Kreis der zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften zuständigen Behörden außerordentlich beschränken wollte. Den Grund wird man darin suchen müssen, daß es sich in den Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II und teilweise in Art. 108 Abs. VI GG um Maßnahmen im Bund-Länder-Verhältnis handelt. Das GG hat — in Verfolgung seiner föderalistischen Tendenz — die Ausführung der Bundesgesetze überwiegend den Ländern übertragen (Art. 83 GG), um die Eigenstaatlichkeit und Unabhängigkeit der Länder vom Bunde zu sichern. Um aber zu vermeiden, daß auf dem Umweg über die Befugnis zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften gleichwohl eine Hegemonie des Bundes hergestellt wurde, hat der Grundgesetzgeber alle unteren und oberen Bundesbehörden von dieser Befugnis ausgeschlossen und diese nur der „Bundesregierung“ übertragen.⁹⁰ Die gleiche Tendenz einer Beschränkung der Befugnisse des Bundes⁹¹ wird unten bei den Aufsichts- und Weisungsrechten zu beobachten sein. Darüber hinaus ist jede allgemeine Verwaltungsvorschrift an die Zustimmung des Bundesrates gebunden, soweit sie gegenüber den Landesverwaltungsbehörden wirksam wird (Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II u. 108 Abs. VI GG). Nur der Art. 86 S. 1 GG für die bundeseigene Verwaltung, nicht aber die zuletzt genannten Artikel sind unter den Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Regelung gestellt worden, so daß auch durch Bundesgesetz eine Zuständigkeit von Bundesbehörden zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften nicht begründet werden kann.⁹² Aus dieser eindeutigen Tendenz des GG, den Bundesbehörden in ihrer Gesamtheit die Befugnis zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften vorzuenthalten und die Zuständigkeit nur der „Bundesregierung“ einzuräumen, leitet die für die enge Auslegung des Begriffes „Bundes-

89) Vgl. § 30 GemGeschoIIBMin: „In die Gesetzentwürfe sind Bestimmungen, die die Bundesregierung oder einen Bundesminister zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften ermächtigen, nicht aufzunehmen, da die Befugnis hierzu sich aus dem Grundgesetz (Art. 84 Abs. II; 85 Abs. II; 86 S. 1; 108 Abs. VI) unmittelbar ergibt.“

90) Daher ist eine Übertragung der Befugnis zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften an andere Organe nicht vorgesehen und unter dem GG nicht zulässig: Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 84 Anm. 3 S. 455.

91) Für eine großzügigere Interpretation Redeker DOV 1952 S. 237.

92) Vgl. Kratzer DOV 1952 S. 232.

regierung" eintretende Meinung das Argument her, die Zuständigkeit auf die Bundesregierung i. e. S. zu begrenzen.⁹³

Es erscheint jedoch fraglich, ob diese Begründung die Auslegung rechtfertigen kann, nur die Bundesregierung i. e. S. sei zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften zuständig. Dafür spricht allerdings der erkennbar zum Ausdruck gelangte Wille des Grundgesetzgebers, unteren und oberen Bundesbehörden eine entsprechende Befugnis vorzuenthalten. Wenn man berücksichtigt, daß der Bundesminister beim Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften als „oberste Bundesbehörde“ handelt, scheint der Ausschluß jeglicher Bundesbehörden auch für ihn zu gelten. Dabei wird jedoch übersehen, daß in jedem Falle dem Bundesrat das Recht vorbehalten bleibt, dem Entwurf einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift seine Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern, soweit die Verwaltung der Länder betroffen wird (Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II, 108 Abs. VI GG). Dieses Recht des Bundesrates stellt eine ausreichende Sicherung im Sinne des föderalistischen Prinzips dar. Während es nicht angängig und in der Praxis untragbar gewesen wäre, daß auch sonstige Bundesbehörden dem Bundesrat allgemeine Verwaltungsvorschriften zwecks Zustimmung hätten vorlegen müssen, dieses auch durch die Wortfassung deutlich ausgeschlossen ist, ist es gleichgültig, ob ein Bundesminister oder die Bundesregierung dem Bundesrat den Entwurf einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift vorlegt, da diese, um wirksam zu werden, in jedem Fall der Zustimmung des Bundesrates bedarf.⁹⁴ Der Gesichtspunkt der Sicherung der Eigenstaatlichkeit der Länder und ihrer Unabhängigkeit vom Bunde trägt daher mit Rücksicht auf das Zustimmungsrecht des Bundesrates nicht die Ansicht, die unter „Bundesregierung“ im Sinne der Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II u. 108 Abs. VI GG nur die Bundesregierung i. e. S. verstehen will.⁹⁵ Darüber hinaus würde die Argumentation mit dem Bund-Länder-Verhältnis auch nicht für den Bereich der bundeseigenen Verwaltung durchgreifen können, für den Art. 86 S. 1 GG ebenso lediglich die „Bundesregierung“ als zuständig nennt.

7) a) Im Schrifttum ist ferner versucht worden, aus der Formulierung des Art. 86 S. 1 GG einen Anhalt für die Auslegung des Begriffes „Bundesregierung“ zu gewinnen.⁹⁶ Da diese Bestimmung — so hat man argumentiert — gerade die Möglichkeit vorsehe, einem Bundesminister durch Bundesgesetz die Befugnis zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu

93) Vgl. Kratzer DOV 1952 S. 233; ferner Gutachten d. Rechtsaussch. d. BRat BRDrucks. 17/53 S. 7: „Vielmehr besteht ein sachlicher Unterschied. Er besteht darin, daß bei Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften durch die Bundesregierung die für das Verhältnis Bund und Länder bedeutsamen Gesichtspunkte durch das Gesamtkabinettt erörtert und geprüft werden und damit schon bei der abschließenden Gestaltung der Entwürfe ... über die Frage der verfassungspolitischen Notwendigkeit einer durch allgemeine Verwaltungsvorschriften des Bundes erfolgenden Einengung der Verwaltungszuständigkeiten der Länder nicht nur vom Fachressort befunden wird.“

94) Vgl. Redeker DOV 1952 S. 236.

95) Anders Gutachten d. Rechtsaussch. d. D.BRat ERDrucks. 17/53 S. 6 ff. (7): „Für die auf der Ebene der politischen Willensbildung sich vollziehende Beschlußfassung des Bundesrates ist es daher von Bedeutung, ob ein Entwurf einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift von der politischen Autorität der Bundesregierung als Gesamtkabinettt oder nur durch eine — anders geartete — Ressortverantwortung getragen wird.“

96) Vgl. Kratzer DOV 1952 S. 232.

übertragen, so folge daraus, daß unter „Bundesregierung“ ausschließlich die Bundesregierung i. e. S. verstanden sei. Sieht man einmal davon ab, daß diese Beweisführung höchstens für die Bestimmung des Art. 86 S. 1 GG gilt, nicht aber für die anderen die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften regelnden Vorschriften des GG, die einen derartigen Vorbehalt nicht enthalten, so muß ein solcher Versuch schon an dem Hinweis auf Praxis und Schrifttum der WRV scheitern. Art. 77 WRV enthielt eine im wesentlichen gleichlautende Regelung wie Art. 86 S. 1 GG. Gleichwohl wurde von der Praxis⁹⁷ der Reichsregierung und von einem Teil des Schrifttums kein Anstand genommen, die weitere Auslegung des Begriffes „Reichsregierung“ vorzuziehen. Allenfalls kann der Hinweis auf die Formulierung des Art. 86 S. 1 GG neben anderen Gründen einen weiteren Fingerzeig geben, man kann aus ihm allein keine eindeutige Interpretation gewinnen.

b) In diesem Zusammenhang ist auf § 15 Abs. I Zif. e GeschOBReg einzugehen, der die Beratung und Beschlußfassung der Bundesregierung i. e. S. für alle Angelegenheiten, für welche GG oder Gesetz dieses vorschreiben, vorsieht. Es möchte scheinen, als werde damit das vorliegende Problem durch die GeschOBReg in dem Sinne geregelt, daß das Kollegium auch für den Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften ausschließlich zuständig sei, da der Bundesregierung diese Zuständigkeiten durch das GG zugewiesen seien.⁹⁸ Das hieße jedoch den Umstand verkennen, daß die GeschOBReg die Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Bundesregierung, die durch das GG vorgezeichnet ist, lediglich auszuführen hat, nicht aber diese abändern oder neue beschließende Zuständigkeiten der Bundesregierung begründen darf.⁹⁹ Insbesondere kann die GeschOBReg nicht für Angelegenheiten, für die gemäß Art. 65 S. 2 GG der einzelne Bundesminister zuständig ist, weil sie sich ausschließlich innerhalb seines Geschäftsbereichs halten, die Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. vorsehen. Daher ist in jedem Falle zu prüfen, ob nicht die betreffende Angelegenheit Aufgabe eines Ressortministers ist.¹⁰⁰ Ist dieses der Fall, so steht als weitere Frage zur Prüfung an, ob die betreffende Bestimmung des GG eine Ausnahmebestimmung zu Art. 65 S. 2 GG darstellt und ob daher ausnahmsweise in Durchbrechung des Ressortprinzips eine Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. besteht. Keinesfalls kann durch § 15 Abs. I Zif. e GeschOBReg diese Prüfung überflüssig werden. Diese Vorschrift kann nur für die Fälle gelten, in denen nach der sonstigen Zuständigkeitsverteilung des GG eine Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. begründet ist. Sie kann nicht im Widerspruch zum GG — hier: zu Art. 65 S. 2 — eine beschließende Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. begründen.

II. 1) Die bisherige Erörterung hat gezeigt, daß die textliche Interpretation allein — auch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte — keine einwandfreie Auslegung des Begriffes „Bundesregierung“, wie er in den Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II, 86 S. 1 u. 108 Abs. VI GG verwendet wird, ermöglicht. Beide sich gegenüberstehende Ansichten können — zum Teil aus

97) Vgl. §§ 56 Abs. I S. 1, 58 Abs. III GemGeschOIRMin.

98) So Lechner-Hülshoff PuR zu § 15 GeschOBReg Anm. 6 S. 197.

99) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351.

100) Vgl. dazu v. Mangoldt GG zu Art. 84 Anm. 3 S. 455.

denselben Umständen — entgegengesetzte Argumente ins Feld führen. Die Lösung des Problems kann nur dadurch erreicht werden, daß man den Gesamtgehalt der Verfassung heranzieht und die einzelne Vorschrift in ihrem Sinnzusammenhang mit anderen Bestimmungen des GG und unter Berücksichtigung ihrer systematischen Stellung auslegt, wie das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich ausgeführt hat.¹⁰¹

Dieses Verfahren muß im vorliegenden Zusammenhang dazu führen, die der „Bundesregierung“ durch die genannten Artikel des GG erteilte Zuständigkeit nicht isoliert in Betracht zu nehmen, sondern sie unter Berücksichtigung der sonstigen Zuständigkeitsverteilung des GG zu sehen. Dabei wird es der Untersuchung bedürfen, ob diese Vorschriften im Hinblick auf die allgemeine Zuständigkeitsverteilung auszulegen sind oder ob sie Ausnahmebestimmungen gegenüber der allgemeinen Regelung darstellen.

2) a) Es hat sich im Verlauf der bisherigen Untersuchung erwiesen, daß die Zuständigkeiten im Bereich der Bundesregierung nicht in jedem Falle gleich verteilt sind, sondern daß es darauf ankommt, in Ausübung welcher Funktion die Bundesregierung tätig wird.

Allgemeine Verwaltungsvorschriften sind abstrakte Richtlinien, die den Verwaltungsbehörden erteilt werden und für diese Verbindlichkeit besitzen. Sie sind das Mittel, mit dem eine übergeordnete Verwaltungsbehörde das Verwaltungsgebarren der untergeordneten Instanzen steuert, indem sie in abstrakter und genereller Weise Tatbestände im Funktionsbereich der Verwaltung regelt. Wenn man davon ausgeht, könnte man dazu neigen, die allgemeinen Verwaltungsvorschriften dem verwaltenden Handeln der Bundesregierung zuzurechnen. Bei dieser Schlußfolgerung würde jedoch übersehen, daß es nicht darauf ankommt, in welchem Bereich eine allgemeine Verwaltungsvorschrift wirksam wird, sondern darauf, in welcher Funktion die Bundesregierung bei dem durch den Erlaß der allgemeinen Verwaltungsvorschrift selbst tätig wird: ob sie dabei in Erfüllung ihrer regierenden oder ihrer verwaltenden Funktion handelt.

Allgemeine Verwaltungsvorschriften sind generelle Anweisungen, die das Verfahren der Verwaltungsbehörden für die Zukunft lenken und den Beamten Richtlinien für ihre Tätigkeit geben sollen. Sie legen die erste Grundlage, auf der dann weiter gebaut werden soll.¹⁰² Als solche dienen sie der politischen Leitung des Staates, um im Sinne der politischen Ziele der Staatsführung einen steuernden, architektonisch gestaltenden, richtungweisenden Einfluß auf die Gesetzesausführung sowie die sonstige Tätigkeit der Verwaltung auszuüben.¹⁰³ Daher sind sie selbst in ihrer Funktion hochpolitisch — sie zählen zu den materiellen Regierungsakten im weiteren Sinne.¹⁰⁴ — So kann z. B. die Ausführung eines vom Parlament beschlossenen Gesetzes durch die zu seiner Durchführung ergehenden allgemeinen Verwaltungsvorschriften entscheidend beeinflußt werden. Da die Gesetze, die der Verwaltung Befugnisse einräumen, ihrem Ermessen, ohne das eine elastische Verwaltung nicht möglich ist, einen gewissen Spielraum lassen, ist es von erheblicher Bedeutung, ob z. B. die Verwaltungsbehörden angewiesen werden, bei der Erteilung von Genehmigungen, Einräumung von Krediten, Ausspruch von Verboten usw. einen strengen oder milden Maß-

101) BVerfG v. 23.10.1951 BVerfGE 1, 14 (32), JZ 1951 S. 729.

102) Formulierung Krügers DOV 1950 S. 540.

103) In der Richtung auch Scheuner Begriff der Regierung S. 276 ff.

104) Zur Funktion der Regierung und dem Begriff des Regierungsakts muß auf das oben (§ 14) Ausgeführte verwiesen werden.

stab anzulegen. Manches Gesetz hat erst durch die zu seiner Durchführung ergangenen allgemeinen Verwaltungsvorschriften seine Prägung erhalten und zum Teil sogar ein erheblich anderes Gesicht bekommen.¹⁰⁵

Aus allen diesen Gründen wird man den Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften als Ausübung regierender Funktion betrachten können.¹⁰⁶ Ferner betreffen allgemeine Verwaltungsvorschriften in der Regel mehrere Ressorts, fast stets die für Inneres und Finanzen.

b) Über die allgemeine Zuständigkeit innerhalb der Bundesregierung im Bereich regierender Tätigkeit ist oben ausführlich gehandelt worden. Da § 15 Abs. I GeschOReg alle Angelegenheiten von allgemeiner politischer Bedeutung der Zuständigkeit der Bundesregierung vorbehält und Regierungsakte im weiteren Sinne diese Voraussetzungen wegen ihres hochpolitischen, den Staat in seiner Gesamtheit berührenden Charakters stets erfüllen, liegt die Zuständigkeit im Bereich der regierenden Tätigkeit nach der allgemeinen Regelung des GG bei der Bundesregierung i. e. S. Auch in der Praxis werden zudem meist mehrere Geschäftsbereiche durch den Erlaß einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift berührt.¹⁰⁷ Aus alledem folgt, daß nach der allgemeinen Regelung des Art. 65 GG und des § 15 Abs. I GeschOReg allgemeine Verwaltungsvorschriften immer durch die Bundesregierung i. e. S. zu erlassen wären.

c) Damit entfällt auch die Begründung der Ansicht, aus Art. 65 S. 2 GG ergebe sich die Befugnis des einzelnen Bundesministers, allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen.¹⁰⁸ Art. 65 S. 2 GG garantiert die Selbständigkeit und alleinige Zuständigkeit des Bundesministers innerhalb seines Geschäftsbereichs. Diese Verfassungsvorschrift stellt jedoch zugleich eine Begrenzung in dem Sinne dar, daß der Bundesminister nur für diejenigen Angelegenheiten zuständig ist, die wirklich in den Geschäftsbereich fallen. Da sich aber der Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften als Regierungsakten im weiteren Sinne als Ausübung regierender Funktion darstellt, überschreite er die einem Bundesminister durch Art. 65 S. 2 GG gesetzten Grenzen.

3) a) Damit ist der Weg freigegeben, den systematischen Zusammenhang der Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II, 86 S. 1 u. 108 Abs. VI GG mit der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung des GG unter Berücksichtigung des Gesamtgehalts der Verfassung abzuwägen. Es muß untersucht werden, ob diese Vorschriften des GG eine Ausnahmeregelung des Inhalts darstellen, abweichend von der sonstigen Regelung gerade die Zuständigkeit der Bundesregierung i. w. S., d. h. im Einzelfall eines einzelnen Bundesministers, zu begründen.

In diesem Zusammenhang sind namentlich zwei Umstände angeführt worden, um die Auslegung der Wendung „Bundesregierung“ im Sinne des Begriffs der Bundesregierung i. w. S. zu rechtfertigen.

105) Vgl. Der Spiegel Nr. 9/55 v. 23. 2. 1955 S. 9 über eine zum bayerischen Gesetz zur Beschaffung von Siedlungsland und zur Bodenreform ergangene Durchführungsverordnung.

106) Anders Jacobi HdbdStR Bd. II § 78 S. 259.

107) So fiel z. B. die Wasserwirtschaft in fünf Geschäftsbereiche, bis diese Zuständigkeit einem Bundesminister übertragen wurde: vgl. Die Welt Nr. 263/54 v. 11. 11. 1954 S. 1.

108) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 84 Anm. 3 S. 455; Redeker DOV 1952 S. 236.

b) Zunächst ist argumentiert worden: Wenn schon ein Bundesminister gemäß Art. 80 Abs. I S. 1 GG zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt werde, ihm damit also die Befugnis zur Schaffung von materiellen Rechtsätzen erteilt werden könne, so müsse er auch *argumento a maiore ad minus* die „ungefährlicheren“ allgemeinen Verwaltungsvorschriften erlassen können, da der Erlaß von Rechtsverordnungen, die in Rechte des Staatsbürgers eingreifen könnten, eine weit umfassendere Befugnis darstelle als das Recht, durch allgemeine Verwaltungsvorschriften den Behörden für den Staatsbürger unverbindliche Anordnungen zu erteilen.¹⁰⁹

Kratzer¹¹⁰ hat dagegen eingewandt, infolge des Eingriffs in die Eigenstaatlichkeit der Länder stellten die allgemeinen Verwaltungsvorschriften im Gegenteil die tiefergreifenden und sicherungsbedürftigeren Maßnahmen dar. Dem ist allerdings schon oben unter Hinweis auf das Zustimmungsrecht des Bundesrates widersprochen worden. Die Argumentation läßt sich jedoch auch aus einem anderen Grunde nicht halten. Bei einer Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen überträgt der Gesetzgeber dem Bundesminister eine aus seiner rechtsetzenden Gewalt abgeleitete Befugnis zur Rechtssetzung. In der Verfügung über diese seine gesetzgebende Gewalt ist der Gesetzgeber im Rahmen des Art. 80 Abs. I GG frei. Es steht in seinem jederzeitigen Belieben, die Ermächtigung aufzuheben und dem Bundesminister damit die übertragene rechtsetzende Gewalt zu entziehen. Ferner kann er durch Gesetz jederzeit eine schon erlassene Rechtsverordnung aufheben. Die Zuständigkeit des Bundesministers ist also jederzeit entziehbar, da sie von dem Willen des Gesetzgebers abhängig ist. Etwas anderes gilt für die allgemeinen Verwaltungsvorschriften. Zu deren Erlaß ist — wie oben gezeigt — eine Ermächtigung nicht notwendig. Die Verfassung regelt insofern lediglich die Zuständigkeit. Auf die Ausübung einer derartigen Zuständigkeit — unterstellt, der Bundesminister hätte sie — hätte der Gesetzgeber keinen direkten Einfluß. Der Bundesminister wäre insofern weit unabhängiger gestellt als bei Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen, da der Gesetzgeber erst mit den — unter dem GG in ihrer Anwendbarkeit an erschwerte Voraussetzungen gebundenen — parlamentarischen Mitteln seinen Willen zur Geltung bringen könnte. Daher läßt sich hier mit dem Hinweis auf umfassendere Befugnisse des Bundesministers *argumento a maiore ad minus* nicht operieren.

c) Man hat aus § 15 Abs. I Zif. c GeschOBReg entnehmen wollen, daß allgemeine Verwaltungsvorschriften auch durch einen einzelnen Bundesminister erlassen werden könnten, weil nur „Verordnungen von besonderer Bedeutung“ der Bundesregierung zur Beratung und zur Beschlußfassung vorzulegen seien. Da angesichts der Unzulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von Rechtsverordnungen die Beschlußfassung der Bundesregierung über Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß ein Bundesminister ermächtigt sei, unzulässig sei, könne sich diese Bestimmung nur auf allgemeine Verwaltungsvorschriften beziehen.¹¹¹

Nun erscheint es höchst zweifelhaft, ob man aus einer Geschäftsordnungsvorschrift eine bindende Interpretation einer Bestimmung des GG herleiten kann. Vielmehr wäre dann erst die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung der GeschO zu untersuchen. — Es bedarf jedoch keines Ein-

109) Vgl. Redeker DOV 1952 S. 236.

110) Kratzer DOV 1952 S. 233.

111) Vgl. Redeker DOV 1952 S. 236.

gehens auf diese Frage, da der § 15 Abs. I Zif. c GeschOBReg einen ganz anderen Fall betrifft. Es handelt sich hier um Rechtsverordnungen eines Bundesministers, die dem Bundeskabinett zur Beratung und Beschlußfassung vorgelegt werden sollen, wenn sie von besonderer Bedeutung sind.¹¹² Da — wie gezeigt — eine derartige Beschlußfassung der Bundesregierung den Bundesminister nur im Innenverhältnis dieser gegenüber bindet, ihn jedoch nach außen völlig frei läßt,¹¹³ geht die obige Beweisführung fehl. Die GemGeschOIIBMin und die GeschOBReg unterscheiden im übrigen scharf zwischen Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften,¹¹⁴ so daß die Auslegung des Begriffs „Verordnung“ in § 15 Abs. I Zif. c GeschOBReg als „Verwaltungsverordnung“ oder „allgemeine Verwaltungsvorschrift“ nicht erlaubt ist. Daher kann aus dieser Bestimmung nichts für die Interpretation der genannten Artikel des GG hergeleitet werden.

d) Als ein weiterer Grund, eine Zuständigkeit der Bundesregierung i. w. S. anzunehmen, werden praktische Erfordernisse angeführt. Dadurch daß jede allgemeine Verwaltungsvorschrift durch das Bundeskabinett zu beraten und zu beschließen sei, werde eine unerträgliche Arbeitsbelastung des Bundeskabinetts herbeigeführt.¹¹⁵ Nun erscheint es zweifelhaft, ob eine verfassungsrechtliche Ansicht sich mit dem Hinweis auf praktische Schwierigkeiten der Gegenansicht stützen läßt. Soweit damit unter Hinweis auf die Praxis der WRV der Beweis geführt werden soll, daß der Grundgesetzgeber den Begriff „Bundesregierung“ unter Berücksichtigung und im Hinblick auf die dauernde Übung unter der WRV gebildet habe,¹¹⁶ ist dem die oben aufgezeigte Unklarheit der Entstehungsgeschichte entgegenzuhalten, die einen eindeutigen Schluß nicht zuläßt. Soweit aber damit ein Gewohnheitsrecht behauptet werden soll, muß zweifelhaft bleiben, ob ein solches Gewohnheitsrecht, das lediglich im Bereich eines oder mehrerer Staatsorgane seine Wirkung entfaltet, überhaupt denkbar ist.¹¹⁷ Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es jedoch deshalb nicht, weil die Praxis der WRV stets von einem Teil des Schrifttums bestritten worden ist und unter dem GG die Auffassung der Bundesregierung, die in dieselbe Richtung geht — abgesehen auch von dem zum Teil abweichenden Schrifttum — vom Bundesrat zurückgewiesen wird. Daher kann von der Entstehung von Gewohnheitsrecht keine Rede sein.

Aber auch sachlich geht diese Beweisführung fehl. Der Inhalt eines Entwurfs einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift wird grundsätzlich durch Beratung der beteiligten, d. h. der nach der Geschäftsverteilung zuständigen Ministerien vor Vorlage an das Bundeskabinett festgestellt (§ 16 Abs. I GeschOBReg), wobei in der Regel ein Ministerium die Federführung übernimmt.¹¹⁸ Der Beschluß des Bundeskabinetts braucht nicht im Wege mündlicher Erörterung in gemeinschaftlicher Sitzung gefaßt zu werden, sondern es genügt, die schriftliche Zustimmung der Mitglieder der Bundesregierung einzuholen (Umlaufsache) (§ 20 Abs. II, 16 Abs. IV GeschOBReg). Die Arbeitsbelastung ist demnach nicht größer als z. B. bei Gesetzesvorlagen oder

112) Vgl. Lechner-Hülshoff PuR zu § 15 GeschOBReg Anm. 4 S. 197.

113) Vgl. oben § 13 S. 83.

114) Vgl. §§ 29, 30, 57 GemGeschOIIBMin.

115) Vgl. Redeker DOV 1952 S. 236 f.; sinngemäß auch Wessel DV 1949 S. 327.

116) Vgl. Redeker DOV 1952 S. 236.

117) Vgl. dazu Münch BReg S. 65 f. m. weit. Lit.; Delvolvé Délégations S. 10 ff.

118) Vgl. § 21 GemGeschOIIBMin.

Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß die Bundesregierung ermächtigt ist, zumal auch dann, wenn eine allgemeine Verwaltungsvorschrift nur von einem einzelnen Bundesminister erlassen werden könnte, die fachlich beteiligten übrigen Ministerien zu der Ausarbeitung des Entwurfs herangezogen werden müßten. Keinesfalls kann man das Entlastungsinteresse — auch nicht unter Hinweis auf die entgegenstehende Praxis — zur Interpretation der Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II, 86 S. 1, 108 Abs. VI GG in dem Sinne, daß die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften bei der Bundesregierung i. w. S. liege, anführen.¹¹⁹

4) Aus allen diesen Gründen ist die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch das GG auf die Bundesregierung i. e. S. beschränkt; für die bundeseigene Verwaltung steht sie unter dem Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Regelung. Oben wurde schon erwähnt, daß auch die allgemeine Zuständigkeitszuteilung des GG entsprechend dieser Regelung eine ausschließliche Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. für den Bereich regierender Tätigkeit vorsieht. Daher kann der Bundesminister auch aus der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung eine Wahrnehmungszuständigkeit nicht herleiten. Die Wahrnehmung einer Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch einen Bundesminister erscheint daher unter keinem Gesichtspunkt zulässig.

5) Soweit dem die Praxis der Bundesregierung entgegensteht, kann ihr der Vorwurf nicht erspart werden, daß sie im Widerspruch zur Regelung des GG steht, also verfassungswidrig ist. Sollten die betreffenden Bestimmungen der GemGeschOIBMin,¹²⁰ die bisher noch nicht in Kraft gesetzt, sondern lediglich zur Erprobung der Praxis der Bundesministerien übergeben ist, in der vorliegenden Fassung erlassen werden, so wären sie wegen Verstoßes gegen das GG ungültig.

Es ist zu wünschen, daß die Praxis der Bundesregierung entsprechend verführe, da eine von einem Bundesminister in eigenem Namen in Wahrnehmung der Kompetenz der Bundesregierung erlassene allgemeine Verwaltungsvorschrift kompetenzwidrig und damit nichtig wäre.¹²¹

§ 17 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen eines Bundesministers zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch die Bundesregierung

1) Nach den Ergebnissen der obigen Untersuchung (§ 16) liegt die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach dem GG ausschließlich bei der Bundesregierung i. e. S. (Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II, 86 S. 1, 108 Abs. VI GG). Eine Zuständigkeit eines einzelnen Bundesministers

119) Gegen das Argument der Arbeitsbelastung **Kratzer** DOV 1953 S. 173. **Kratzer** macht zutreffend darauf aufmerksam, daß das GG davon ausgeht, daß im Bereich der landeseigenen und der Auftragsverwaltung die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder sei und der Bund nur *a u s n a h m s w e i s e* tätig werden sollte. In der Regel haben daher die Länder selbst allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen und nur bei Vorliegen eines dringenden Bedürfnisses die Bundesregierung. Daher wird anzunehmen sein, daß die Belastung des Bundeskabinetts erträgliche Grenzen nicht überschreiten wird.

120) §§ 30, 56 Abs. II, 73 GemGeschOIBMin.

121) Vgl. **Forsthoff** L. d. VerwR. S. 120. **Röhrs** Fehlerhafte Verwaltungsvorschriften S. 36 ff. betrachtet sie als „Scheinverwaltungsvorschrift“ und spricht ihnen jegliche rechtliche Wirkung ab.

kann nur im Bereich der bundeseigenen Verwaltung begründet werden, und zwar durch eine von der Regelung des Art. 86 S. 1 GG ausdrücklich abweichende Bestimmung durch Bundesgesetz. Die Zuständigkeit der Bundesregierung steht insofern unter dem Vorbehalt des Gesetzes.

2) Es liegt nahe, zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch die Bundesregierung die Rechtslage bei einer durch Bundesgesetz begründeten Zuständigkeit eines Bundesministers zum Erlaß von Rechtsverordnungen zum Vergleich heranzuziehen. Eine solche vom Gesetzgeber ausdrücklich erteilte Ermächtigung ist einer Wahrnehmung durch die Bundesregierung i. e. S. nicht zugänglich, da der Gesetzgeber einen bestimmten Adressaten im Gesetz bezeichnet hat und einen Übergang der Ermächtigung auf einen anderen Adressaten ausdrückliche Anordnungen müssen. Das Erfordernis der Bestimmtheit des Adressaten und die Bindung anderer Staatsorgane an die Bestimmung des Adressaten durch den Gesetzgeber verbieten eine Ausübung der Rechtsetzungsermächtigung durch andere Organe. Der vorliegende Fall liegt jedoch insofern anders, als es sich hier nicht um eine Ermächtigung des Gesetzgebers, auf seinem Gebiet — dem der rechtsetzenden Gewalt — tätig zu werden, handelt, sondern — wie oben gezeigt — lediglich um eine endgültige Zuständigkeitsbegründung, während das Recht zum Erlaß von generellen oder speziellen Verwaltungsanordnungen eine wesentliche Befugnis der Exekutive ist und nicht von einer Ermächtigung des Gesetzgebers für den Einzelfall abhängt.¹²² Die gesetzliche Bestimmung, die einem einzelnen Bundesminister die Befugnis zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften überträgt, stellt daher lediglich eine Regelung der subjektiven Zuständigkeit dar.^{123 124}

3) Der Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften ist Ausfluß der regierenden Funktion der Bundesregierung. Bei Ausübung regierender Tätigkeit werden die Bundesregierung und die Bundesminister in ihrem eigenen Bereich — dem der vollziehenden Gewalt — tätig. Geht man davon aus, so müßte die allgemeine, vom GG vorgezeichnete und durch die GeschOIBReg im einzelnen festgelegte Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Bundesregierung im Bereich ihres regierenden Handelns auch für den Fall Gültigkeit haben, wenn der Bundesminister zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften zuständig ist. Die Frage präzisiert sich damit dahin, ob die Bundesregierung aus Art. 65 i. V. m. § 15 Abs. I GeschOIBReg, wodurch ihr die ausschließliche Zuständigkeit für Angelegenheiten von übergeordneter politischer Bedeutung übertragen wird, eine Wahrnehmungszuständigkeit gegenüber der gemäß Art. 86 S. 1 GG durch Gesetz begründeten Kompetenz eines Bundesministers herleiten kann.

122) Vgl. **Forsthoff** L. d. VerwR. S. 119 f.; **Fleiner** Institutionen S. 72; **W. Jellinek** VerwR. S. 126; **Jacobi** HdbdDStR Bd. II § 78 S. 261; **Schoen** Hdb. d. Pol. Bd. I S. 249.

123) So **Forsthoff** L. d. VerwR. S. 119 f.

124) Durch Gesetz kann nur auf dem Gebiet der bundeseigenen Verwaltung die Zuständigkeit eines Bundesministers zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften begründet werden, da nur Art. 86 S. 1 GG unter dem Vorbehalt anderweitiger einzelgesetzlicher Regelung steht und nach Art. 84 Abs. II, 85 Abs. II, 108 Abs. VI GG nur die Bundesregierung i. e. S. zuständig ist (vgl. oben § 16).

4) Die allgemeine Zuständigkeit der Bundesregierung im Bereich regierender Tätigkeit beruht mittelbar auf dem GG, während die des Bundesministers in dem in Betracht genommenen Fall aus dem Gesetz folgt, das ihm diese zuteilt. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man zu der Ansicht neigen, daß die sich auf denselben Kompetenzgegenstand beziehende verfassungsmäßige Zuständigkeit der gesetzlichen vorgehen und daher eine Wahrnehmungszuständigkeit gegenüber dieser einschließen müßte. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß auch die Zuständigkeit des Bundesministers mittelbar auf dem GG beruht, das in Art. 86 S. 1 GG eine abweichende Regelung durch den Gesetzgeber zuläßt. Diese Bestimmung stellt eine Ausnahmeregelung gegenüber der normalen Zuständigkeit der Bundesregierung gemäß Art. 65 GG i. V. m. § 15 Abs. I GeschOReg dar, insofern die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften betroffen wird. Auch die allgemeine Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Bundesregierung für den Bereich regierender Tätigkeit steht insofern unter dem Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Regelung. Das GG hat die Bestimmung getroffen, daß der Gesetzgeber in gewissen Fällen für den Bereich der bundeseigenen Verwaltung die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften in Abweichung von der Zuständigkeitsordnung des GG begründen könne. Wollte man aus der allgemeinen Zuständigkeit des Art. 65 GG und des § 15 Abs. I GeschOReg eine Wahrnehmungszuständigkeit herleiten, die Bundesregierung also in den Stand setzen, die durch Gesetz begründete Kompetenz des Bundesministers wahrzunehmen, so wäre die Ausnahmeregelung bedeutungslos, da rechtlich die gleiche Lage einträte, als wäre sie gar nicht durch das GG angeordnet worden, denn die faktische Ausübung der gesetzlichen Zuständigkeit des Bundesministers läge in jedem Falle bei der Bundesregierung.

Der einfache Gesetzgeber kann also durch Gesetz gemäß Art. 86 S. 1 GG eine von der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung des Art. 65 GG i. V. m. § 15 Abs. I GeschOReg abweichende Regelung vornehmen. Macht er von diesem Recht zugunsten eines Bundesministers Gebrauch, so ist die allgemeine Zuständigkeit der Bundesregierung insoweit eingeschränkt. Daher läßt sich für diesen Fall aus den genannten Bestimmungen des GG eine Wahrnehmungszuständigkeit nicht herleiten.

5) Dieses Ergebnis steht in Übereinstimmung mit dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz, daß eine Behörde — selbst eine übergeordnete — grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit einer anderen eingreifen und Rechts-handlungen, die deren Zuständigkeit unterliegen, vornehmen darf.¹²⁵ Dieser Grundsatz muß im vorliegenden Falle um so mehr gelten, als wir es hier mit selbständigen Regierungsorganen zu tun haben.

Im Ergebnis ist daher die Wahrnehmung einer Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch die Bundesregierung stets unzulässig.

3. KAPITEL

DIE ZULÄSSIGKEIT DER WAHRNEHMUNG VON KOMPETENZEN IM BEREICH DER VERWALTENDEN TÄTIGKEIT DER BUNDESREGIERUNG

I. ABSCHNITT:

VERWALTUNGSAKTE

§ 18 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen der Bundesregierung zum Erlaß von Verwaltungsakten durch einen Bundesminister

1) a) Zunächst ist der Bereich abzustecken, in dem die Bundesregierung als Verwaltung tätig werden und Verwaltungsakte erlassen kann. Es ist dies zunächst das Gebiet der bundeseigenen Verwaltung (Art. 87 GG). Ob die Bundesregierung bzw. die Bundesminister darüber hinaus zum Erlaß von sogenannten „überregionalen Verwaltungsakten“ auf dem Gebiet der landeseigenen Verwaltung (Art. 83 GG) und der Auftragsverwaltung (Art. 89/90 GG) befugt sind, ist noch Gegenstand des Streits der Meinungen und kann in diesem Zusammenhang nicht erörtert werden.^{1 2}

b) Eine Behandlung der Wahrnehmung von Kompetenzen der Bundesregierung zum Erlaß von Verwaltungsakten liegt in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht vor. Es ist lediglich vorgeschlagen worden, das Problem in Analogie zu seiner Lösung in bezug auf Rechtsverordnungen zu betrachten.³ Ein derartiger Lösungsversuch erscheint jedoch erst nach Abwägung der grundsätzlichen Unterschiede möglich, die sich daraus ergeben,

1) Vgl. **Frhr. v. Stralenheim** Die Selbstverwaltung 1950 S. 281 ff.; **Kratzer** Bayer. Staatsanz. Nr. 13 v. 1. 4. 1950 S. 4 ff.; **Füsslein** DVBl. 1951 S. 33 ff.; **v. Mangoldt** GG zu Art. 83 Anm. 2 S. 450; **Maunz** StR 3. A. S. 155; **v. Turegg** NJW 1951 S. 868 f.; **Jellinek** DVBl. 1955 S. 47 f.; **OLG Köln** v. 9. 4. 1954 NJW 1954 S. 893 ff.; **BVerwG** v. 19. 11. 1954; **NJW** 1955 S. 356; **OVG Münster** v. 25. 1. 1956; **NJW** 1956 S. 1252.

2) Verwaltungszuständigkeiten der Bundesregierung finden sich beispielsweise in § 37 Bundesbahngesetz v. 13. 12. 1951 (BGBl. I S. 955 [963]), nach dem die Deutsche Bundesbahn das Enteignungsrecht hat und die Zulässigkeit der Enteignung im Einzelfalle durch die Bundesregierung festgestellt wird. Eine entsprechende Vorschrift enthält § 32 Postverwaltungs-gesetz v. 24. 7. 1953 (BGBl. I S. 676 [681]). — Nach § 119 Sozialgerichtsgesetz v. 3. 9. 1953 (BGBl. I S. 1239 [1253]) ist die Bundesregierung zuständig zur Abgabe der Erklärung darüber, ob die Vorlage von Urkunden und Akten durch eine Behörde dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes nachteilig sein würde. Die entsprechende Bestimmung findet sich in § 41 Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. 9. 1952 (BGBl. I S. 625 [630]). — Nach einem vom Bundesrat in seiner 123. Sitzung am 21. 5. 1954 im Rahmen seiner Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vorgeschlagenen neuen § 5 b ist die Bundesregierung zuständig, auf Antrag des Bundeswirtschaftsministers die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschluß im Sinne des § 1 des Entwurfs zu erteilen, wenn sie der Auffassung ist, daß ausnahmsweise die Beschränkung des Wettbewerbs zur Wahrung eines besonderen über das Gebiet eines Landes hinausreichenden öffentlichen Interesses unerläßlich ist: vgl. hierzu BRDrucks. 53/54 (Beschluß) unter Zif. 8.

125) Vgl. **Forsthoft** L. d. VerwR. S. 192.

daß die Bundesregierung bei dem Erlaß von Verwaltungsakten in einer anderen Funktion tätig wird als bei dem Erlaß von Rechtsverordnungen. Die Betrachtung muß dabei dem Umstand Rechnung tragen, daß hier die Bundesregierung im Bereich der vollziehenden Gewalt handelt.

Die Praxis der Bundesregierung scheint dahin zu gehen, daß Verwaltungskompetenzen der Bundesregierung in der Regel von dem nach der allgemeinen Geschäftsverteilung zuständigen Bundesminister wahrgenommen werden.^{4,5}

c) Verwaltungsakte können einerseits auf Grund eines Gesetzes in Ausführung dieses Gesetzes, andererseits ohne besondere gesetzliche Ermächtigung als Ausfluß der ordnenden Funktion der Verwaltung ergehen.⁶ Im ersten Fall beruht die Zuständigkeit zum Erlaß des betreffenden Verwaltungsakts auf dem ermächtigenden Gesetz, im zweiten Fall unmittelbar auf dem GG, das im Rahmen der Gewaltgliederung jeder Gewalt Spielraum läßt, ihren Bereich zu gestalten, vorbehaltlich des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bei Eingriffen in die Rechts- und Freiheitsphäre des Staatsbürgers.

2) a) Zunächst sind die der Bundesregierung durch Gesetz zu übertragenden Verwaltungszuständigkeiten in Betracht zu nehmen. In diesem Falle beruht die Zuständigkeit der Bundesregierung auf einer gesetzlichen Ermächtigung des Gesetzgebers. Es ist dies das Gebiet, in dem die Verwaltung „in Ausführung von Gesetzen“ tätig wird. Eine derartige gesetzliche Ermächtigung ist immer dann notwendig, wenn das Handeln, zu dem die Verwaltung ermächtigt wird, in die Rechts- und Freiheitssphäre des Staatsbürgers eingreift.⁷ Ohne eine derartige gesetzliche Autorisierung ist es der Verwaltung strikt verwehrt, Eingriffe dieser Art vorzunehmen. Mit jeder Ermächtigung aber ist eine Zuständigkeitszuteilung verbunden. Der Gesetzgeber bestimmt nicht nur, daß und wie gehandelt werden soll, sondern auch, wer handeln soll. Der Ermächtigte erhält damit eine gesetzliche Zuständigkeit.

b) Nun wurde jedoch oben mehrfach gezeigt, daß im Bereich der vollziehenden Gewalt die Zuständigkeiten innerhalb der Bundesregierung durch Art. 65 GG u. § 15 Abs. I GeschOBRG mit der Wirkung verteilt sind, daß der Bundesregierung alle Angelegenheiten von übergeordneter politischer Bedeutung und dem Bundesminister die Ressortangelegenheiten übertragen sind. Damit liegt innerhalb der Bundesregierung eine verfassungsmäßige Zuständigkeitsabgrenzung vor, über die schon ausführlich gehandelt wurde. Dieser Umstand legt die Frage nahe, ob ein einzelner Bundesminister aus der ihm durch Art. 65 S. 2 GG übertragenen ausschließlichen Zuständigkeit für seinen Geschäftsbereich eine Wahrnehmungszuständigkeit gegenüber einer vom einfachen Gesetzgeber der Bundesregierung erteilten Zuständigkeit zum Erlaß von Verwaltungsakten herleiten kann.

3) Vgl. v. Brünneck DOV 1951 S. 260 Anm. 16.

4) Lt. Auskunft des Bundesjustizministeriums an den Verfasser.

5) Auch Wessel DV 1949 S. 327 hält das für zulässig und wünschenswert.

6) Vgl. Herrfahrdt BonnK zu Art. 83 Anm. II 2; Koellreutter StR S. 230; Maunz StR 2. A. S. 149; v. Mangoldt GG Vorbem. 3 z. VIII. Abschn. S. 446; Laforet DOV 1949 S. 221.

7) Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung: vgl. dazu W. Jellinek VerwR. S. 88 ff.; v. Turegg L. d. VerwR. S. 19 f.; Fleiner Institutionen S. 130 ff.; H. J. Wolff Allg. VerwR. § 34 S. 73; Thoma HdbdDStR Bd. II § 76 S. 227 ff.; Abg. Laforet Schriftl. Bericht GG S. 37.

Eine vorhergehende Auslegung der gesetzlichen Textstelle ist im Gegensatz zu der Betrachtung bezüglich des Erlasses von Rechtsverordnungen hier nicht möglich, da eine Verfassungsbestimmung, die dem Art. 80 Abs. I S. 1 GG entspräche und auf Grund derer der Gesetzgeber Ermächtigungen vornehmen könnte, für Ermächtigungen zum Erlaß von Verwaltungsakten nicht vorhanden ist. Vielmehr kann jede Behörde durch Gesetz ermächtigt werden, Verwaltungsakte zu erlassen. Mangels einer derartigen Verfassungsbestimmung, auf die sich das ermächtigende Gesetz stützen könnte, fehlt jeder Anhalt dafür, ob unter „Bundesregierung“ im Einzelfall die Bundesregierung i. e. S. oder die Bundesregierung i. w. S. zu verstehen ist. Aus diesem Grunde ist im Rahmen der vorliegenden Erörterung sogleich in die vorgeschlagene zweite Stufe der Untersuchung einzutreten.

c) Bei einer Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlaß eines Verwaltungsakts durch den einfachen Gesetzgeber sind zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder erklärt der Gesetzgeber die Bundesregierung deshalb für zuständig, weil er die zu regelnde Angelegenheit für politisch so bedeutsam hält, daß er ihre Entscheidung auf höchster Ebene — durch die Gesamtregierung — wünscht. Auf diesen Fall wird unten zurückzukommen sein.

Der zweite Fall ist der, daß der Gesetzgeber die Bundesregierung ermächtigt, weil er bei Beratung und Beschluß des betreffenden Gesetzes nicht im einzelnen übersehen kann, in welches Ressort die Sache einschlägig ist, und er es deshalb der inneren Geschäftsverteilung der Bundesregierung überläßt, welchem Bundesminister die Wahrnehmung der Kompetenz zugeteilt ist — ein heute bei der großen Zahl der Ministerien und der komplizierten Aufteilung der Sachbereiche häufiger Fall.

d) Bei der Erörterung ist zunächst von diesem letzteren Fall auszugehen, daß der Gesetzgeber nur die „Bundesregierung“ zum Erlaß von Verwaltungsakten ermächtigt, ohne ausdrücklich die Ausübung durch die Gesamtregierung anzuordnen.

Wenn man sich rückschauend die verfassungsrechtliche Rechtslage bei Ermächtigungen der Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen gegenwärtig macht, so wird man sich erinnern, daß dort die Zuständigkeitszuteilung bezüglich des Adressaten gemäß Art. 80 Abs. I S. 1 GG und aus allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen eng auszulegen war. Aber dort handelte es sich um die Übertragung rechtsetzender Gewalt von der Legislative auf die Exekutive — eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltentrennung.

Im vorliegenden Fall aber wird die Exekutive⁸ ermächtigt, auf ihrem eigenen Gebiet in Form des Erlasses von Verwaltungsakten tätig zu werden. Dies ist ein wesentlicher Unterschied, da die Bundesregierung hier eigene Befugnisse, nicht die fremden Befugnisse der Legislative ausübt.

Wenn aber die Bundesregierung auf dem verwaltenden Gebiet tätig zu werden ermächtigt wird, muß sie grundsätzlich auch selbst bestimmen können, wer in diesem ihrem Bereich eine Zuständigkeit ausübt. Die gesetzliche Ermächtigung ist lediglich als rechtsstaatliche Garantie bei Eingriffen in die Rechts- und Freiheitssphäre des Staatsbürgers gedacht. Sie soll — anders als die Ermächtigung zur Ausübung rechtsetzender Gewalt — nur die Erlaubnis geben, derartige Eingriffe als solche vorzunehmen und darf nicht in die Zuständigkeitsordnung der Bundesregierung

8) Auch die Bundesregierung und die Bundesminister üben zum großen Teil Verwaltungstätigkeit aus: vgl. darüber v. Mangoldt GG Vorbem. 2b z. VI. Abschn. S. 331, zu Art. 86 Anm. 2 S. 464; Scheuner Bereich der Regierung S. 284; Münch BRG S. 102 f.

eingreifen. Der Grundsatz, daß die Regierung grundsätzlich über ihre Zuständigkeiten selbst bestimmen soll, ist Ausfluß der Organisationsgewalt der Exekutive.

e) Während zur Zeit der RV von 1871 der Kaiser⁹ und unter der WRV der Reichspräsident¹⁰ — der auch insofern Nachfolger in die kaiserlichen Befugnisse war — Träger der Organisationsgewalt waren, steht diese heute der Bundesregierung¹¹ zu.

Für das hier im Mittelpunkt stehende Gebiet der bundeseigenen Verwaltung bestimmt Art. 86 S. 2 GG, daß die Bundesregierung die Einrichtung der Behörden — also auch der obersten Bundesbehörden¹² — regelt, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Das bedeutet aber, daß die Bundesregierung in diesem Bereich die Organisationsgewalt innehat und vorbehaltlich gesetzlicher Regelung bestimmen kann,¹³ welches Organ eine Zuständigkeit zum Erlaß von Verwaltungsakten ausübt. Auf den in Art. 86 S. 2 GG niedergelegten Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Regelung und den Fall einer ausdrücklichen, der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Bundesregierung zuwiderlaufenden Ermächtigung des Gesetzgebers, wird unten zurückzukommen sein.

f) aa) Innerhalb der Bundesregierung ist die allgemeine Zuständigkeit durch den Art. 65 GG und den die Regelung des GG ausführenden § 15 Abs. I GeschOBReg zwischen den Regierungsorganen — Bundesregierung und Bundesminister — abgegrenzt. Diese Zuständigkeitsverteilung ist oben ausführlich dargelegt worden. Auch in diesen Bestimmungen findet die Organisationsgewalt der Bundesregierung ihren Niederschlag. Auf dieser

9) Soweit das Reich überhaupt Verwaltungszuständigkeiten besaß, wurde die Organisationsgewalt des Kaisers gewohnheitsrechtlich begründet: vgl. Laband StR Bd. I S. 326 ff.; Meyer L. d. D. StR S. 497 Anm. 5 u. 520; Haanel StR 1. Bd. S. 335 ff. (341); Pohl HdbdStR Bd. I S. 494.

10) Vgl. Anschütz Verf. d. D. R. 13. A. zu Art. 3 Anm. 3 S. 50, zu Art. 53 Anm. 4 S. 275, zu Art. 77 Anm. 5 S. 359 m. weit. Lit., zu Art. 179 Anm. 1 S. 659; Poetzsch-Heffter HK d. RV S. 226; Pohl HdbdStR Bd. I § 42 S. 493 f. Vgl. auch § 8 GeschORReg; § 65 GemGeschOIRMin.

11) So v. Mangoldt GG Vorbem. 2 b z. VI. Abschn. S. 331; Vorbem. 2 e z. V. Abschn. S. 297; zu Art. 86 Anm. 2 S. 465; Koellreutter StR S. 204; Abg. Laforet 16. Sitz. d. Hauptaussch. d. Parl. Rat. v. 13. 12. 1948 (Sten. Prot. S. 191) und Schriftl. Bericht GG S. 39; v. Doemming-Füsslein-Matz Entstehungsgeschichte S. 642 f.

Dagegen halten Eschenburg DOV 1954 S. 199 ff. und Köttgen DOV 1954 S. 6 den Bundeskanzler für den Träger der Organisationsgewalt. Dem ist mit Rücksicht auf die geltende Regelung des GG und der GeschOBReg trotz § 9 GeschOBReg — dessen Verfassungsmäßigkeit nicht unzweifelhaft ist — nicht zuzustimmen.

Unrichtig auch Meder BonnK zu Art. 62 Anm. II 2, der den Bundespräsidenten als Träger der Organisationsgewalt betrachtet.

Vgl. auch einerseits § 8 GeschORReg, andererseits § 9 GeschOBReg (dazu Lechner-Hülshoff PuR zu § 9 GeschOBReg Anm. 2 S. 194).

12) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 86 Anm. 2 S. 465; Koellreutter StR S. 204.

13) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 62 Anm. 2 S. 335; „Da mit der Bestimmung von Zahl und Geschäftsbereich der Bundesministerien die Einrichtung der obersten Bundesbehörden geregelt wird, fällt nach Art. 86 S. 2 GG diese Aufgabe unter die Zuständigkeit der Bundesregierung.“ Anders die Regelung des § 9 GeschOBReg, der die Festlegung der Geschäftsbereiche der Bundesminister in ihren Grundzügen dem Bundeskanzler vorbehält. Man wird daran zweifeln können, ob diese Bestimmung mit der Regelung des GG vereinbar ist.

Grundlage hat gemäß § 9 GeschOBReg der Bundeskanzler die Geschäftsbereiche der Bundesminister in ihren Grundzügen festzulegen.

Diese klare Abgrenzung der Zuständigkeiten auf dem Gebiet der vollziehenden Gewalt muß auch dann — und gerade dann — gelten, wenn der Bundesregierung zum Erlaß von Verwaltungsakten die Befugnis erteilt wird. Es ist oben schon ausgeführt worden, daß der Bundesminister innerhalb seines Geschäftsbereichs vollkommen selbständig und eigenverantwortlich tätig wird (Art. 65 S. 2 GG). Die Bundesregierung hat hier ihre Organisationsgewalt dadurch betätigt, daß der Bundeskanzler gemäß § 9 GeschOBReg die Geschäftsbereiche in ihren Grundzügen festgelegt hat und damit die Zuständigkeit der Bundesminister in diesen Grenzen begründet worden ist. Dann können und müssen aber alle Angelegenheiten, die in einen einzelnen Geschäftsbereich fallen, durch den betreffenden Ressortminister — und nur durch ihn — erledigt werden, gleich auf welchen Adressaten die gesetzliche Ermächtigung lautet.

bb) Nun ist der Verwaltungsakt seiner Definition nach die Regelung eines konkreten Einzelfalles durch hoheitliche Einzelanordnung.¹⁴ Der Erlaß eines Verwaltungsakts ist also schon begrifflich eine Aufgabe, die in der Regel durch ein fachlich gebundenes Ressort zu erledigen ist. Daraus folgt, daß es grundsätzlich Aufgabe des Ressortministers sein muß, einen Verwaltungsakt zu erlassen, selbst wenn im Gesetz die Bundesregierung dazu ermächtigt worden ist.

cc) Eine andere Ansicht könnte auch deshalb nicht erfolgreich begründet werden, weil der Bundesminister gemäß Art. 65 S. 2 GG die Verantwortung trägt.¹⁵ Ein Bundesminister könnte aber unmöglich verantwortlich gemacht werden, wenn auf Grund einer Ermächtigung des einfachen Gesetzgebers die Bundesregierung in sein Ressort hineinregieren könnte.¹⁶

Aus alledem ergibt sich, daß der Bundesminister aus Art. 65 S. 2 GG eine Wahrnehmungszuständigkeit gegenüber der gesetzlichen Kompetenz der Bundesregierung herleiten kann.

g) In diesem Zusammenhang ist noch auf eine Regel des allgemeinen Verwaltungsrechts einzugehen. Es ist dort der Grundsatz zu finden, daß ein Verwaltungsakt, der von einer nachgeordneten Behörde anstelle einer übergeordneten Behörde erlassen wird, nichtig, wenigstens mangelhaft¹⁷ sei. Daraus wird man jedoch nicht den Schluß herleiten können, auf Grund dieses Satzes sei auch die Wahrnehmung einer Kompetenz der Bundesregierung durch einen Bundesminister als unzulässig zu betrachten. Zunächst einmal kann der Bundesminister nicht als nachgeordnete Behörde der Bundesregierung gegenüber gelten. Infolge seiner eigenen Verantwortlichkeit innerhalb seines Geschäftsbereichs und der in diesem Rahmen bestehenden ausschließlichen Zuständigkeit hat der Bundesminister neben der Bundesregierung eine nach dem Gegenständlichen genau abgegrenzte Stellung. Es

14) Vgl. die Begriffserläuterungen bei Forsthoff L. d. VerwR. S. 165 ff.; W. Jellinek VerwR. S. 246; v. Turegg L. d. VerwR. S. 141 ff.; Peters L. d. Verw. S. 151 f. und dazu Klinger VGVO zu § 25 S. 187 ff.; Eyermann-Fröhler VGG zu § 22 A 1 a aa S. 66.

Ein weiterer Begriff des Verwaltungsakts bei Fleiner Institutionen S. 183 ff.

15) Vgl. oben § 13 S. 73 ff.

16) Vgl. Giese GG zu Art. 62 Anm. II 3 S. 113.

17) Sowohl die herrschende Lehre als auch die Theorie Wolffs würden wohl zur Mangelhaftigkeit kommen: vgl. einerseits Forsthoff L. d. VerwR. S. 182 ff.; andererseits H. J. Wolff MDR 1951 S. 523 ff. Vgl. auch v. Turegg L. d. VerwR. S. 167.

besteht in dieser Beziehung keinerlei Über- und Unterordnungsverhältnis; vielmehr handelt es sich um gesonderte, selbständige Regierungsorgane.¹⁸ In diesem Falle geht es eben nicht darum, ob eine unzuständige Behörde Zuständigkeiten einer anderen an sich ziehen kann, sondern darum, ob eine andere Zuständigkeitsordnung dem Bundesminister eine Wahrnehmungszuständigkeit erteilt, die ihn in den Stand setzt, die Kompetenz der Bundesregierung wahrzunehmen. Gegen das oben Ausgeführte kann daher auch aus diesem Gesichtspunkt nichts Gegenteiliges hergeleitet werden.¹⁹

3) a) Während bisher der Fall beleuchtet wurde, daß der Gesetzgeber der Bundesregierung eine Ermächtigung zum Erlaß von Verwaltungsakten erteilt, ohne ausdrücklich deren Ausübung durch die Bundesregierung i. e. S. anzuordnen, muß jetzt die Frage der Wahrnehmung für den Fall untersucht werden, daß der Gesetzgeber ausdrücklich die Bundesregierung i. e. S. ermächtigt hat. Das wird in allen Fällen unproblematisch sein, in denen die Ermächtigung ausnahmsweise eine Angelegenheit von allgemeiner politischer Bedeutung betrifft und die Zuständigkeit der Bundesregierung daher ohnehin gemäß § 15 Abs. I GeschOBRG zur Beratung und zum Beschluß der betreffenden Frage begründet wäre.

Fraglich ist aber, wie es in den Fällen steht, in denen der Gesetzgeber der Bundesregierung i. e. S. die Befugnis zum Erlaß eines ausschließlich in einen Geschäftsbereich fallenden Verwaltungsakts erteilt, also ein Regierungsorgan, das nach der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung nicht zuständig wäre, ausdrücklich ermächtigt. Wie ist hier der Konflikt zwischen der durch Gesetz begründeten Zuständigkeit und der auf dem GG beruhenden zu lösen?

b) Allerdings besteht die Organisationsgewalt der Bundesregierung nur soweit und solange, als der Gesetzgeber nichts anderes bestimmt hat. Diese für das allgemeine Verwaltungsrecht geltende Regel²⁰ findet auf dem Gebiet der bundeseigenen Verwaltung ihren Niederschlag in Art. 86 S. 2 GG, der der Bundesregierung die Befugnis zur Einrichtung der Behörden (und damit die Bestimmung ihrer Zuständigkeiten) erteilt, „soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.“²¹

Die Organisationsgewalt der Verwaltung steht also insofern unter dem Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Regelung. In Art. 65 GG und dem auf ihm beruhenden § 15 Abs. I GeschOBRG jedoch ist durch die Verfassung, soweit die Bundesregierung und die Bundesminister betroffen werden, eine Zuständigkeitsabgrenzung geschaffen. An diese verfassungsmäßige Regelung ist auch der Gesetzgeber gebunden (Art. 20 Abs. III GG). Sein Recht, durch einfaches Gesetz in den allgemeinen Behördenaufbau einzugreifen, findet seine Schranke am GG und der auf ihm begründeten Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Bundesregierung.²² Die Bestimmung

18) Vgl. oben § 7.

19) Dieses Ergebnis entspricht auch den Bedürfnissen der Praxis. Vgl. dazu Wessel DV 1949 S. 327: „Es ist zu hoffen, daß sich in der Praxis der Bundesregierung eine geschäftsmäßige Übertragung der im GG der Regierung übertragenen Verwaltungsbefugnisse auf die zuständigen Bundesminister durchsetzen wird.“

20) Vgl. Forsthoff L. d. VerwR. S. 332.

21) Vgl. dazu v. Mangoldt GG zu Art. 67 Anm. 2 S. 335.

22) Wenn der Gesetzgeber die Bundesregierung zum Erlaß von Verwaltungsakten ermächtigt, handelt es sich lediglich um eine „Einladung“, von der ihr von der Verfassung erteilten Zuständigkeit in diesem Falle Gebrauch zu machen; vgl. für einen ähnlichen Fall Triepel Delegation S. 56.

der Organisation der Bundesregierung wollte der Verfassungsgesetzgeber gerade im Interesse der Stabilität der Bundesregierung im Verhältnis zum Bundestag dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entziehen. Andernfalls wäre eine durch das GG nicht gewollte, ungerechtfertigte Hegemonie der Legislative über die Exekutive dadurch hergestellt, daß der Bundestag im einzelnen bestimmen könnte, wie die Bundesregierung zu organisieren sei.²³ So wäre es z. B. nicht sinnvoll, wenn dem Gesetzgeber die Möglichkeit offenstände, Angelegenheiten von allgemeiner Bedeutung einem ihm genehmen und gefügigen Bundesminister zu übertragen und damit einen Minister mit sachlich fremden Angelegenheiten zu befassen.

c) Nun bestimmt allerdings § 15 Abs. I Zif. e GeschOBRG, daß der Bundesregierung „alle Angelegenheiten, für welche GG oder Gesetz dieses vorschreiben“, zur Beratung und Beschlußfassung zu unterbreiten sind: daß die Bundesregierung also zur Entscheidung dieser Angelegenheiten zuständig ist. Demnach müßte die Bundesregierung ihr durch Gesetz übertragene Verwaltungszuständigkeiten — wenigstens soweit die Ermächtigung eindeutig die Bundesregierung i. e. S. trifft — immer selbst ausüben. Die Wahrnehmung einer solchen Kompetenz durch einen Bundesminister wäre danach stets unzulässig.

Dieser Schlußfolgerung wird man indes mit folgenden Erwägungen begegnen müssen. Die Geschäftsordnung kann lediglich — wie oben ausführlich gezeigt — die vom GG vorgezeichnete Zuständigkeitsregelung im Bereich der Bundesregierung im einzelnen ausführen und ausgestalten. Sie kann nicht Zuständigkeiten abweichend von der Regelung des GG zuteilen oder neue beschließende Zuständigkeiten der Bundesregierung i. e. S. begründen.²⁴ Die Regelung der Geschäftsordnung muß sich also stets in den vom GG gezogenen Grenzen halten. Zu diesen gehört insbesondere die Bestimmung des Art. 65 S. 2 GG, nach dem dem Bundesminister die ausschließliche Zuständigkeit innerhalb seines Geschäftsbereichs übertragen ist. Diese Garantie des GG darf weder durch Gesetz — wie gezeigt — noch durch die GeschOBRG verletzt werden. Die ausschließliche Ressortzuständigkeit des Bundesministers würde aber umgangen, wenn der Gesetzgeber Ressortzuständigkeiten auf die Bundesregierung i. e. S. übertragen könnte und diese dann gemäß § 15 Abs. I Zif. e GeschOBRG über diese Angelegenheiten beraten und beschließen würde. Die GeschOBRG kann auch nicht für vom Gesetzgeber durch einfaches Gesetz der Bundesregierung abweichend von der Regelung des GG übertragene Ressortkompetenzen die Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. begründen.

Der § 15 Abs. I Zif. e GeschOBRG muß dahin interpretiert werden, daß durch ihn nur solche gesetzlichen Zuständigkeiten erfaßt werden, die der Bundesregierung eine endgültige, ausschließliche, im Rahmen der Regelung des GG liegende Zuständigkeit vermitteln (wie z. B. eine gemäß Art. 80 Abs. I S. 1 GG durch den Gesetzgeber erteilte Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen). Die genannte Bestimmung kann eine beschließende Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. für alle die Fälle nicht begründen, in denen die gesetzliche Zuständigkeit der Bundesregierung durch eine Wahrnehmungszuständigkeit eines Bundesministers, die sich aus der umfassenden Ressortzuständigkeit gemäß Art. 65 S. 2 GG ergibt, ausgeschlossen wird.

23) Allerdings wird die Erteilung von Ermächtigungen in der Regel notwendig sein, da andernfalls die Verwaltung nicht die Rechtsmacht hat, in die Rechts- und Freiheitssphäre des Staatsbürgers einzugreifen.

24) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351.

d) Für den Fall, daß die auf Grund der Ermächtigung zu erlassenden Verwaltungsakte in ihrer Bedeutung nicht über den Geschäftsbereich hinausgehen — und das werden sie dem Begriff des Verwaltungsakts gemäß in der Regel nicht —, treten sich damit die gesetzliche Zuständigkeit der Bundesregierung und die auf Art. 65 S. 2 GG beruhende Zuständigkeit des Bundesministers gegenüber. Die Frage, ob die verfassungsmäßige Zuständigkeit des Bundesministers eine Wahrnehmungszuständigkeit gegenüber der gesetzlichen der Bundesregierung einschließt, beantwortet sich nach dem Rangverhältnis der beiden die Zuständigkeit übertragenden Rechtssätze: d. h. eine Wahrnehmungszuständigkeit kann nur durchgreifen, wenn der Art. 65 S. 2 GG das betreffende Gesetz, das die Bundesregierung ermächtigt, derogiert.

Dabei ist Voraussetzung, daß der Art. 65 S. 2 GG nicht entsprechend Art. 86 S. 2 GG unter dem Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Regelung steht. Da der Gesetzgeber gemäß Art. 20 Abs. III GG an die verfassungsmäßige Ordnung, mithin an die Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. II S. 2 GG) und an die durch das GG vorgenommene Organisation der Bundesregierung gebunden ist, kann er nicht durch Gesetz die Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Bundesregierung ändern, soweit sie in Ausübung verwaltender Tätigkeit — auf dem Gebiet der vollziehenden Gewalt also — tätig wird. Daraus ergibt sich, daß Art. 65 S. 2 GG nicht etwa unter dem Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Regelung im Einzelfall steht. Auf Grund des Art. 86 S. 2 GG lassen sich keine Änderungen der Organisation der Bundesregierung durch einfaches Gesetz vornehmen — seine Anwendung ist für den Bereich der Bundesregierung durch die anderweitige Regelung des GG ausgeschlossen.

Art. 65 S. 2 GG beinhaltet eine ausschließliche Zuständigkeit und muß, da er Verfassungsrang besitzt, auch gegenüber entgegenstehenden, auf einen anderen Adressaten lautenden gesetzlichen Ermächtigungen durchgreifen. Daraus folgt, daß der Bundesminister aus Art. 65 S. 2 GG eine Wahrnehmungszuständigkeit auch gegenüber ausdrücklich der Bundesregierung übertragenen gesetzlichen Kompetenzen zum Erlaß von Verwaltungsakten herleiten kann.

4) Wenn oben die Regel aufgestellt wurde, daß grundsätzlich ein Bundesminister eine gesetzliche Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Verwaltungsakten wahrnehmen kann, so gründete sich diese Folgerung auf die Erwägung, daß in der Regel der Erlaß eines Verwaltungsakts im Sinne seiner Definition Ressortangelegenheit ist. Von diesem Grundsatz muß aber für die weniger zahlreichen Fälle eine Ausnahme gemacht werden, in denen der Erlaß des Verwaltungsakts von allgemeiner Bedeutung für die Gesamtpolitik ist. In diesem Falle kann unter Anknüpfung an das oben Ausgeführte nur die Bundesregierung i. e. S. von ihrer Zuständigkeit Gebrauch machen, da deren Wahrnehmung durch einen Bundesminister dessen Geschäftsbereich überschreiten würde und dieser damit nicht mehr im Sinne des Art. 65 S. 2 GG zuständig wäre. Zudem birgt die oben gezeigte Zuständigkeitsverteilung des GG an die Bundesregierung Auftrag und Verpflichtung für diese, ihre Zuständigkeit in diesem Falle selbst auszuüben, denn auch die Bundesregierung i. e. S. trifft eine Verantwortung für die Erfüllung ihrer Aufgaben.²⁵

5) Wenn die Bundesregierung nicht als „Verwaltung in Ausführung von Gesetzen“, sondern in Erfüllung ihrer verwaltenden Funktionen sonstwie gestaltend tätig wird und Verwaltungsakte erläßt, beruhen die Zuständigkeiten unmittelbar auf dem GG. Durch Art. 65 GG und § 15 Abs. I Gesch

25) Vgl. oben S. 30 Anm. 55.

OBReg ist — wie gezeigt — eine allgemeine Zuständigkeitsabgrenzung für den Bereich der obersten Spitze der vollziehenden Gewalt vorgenommen worden, nach der die Bundesregierung für Angelegenheiten von allgemeiner politischer Bedeutung und der Bundesminister für Ressortangelegenheiten zuständig sind.

Da Verwaltungsakte nach ihrer Definition als hoheitliche Regelung eines Einzelfalls durch Einzelanordnung in aller Regel in ihrer Bedeutung über den Geschäftsbereich nicht hinausgehen, liegt die Zuständigkeit zum Erlaß von Verwaltungsakten in der Regel bei dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Bundesminister. Von diesem Grundsatz muß nur für den Erlaß derjenigen Verwaltungsakte eine Ausnahme gemacht werden, die allgemeine Bedeutung für die Gesamtpolitik haben. In diesem Falle ist die Bundesregierung allein zuständig. Diese Zuständigkeit kann ein Bundesminister unter keinen Umständen wahrnehmen, da seine Zuständigkeit durch Art. 65 S. 2 GG auf seinen Geschäftsbereich begrenzt wird. Dieses Ergebnis folgt auch aus der Verantwortung, der das Regierungskollegium als Ganzes unterliegt.

6) a) Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen muß für eine besondere Gruppe von Verwaltungsakten, für die Einspruchsbescheide, gelten.

Wenn die Bundesregierung durch Gesetz zum Erlaß von Einspruchsbescheiden für zuständig erklärt wird, so ist dafür Voraussetzung, daß sie den zugrundeliegenden Verwaltungsakt erlassen hat.²⁶ Der Einspruch ist ein Rechtsbehelf, der gegen einen Verwaltungsakt erhoben werden kann und die Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts begehrt. Über ihn wird im Gegensatz zu der Beschwerde von der Behörde entschieden, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Dadurch können eine große Anzahl verwaltungsgerichtlicher Klagen von vornherein vermieden werden, indem nämlich Irrtümer, die bei einer großen Zahl von zu erlassenden Verwaltungsakten der Behörden unvermeidlich sind, durch die handelnde Behörde selbst berichtigt werden können. Wenn aber der angefochtene Verwaltungsakt von der Behörde, die ihn erlassen hat, überprüft werden soll, so muß diese selbst über den Einspruch befinden und den Antragsteller bescheiden. Das heißt: auch der Einspruchsbescheid muß streng von der erlassenden Behörde ergehen.²⁷

b) Aus dieser Betrachtung folgt, daß die Gleichartigkeit der erkennenden Behörde für den Einspruch wesentlich ist. Auf dieses Erfordernis kann nicht verzichtet werden — sonst würde der Einspruch seine Eigenart verlieren und zu einer — im Gesetz nicht vorgesehenen — Beschwerde werden. Wenn aber die Bundesregierung den Verwaltungsakt erlassen hat, kann nur sie über den gegen ihn eingelegten Einspruch befinden und den Einspruchsbescheid erlassen. Denn wenn die Bundesregierung als Kollegium den Verwaltungsakt beraten und beschlossen hat — was nur bei Angelegenheiten von allgemeiner Bedeutung der Fall ist (§ 15 GeschOBReg) —, muß sie ihn auch als Kollegium auf einen Einspruch hin überprüfen und diesen bescheiden.

26) Mit Rücksicht auf die geringe Zahl der Verwaltungsakte, die von der Bundesregierung als Kollegium erlassen werden, wird dieser Fall nicht häufig auftreten.

27) Vgl. zum Vorstehenden: Forsthoff L. d. VerwR. S. 428; W. Jellinek VerwR S. 296; v. Turegg L. d. VerwR. S. 239 insbes. Anm. 2; Eyermann-Fröhler VGG zu § 39 Abs. 2 Anm. II 1 S. 143; van Husen VGG zu § 38 Anm. 2 S. 63 f.; Klinger VGVO zu § 44 Anm. A 1 S. 304 f.; Fleiner Institutionen S. 235.

c) Dem könnte entgegengehalten werden, daß der Bundesminister auf dem Gebiet der Verwaltung für seinen Geschäftsbereich ausschließlich zuständig ist. Das ist allerdings für den Erlaß von Verwaltungsakten oben gezeigt worden. Aber hier liegt der Fall insofern anders, als der dem Einspruch zugrundeliegende Verwaltungsakt schon von der Bundesregierung erlassen worden ist, in dem Falle nämlich, wenn der Verwaltungsakt in einer Angelegenheit von allgemeiner Bedeutung ergangen ist. Hier war der Bundesminister schon für den Erlaß des Verwaltungsakts nicht zuständig. Daher kann er auch nicht für den Einspruch gegen diesen Verwaltungsakt zuständig sein.

d) Dieses Ergebnis rechtfertigt sich darüber hinaus noch aus dem Gesichtspunkt, daß Bundesregierung und Bundesminister nach dem GG nebeneinander vollkommen selbständige Bedeutung haben.²⁹ Ein Regierungsorgan kann nicht in den Aufgabenbereich des andern eingreifen, da keines das andere von seiner verfassungsmäßigen Verantwortlichkeit befreien kann. Auch deshalb kann ein Einspruchsbescheid, den die Bundesregierung zu erlassen hat, nicht von einem Bundesminister erlassen werden.³⁰

e) Wie ist aber zu befinden, wenn zuvor ein Bundesminister eine gesetzliche Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß eines Verwaltungsakts wahrgenommen hat? Es ist oben festgestellt worden, daß das in der Regel zulässig ist. In diesem Falle wurde der Verwaltungsakt von dem betreffenden Bundesminister in eigenem Namen erlassen, das heißt: der Bundesminister handelte als solcher und zeichnete als solcher — er trat selbst als handelnde Behörde auf. Das muß dazu führen, daß die von dem Bundesminister auf diese Weise erlassenen Verwaltungsakte auch bei ihm als erlassender Behörde mit dem Einspruch angefochten werden müssen. Daher hat auch er — und nur er — den Verwaltungsakt zu überprüfen und den Einspruchsbescheid zu erlassen, und zwar in eigenem Namen als Bundesminister.

7) Im Ergebnis ist festzustellen:

a) Die Wahrnehmung einer Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Verwaltungsakten durch einen Bundesminister ist in der Regel zulässig.

b) Hat der Verwaltungsakt eine Angelegenheit zum Gegenstand, die von allgemeiner Bedeutung für die Gesamtpolitik ist, so ist es nicht zulässig, daß ein Bundesminister diese Kompetenz der Bundesregierung wahrnimmt. Die Bundesregierung muß in diesem Falle ihre Zuständigkeit selbst ausüben und den Verwaltungsakt in eigenem Namen erlassen.

c) Die Wahrnehmung einer Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß von Einspruchsbescheiden durch einen Bundesminister ist in der Regel nicht zulässig. Lediglich dann, wenn ein Bundesminister zuvor die Kompetenz der Bundesregierung zum Erlaß eines Verwaltungsakts in eigenem

28) Gem. § 40 a Abs. I Hess. VGG entscheiden Ausschüsse über Einsprüche gegen Verfügungen des Landrats, des Oberbürgermeisters usw. Will man nicht annehmen, daß diese Ausschüsse noch „dieselbe Behörde“ darstellen, so liegt hier eine Durchbrechung des Einspruchsbegriffs vor (vgl. Eyer mann-Fröhler VGG zu § 40 a, Anm. I S. 147: „Letzten Endes handelt es sich um die Einfügung einer neuen Instanz.“).

29) S. oben § 7.

30) Wenn allerdings ein Gesetz gegen Verwaltungsakte eines Bundesministers den „Einspruch“ an die Bundesregierung zuließe, so wäre das nur eine falsche Ausdrucksweise des Gesetzes und der Rechtsbehelf sachlich als Beschwerde aufzufassen.

Namen wirksam wahrgenommen hat, ist es ausnahmsweise zulässig, daß er den daraufhin eingelegten Einspruch in eigenem Namen bescheidet.

§ 19 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen eines Bundesministers zum Erlaß von Verwaltungsakten durch die Bundesregierung

1) Bei Lösung dieses Problems ist wie oben ein Unterschied zu machen, ob es sich um Verwaltungstätigkeit in Ausführung von Gesetzen oder um die Verwaltung handelt, die ohne gesetzliche Ermächtigung als Ausfluß der ordnenden Funktion der Exekutive tätig wird. Im letzteren Falle liegt innerhalb der Bundesregierung, deren Tätigkeit zum großen Teil in der Erfüllung verwaltender Aufgaben besteht, eine verfassungsmäßige Zuständigkeitsregelung vor. Über diese ist oben ausführlich gehandelt worden. Die klare Regelung des GG verbietet es, daß ein Regierungsorgan die Kompetenzen des anderen wahrnimmt. Hier ist auch die Annahme nicht gerechtfertigt, der Verfassungsgesetzgeber habe mit der Ermächtigung des einen Regierungsorgans zugleich das andere ermächtigen wollen.

2) Man muß sich vielmehr der Verwaltung, die in Gestalt der Ausführung von Gesetzen tätig wird, zuwenden und hier den Fällen, in denen der einfache Gesetzgeber einen Bundesminister durch Gesetz zum Erlaß von Verwaltungsakten ermächtigt, Aufmerksamkeit schenken. Hier hat der Gesetzgeber eine Zuständigkeit eines bestimmten Bundesministers begründen wollen.

Zunächst soll der Fall betrachtet werden, daß der Erlaß des Verwaltungsakts als Aufgabe in den Geschäftsbereich eines einzelnen Bundesministers fällt. Aus der Definition des Verwaltungsakts als hoheitliche Regelung eines konkreten Einzelfalls durch Einzelanordnung folgt, daß in der Mehrzahl aller derartigen Ermächtigungen der Erlaß eines Verwaltungsakts Ressortangelegenheit ist und neben der gesetzlichen Ermächtigung damit zugleich die Zuständigkeit des Bundesministers gemäß Art. 65 S. 2 GG begründet ist. Kann die Bundesregierung diese Kompetenz in eigenem Namen wahrnehmen?

Bei Beantwortung dieser Frage ist darauf Bedacht zu nehmen, daß auch der Gesetzgeber von der in Art. 65 GG und § 15 Abs. I GeschOBRReg bestimmten Zuständigkeitsabgrenzung ausgeht. Wenn der Gesetzgeber im obigen Falle die Bundesregierung ermächtigt, so will er meist die Bestimmung dessen, der die Zuständigkeit ausüben soll, der Geschäftsverteilung der Bundesregierung — die zu übersehen nicht immer ganz einfach ist — überlassen. Diese Überlegung kann hier jedoch darum nicht zur Lösung führen, weil mit der Übertragung der Befugnis auf einen bestimmten Bundesminister zugleich schon die Entscheidung für ein bestimmtes Ressort verbunden ist. Wenn der Gesetzgeber einen Ressortminister als Adressaten bezeichnet, so ist damit seine Auffassung ausgedrückt, daß er die Angelegenheit für in das Ressort einschlägig hält. Wenn aber der Gesetzgeber auf diese Weise einen Bundesminister ermächtigt, obwohl er die Bundesregierung hätte ermächtigen können, so kann nicht die Deutung erlaubt sein, er überlasse die Bestimmung, wer die Zuständigkeit ausüben soll, dem Adressaten.

3) Wenn ein gesetzlich zum Erlaß eines Verwaltungsakts ermächtigter Bundesminister diese Befugnis im Rahmen seines Ressorts ausübt, erfüllt er eine ihm von der Verfassung auferlegte Pflicht (Art. 65 S. 2 GG). Abgesehen davon, daß auch der Gesetzgeber die Entscheidung in die Hand des betreffenden Bundesministers gelegt hat, ist dieser auch nach dem GG allein zuständig.³¹

31) Vgl. Giese GG zu Art. 62 Anm. II 3 S. 113.

In seinen Entscheidungen, soweit die sie betreffenden Angelegenheiten nicht über den Ressortbereich hinausgehen, ist er vollkommen selbständig. Insbesondere ist er nicht an die Weisungen der Bundesregierung oder des Bundeskanzlers gebunden, solange er sich im Rahmen der von diesen festgesetzten Richtlinien der Politik hält. Für die Erfüllung dieser Aufgaben ist der Bundesminister verantwortlich, und zwar dem Parlament gegenüber, wie oben ausführlich begründet wurde. Die von der Verfassung aufgebene Verantwortung und damit die Zuständigkeit lassen sich eigenmächtig nicht übertragen.³²

4) Wenn oben die Ansicht begründet worden ist, daß sogar dann, wenn die Bundesregierung formell gesetzlich ermächtigt ist, der Bundesminister diese Kompetenz in eigenem Namen wahrnehmen kann, so muß dies um so mehr dann gelten, wenn der Bundesminister selbst als Adressat einer gesetzlichen Ermächtigung zum Erlaß eines Verwaltungsakts bezeichnet ist und sich die Angelegenheit in den Grenzen des betreffenden Ressorts hält. In diesem Fall kann daher die Bundesregierung keinesfalls die Sache an sich ziehen und beanspruchen, daß der Verwaltungsakt von ihr beschlossen und in eigenem Namen erlassen werde. Die Bundesregierung wird in der Regel diese Forderung auch nicht erheben, denn sie kann gemäß § 15 Abs. I GeschOBReg Angelegenheiten nur mit der Begründung der Beschlußfassung durch das Bundeskabinett zuführen, daß diese von allgemeiner politischer Bedeutung seien. Und gerade diese Eigenschaft liegt hier ja nicht vor.

5) Dagegen könnte geltend gemacht werden, daß die Bundesregierung als umfassendere Instanz die Rechtsmacht zum Erlaß des einem Bundesminister obliegenden Verwaltungsakts nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts haben müßte. Forsthoff³³ erkennt eine Befugnis der vorgeordneten Behörde, die Zuständigkeit einer nachgeordneten wahrzunehmen, nur für den Fall an, wenn die vorgeordnete Behörde „in dem umfassenden Sinne der niederen vorgesetzt ist, daß sie deren Obliegenheiten an sich ziehen und selbst erledigen kann.“ Das sei innerhalb der Behörden die Ausnahme. Im vorliegenden Fall liegt ein derartiges Über- und Unterordnungsverhältnis im Hinblick auf Art. 65 S. 2 GG nicht vor. Vielmehr ist der Bundesminister — wie oben gezeigt — innerhalb seines Ressorts vollkommen selbständig. Insofern sind die Bundesregierung auf der einen und der Bundesminister auf der anderen Seite vollkommen getrennte, nebengeordnete Regierungsorgane,³⁴ deren Stellung in ihrer Abgrenzung gegeneinander durch die Verfassung garantiert ist (Art. 65 GG). Insbesondere ist es nicht möglich, daß die Bundesregierung ihre Entscheidung an die Stelle einer solchen des Bundesministers setzt. Daher können diese Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden.³⁵

Die Bundesregierung kann daher in der Regel Kompetenzen eines Bundesministers zum Erlaß von Verwaltungsakten nicht wahrnehmen.³⁶

6) Wie ist aber zu urteilen, wenn der Verwaltungsakt eine Angelegenheit regeln soll, die über den Bereich des betreffenden Ressorts hinaus allgemeine Bedeutung für die gesamte staatliche Politik hat, der Gesetzgeber

32) Vgl. Triepel Bericht S. 21.

33) Forsthoff L. d. VerwR. S. 192.

34) Vgl. oben § 7.

35) Vgl. zum Vorstehenden Schneider DOV 1950 S. 704 ff.

36) Ebenso im Ergebnis v. Brünneck DOV 1951 S. 260 Anm. 16, jedoch mit der unzutreffenden Begründung, die Grundsätze bezüglich des Erlasses von Rechtsverordnungen ließen sich auf dieses Problem anwenden. Das ist — wie gezeigt — nicht der Fall.

aber einen bestimmten Bundesminister im Gesetz zum Erlaß des Verwaltungsakts ermächtigt hat? Nach der Definition des Verwaltungsakts wird dieser Fall allerdings eine Ausnahme bilden. Hier liegt ein Widerstreit zwischen der gesetzlichen Ermächtigung, die auf den Bundesminister als Adressaten lautet, und der Zuständigkeitszuordnung des GG vor, die für Angelegenheiten von allgemeiner politischer Bedeutung die Bundesregierung für zuständig erklärt. Kann die Bundesregierung aus den genannten Bestimmungen des GG und der Geschäftsordnung eine Wahrnehmungszuständigkeit herleiten?

Bei Beantwortung dieser Frage ist weitgehend von den obigen Ausführungen auszugehen. Die Bundesregierung wird hier auf ihrem eigenen Gebiet — dem der vollziehenden Gewalt — tätig. In diesem Bereich sind die Zuständigkeiten durch das GG mit dem Rang und der Autorität der Verfassung abgedeckt (Art. 65 GG i. V. m. § 15 Abs. I GeschOBReg). Die Organisationsgewalt der Bundesregierung ist im Rahmen des Art. 65 S. 4 GG dadurch bestätigt worden, daß der Bundeskanzler den Geschäftsbereich des betreffenden Bundesministers in seinen Grundzügen festgelegt hat (§ 9 GeschOBReg). Zwar findet die Organisationsgewalt ihre Schranke am Gesetz (Art. 86 S. 2 GG).³⁷ Die Organisation der Bundesregierung jedoch beruht mittelbar auf dem GG. An diese Regelung ist der Gesetzgeber gebunden, wenn er Ermächtigungen zum Erlaß von Verwaltungsakten erteilt (Art. 20 Abs. III GG), da er die Organisation der vollziehenden Gewalt als „besonderes Organ der Staatsgewalt“ (Art. 20 Abs. II S. 2 GG) auch als ihn bindend betrachten muß. Räumt der Gesetzgeber jedoch anders, als durch das GG geschehen, Zuständigkeiten ein, so kann das auf Grund der Verfassung zuständige (übergangene) Regierungsorgan unter Berufung auf diese seine verfassungsmäßige Zuständigkeit die gesetzliche Kompetenz des anderen Regierungsorgans wahrnehmen. Anders als bei der Übertragung rechtsetzender Gewalt hat hier der Gesetzgeber nicht die Befugnis, entgegen der Organisation der Bundesregierung den Ermächtigungsadressaten zu bestimmen. Auf dem Gebiet der verwaltenden Tätigkeit der Bundesregierung kann ein Regierungsorgan dann stets eine Wahrnehmungszuständigkeit aus Art. 65 GG i. V. m. § 15 Abs. I GeschOBReg herleiten, wenn eine gesetzliche, das andere Regierungsorgan begünstigende Zuständigkeitszuteilung entgegensteht, da die verfassungsmäßige Regelung der gesetzlichen im Rang vorgeht. Daher kann die Bundesregierung in den Fällen, in denen der Erlaß eines Verwaltungsakts übergeordnete politische Bedeutung besitzt oder dieser selbst eine über den Geschäftsbereich hinausgreifende Maßnahme darstellt und die Ermächtigung gleichwohl auf den Bundesminister lautet, dessen gesetzliche Kompetenz wahrnehmen.

7) a) Etwas anderes ergibt sich wiederum für die Wahrnehmung von Kompetenzen zum Erlaß von Einspruchsbescheiden.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Natur des Einspruchs eine strenge Handhabung des Begriffs „dieselbe Behörde“ erfordert. Da ein Verwaltungsakt in aller Regel Ressortangelegenheit ist, muß er von dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Bundesminister erlassen werden. Dann muß aber auch der Einspruch bei dem betreffenden Bundesminister eingelegt werden, der den Verwaltungsakt erlassen hat. Bundesregierung und Bundesminister sind vollkommen getrennte, selbständige Regierungsorgane, so daß ein bei der Bundesregierung eingelegter Einspruch nicht von „derselben Behörde“ überprüft und beschieden würde. Wenn der Verwaltungsakt als Regelung eines konkreten Einzelfalls durch hoheitliche Einzelanordnung in der Regel in den Ressortbereich fällt, muß sich aber

37) Vgl. Forsthoff L. d. VerwR. S. 332.

auch die Anfechtung des Verwaltungsakts durch einen Einspruch in den Grenzen des betreffenden Ressorts halten. Da die Bundesregierung eine Verwaltungszuständigkeit nur mit der Begründung ausüben kann, daß sie von allgemeiner politischer usw. Bedeutung sei (§ 15 Abs. I GeschOBRReg), ergibt sich, daß eine Wahrnehmung einer Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von Einspruchsbescheiden durch die Bundesregierung in der Regel unzulässig ist. Allerdings würde auch ohne diese Erwägung ein Einspruchsbescheid, der durch die Bundesregierung erlassen würde, dem Wesen des Einspruchs angesichts der eigenständigen Stellung der Regierungsorgane widersprechen und begrifflich eine — im Gesetz nicht vorgesehene — Beschwerde darstellen.

b) Eine Ausnahme muß lediglich dann gelten, wenn die Bundesregierung einen Verwaltungsakt, zu dessen Erlaß ein Bundesminister gesetzlich ermächtigt war, in eigenem Namen erlassen hat. Das war dann möglich, wenn eine Angelegenheit von allgemeiner politischer usw. Bedeutung durch den Verwaltungsakt geregelt werden sollte (§ 15 Abs. I GeschOBRReg). In diesem Falle tritt die Bundesregierung selbst als handelnde Behörde auf. Da der Einspruchsbescheid von derselben Behörde erlassen werden muß, der Bundesminister in diesem Sinne eine andere Behörde ist, muß der Einspruch bei der Bundesregierung eingelegt werden. Sie muß auch den Einspruchsbescheid erlassen.

8) a) Im Ergebnis ist daher die Wahrnehmung einer Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von Verwaltungsakten durch die Bundesregierung nicht zulässig, sofern eine Ressortangelegenheit vorliegt.

b) Ist der Erlaß eines Verwaltungsakts von allgemeiner politischer Bedeutung, so ist es ausnahmsweise zulässig, daß die Bundesregierung eine Kompetenz eines Bundesministers wahrnimmt.

c) In der Regel ist es nicht zulässig, daß die Bundesregierung eine Kompetenz eines Bundesministers zum Erlaß von Einspruchsbescheiden in eigenem Namen wahrnimmt.

Lediglich dann, wenn die Bundesregierung einen von einem Bundesminister zu erlassenden Verwaltungsakt in eigenem Namen wirksam erlassen hat, ist es ausnahmsweise zulässig, daß sie auch den Einspruchsbescheid in eigenem Namen erläßt, obwohl der Bundesminister formell zuständig ist.

II. ABSCHNITT

AUFSICHTS- UND WEISUNGSBEFUGNISSE

§ 20 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen der Bundesregierung gemäß Art. 84, 85, 108, 119 S. 2 GG durch einen Bundesminister

1) Nachdem die Zuständigkeiten der Bundesregierung und der Bundesminister zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften, Verwaltungsakten und Einspruchsbescheiden oben gesondert behandelt worden sind, ist zum Abschluß auf den letzten, noch ausstehenden Komplex von Verwaltungszuständigkeiten einzugehen. Es sind dies die Befugnisse, die sich aus der Eigenschaft der Bundesregierung und der Bundesminister als höchster Verwaltungsspitze ergeben und ihnen im Verhältnis zu untergeordneten Bundesbehörden und zu den Landesbehörden zustehen: vornehmlich die Aufsichts- und Weisungsbefugnisse. Dabei wird zu trennen sein zwischen den verschiedenen Verwaltungsformen: der bundeseigenen, der landeseigenen und der Auftragsverwaltung des Bundes, da diese Befugnisse in jedem dieser Bereiche eine andere Gestalt haben.

2) Grundsätzlich ist die Befugnis der übergeordneten Verwaltungsbehörde, über die untergeordnete die Dienstaufsicht zu führen und dieser Weisungen

zu erteilen, ein natürliches Recht der Verwaltung, das aus der allgemeinen Hoheitsgewalt fließt.³⁸ Aus der Gewaltentrennung und der Unabhängigkeit der Gewalten voneinander folgt, daß die vollziehende Gewalt in ihrem Bereich gestaltend tätig werden kann. Daher bedarf es zur Begründung dieser Befugnisse keiner gesetzlichen oder verfassungsmäßigen Ermächtigung. Bei den verfassungsrechtlichen Vorschriften, die derartige Befugnisse zum Inhalt haben, kann es sich daher nur um Zuständigkeitsbestimmungen handeln,³⁹ die zu treffen dem Verfassungsgesetzgeber selbstverständlich freisteht.

3) Im Bereich der bundeseigenen Verwaltung sieht das GG nicht ausdrücklich eine besondere Zuständigkeit vor. Durch Art. 86 GG wird lediglich die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften und zur Einrichtung der Behörden (die Organisationsgewalt) der Bundesregierung übertragen. Daher ist für die bundeseigene Verwaltung auf die allgemeine Zuständigkeitsverteilung des Art. 65 GG i. V. m. § 15 Abs. I GeschOBRReg zurückzugreifen. Da die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht grundsätzlich ausschließlich in einen Geschäftsbereich fallende Angelegenheiten sind, steht die Zuständigkeit insofern immer einem Bundesminister zu (Art. 65 S. 2 GG).⁴⁰ Dieser ist im Rahmen der Organisation der Bundesverwaltung eine „oberste Bundesbehörde“. Daher bestehen auf dem Gebiet der bundeseigenen Verwaltung keine Zuständigkeiten der Bundesregierung i. e. S. zur Dienstaufsicht und zur Erteilung von Einzelweisungen.

4) Im folgenden stehen daher nur die Zuständigkeiten der Bundesregierung im Bereich der landeseigenen Verwaltung⁴¹ und der Auftragsverwaltung des Bundes in Betracht (Art. 84 Abs. III, IV, V; 85 Abs. II S. 2 u. 3, Abs. III S. 2, Abs. IV S. 2; 108 Abs. III S. 3; 119 S. 2 GG). Hier handelt es sich nicht um den einfachen Fall, daß die Bundesregierung nachgeordneten Bundesbehörden gegenübertritt. Das GG hat die Ausführung der Bundesgesetze für den Regelfall in die Hand der Länder gelegt (Art. 83 GG), die diese Aufgabe mit eigenen Landesbehörden erfüllen. Aus diesem Grunde mußten die Befugnisse der Bundesbehörden wie der Bundesregierung zur Aufsicht und Lenkung der Landesbehörden im GG ausdrücklich geregelt werden.⁴² Die genannten Bestimmungen beinhalten eine Zuständigkeitszuteilung in zweifachem Sinne. Zunächst besagen sie, daß der Bund überhaupt durch die Befugnis zu gewissen Maßnahmen Einfluß auf die Landesbehörden nehmen darf, und sodann legen sie fest, welches Bundesorgan eine bestimmte Zuständigkeit ausüben darf.

5) Ähnlich den schon behandelten Bestimmungen des GG, die den Erlaß von allgemeinen Verwaltungsvorschriften regeln, erklären auch die genannten Vorschriften des GG die „Bundesregierung“ für zuständig: zur Ausübung der Bundesaufsicht (Art. 84 Abs. III, 85 Abs. IV GG), zur Erteilung von Einzelweisungen (Art. 84 Abs. V, 119 S. 2 GG), zur Regelung der ein-

38) Vgl. dazu Forsthoft L. d. VerwR. S. 119; Wittmayer HdbdDStR Bd. II § 85 S. 335.

39) Vgl. Forsthoft L. d. VerwR. S. 120.

40) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 86 Anm. 2 S. 465: „Daß jeder Bundesminister im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung für seine Verwaltung allgemeine und Einzelweisungen geben kann, ist . . . selbstverständlich und daher im GrG. nicht ausdrücklich erwähnt.“ Vgl. auch Abg. Hoch in der 16. Sitz. d. Hauptaussch. d. Parl. Rat. v. 13. 12. 1948 Sten. Prot. S. 190.

41) Nur der landeseigenen Verwaltung, soweit sie Bundesgesetze ausführt. Auf die Landesverwaltung in Ausführung von Landesgesetzen hat der Bund nur im Rahmen des Art. 28 Abs. III GG einen beschränkten Einfluß: vgl. Maunz StR 2. A. S. 150; v. Mangoldt GG zu Art. 84 Anm. 2 S. 453.

42) Vgl. dazu grundsätzlich W. Jellinek VerwR S. 126.

heitlichen Ausbildung der Beamten (Art. 85 Abs. II S. 2 GG), zur Herstellung des Einvernehmens bei Bestellung von Beamten (Art. 85 Abs. II S. 3, 108 Abs. III S. 3 GG) und zum Antrag an den Bundesrat auf Feststellung, daß ein Land das Recht verletzt hat — der sogenannten „Mängelrüge“ (Art. 84 Abs. V GG). Wiederum bedarf es der Untersuchung, wie der Begriff „Bundesregierung“ in den genannten Bestimmungen zu verstehen ist.

6) a) Unter der WRV lagen die Aufsichts- und Weisungsbefugnisse über die Landesverwaltung, soweit sie in Ausführung von Reichsgesetzen tätig wurde, bei der „Reichsregierung“. Schon damals herrschte im Schrifttum Streit, ob nur dem Kollegium⁴³ oder auch dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Reichsminister⁴⁴ diese Befugnisse zustanden. Die Praxis der Reichsregierung legte die Vorschrift des Art. 15 WRV dahin aus, daß auch der einzelne Reichsminister — als Reichsregierung i. w. S. — zuständig sei.

b) Nach dem HCHE sollten „die Bundesregierung und nach Maßgabe ihrer Geschäftsordnung die einzelnen Bundesminister“ die Aufsicht über die Durchführung der Gesetze in den Ländern ausüben; die „Bundesregierung“ konnte Beauftragte entsenden (Art. 114 Abs. I HCHE); die Mängelrüge beim Bundesrat sollte „die Bundesregierung“ einbringen (Art. 114 Abs. III HCHE).⁴⁵ In der zweiten Lesung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates wurden diese den Beratungen zugrundegelegten Formulierungen auf Antrag der Abgeordneten Laforet und Hoch in die vorliegende Fassung gebracht.⁴⁶ In den vorliegenden veröffentlichten Protokollen findet sich keine Begründung für die Änderung der Wortfassung des Art. 114 Abs. II S. 1 HCHE Art. 84 Abs. III S. 1 GG. Die Formulierung „Bundesregierung“ in Art. 114 Abs. II S. 2 und 114 Abs. III HCHE wurde beibehalten.

Art. 85 Abs. II S. 2 GG führte in den ersten Entwürfen des Parlamentarischen Rates die Fassung, daß „der Bund“ Vorschriften über die einheitliche Ausbildung der Beamten erlassen könne. Die Wortfassung, nach der der „Bundesregierung“ diese Befugnis erteilt wird, wurde ebenfalls in der zweiten Lesung des Hauptausschusses hergestellt.⁴⁷ Aus den Protokollen ist auch in diesem Falle nicht auf die Beweggründe des Grundgesetzgebers zu schließen, die Formulierung in die vorliegende Form zu bringen. Man gewinnt den Eindruck, daß bei den Verhandlungen und Diskussionen über den Umfang der Befugnisse des Bundes gegenüber den Ländern die vorliegende Frage nicht gesehen worden ist.

c) Die Ansichten im Schrifttum des GG sind geteilt. Ein Teil der Autoren will unter „Bundesregierung“ die Bundesregierung i. e. S. verstehen,⁴⁸ während ein anderer Teil die Auffassung vertritt, die Bundesregierung i. w. S.,

43) So Anschütz Verf. d. D. R. 13. A. zu Art. 15 Anm. 2 S. 112; Giese Verf. d. D. R. zu Art. 15 Anm. 1 S. 67.

44) So Gebhard Verf. d. D. R. zu Art. 15 Anm. 3 S. 136; Poetzsch-Heffter HK d. RV zu Art. 15 Anm. II 4 S. 135; RGStr. Bd. 58 S. 402.

45) Vgl. SB d. 35. Sitz. d. Hauptaussch. d. Parl. Rat. v. 12. 1. 1949 Sten. Prot. S. 431 ff.; ferner v. Doemming-Füßlein-Matz Entstehungsgeschichte S. 637.

46) Vgl. v. Doemming-Füßlein-Matz Entstehungsgeschichte S. 632.

47) Vgl. SB d. 45. Sitz. d. Hauptaussch. d. Parl. Rat. v. 12. 1. 1949 und 19. 1. 1949 Sten. Prot. S. 594 f.; ferner v. Doemming-Füßlein-Matz Entstehungsgeschichte S. 638.

48) Vgl. Schäfer AöR Bd. 78 S. 17 f., 27; Kratzer AöR Bd. 77 S. 269, DOV 1952 S. 232; Holtkotten BonnK zu Art. 119 Anm. II 4 b.

Auch Eschenburg DOV 1954 S. 199 behält die „Bundesaufsicht“, d. h. wohl Maßnahmen in deren Ausübung, einer Kollegialentscheidung vor.

also auch der einzelne Ressortminister, sei gemeint.⁴⁹ Einige wiederum wollen innerhalb der genannten einzelnen Aufsichts- und Weisungsbefugnisse usw. unterscheiden und einzelne Zuständigkeiten der Bundesregierung i. e. S. vorbehalten,⁵⁰ während sie ansonsten auch durch den einzelnen Bundesminister wahrgenommen werden könnten.

d) Betrachtet man insgesamt die Entwicklung, die zu der Gesetzesfassung des GG geführt hat, so erscheint es fraglich, ob sie zur Klärung der vorliegenden Auslegungsfrage brauchbare Fingerzeige zu geben geeignet ist. Schon unter der WRV war die Meinung in der rechtswissenschaftlichen Literatur insofern uneinheitlich; und ein Zurückgreifen auf die damals geübte Praxis erscheint schon wegen der verschiedenartigen Ausgestaltung des Bund-Länder-Verhältnisses im Vergleich zu dem Reich-Länder-Verhältnis nicht fruchtbar. Auch aus den Motiven des Parlamentarischen Rates kann weder etwas für die Meinung entnommen werden, der Grundgesetzgeber habe seine Regelung unter Berücksichtigung der Weimarer Praxis vorgenommen, noch kann sich die andere Ansicht darauf stützen, das GG habe eine eindeutig von dem verfassungsrechtlichen Rechtszustand der WRV abweichende Regelung treffen wollen.⁵¹

7) a) Allein die textliche Interpretation — auch unter Heranziehung der Entstehungsgeschichte — führt daher nicht zur Lösung des Problems. Vielmehr werden wiederum der Gesamtgehalt des GG heranzuziehen und die systematische Stellung der Bestimmungen im Gefüge der Verfassung zu berücksichtigen sein.⁵²

Dabei ist zunächst auf die Bedeutung der genannten, der „Bundesregierung“ übertragenen Befugnisse auf das Verhältnis des Bundes zu den Ländern hinzuweisen. Die föderalistische Tendenz des GG ist unverkennbar. Um die Eigenstaatlichkeit der Länder und ihre Unabhängigkeit vom Bund sicherzustellen, hat der Grundgesetzgeber die Verwaltung vornehmlich in die Hand der Länder gelegt. Die Vermutung streitet dafür, daß die Verwaltung in Ausführung von Bundesgesetzen ihnen zusteht (Art. 83 GG). Es hieße die Erreichung dieses Zweckes hinfällig machen, hätte das GG auf der anderen Seite dem Bunde umfangreiche Befugnisse im Rahmen der Bundesaufsicht oder sogar zur Erteilung von Einzelweisungen eingeräumt. Vielmehr hat das GG in Verfolgung seiner föderalistischen Tendenz die Befugnisse des Bundes gegenüber der durch die Länder ausgeübten Verwaltung eng begrenzt⁵³ und abschließend in Art. 84 und 85 GG aufgezählt.⁵⁴ Ein Weisungsrecht von Bundesbehörden gegenüber den (obersten) Landesverwaltungsbehörden sieht das GG nur im Rahmen der (nicht sehr umfangreichen) Auftragsverwaltung vor (Art. 85 Abs. III S. 1 GG). In allen anderen diesbezüglichen Bestimmungen werden die genannten, dem Bund zustehenden Befugnisse nur der „Bundesregierung“ übertragen und darüber

49) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 84 Anm. 4 S. 457, zu Art. 84 Anm. 5 S. 459; Krönig MDR 1952 S. 28 f.; Wessel DV 1949 S. 327.

50) So für Art. 84 Abs. V S. 2, 85 Abs. III S. 2 GG („wenn die Bundesregierung es für dringlich erachtet“): v. Mangoldt GG zu Art. 85 Anm. 4 S. 462; Herrfahrdt BonnK zu Art. 85 Anm. II 4; Nawiasky Grundgedanken S. 44; Schneider Gerichtsfreie Hoheitsakte S. 33 (mit der Begründung, es liege ein Regierungsakt vor), und für Art. 119 S. 2 GG: v. Mangoldt GG zu Art. 119 Anm. 2 S. 616; vgl. auch Katz (Schlesw.-Holst.) in der 7. Sitz. d. D. BRat v. 10. 11. 1949 (Sten. Prot. S. 54 C).

51) So irrtümlich Schäfer AöR Bd. 78 S. 18.

52) Vgl. BVerfG v. 23. 10. 1951 BVerfGE 1, 14 (32), JZ 1951 S. 729.

53) Vgl. Herrfahrdt BonnK zu Art. 84 Anm. II 1.

54) Kritisch zu der geltenden Regelung des GG: Nawiasky Grundgedanken S. 43 f.

hinaus zum Teil an erschwerte Voraussetzungen (Zustimmung des Bundesrates, Regelung durch Bundesgesetz) gebunden. Da die Rechte des Bundes gegenüber den Ländern im Bereich der landeseigenen und der Auftragsverwaltung des Bundes Ausnahmerechte⁵⁵ gegenüber der allgemeinen Regelung darstellen, nach der die Verwaltung den Ländern anvertraut und zu ihren Gunsten eine Zuständigkeitsvermutung begründet ist, sind die Vorschriften des GG, die dem Bund die diesbezüglichen Befugnisse erteilen, eng auszulegen. Aus dem Umstand, daß der Grundgesetzgeber die Zuständigkeit nur der „Bundesregierung“ übertragen hat, wird man erkennen können, daß Sinn und Zweck dieser Vorschrift dahin geht, sämtliche anderen Bundesbehörden von diesen Befugnissen auszuschließen. Darüber hinaus wird man aus der Gegenüberstellung der Bestimmungen zu Art. 85 Abs. III S. 1 GG, der für den Bereich der Auftragsverwaltung ausdrücklich eine Weisungsbefugnis der zuständigen „obersten Bundesbehörden“ vorsieht, ablesen können, daß unter „Bundesregierung“ nicht auch die Bundesminister zu verstehen sind und damit ohnehin schon „oberste Bundesbehörden“ auf diesem Gebiet zur Ausübung der dem Bund zustehenden Befugnisse die Berechtigung haben. Wenn dem Bundesminister als „oberster Bundesbehörde“ ohnehin diese Befugnisse zustünden, wäre die Gegenüberstellung im Text des GG nicht recht verständlich.⁵⁶ Zwar ist es an sich nicht ausgeschlossen, daß in einem Artikel des GG dieselbe Bezeichnung für verschiedene Begriffe oder für einen Begriff mehrere Bezeichnungen gebraucht werden, da ein Artikel oft ganz verschiedene, in ihrem Sinngehalt selbständige Verfassungsbestimmungen zusammenfaßt. In diesem Falle müßte jedoch eine Begründung dafür zu erkennen sein, was den Gesetzgeber zu der Formulierung veranlaßt hat. Daran fehlt es jedoch im vorliegenden Zusammenhang.

b) Unter Berücksichtigung der dem föderalistischen Charakter des GG entsprechenden Tendenz des Grundgesetzgebers, die Befugnisse des Bundes gegenüber den Ländern einzuschränken und den Kreis der zu ihrer Ausübung zuständigen Bundesorgane weitestmöglich einzuschränken, wird man zur Sicherung der Eigenstaatlichkeit der Länder einen Kollegialbeschuß für erforderlich halten müssen.⁵⁷ Diese Sicherung liegt darin, daß bei einem Beschluß des Bundeskabinetts „die für das Verhältnis Bund und Länder bedeutsamen Gesichtspunkte durch das Gesamtkabinett erörtert und geprüft werden und damit ... über die Frage der verfassungspolitischen Notwendigkeit ... einer Einengung der Verwaltungszuständigkeit der Länder nicht nur vom Fachressort befunden wird.“⁵⁸ Auf der höchsten Ebene — nämlich auf der des für die Gesamtpolitik zuständigen und verantwortlichen Kollegiums — ist zu prüfen, ob ein Eingriff des Bundes überhaupt erforderlich ist, denn jeder derartige Eingriff ist gleichzeitig ein solcher in den bundesstaatlichen Aufbau. Dabei ist die Möglichkeit in Erwägung zu ziehen, ob nicht formlose Hinweise oder Belehrungen ausreichen, um gegen festgestellte Mängel Abhilfe zu schaffen.

So hat auch das Schrifttum — trotz zum Teil in der allgemeinen Frage abweichender Meinung — für den Fall des Art. 119 S. 2 GG Kollegialbeschlüsse mit der Begründung für erforderlich gehalten, daß Einzelweisungen gemäß Art. 119 S. 2 GG tiefgreifende Einwirkungen auf die

55) Vgl. Giese GG zu Art. 84 Anm. 2 S. 146.

56) Vgl. Holtkotten BonnK zu Art. 119 Anm. II 4 b; Schäfer AöR Bd. 78 S. 27; Kratzer AöR Bd. 77 S. 269.

57) Vgl. Kratzer AöR Bd. 77 S. 269.

58) So für die Entwürfe allgemeiner Verwaltungsvorschriften das Gutachten des Rechtsausschusses des Deutschen Bundesrates BRDrucks. 17/53 v. 14. 1. 1953 S. 7.

Eigenstaatlichkeit der Länder darstellten.⁵⁹ Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb derartige Einzelweisungen in jedem Falle schwerer wiegen sollten als solche gemäß Art. 84 Abs. V GG, zumal gar nicht im voraus übersehen werden kann, wie weitgehend entsprechende, gemäß Art. 84 Abs. V GG durch Bundesgesetz zu begründende Befugnisse im Einzelfall sein werden.

Die Stellung und Bedeutung der Bestimmungen im Rahmen des Bund-Länder-Verhältnisses lassen mit Rücksicht auf den föderalistischen Charakter des GG nur die Annahme der Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. zu.

8) Betrachtet man das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen auf die allgemeine Zuständigkeitsverteilung des Art. 65 GG, so erscheint die Erörterung notwendig, ob es sich mit dem in Art. 65 S. 2 GG niedergelegten Ressortprinzip vereinbaren läßt.

Wir haben gesehen, daß im Bereich verwaltenden Handelns der Bundesregierung die Zuständigkeit gemäß Art. 65 S. 2 GG in der Regel bei dem einzelnen Bundesminister liegt, da Verwaltungshandlungen nur selten über den Geschäftsbereich hinausgreifende Bedeutung für die Gesamtpolitik haben. Nur für den letzteren (Ausnahme)fall ist gemäß § 15 Abs. I GeschO BReg die Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. begründet.

Dementsprechend müßte man für die in Betracht genommenen Aufsichts- und Weisungsbefugnisse den nach der allgemeinen Geschäftsverteilung zuständigen Bundesminister für zuständig halten. Diese Ansicht würde jedoch den Umstand verkennen, daß es sich bei einer derartigen Maßnahme nicht ausschließlich um die Bedeutung des Einzelfalles handeln kann. Jede Maßnahme in Ausübung der Bundesaufsicht usw. hat zugleich für das gesamte Bund-Länder-Verhältnis eine eminente Bedeutung. Das Bund-Länder-Verhältnis ist einer der wichtigsten Sektoren des innerpolitischen Lebens der Bundesrepublik überhaupt.⁶⁰ Man muß davon ausgehen, daß die Maßnahmen im Wege der Bundesaufsicht letzte Mittel darstellen und nur ausnahmsweise und erst dann anzuwenden sind, wenn formlose Hinweise keinen Erfolg zeitigen. Die Bundesaufsicht greift erst ein, wenn ein Land gegen das Recht verstößt. Man wird annehmen können, daß ein Land nur ausnahmsweise auf einen formlosen Hinweis hin die Abstellung eines Mangels, durch dessen Aufrechterhaltung es das Recht verletzen würde, verweigert, sondern es in aller Regel zu formellen Maßnahmen nicht wird kommen lassen. Dasselbe gilt für Einzelweisungen, die als formelle Verwaltungsmittel zwischen Bund und Ländern — außer in Eilfällen — erst nach einer formlosen Aufforderung vorgenommen zu werden pflegen.

Wenn also der Bund zu einer der im GG vorgesehenen formellen Maßnahmen schreitet, so kommt dieser ein gesteigertes Gewicht zu. Sie wird Auswirkungen auf die gesamte Innenpolitik des Bundes zeitigen. Trägt man diesem Umstand Rechnung, so muß man jede derartige Maßnahme als „Angelegenheit von allgemeiner innenpolitischer Bedeutung“ im Sinne des § 15 Abs. I GeschO BReg betrachten. Für alle Angelegenheiten von übergeordneter Bedeutung jedoch ist nach dieser Bestimmung die ausschließliche Zuständigkeit der Bundesregierung i. e. S. begründet.⁶¹

59) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 119 Anm. 2 S. 616; Holtkotten BonnK zu Art. 119 Anm. II 4 b.

60) Scheuner Bereich der Regierung S. 276 zählt die Bundesaufsicht sogar zur regierenden Tätigkeit.

61) So ist z. B. auch für die Anordnung des Bundeszwangs (Art. 37 Abs. I GG), der das stärkste Mittel des Bundes gegenüber den Ländern darstellt, — wie oben im Rahmen der Erörterungen zum Regierungsakt gezeigt — die Bundesregierung i. e. S. ausschließlich zuständig; vgl. auch v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351; anscheinend auch Giese GG zu Art. 37 Anm. II 2 S. 77.

Man kommt daher zu dem Ergebnis, daß auch nach der allgemeinen Regelung des GG die Bundesregierung i. e. S. zuständig und die Zuständigkeit eines einzelnen Bundesministers ausgeschlossen ist.⁶² Aus diesem Grunde kann der Bundesminister aus Art. 65 S. 2 GG eine Wahrnehmungszuständigkeit gegenüber den genannten Kompetenzen der Bundesregierung nicht herleiten.

9) Gegen diese Auffassung ist eingewendet worden, sie führe zu einer starken arbeitsmäßigen Inanspruchnahme des Bundeskabinetts und zu einer Überbelastung der Kabinettsitzungen.⁶³ Dagegen hat Schäfer⁶⁴ mit Recht ausgeführt, daß sich die Bundesregierung bei der Ausübung der Bundesaufsicht weitgehend durch den Bundesminister vertreten lassen könne. Insofern ist auch auf die obigen Ausführungen über die Vertretung innerhalb der Bundesregierung (§ 9) zu verweisen. Danach kann der Bundesminister alle vorbereitenden und alle die Beschlüsse der Bundesregierung ausführenden Tätigkeiten in Vertretung der Bundesregierung übernehmen (z. B. Anhörung der Beteiligten, Ausarbeitung des Inhalts von Weisungen, Vorschlag einer Maßnahme usw.). Auch die oben erwähnten formlosen Beanstandungen, Aufforderungen, Hinweise und Belehrungen, die in der Regel schon zur Abstellung des Mangels genügen werden, sind Aufgabe des Bundesministers, soweit sie in seinen Geschäftsbereich einschlagen.

Es ist jedoch daran festzuhalten, daß alle förmlichen Maßnahmen in Ausübung der in Betracht genommenen Befugnisse von der Bundesregierung i. e. S. zu beraten und zu beschließen sind. Aber auch dieses Erfordernis stellt keine übermäßige Inanspruchnahme des Bundeskabinetts dar, weil infolge der weitgehenden Vorbereitung der Beschlüsse durch die beteiligten Bundesminister nur selten eine Beratung ihres Inhalts in einer Sitzung des Bundeskabinetts erforderlich sein wird. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, gemäß §§ 16 Abs. IV, 20 Abs. II GeschOReg den Beschluß auf schriftlichem Wege herbeizuführen (Umlaufsache).

10) Im Ergebnis ist daher die Unzulässigkeit der Wahrnehmung von Kompetenzen der Bundesregierung gemäß Art. 84, 85, 108 und 119 S. 2 GG durch einen Bundesminister festzustellen.

§ 21 Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von sonstigen Verwaltungskompetenzen eines Bundesministers durch die Bundesregierung

1) Auf dem Gebiet der bundeseigenen Verwaltung stehen dem Bundesminister als „oberster Bundesbehörde“ alle Befugnisse zu, die sich aus seiner Stellung als Chef einer übergeordneten Behörde den untergeordneten Behörden gegenüber ergeben: insbesondere die Dienstaufsicht und das Weisungsrecht.⁶⁵

Gemäß Art. 85 Abs. III S. 1 GG haben die Bundesminister im Bereich der Auftragsverwaltung das Recht, den Landesbehörden Weisungen zu erteilen.

Der Bundesminister der Finanzen führt gemäß Art. 108 Abs. IV GG die Aufsicht über die Landesfinanzbehörden, soweit die Steuern dem Bunde zufließen.

2) Die Verwaltungskompetenzen im innerbehördlichen Bereich brauchten im GG für die bundeseigene Verwaltung nicht geregelt zu werden, sondern

62) Dagegen halten die genannten Befugnisse für Ressortssachen: v. Mangoldt zu Art. 84 Anm. 4 S. 457, Anm. 3 S. 455; Krönig MDR 1952 S. 29.

63) Vgl. Krönig MDR 1952 S. 29; Wessel DV 1949 S. 327.

64) Schäfer AöR Bd. 78 S. 18.

65) Vgl. v. Mangoldt GG zu Art. 86 Anm. 2 S. 465; Abg. Hoch 16. Sitz. d. Hauptaussch. d. Parl. Rat. Sten. Prot. S. 190.

sie ergeben sich aus der allgemeinen Hoheitsgewalt der Verwaltung.⁶⁶ Da aus der Natur der Dienstaufsichts- und Weisungsrechte folgt, daß sie grundsätzlich Angelegenheit eines einzelnen Ressorts sind, ist der nach der allgemeinen Geschäftsverteilung zuständige Bundesminister allein berechtigt, derartige Befugnisse auszuüben (Art. 65 S. 2 GG).

Die Selbständigkeit des Bundesministers innerhalb seines Geschäftsbereichs beinhaltet, daß er nicht von Weisungen abhängig ist, die ihm die Vornahme bestimmter Maßnahmen anbefehlen. Es würde aber eine Umgehung dieser Selbständigkeitsgarantie bedeuten, wenn die Bundesregierung „in Wahrnehmung“ der Kompetenz des Bundesministers den untergeordneten Behörden direkt Weisungen erteilen könnte. Aus diesen Gründen sind die Zuständigkeit des betreffenden Bundesministers ausschließlich und eine Wahrnehmung unzulässig.⁶⁷

3) Dasselbe muß auch für die Zuständigkeiten eines Bundesministers gemäß Art. 85 Abs. III S. 1 GG und des Bundesministers der Finanzen gemäß Art. 108 Abs. IV GG gelten. Hier tritt zu der allgemeinen Erwägung, die eine Wahrnehmung verbietet, noch der Umstand hinzu, daß die betreffenden Zuständigkeiten den Bundesministern durch das GG ausdrücklich eingeräumt sind und daß damit der Wille des Grundgesetzgebers zum Ausdruck gelangt ist, daß diese Angelegenheiten durch die von ihm bezeichneten Bundesorgane erledigt werden sollten. Unter diesen Umständen erscheint eine Wahrnehmung auch dieser Kompetenzen durch die Bundesregierung i. e. S. unzulässig.

IV. KAPITEL

§ 22 Zusammenfassung und abschließende Betrachtung

I. Betrachtet man im Rückblick die einzelnen Untersuchungen der Zulässigkeit der Kompetenzwahrnehmung im Bereich der Bundesregierung, so müssen sich folgende Ergebnisse herausstellen:

1) Im Bereich übertragener rechtsetzender Tätigkeit ist eine Wahrnehmung in beiden Richtungen stets unzulässig.

2) Bei der Ausübung regierender Tätigkeiten ist die Zulässigkeit der Wahrnehmung einer Kompetenz der Bundesregierung durch einen Bundesminister grundsätzlich zu verneinen; die Wahrnehmung in umgekehrter Richtung bei Regierungsakten ist in der Regel zulässig, bei allgemeinen Verwaltungsvorschriften ist sie unzulässig.

66) Vgl. Wittmayer HdbdDStR Bd. II § 85 S. 335; Forsthoff L. d. VerwR. S. 119 f.

67) § 15 Bundesbahngesetz v. 13. 12. 1951 (BGBl I S. 955 [959]) sieht die Anrufung der Bundesregierung bei einem Konflikt zwischen dem Verwaltungsrat der Deutschen Bundesbahn und dem zuständigen Bundesminister vor. Diese Entscheidungsbefugnis der Bundesregierung stellt einen Eingriff in die dem Ressortprinzip unterliegende Zuständigkeit des Bundesministers für Verwaltungsentscheidungen dar. Es erscheint äußerst zweifelhaft, ob die genannte Bestimmung mit Art. 65 S. 2 GG vereinbar ist.

3) Die Wahrnehmung fremder Kompetenzen auf dem Gebiet verwaltenden Handelns ist in beiden Richtungen zulässig, aber nur dann, wenn das GG nicht eine ausdrückliche abweichende Regelung trifft (Aufsichts- und Weisungsbefugnisse) oder Sinn und Zweck der Maßnahmen eine Wahrnehmung ausschließen (Einspruchsbescheide). So bleiben lediglich die Kompetenzen zur Vornahme von Verwaltungsakten in beschränktem Maße einer Wahrnehmung zugänglich.

II. 1) Nachdem im Verlauf der Untersuchung sämtliche Vorschriften des GG, die der „Bundesregierung“ Zuständigkeiten übertragen,¹ erörtert worden sind, läßt sich an dieser Stelle die Auslegungsfrage beantworten, ob im GG unter „Bundesregierung“ immer nur die Bundesregierung i. e. S. oder auch die Bundesregierung i. w. S., d. h. im Einzelfall auch der einzelne Ressortminister, zu verstehen ist. Es ist daran zu erinnern, daß diese Frage für die WRV umstritten war² und daß auch unter dem GG dieser Streit sich neu entzündet hat.³

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, daß im Rahmen der in Betracht genommenen Bestimmungen des GG in keinem Falle eine Zuständigkeit der Bundesregierung i. w. S. nachzuweisen war. Darüber hinaus haben Sinn und Zweck sämtlicher genannter Bestimmungen ergeben, daß durch sie Kollegialzuständigkeiten begründet werden sollten. Daher erscheint nach Prüfung sämtlicher Vorschriften des GG, die der „Bundesregierung“ Zuständigkeiten einräumen, die Ansicht berechtigt, unter „Bundesregierung“ im Sinne des GG immer nur die Bundesregierung i. e. S. zu verstehen und für die zur Ausübung dieser Zuständigkeiten erforderlichen Willensentscheidungen jeweils einen Beschluß des Bundeskabinetts zu fordern. Damit könnte auch der Art. 62 GG die Bedeutung einer Legaldefinition des Begriffs „Bundesregierung“ für das GG erlangen — eine Frage, auf deren Erörterung im hiesigen Rahmen verzichtet werden muß.

2) Es wäre wünschenswert, wenn der einfache Gesetzgeber dieser verfassungsrechtlichen Lage Rechnung tragen und in den Formulierungen der gesetzlichen Ermächtigungen klarstellen würde, ob die Bundesregierung i. e. S. oder die Bundesregierung i. w. S. gemeint ist.

Dieses Ziel könnte in sehr einfacher Weise dadurch erreicht werden, daß immer dann, wenn die Bundesregierung i. w. S. ermächtigt werden soll, die Formulierung „die Bundesregierung oder der nach der allgemeinen Geschäftsverteilung zuständige Bundesminister“ gewählt würde.

Durch die Einhaltung dieses Verfahrens könnten Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen den Regierungsorganen und Zweifel an der Rechtsgültigkeit von Regierungshandlungen i. w. S. vermieden werden.

1) Vgl. Übersicht S. 15 Anm. 8.

2) Vgl. oben S. 14 f. Anm. 5 und 6.

3) v. Mangoldt GG zu Art. 65 Anm. 5 S. 351 und Maunz StR 3. A. S. 247 wollen unter „Bundesregierung“ im Sinne des GG regelmäßig die Bundesregierung i. e. S., im Einzelfall jedoch auch manchmal den Einzelminister verstehen. Wann dies der Fall sei, sei in jedem Falle zu prüfen (vgl. v. Mangoldt a. a. O.); vgl. auch Bundesverkehrsminister Seebohm 71. Sitz. d. D. BRat. v. 26. 10. 1951 Sten. Prot. S. 758.

Dagegen meint Kratzer DOV 1952 S. 232, im GG sei keine Bestimmung aufzuzeigen, in der „Bundesregierung“ nicht das Kollegium sei.

4) Nicht: „der nach der Geschäftsordnung zuständige Bundesminister“, wie im HCHE und in den Entwürfen des Parlamentarischen Rates formuliert wurde. Die GeschOBReg selbst trifft keine Bestimmung über die Abgrenzung der Geschäftsbereiche, sondern diese werden durch den Bundeskanzler festgelegt (§ 9 GeschOBReg).

Lebenslauf

Ich, Georg von Wick, wurde am 18. August 1931 in Essen als Sohn des Kaufmanns Gustav von Wick und seiner Ehefrau Ilse von Wick geb. Koch geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Reifeprüfung legte ich am 23. Februar 1951 bei dem Goethe-Gymnasium — Neusprachliches Gymnasium — in Essen-Bredeney ab. Ich studierte sieben Semester Rechtswissenschaft, davon je zwei Semester an den Universitäten Köln, München und Bonn und ein Semester an der Universität Münster. Am 11. Oktober 1954 legte ich das erste juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm ab.

Meine mündliche Doktorprüfung war am 21. Januar 1956.

Essen-Bredeney, den 27. 1. 1956