

Giovanni Biaggini

**Dr. iur., Privatdozent
an der Universität Basel**

**Theorie und Praxis
des Verwaltungsrechts
im Bundesstaat**

Rechtsfragen der «vollzugsföderalistischen»
Gesetzesverwirklichung am Beispiel des
schweizerischen Bundesstaates unter vergleichender
Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungs-
strukturen in der Europäischen Gemeinschaft

4?
f nun ^
*

**Helbing & Lichtenhahn
Basel und Frankfurt am Main
1996**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	XVI
Literaturverzeichnis.....	XX

I. Teil: Grundlagen

§ 1 Das Problem der einheitlichen Rechtsverwirklichung in der gegliederten Verwaltungsrechtsgemeinschaft	1
I. Der delegierte Vollzug als Grundtypus des bundesstaatlichen Verwaltungsvollzugs.....	1
H. Gefährdungen der Rechtseinheit in der bundesstaatlichen Verwaltungspraxis.....	7
HI. Traditionelle Wege der Einheitsstiftung (Zur Fragestellung)	19
§ 2 Die rechtsdogmatische Erfassung des delegierten Vollzugs	24
I. Herkömmliche dogmatische Erfassungsversuche.....	24
1. Das Normengeflecht des delegierten Vollzugs.....	24
2. Unbefriedigende allgemeine Kennzeichnungen	26
3. Eindimensionale Betrachtung der einzelnen Instrumente der Einheitsstiftung.....	29
4. Reaktionen der Praxis.....	31

5. Fehlender dogmatischer Ordnungsrahmen.....	32
II. Das bundesstaatliche Vollzugsrechtsverhältnis als dogmatischer Ordnungsrahmen.....	34
1. Merkmale des bundesstaatlichen Vollzugsrechtsverhältnisses.	34
a. Allgemeines.....	34
b. Asymmetrie des Vollzugsverhältnisses.....	36
c. Beteiligte.....	37
d. Typologie der Verpflichtungen und der Vollzugsverhältnisse	38
2. Einwände gegen ein Denken in Vollzugsverhältnissen.....	41
3. Vorzüge eines Denkens in Vollzugsverhältnissen.....	44
a. Im allgemeinen.....	44
b. Einbettung des bundesstaatlichen Legalitätsprinzips.....	45
c. Fazit.....	47
IH. Hierarchieprinzip und Autonomieprinzip als Strukturprinzipien des bundesstaatlichen Vollzugsverhältnisses.....	47
1. Das Vollzugsverhältnis als hierarchisches Verhältnis.....	47
a. Verwaltungsrechtliches und bundesstaatliches Hierarchieprinzip als Spielarten des allgemeinen Hierarchieprinzips.....	47
b. Elemente des bundesstaatlichen Hierarchieprinzips.....	50
c. Konsequenzen für die Dogmatik des einheitsstiftenden Instrumentariums.....	51
2. Das Autonomieprinzip als antagonistisches Prinzip im bundesstaatlichen Vollzugsverhältnis.....	53

2.Teil:

Einheitsstiftende Momente im System der bundesstaatlichen Rechtsverwirklichung 57

§ 3	Der pouvoir d'instruction im bundesstaatlichen Vollzugsverhältnis (Die Präzisierung der gliedstaatlichen Vollzugsverpflichtungen als Aufgabe der Bundesexekutive).....	57
I.	Die Komplementärfunktion der übergeordneten Exekutive.....	57

1.	Zur Komplementärfunktion im allgemeinen	57
a.	Gesetzeskonkretisierung durch die Exekutive	57
b.	Gesetzeskonkretisierung durch die Judikative	59
2.	Komplementärfunktion und delegierter Vollzug	60
3.	Materiellrechtliche Grundlagen und Begrenzungen der Komplementärfunktion.....	62
a.	Zwei Grundfragen.....	62
b.	Grundsatz der umfassenden Konkretisierungsbefugnis	62
c.	Einschränkungen aufgrund der einschlägigen Kompetenznorm und aufgrund des Subsidiaritätsprinzips.....	63
d.	Einschränkungen aufgrund der zu vollziehenden Gesetzgebung (Gesetzesvorrang).....	65
e.	Einschränkungen aufgrund des bundesstaatlichen Gesetzesvorbehalts.....	68
JJ.	Instrumente zur Wahrnehmung der Komplementärfunktion	69
1.	Allgemeines	69
a.	In Betracht fallende Instrumente	69
b.	Schluss vom Zweck auf die Mittel?	72
c.	Bedeutung des vollzugsrechtlichen Legalitätsprinzips	73
2.	Die förmliche Verordnung als Mittel der Konkretisierung und Determinierung.....	73
a.	Die Verordnungsform im schweizerischen Bundesstaatsrecht... ..	73
b.	Die gesetzeskomplementäre Rechtsetzung im Gemeinschaftsrecht.....	75
c.	Vorzüge und Schwächen der Verordnungsform	79
3.	Die intersubjektive Verwaltungsverordnung als Mittel der Konkretisierung und Determinierung	80
a.	Die Verwaltungsverordnung in der schweizerischen Lehre und Praxis.....	80
b.	Zur prinzipiellen Zulässigkeit der intersubjektiven Verwaltungsverordnung.....	83
aa.	Kein Instrument der Bundesaufsicht	83
bb.	Verfassungsrechtliche Grundlegung	86
cc.	Verfassungsunmittelbare intersubjektive Verwaltungsverordnungen?.....	87
dd.	Anforderungen an eine Delegation von Weisungsbefugnissen.....	89
c.	Zu Rechtsnatur und Verbindlichkeit der intersubjektiven Verwaltungsverordnung.....	91
aa.	Herrschende Auffassung.....	91
bb.	Grundsatz der Verbindlichkeit.....	93

cc. Berufung auf intersubjektive Verwaltungsverordnungen	95	
dd. Wahrung rechtsstaatlich-demokratischer Grundanliegen.	97	
ee. Verbindlichkeit im Verhältnis zur Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	99	
ff. Relativierungen der Verbindlichkeit.....	102	
gg. Fazit.....	104	
d. Generelle Weisungen der Gemeinschaft im nationalen Verwaltungsvollzug?.....	105	
aa. Herrschende Auffassung.....	105	
bb. «Faktische» Weisungen in der Gemeinschaftspraxis.	106	
cc. Rechtsfortbildende Erweiterung des Kanons der Handlungsformen?.....	109	
4. Die einzelfallbezogene Weisung als Mittel der Konkretisierung und Determinierung.....	112	
a. Allgemeines.....	112	
b. Voraussetzungen im delegierten Vollzug.....	114	
IH. Nicht-gesetzliche Direktiven im Bereich des Organisations- und Verfahrensrechts.....	118	
1. Die Determinierungsbefugnisse des Gesetzgebers als äusserer Handlungsrahmen.....	118	
a. Einwirkungen auf Gesetzesstufe.....	118	
b. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen.....	121	
c. Ausgleich gegenläufiger Interessen.....	123	
2. Präzisierung der Vollzugsmodalitäten ausserhalb der Gesetzesform	127	
a. Beschränkte Möglichkeiten der Exekutive aufgrund des vollzugsrechtlichen Legalitätsprinzips.....	127	
b. Grundlagen und Grenzen einer Einwirkung seitens der Judikative.....	128	
§ 4	Der pouvoir de controler im bundesstaatlichen Vollzugsverhältnis (Bundesaufsicht und Individualrechtsschutzsystem als Instrumente zur Wahrung der Einheit des Verwaltungshandelns).....	133
I.	Die Bundesaufsicht im Ordnungsrahmen des bundesstaatlichen Vollzugsverhältnisses.....	134
1.	Korrekturbedürftigkeit des traditionellen Leitbildes der Bundesaufsicht.....	134

a.	Funktion und Struktur der Bundesaufsicht im delegierten Vollzug	134
b.	Grundverständnis der Bundesaufsicht in der schweizerischen Doktrin	135
c.	Das dogmatische Leitbild der Bundesaufsicht	137
d.	Dogmatische Defizite im Bereich der bundesstaatlichen Verwaltungsaufsicht	140
e.	Ausweichbewegungen in der Staatspraxis	141
2.	Das allgemeine Institut der Bundesaufsicht im Kontext des bundesstaatlichen Vollzugsverhältnisses	143
a.	Doppelfunktion des allgemeinen Instituts	143
b.	Begriff und Gegenstand der Bundesaufsicht	145
c.	Zuständigkeit	148
d.	Aufsichtsadressaten und aufsichtsrechtliches Subsidiaritätsprinzip	151
e.	Massstab der Bundesaufsicht	155
f.	Aufsichtsinstrumente und ihr Einsatz	158
aa.	Allgemeines	158
bb.	Zur Systematik der Aufsichtsmittel	160
cc.	Aufsicht im engeren Sinn	161
dd.	Selbsteintritt	162
ee.	Aufsichtsrechtliche Sanktionen	164
ff.	Indirekte Sanktionen	165
g.	Verfahrensfragen	168
3.	Die Gemeinschaftsaufsicht im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Vollzugsverhältnisses	172
a.	Allgemeines	172
b.	Gegenstand und Zuständigkeitsfragen	174
c.	Adressat	176
d.	Massstab der Gemeinschaftsaufsicht	177
e.	Aufsichtsinstrumente und ihr Einsatz	178
f.	Spezialgesetzliche Aufsichtstrukturen	182
4.	Zur Ergänzungsbedürftigkeit des Instituts der Bundesaufsicht (Zwischenbilanz)	185
a.	Bedeutung und Grenzen der Bundesaufsicht im delegierten Verwaltungsvollzug	185
b.	Typologie der Ausweichbewegungen	187
aa.	Spezialgesetzliche Aufsichtstrukturen	187
bb.	Dezentralisierung der Kontrolle	188
cc.	Instrumentalisierung des Rechtsschutzsystems	190

II.	Bundesstaatliche Einheitsstiftung im Individualrechtsschutzsystem (Möglichkeiten und Grenzen).....	191
1.	Die «Wahrung des objektiven Rechts» als Nebenfunktion der Ver- waltungsjustiz.....	191
2.	Strukturelle Grenzen der Einheitsstiftung im Rechtsschutzsystem ..	193
a.	Strukturelle Schwächen im schweizerischen System der Verwaltungsrechtspflege.....	193
aa.	Defizite im Rechtsmittelsystem.....	194
bb.	Insbesondere: Grenzziehung zwischen Verwaltungsgerichts- beschwerde und Staatsrechtlicher Beschwerde.....	196
b.	Defizite im Rechtsmittelsystem des Gemeinschaftsrechts (Art. 177EGV).....	199
c.	Allgemeine systemimmanente Schranken.....	203
d.	Ingangsetzen der richterlichen Verwaltungskontrolle.....	206
aa.	Fehlende Initiative.....	206
bb.	Ausgleich durch Behördenbeschwerde und «ideelle»Ver- bandsbeschwerde.....	207
cc.	Begrenzter Wirkungsradius der Behördenbeschwerde.....	210
dd.	Grenzen der «idellen» Verbandsbeschwerde.....	213
3.	Integrationsreserven und Funktionsverschiebungen in Prozessrecht und Prozessrethedogmatik.....	214
a.	Individualrechtsschutzsystem und bundesstaatliches Vollzugs- verhältnis.....	214
b.	Subjektivierung des objektiven Rechts.....	215
aa.	Möglichkeiten und Grenzen.....	216
bb.	Schweizerische Praxis im allgemeinen.....	217
cc.	Defizite im Bereich der Verwaltungsverordnung und des Rechtegleichheitsgebotes.....	219
dd.	Gemeinschaftsrechtliche Praxis.....	219
c.	Stille Funktionsverschiebungen zwischen Bundesaufsicht und Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgrund funktionellrechtlicher Unterschiede.....	221
d.	Überschiessende Tendenzen im Rechtsschutzsystem.....	225
e.	Weitere Integrationsreserven.....	227
f.	Öffnung der Prozessrechtsdogmatik.....	230
4.	Komplementarität - nicht Subsidiarität - im Verhältnis von Bun- desaufsicht und Rechtsschutzsystem.....	230

3. Teil:
Zur bundesstaatlichen Dimension des Allgemeinen Verwaltungsrechts 235

S	Einheitsstiftende und -gefährdende Momente im Allgemeinen Verwaltungsrecht	235
I.	Das Allgemeine Verwaltungsrecht als ordnende Kraft	235
II.	Dysfunktionale Effekte im Bereich der Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts.....	240
1.	Grundsätze betreffend die Gebundenheit und Freiheit der Verwaltung.....	240
a.	Handhabung offener Normen	240
b.	Grundsatz des Gesetzesvorbehalts	246
c.	Durchsetzung des Gesetzesvorrangs	250
aa.	Allgemeines.....	250
bb.	Durchsetzung des Vorrangs des Bundesrechte bzw. Gemeinschaftsrechte	253
cc.	Normenhierarchie innerhalb des Bundesrechte bzw. Gemeinschaftsrechte.....	255
dd.	Inner(glied)staatliche Normenhierarchie	257
2.	Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundsatz des öffentlichen Interesses im Modus des delegierten Vollzugs	258
a.	Verhältnismässigkeitsprinzip.....	258
b.	Grundsatz des öffentlichen Interesses	263
3.	Vertrauensschutzprinzip und Allgemeine Rechtsgrundsätze im Umfeld des Gleichbehandlungsgebotes	266
a.	Vertrauensschutzprinzip.....	266
aa.	Spannungslagen im Modus des delegierten Vollzugs	267
bb.	Ausgleich mittels Verfeinerung der Vertrauensschutzkriterien	271
b.	Grundsatz der Rechtgleichheit	275
aa.	Vielfalt und Einheit in der Verwaltungsrechtgemeinschaft .	275
bb.	Defizite infolge von Verkürzungen im Bereich des Vergleichsmassstabes.....	276
cc.	Voraussetzungen der Gleichbehandlung contra legem und der Praxisänderung	279

HI.	Bundesstaatliche Defizite in der Handlungsformenlehre	281
1.	Rechtsformen des Verwaltungshandelns im Vollzugsverhältnis ...	281
2.	Zur Wahl der Handlungsform im delegierten Vollzug (einseitiges oder vertragliches Handeln?).....	283
a.	Allgemeine Öffnungstendenzen im System der Handlungsformen.....	283
b.	Problematik des vertraglichen Handelns im delegierten Vollzug	285
aa.	Defizite der Vertragsdogmatik.....	285
bb.	Grundsätzliches Vertragsverbot mit Ausnahmen im delegierten Vollzug.....	287
cc.	Zunehmende Relativierung der Vorbehalte gegen die Vertragsform.....	289
dd.	Vorbehalte gegen das privatvertragliche Handeln	290
3.	Probleme im Bereich des unilateralen Verwaltungshandelns	292
a.	Verfügungsmässiges Verwaltungshandeln.....	292
aa.	Einwirkungen des übergeordneten Rechts auf die Verfügungsform.....	292
bb.	Einseitig rechtsstaatlich-individualrechtliche Optik	294
cc.	Ansatzpunkte für eine «bundesstaatsgerechte» Handlungsformenlehre.....	296
dd.	Erweiterung des Verfügungsbegriffs.....	298
b.	«Informales» Verwaltungshandeln.....	300
aa.	Allgemeines zum Phänomen	301
bb.	Problematik des «informalen» Handelns im delegierten Vollzug.....	303
4.	Die bundesstaatliche Dogmatik der Handlungsformen als permanente Optimierungsaufgabe.....	306
§ 6	Strukturprobleme und Entwicklungsperspektiven des Allgemeinen Verwaltungsrechts in der Verwaltungsrechtsgemeinschaft	308
I.	Zur «Föderalismusblindheit» des Allgemeinen Verwaltungsrechts. . . .	308
1.	Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Stiefkind des bundesstaatlichen Integrationsprozesses.....	308
2.	Bipolare Optik des Allgemeinen Verwaltungsrechts	310
3.	Gerichtlich geprägte Optik des Allgemeinen Verwaltungsrechts	311
II.	Zur Struktur des bundesstaatlichen Allgemeinen Verwaltungsrechts ...	313
1.	Vom kollisionsrechtlichen Denken zur dreischichtigen Grundstruktur des Allgemeinen Verwaltungsrechts.....	313

a.	Kollisionsrechtliches Denken in der schweizerischen und in der gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrecht dogmatik	313
b.	Zur Problematik eines kollisionsrechtlichen Denkens.....	317
c.	Zur dreischichtigen Grundstruktur des Allgemeinen Verwaltungsrechte.....	319
2.	Zur Genese der dreischichtigen Grundstruktur des bundesstaatlichen Allgemeinen Verwaltungsrechte	321
a.	Allgemeines.....	321
b.	Rolle der Rechtsprechung.....	324
c.	Gewährleistung rechtsstaatlicher Anforderungen.....	326
3.	Vom «Vereitelungsverbot» zum Integrationsprinzip.....	330
a.	Ungeklärte Tragweite.....	330
b.	Prozesshafte Betrachtung des «Vereitelungsverbot es».....	332
c.	Beurteilungskriterien.....	332
d.	Verwandte Phänomene.....	334
e.	Vereinigung verwandter Phänomene im bundesstaatlichen Integrationsprinzip.....	337
4.	Dogmatische Defizite bei der Konstituierung eines Europäischen Verwaltungsrechts.....	340
a.	Allgemeines.....	340
b.	Überformung des nationalen Vollzugsrechts in der Rechtsprechung des EuGH.....	341
c.	Grenzen der wertenden Rechtsvergleichung.....	346
5.	Annäherungsprozesse im Bereich des Allgemeinen Verwaltungsrechte.....	346
HI.	Funktionen und Entwicklungsperspektiven des Allgemeinen Verwaltungsrechte aus der Sicht des delegierten Vollzugs	349
	Zusammenfassung.....	352
	Sachregister.....	365