

Entscheidung und (Rechts-)Kontrolle in der staatlichen Kompetenzordnung

Von Universitätsprofessor Dr. Christoph Gusy, Mainz*

Das Begriffspaar „Entscheidung“ und „Kontrolle“ vermag Anhaltspunkte für die Konkretisierung der Kompetenzordnung im gewaltenteilenden Staat zu liefern. Aber jenes Begriffspaar beschreibt nur ein Element, das nicht verabsolutiert werden darf.

I. Fragestellung

In jüngerer Zeit wird vielfach zur Bestimmung der Reichweite gerichtlicher Kontrollkompetenzen gegenüber anderen Zweigen der Staatsgewalt auf die Kriterien von „Entscheidung“ und „Kontrolle“ abgestellt¹. Dem kontrollierten Organ wird die Entscheidungs-, dem kontrollierenden die Kontrollkompetenz zugewiesen. Wenig geklärt sind allerdings bislang die verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Konsequenzen, welche sich aus einer solchen Bestimmung und Abgrenzung der jeweiligen Zuständigkeit ergeben. Wo endet die Entscheidungs-, wo fängt die Kontrollkompetenz an? Diese offenen Flanken mögen auch der Grund dafür sein, daß jene Umschreibung nicht unangefochten geblieben ist². Vor einer Antwort auf die Frage nach der Berechtigung jener Formel steht also notwendig die Klärung ihres Inhalts und ihrer Reichweite. Hier soll zunächst der mögliche Anwendungsbereich jener Formel erläutert werden (dazu II), um sodann ihren Inhalt näher umschreiben zu können (dazu III, IV).

Dabei sind wegen der Diffusität des Kontrollbegriffs im Recht³ zunächst Präzisierungen erforderlich. „Kontrolle“ vermag nur dann als Element der staatlichen Kompetenz-

ordnung Relevanz zu erlangen, wenn am Kontrollverhältnis mindestens zwei Staatsorgane beteiligt sind. Die hier gemeinte Kontrolle ist demnach notwendig Fremd-, nicht Selbstkontrolle. Und sie allein ist die Überprüfung von Maßnahmen anderer Stellen am Maßstab des Rechts, also Rechts- und nicht sonstige Kontrolle⁴. Wenn im folgenden der Kontrollbegriff ohne besondere Ausweisung benutzt wird, so geschieht dies stets im hier näher umrissenen Sinne, also in der Form der Rechtskontrolle als Fremdkontrolle.

II. Zuerkennungs- und Aberkennungsklagen

Die Reichweite des hier zu beschreibenden Modells soll anhand der Terminologie vom „Zu-“ bzw. „Aberkennungsverfahren“ erläutert werden. Diese Terminologie steht quer zur gesetzlichen Regelung und Dogmatik des Verfahrens- und des Prozeßrechts. Sie ist bewußt gewählt, um nicht mit einer Begrifflichkeit, die auch anderswo „vorkommt“, falsche Assoziationen zu erwecken⁵. Die hier verwendeten Begriffe sollen eben nicht an bestimmte Aussagen des Prozeßrechts anknüpfen.

1. Zuerkennungsklagen

Wer gegenüber einem Dritten einen Anspruch hat, kann diesen regelmäßig nicht selbst durchsetzen. Vielmehr bedarf er zur Vollstreckung oder der Vornahme sonstiger Zwangsmaßnahmen regelmäßig einer besonderen staatlichen Erlaubnis, die in einem eigenen, mehr oder weniger

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Professor am Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Universität Mainz.

¹ So der Sache nach etwa BVerwGE 72, 300 (315 ff.); jüngst Ulrich Battis, FS Pfeiffer, 1988, S. 873, 877 ff.; Christoph Gusy, DVBl. 1987, S. 497, 498 ff.; ders., Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 97 ff., 108 ff.

² Kritisch etwa Hans-Jürgen Papier, 8. Deutscher Verwaltungsrichtertag, 1986, S. 221, 236 f.; ders., Bitburger Gespräche, 1981, S. 81, 89 f.

³ Walter Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsvorgängen, 1984, S. 220 ff.

⁴ Ist „Kontrolle“ in diesem Sinne allein Rechtskontrolle, so kollidiert die hier verwendete Terminologie nicht mit dem Resultat der Studie von Walter Krebs, der feststellt, daß es einen einheitlichen Kontrollbegriff im deutschen Recht nicht gibt. Für den engeren Bereich der Rechtskontrolle wird ebd., S. 120 ff., auch ein Konzept vorgestellt; zur Verwaltungskontrolle durch Verwaltungsgerichte ders., DV 1988, S. 155.

⁵ Das würde etwa geschehen, wenn statt des gewählten Begriffspaares die Formulierungen „Leistungs-“ (zu diesen im Verwaltungsprozeßrecht nur Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., 1987, S. 155 f.) und „Abwehrklagen“ oder „Handlungs-“ und „Unterlassungsklagen“ (dazu Ule, ebd., S. 156 f.) gewählt worden wären.

förmlichen Verfahren erteilt wird. Ein Anspruchsteller mag noch so sehr die Anforderungen der materiellen Anspruchsgrundlage erfüllen; durchsetzbar ist sein Anspruch damit noch nicht. Ihm fehlt die formelle Rechtsstellung, welche ihm erlaubt, auch gegen den Anspruchsgegner vorzugehen. Eine solche formelle Rechtsstellung, etwa ein Urteil oder einen sonstigen Vollstreckungstitel, kann er sich nicht selbst verschaffen. Regelmäßig verschafft ihm diese ein Dritter, insbesondere ein Gericht. Der Inhaber eines materiellen Anspruchs muß also eine staatliche Instanz beauftragen, ihm eine besondere, formelle Rechtsstellung zuzuerkennen. Das darauf gerichtete Verfahren soll hier „Zuerkennungsklage“ genannt werden. Deren Sinn ist demnach geprägt durch den Umstand, daß der mögliche Inhaber eines materiellen Rechts um die Herstellung von dessen formeller Durchsetzbarkeit bei einer staatlichen Instanz nachsucht.

Solche Konstellationen gibt es nicht nur im Zivilrecht, wo sie allerdings besonders häufig anzutreffen sind. Hier ist es insbesondere die Leistungsklage (§§ 254, 257, 258 ZPO), welche als Zuerkennungsklage zu qualifizieren wäre. Aber auch im öffentlichen Recht sind solche Klagen nicht unbekannt, wie die Figur der „allgemeinen Leistungsklage“⁶ ebenso zeigt wie diejenige der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) hinsichtlich ihres zusprechenden Gehaltes. Schon diese Aufzählung zeigt, daß die hier benutzte Begrifflichkeit mit den üblichen prozeßrechtlichen Einteilungskriterien und Systematisierungen nicht in Einklang steht.

Gemeinsamkeit dieser Verfahren ist, daß vor Abschluß des Prozesses der Anspruchsgegner keinem durchsetzbaren Titel ausgesetzt ist; dies ist vielmehr erst nach dessen – für den Anspruchsteller erfolgreichem – Ausgang der Fall. Eben die Zuerkennung dieses Titels ist Gegenstand der Klage. Dementsprechend fallen Klageverfahren, die niemals auf den Erlaß eines derartigen Titels gerichtet sein können – etwa Feststellungsklagen nach § 43 VwGO – nicht unter die hier dargestellten Einteilungskriterien. Sie sind weder Zuerkennungsklagen noch ihr Gegenteil und können daher in das hier vorgestellte Modell nicht eingeordnet werden. Schon daraus ergibt sich eine Grenze des hier erörterten Ansatzes.

2. Aberkennungsklagen

In bestimmten, gesetzlich regelmäßig⁷ ausdrücklich vorgesehenen Fällen ist demgegenüber der Inhaber eines materiellen Rechts in der Lage, dieses gegen den Verpflichteten selbst formell durchzusetzen. Hält er die materiellen Voraussetzungen seines Rechts für erfüllt, so kann er sich ohne Einschaltung dritter Stellen die erforderliche formelle Rechtsstellung selbst verschaffen. Materielle und formelle Rechtsgewährung fallen dann nicht auseinander, sondern zusammen. Die Durchsetzung geltend gemachter Ansprüche hängt in diesem Fall allein von Handlungen des Rechtsinhabers ab. Die Umschreibung der

hier erfaßten Fallgruppen bereitet terminologische Schwierigkeiten insbesondere deshalb, weil die einzelnen Handlungsermächtigungen erhebliche Unterschiede aufweisen: Der Gesetzgeber ist berechtigt, ein von ihm für erforderlich und zulässig gehaltenes Gesetz selbst zu erlassen; die Exekutive vermag sich in bestimmten Fällen selbst einen Vollstreckungstitel zu verschaffen; und das Gericht kann im Rahmen laufender Verfahren selbst Beschlüsse fassen und vollstrecken. Demgegenüber ist der Verpflichtete, sofern er ein solches Vorgehen für unberechtigt hält, seinerseits darauf verwiesen, eine dritte Instanz anzurufen, um jene formelle Rechtsstellung wieder zu beseitigen. Ist diese Anrufung erfolgreich, so erkennt die angerufene Instanz die formelle Rechtsstellung wieder ab. Deshalb wird hier das darauf gerichtete Verfahren als „Aberkennungsklage“ bezeichnet. Deren Sinn ist demnach geprägt durch den Umstand, daß der Adressat einer formellen Maßnahme um deren Aufhebung bei einer staatlichen Instanz nachsucht.

Solche Konstellationen treten im öffentlichen Recht etwa auf bei Anfechtungsklagen (§ 42 Abs. 1 VwGO), dem ihnen zeitlich vorgelagerten Widerspruchsverfahren (§ 68 VwGO), ihrer zeitlichen Fortsetzung in der Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO)⁸, bei Normenkontrollklagen (§ 47 VwGO) und bei der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG). Hierzu kann auch die Verpflichtungsklage hinsichtlich ihres kassatorischen Gehaltes gegenüber einem ablehnenden Verwaltungsakt zählen⁹. Verwandte Erscheinungsformen gibt es im Zivilprozeßrecht insbesondere im Vollstreckungsrecht bei Abwehrklagen (§§ 767, 796 Abs. 3, 797 Abs. 3 ZPO) und Drittwiderspruchsklagen (§ 771 ZPO). Auch diese unterschiedlichen Rechtsschutzformen orientieren sich hinsichtlich ihrer hier beschriebenen Gemeinsamkeiten nicht an den üblichen Systembildungen des Prozeßrechts.

Die Gemeinsamkeit der genannten Aberkennungsklagen liegt darin, daß bereits vor Abschluß des Prozesses gegen den Verpflichteten ein formell durchsetzbarer Anspruch besteht. Nach dessen – für den Kläger erfolgreichem – Abschluß ist die genannte formelle Rechtsstellung hingegen beseitigt. Auf eben diese Aberkennung ist das Verfahren gerichtet. Verfahren, die keinerlei aberkennenden Gehalt aufweisen können – wie etwa die Feststellungsklage –, können demnach dem hier vorgestellten Modell nicht unterfallen.

III. Die Kompetenzordnung bei Zuerkennungsklagen

1. Vollständige Arbeitsteilung zwischen Anspruchsteller und Gericht

Die Zuerkennungsklage bezieht ihren Sinn daraus, daß derjenige, der einen materiellen Anspruch geltend macht, die formelle Rechtsstellung erlangen will, um diesen auch durchsetzen zu können. Das Auseinanderfallen zwischen materieller und formeller Berechtigung soll durch sie

⁶ Dazu Ule (Anm. 5).

⁷ Aber nach bestrittener Ansicht nicht stets; daraus ergibt sich der Streit um die Grenzen der Zulässigkeit des Leistungsbegehrens; zu diesem BSG, NVwZ 1988, S. 95, einerseits; Hans-Uwe Erichsen / Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988, § 30 III, andererseits.

⁸ Dazu näher Wolf-Rüdiger Schenke, FS Menger, 1985, S. 461.

⁹ Das gilt aber nur, sofern ein solcher überhaupt bejaht wird; zum diesbezüglichen Meinungsstand Hans-Werner Laubinger, FS Menger, 1985, S. 443, 452 ff.

überwunden werden. Die Inanspruchnahme des Gerichts ist für den Anspruchsteller die notwendige Zwischenstation zur Anspruchsverwirklichung. Denn praktisch allein das Gericht besitzt in dieser Konstellation das Recht, die formelle Rechtsstellung zur Anspruchsdurchsetzung zu verleihen. Ohne Gericht können zwar materielle Ansprüche bestehen, aber nicht durchgesetzt werden. Erst nach erfolgreicher Klage kann gegen den Anspruchsgegner vorgegangen werden. Zwar ist letzterer auch vor der Entscheidung des Gerichts materiell zur Erfüllung verpflichtet. Die Nichterfüllung ist jedoch in diesem Stadium nur mit bestimmten Sekundärfolgen – etwa: Verzugszinsen – verknüpft.

Demgegenüber kann der Anspruchsteller selbst nichts gegen den Anspruchsgegner unternehmen. Was er rechtlich vorbringt, geltend macht oder aussagt, bleibt als solches für den Anspruchsgegner unverbindlich. Das gilt etwa für eine außergerichtliche Anspruchsberühmung; ferner für seine Rechtsauffassungen über die Auslegung der Anspruchsgrundlage und für seine Ansichten zu deren Anwendung für den konkreten Sachverhalt. Er kann solche Ansichten vorbringen, aber rechtliche Bindungswirkungen erlangen sie weder gegenüber dem Anspruchsgegner noch gegenüber dem Gericht. Dieses ist allein an den Antrag gebunden, über welchen es entscheiden soll¹⁰. Aber damit entsteht nur die Verpflichtung zur Entscheidung, nicht hingegen diejenige zur Entscheidung aufgrund bestimmter rechtlicher Grundlagen. Die angerufene Instanz kann ihre Entscheidung auf die gleiche oder eine andere Anspruchsgrundlage als der Kläger stützen. Sie kann die von ihr zugrunde gelegte Norm anders als dieser auslegen oder eine andere Subsumtion vornehmen. Die rechtliche Unverbindlichkeit diesbezüglichen Klägervorbringens besteht aber nicht nur gegenüber dem Gericht. Vielmehr bindet es weder ihn selbst – er kann später von seinen Ausführungen wieder abrücken und anderes vorbringen – noch den Anspruchsgegner. Ihm gegenüber erfolgt mit formeller Bindungswirkung nicht die Klage, sondern erst die gerichtliche Entscheidung. Erst aufgrund dieser kann letztlich gegen ihn vorgegangen werden.

Rechtlich gibt es demnach nur eine bindende Entscheidung; und rechtlich gibt es auch nur eine Instanz, welche diese fällen kann. Was der Anspruchsteller bewirken kann – nämlich die Einleitung des Klageverfahrens –, kann das Gericht nicht bewirken; und was das Gericht bewirken kann – nämlich den Ausspruch einer formell bindenden Entscheidung –, kann der Anspruchsteller nicht tun. Rechtlich besteht demnach zwischen Anspruchsteller und Gericht vollständige Arbeitsteilung; Überschneidungsbereiche gibt es demgegenüber nicht. Daher entsteht auch weder ein praktisches noch ein rechtliches Bedürfnis nach der Abgrenzung beider Handlungsbereiche.

2. Die Konkretisierungskompetenz

a) Anspruchsdurchsetzung mit gerichtlicher Hilfe ist – auch – Rechtsanwendung. Das maßgebliche Recht ist

regelmäßig für eine offene Zahl von Personen und Sachverhalten bestimmt und daher abstrakt. Demgegenüber ist die Rechtsanwendung einzelfall- und zumeist auch einzelpersonenbezogen und daher notwendig konkret.

Die Anwendung des abstrakten Gesetzes auf den konkreten Fall setzt Feststellungen darüber voraus, ob das Gesetz für den Einzelfall Rechtsfolgenanordnungen enthält und welche Anordnungen dies im vorliegenden Fall sind. Beide Feststellungen bedingen, daß aus dem abstrakten Gesetz konkrete Fallaussagen hergeleitet werden. Dieser Vorgang soll hier als Konkretisierung bezeichnet werden¹¹. Sie umschreibt demnach die Stufen der Begründung einer – konkreten – Rechtsfolgenanordnung. Bedingt Rechtsanwendung notwendig Konkretisierung, so ist, wer zur Rechtsanwendung verpflichtet ist, zugleich zur Konkretisierung verpflichtet.

Bei der Zuerkennungsklage sind Anspruchsteller und Gericht zur Konkretisierung berechtigt. Ihre Konkretisierungshandlungen weisen jedoch einen charakteristischen Unterschied auf. Diejenige des Anspruchstellers bleibt – wie sein gesamtes Vorbringen bis auf den Antrag¹² – rechtlich unverbindlich. Verbindlichkeit erlangt allein die Konkretisierung durch das Gericht: Seine Begründung mündet in die abschließende Entscheidung ein, welche die materiellen Rechtsbeziehungen formell gestaltet. Das Gericht nimmt somit die bindende Konkretisierung im Einzelfall allein vor.

Seine Konkretisierungskompetenz reicht aber noch weiter. Hat das Gericht einen Fall entschieden, so ist es bei späteren Entscheidungen verpflichtet, gleiche Fälle gleich zu behandeln¹³. Das gilt nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht. *Erwächst so aus einzelnen Konkretisierungssätzen im Wege der Gleichheitsbindung ein Konkretisierungskonzept*, so ist auch zu dessen – bindender – Aufstellung allein das Gericht berechtigt.

Bei Zuerkennungsklagen kommt somit den Gerichten sowohl die verbindliche Konkretisierung im Einzelfall als auch die Aufstellung des verbindlichen Konkretisierungskonzepts über den Einzelfall hinaus zu. Eine Überschneidung mit Rechten des Antragstellers ist dabei ausgeschlossen, weil er diesbezüglich gar keine verbindlichen Handlungen vornehmen kann. Insoweit ist es völlig zutreffend, wenn in solchen Konstellationen davon ausgegangen wird, daß der Gesetzgeber das mehr oder weniger abstrakte Gesetz den Gerichten zur Anwendung und Konkretisierung aufgegeben hätte. Anderen Rechtsdurchsetzungsinstanzen konnte er es schon deshalb gar nicht aufgeben, weil solche mit dem Gesetz gar nicht befaßt sind.

b) Die Charakterisierung einer Klage als Zuerkennungsklage prägt nicht nur die Antwort auf die Frage, *wer konkretisiert*, sondern auch, *wie zu konkretisieren ist*. Will der Anspruchsteller mit der Klage in den Genuß

11 Zu diesem Konkretisierungskonzept Gerhard Schmidt-Eichstaedt, DVBl. 1985, S. 645; Gusy, DVBl. 1987, S. 497, 498 ff.; zum konkurrierenden methodischen Konzept etwa Friedrich Müller, Juristische Methodik, 2. Aufl. 1976, S. 125 ff.

12 S. o. III 1.

13 Dazu Christoph Gusy, NJW 1988, S. 2505, 2511 f.

10 Dazu näher Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber (Anm. 1), S. 123 ff.

einer formellen Rechtsstellung gelangen, so gelingt dies nur, wenn die Begründung dafür gelingt, warum ihm diese zusteht. Die Existenz des geltend gemachten Anspruchs muß aus einer Rechtsnorm begründet werden können. Dies ist lediglich der Fall, wenn die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen positiv festgestellt werden kann. Es genügt also etwa nicht, dem Anspruchsgegner rechtswidriges Verhalten zu attestieren. Wann aber gelingt die geforderte Begründung? Theoretisch kann es drei Alternativen geben¹⁴.

(1) Die „positiven Fälle“, also Sachverhalte, welche der anzuwendenden Anspruchsgrundlage nachweisbar unterfallen¹⁵; liegt der der Zuerkennungsklage zugrunde liegende Fall in diesem Spektrum, so ist die Klage begründet.

(2) Die „negativen Fälle“, also jene Bedeutungsvarianten, welche der anzuwendenden Anspruchsgrundlage nachweisbar nicht unterfallen¹⁶; liegt der Fall in diesem Spektrum, so ist die Zuerkennungsklage abzuweisen.

(3) Die „neutralen Fälle“, die nach Ausschöpfung aller Methoden der anzuwendenden Anspruchsgrundlage weder nachweisbar unterfallen noch nachweisbar nicht unterfallen. In diesen Fällen lassen sich sowohl die Stattgabe wie auch die Abweisung der Zuerkennungsklage am angewandten Gesetz begründen. Da das Gericht der Klage aber nicht gleichzeitig stattgeben und sie abweisen kann, hat es sich für eine der beiden Alternativen zu entscheiden und diese Entscheidung zu begründen. Die dafür erforderliche Begründung läßt sich nicht aus der Anspruchsnorm herleiten – sie läßt ja gerade auch die Abweisung zu –, sondern lediglich aus sonstigen Erwägungen, insbesondere anderen Rechtsnormen oder außerrechtlichen Gesichtspunkten. Aufgrund solcher Erwägungen darf das Gericht der Klage stattgeben, wenn sich dafür ein positives Argument finden läßt. Finden sich hier nur Argumente für die Klageabweisung oder gar keine Argumente, so darf das Gericht keine zusprechende Entscheidung treffen. Fehlende Begründbarkeit der Stattgabe im neutralen Bereich geht somit zu Lasten des Zuerkennungsklägers¹⁷.

14 Zum folgenden insbes. *Hans Joachim Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 33 ff. Die dort gemachten Ausführungen gelten nicht nur für unbestimmte, sondern letztlich für alle Rechtsbegriffe, da zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen kein qualitativer, sondern allein ein quantitativer Unterschied besteht; dazu näher *Hans-Uwe Erichsen*, DVBl. 1985, S. 22.

15 Etwa: Mitternacht ist stets „Nachtzeit“; eine nicht erbrachte Leistung ist stets „ungenügend“.

16 Beispiel: Mittags ist niemals „Nachtzeit“; eine nicht erbrachte Leistung ist niemals „sehr gut“.

17 Der Zuerkennungsklage kann demnach nur stattgegeben werden, wenn sich dies entweder aus der Anspruchsnorm positiv begründen läßt oder aber die Anspruchsnorm eine sonstige Begründung jedenfalls zuläßt. Konkretisierungsziel ist so die Prüfung der Vereinbarkeit des geltend gemachten Anspruchs mit der Anspruchsnorm. Im Vordergrund dieser Prüfung steht der anspruchsbegründende, nicht der anspruchsbegrenzende Normgehalt. Der Konkretisierungsvorgang geht damit notwendig von den positiven und sodann von den neutralen Normbedeutungen aus. Demgegenüber ist eine Herausarbeitung der negativen Fallgruppen praktisch nicht erforderlich. Sie werden nämlich zur Entscheidungsbegründung nicht benötigt. Das Gericht muß zur Klageabweisung nicht darlegen,

c) Zusammenfassend läßt sich über Zuerkennungsklagen formulieren:

– Formell bindende Handlungen kann nur das Gericht, nicht hingegen der Anspruchsteller vornehmen. Überschneidungen zwischen ihren Handlungsbereichen kann es demnach nicht geben.

– Die rechtlich verbindliche Konkretisierungskompetenz liegt sowohl hinsichtlich des Einzelfalles als auch hinsichtlich des Konkretisierungskonzepts allein bei dem Gericht.

– Materielles Konkretisierungsziel des Gerichts ist die Herausarbeitung der positiven und der neutralen Anwendungsfälle der jeweiligen Anspruchsgrundlage. Demgegenüber erlangen die negativen Fallgruppen für den Begründungszusammenhang keine eigenständige Relevanz.

IV. Die Kompetenzordnung bei Aberkennungsklagen

1. Dichotomie von Entscheidung und Kontrolle

Das Charakteristikum der Aberkennungsklagen war dahingehend umschrieben worden, daß sich der Inhaber eines materiellen Rechts selbst in den Genuß der notwendigen formellen Rechtsstellung bringen kann, um sein materielles Recht durchzusetzen. Diese formelle Rechtsstellung kann ihm auf Antrag des Verpflichteten vom Gericht im Einzelfall wieder aberkannt werden. Die dargestellten Fallgruppen¹⁸ betreffen sämtlich Klagen des Bürgers gegen staatliche Maßnahmen. Die Rechtsordnung umschreibt hier die Aufgabe des Gerichts so: Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen (Art. 19 Abs. 4 GG). Noch plastischer umschreibt für bestimmte Maßnahmen § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO: Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den Widerspruchsbescheid auf. Ähnlich formuliert § 95 Abs. 1 BVerfGG: Stellt das BVerfG fest, welche Handlung oder Unterlassung eine Vorschrift des GG verletzt, so gibt es der Verfassungsbeschwerde statt; es hebt die angegriffene Entscheidung auf (§ 95 Abs. 2 BVerfGG) oder erklärt das angegriffene Gesetz für nichtig (§ 95 Abs. 3 BVerfGG).

Das Aberkennungsverfahren setzt demnach die Existenz einer staatlichen Maßnahme voraus, die in diesem Verfahren auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufgehoben wird. Demzufolge sind die angegriffene Maßnahme, das Kontrollobjekt, und dessen Überprüfung, das Kontrollverfahren, voneinander zu trennen. In der hier verwendeten Terminologie ist die *Setzung des Kontrollobjekts die Entscheidung; deren Überprüfung am Maßstab des Rechts die Kontrolle*¹⁹. Entscheidung und Kontrolle unterscheiden sich demnach jedenfalls in dreierlei Hinsicht:

daß die abweisende Entscheidung aus dem anzuwendenden Recht geboten ist, sondern lediglich, daß die Stattgabe aus der angewandten Norm nicht geboten ist.

18 S. o. II 2.

19 Zum hier verwendeten Kontrollbegriff s. o. I.

(1) In gegenständlicher Hinsicht: Die kontrollierte Entscheidung ist von der Kontrollentscheidung verschieden. Ist erstere noch gar nicht ergangen, so fehlt es für letztere regelmäßig an der Antragsbefugnis und damit an einem Recht zur Einleitung des Kontrollverfahrens²⁰. In dieser Ausrichtung auf die Entscheidung erhält das Kontrollverfahren seinen Sinn. Das Kontrollobjekt ermöglicht, begrenzt aber auch die Kontrolle.

(2) In verfahrensrechtlicher Hinsicht: Entscheidungs- und Kontrollverfahren sind voneinander verschieden²¹. Dabei treten die materiell Beteiligten in beiden Verfahren in verschiedenen Rollen auf: Die entscheidende Stelle – also der materielle Rechtsinhaber – ist im Verfahren der Aberkennungsklage Gegner des Aufhebungsanspruchs.

(3) In kompetenzieller Hinsicht: Entscheidungs- und Kontrollorgan können verschieden sein, müssen es aber nicht, wie die Selbstkontrolle der Behörde im Widerspruchsverfahren zeigt (§ 73 Abs. 1 S. 1 VwGO).

Nach Abschluß des gerichtlichen Kontrollverfahrens sind dann zwei verschiedene, beide formell bindende und beide potentiell selbst durchsetzbare Entscheidungen ergangen: die kontrollierte und die Kontrollentscheidung. Beide Entscheidungen sind Ausübung von Staatsgewalt²². Da sie regelmäßig von verschiedenen Staatsorganen getroffen werden, stellen sie sich als Ausprägungen der Gewaltenteilung dar. Daraus entsteht die Notwendigkeit der Kompetenzabgrenzung zwischen jenen Organen. Gewaltenteilung ist nur sinnvoll, wenn nicht beide Organe die gleichen Aufgaben erfüllen. Das gilt um so mehr, als kontrollierte und kontrollierende Instanz an das gleiche Recht gebunden sind: Gesetzgeber und BVerfG haben beide das GG, Vollziehung und Justiz jeweils zudem die Gesetze zu beachten (Art. 20 Abs. 3 GG). Die unterschiedlichen Aufgaben von kontrollierter und kontrollierender Instanz im Rahmen ihrer jeweils gleichen Rechtsbindung sind mit den Begriffen „Entscheidung“ und „Kontrolle“ zunächst nur benannt, aber noch nicht umschrieben. Sie lassen zwar Unterschiede anklingen, ohne allerdings deutlich zu machen, wo diese liegen²³.

2. Kontrollkompetenz als Grenze der Entscheidungskompetenz

Das Aberkennungsverfahren thematisiert spezifische Grenzen der Entscheidungskompetenzen. Deutlich wird

dies am Beispiel des Art. 19 Abs. 4 GG. Hiernach entsteht die gerichtliche Aufhebungskompetenz, wenn die zu kontrollierende Maßnahme ein subjektives Recht „verletzt“. Kontrolle in diesem Sinne ist die Prüfung der Widerspruchsfreiheit von Entscheidung und Gesetz. Die Kontrollinstanz muß also, um zur Aufhebung berechtigt zu sein, einen Widerspruch zwischen der angegriffenen Entscheidung und der Rechtsordnung feststellen. Diese Feststellung ist aus dem angewandten Recht zu begründen. Für einen Eingriff der kontrollierenden in den Zuständigkeitsbereich der kontrollierten Stelle – also etwa ein Tätigwerden der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit als „negativer Gesetzgeber“ oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit als „negative Verwaltung“ – obliegt ersterer somit die Begründungslast. Vermag sie diese nicht zu erfüllen, so bleibt die Entscheidung außerhalb ihrer Handlungszuständigkeit; ihr stehen mangels Feststellung von Rechtsverstoßen keine Kompetenzen hinsichtlich der zu kontrollierenden Entscheidung zu; das Gericht etwa weist vielmehr die Klage ab. Der – rechtliche – Beginn der gerichtlichen Kontrollkompetenz markiert so zugleich die – rechtliche – Grenze der Entscheidungskompetenz. Umgekehrt ist das so verbleibende Entscheidungsrecht seinerseits kontrollfrei. Demnach kommen kontrollierter und kontrollierender Instanz notwendig unterschiedliche Handlungs- und Gestaltungsbereiche zu. Kontrolle reicht nur so weit, wie ihr die rechtliche Begründung für ein bestimmtes Handeln gelingt. Soweit ihr dies nicht gelingt, besteht ein kontrollfreier Entscheidungsbereich. Entscheidungs- und Kontrollkompetenz begrenzen einander so im Aberkennungsverfahren wechselseitig negativ²⁴.

Ob eine gerichtliche Begrenzung der Entscheidungskompetenz zulässig ist oder nicht, hängt so davon ab, ob die vom Gericht angenommene Rechtswidrigkeit vorlag oder nicht. Maßgeblich für die Kompetenzabgrenzung sind demnach der Inhalt und die Reichweite des Kontrollmaßstabes. Kontrolle als Vergleich eines Soll-Zustands mit einem Ist-Zustand bezieht ihre Berechtigung und ihre Wirksamkeit aus jenem vorgegebenen Soll-Zustand, welcher Umfang und Grenzen der Kontrolle determiniert. Aber was ist der gerichtliche Kontrollmaßstab? Hier treffen sich Kompetenz- und Methodenfragen. Die methodische Fragestellung läßt sich in der bereits für das Zuerkennungsverfahren gewählten Terminologie²⁵ so umschreiben: Bleibt die zu kontrollierende Entscheidung im Bereich der „positiven Fälle“, welcher eindeutig den anwendbaren Rechtsnormen unterfällt, so ist ein Rechtsverstoß nicht feststellbar; gerichtliche Kontrollkompetenzen bestehen in diesem Bereich nicht. Zählt die kontrollierte Maßnahme hingegen zum Bereich der „negativen Fälle“, welche den maßgeblichen Rechtsnormen eindeutig nicht unterfallen, so gelingt der Nachweis eines Widerspruchs zwischen Maßnahme und Rechtsordnung. Das Gericht ist berechtigt, die angegriffene Handlung aufzuheben; hier entsteht seine Kontrollkompetenz. Zählt die Entschei-

²⁰ Zum Erfordernis der „Gegenwärtigkeit“ der Rechtsbeeinträchtigung etwa Christoph Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, Rn. 112 ff.

²¹ Das schließt das Vorhandensein von Kontrolle als Element des Entscheidungsverfahrens nicht aus; so zu Recht Walter Krebs (Anm. 3), S. 27 ff., 41 ff.

²² Ausnahmen hiervon kann es nur dann geben, wenn ein Aberkennungsverfahren ausnahmsweise nicht gegen eine staatliche Maßnahme eingeleitet wird. Praktisch kann dies insbesondere bei der Klage gegen die Vollstreckung aus sofort vollstreckbaren Urkunden werden (s. §§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, 61 VwVfG), die aber gleichfalls im Klauselverfahren noch der staatlichen Ermächtigung bedürfen.

²³ Die Antwort darauf kann weder abstrakt aus einem „allgemeinen Gewaltenteilungsgrundsatz“ noch aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gewonnen werden. Beide sehen nämlich nur vor, daß Gewaltenteilung bestehen soll; über deren konkrete Ausgestaltung im Einzelfall enthalten sie nahezu nichts. Dazu näher Ulrich Battis / Christoph Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 2. Aufl., 1986, Rn. 196 ff.

²⁴ Dazu ausführlich Wilfried Brohm, DVBl. 1986, S. 321; zu Folgefragen insbes. Eberhard Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34, 1976, S. 221 ff., insbes. S. 239 f.; ders., in: Theodor Maunz / Günter Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 180 ff., Papier (Anm. 2); Gunnar Folke Schuppert, DVBl. 1988, S. 1191, 1197 ff.

²⁵ S. o. Anm. 13.

dung hingegen zum Bereich der „neutralen Fälle“, welche dem angewandten Gesetz weder eindeutig unterfallen noch eindeutig nicht unterfallen, so kann ein Widerspruch zwischen Entscheidung und Gesetz nicht festgestellt werden. Auch in dieser Alternative ist die Kontrollinstanz demnach mangels Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung nicht aufhebungsberechtigt. Auch diese Fallgruppe steht somit außerhalb der gerichtlichen Kontrollzuständigkeit.

Die gerichtliche Kontrollzuständigkeit bezieht sich demnach nur auf eine der genannten Fallgruppen, nämlich diejenige der „negativen Fälle“. Ist die Kontrollkompetenz Grenze der Entscheidungskompetenz, so ist die Kontrollinstanz Hüter der rechtlichen Grenzen der Entscheidungsinstanz. *Das Gesetz ist die Grenze der Entscheidungskompetenz, aber die Grundlage der Kontrollkompetenz*²⁶. Während es für die Entscheidung ausreichend ist, daß sie durch das Gesetz nicht negativ ausgeschlossen wird, ist es für die Rechtskontrolle notwendig, daß sie durch das Gesetz positiv begründet wird. Dieser Umstand prägt die Perspektive der gerichtlichen Normkonkretisierung. Ist sie als Kontrollinstanz darauf beschränkt, Widersprüche zwischen Entscheidung und Gesetz durch Aufhebung zu beseitigen, so konzentriert sich die richterliche Konkretisierungsperspektive geradezu notwendig auf die rechtlichen Grenzen der zu kontrollierenden Entscheidung, also die „negativen Fälle“. Ob demgegenüber die jeweilige Maßnahme im positiven oder im neutralen Bereich der angewandten Norm lag, ist für die Ausübung der gerichtlichen Kontrollkompetenz unerheblich. Während demzufolge im Zuerkennungsverfahren die gerichtliche Konkretisierungstätigkeit primär auf die Herausarbeitung des „positiven“ Normbereichs – und daneben partiell der „neutralen“ Fälle – gerichtet ist, hat sie im Aberkennungsverfahren geradezu umgekehrt vorzugehen und sich auf den ausgeschlossenen, den „negativen“ Bereich zu beschränken.

3. Konkretisierungskompetenz im Einzelfall

a) Wer eine Rechtsnorm anwenden will, muß sie zuvor konkretisieren²⁷. Der Konkretisierungsauftrag ist damit notwendiges Element der Entscheidungs- wie des Kontrollauftrages. Inhalt dieses Auftrages ist die Pflicht, durch Ober- und Untersatzbildung solche Anwendungsfälle, welche einer Norm unterfallen, von solchen abzugrenzen, welche ihr nicht unterfallen. Maßstab für die Abgrenzung zwischen beiden Fallgruppen ist das konkretisierte Gesetz. Zur Bildung dieses Maßstabes hat Konkretisierung den Anwendungsbereich der Norm von sonstigen, von ihr nicht erfaßten Bereichen abzugrenzen. Das hat zu geschehen durch zulässige Ober- und Untersatzbildung. Zulässig sind nur solche Ober- und Untersätze, welche mit dem Gesetz inhaltlich vereinbar sind. Unzulässige Alternativen, welche dem Gesetz widersprechen, dürfen demgegenüber der Rechtsanwendung nicht zugrunde gelegt werden. Maßstab für die Abgrenzung der zulässigen von den unzulässigen Konkretisierungsvarianten

ist das Gesetz²⁸. Ist nach Ausschöpfung aller rechtlichen Kriterien eine Konkretisierungsalternative nicht unzulässig, so ist sie zulässig. Innerhalb des Spektrums zulässiger Konkretisierungsvarianten enthält die Rechtsordnung kein Kriterium, nach welchem die Auswahl zwischen jenen zulässigen Varianten gesteuert werden könnte²⁹. Diese Auswahl kann vielmehr nur aufgrund außerrechtlicher Kriterien geleistet werden.

b) Die Rechtsanwendungs- und damit die Konkretisierungskompetenz entsteht zeitlich zunächst im Entscheidungsverfahren. Die entscheidende Stelle ist verpflichtet, ihrem Handeln eine – zulässige – Konkretisierungsalternative zugrunde zu legen. Dazu hat sie zunächst die unzulässigen Alternativen auszuschneiden und sich sodann zwischen den zulässigen für eine Alternative zu entscheiden. *Aus der Perspektive der Entscheidungsinstanz begrenzt das Gesetz die Zahl der Konkretisierungs- und damit der Entscheidungsalternativen und determiniert die Entscheidung so primär negativ*. Je unbestimmter das anzuwendende Recht, desto weiter ist das Spektrum der zulässigen Entscheidungsalternativen und desto geringer ist die rechtliche Steuerung der Auswahl zwischen ihnen. Mit abnehmender Bestimmtheit stellen sich die Handlungsnormen immer mehr als bloßer Konkretisierungsauftrag – suche eine zulässige Konkretisierungsalternative – und immer weniger als Konkretisierungsmaßstab dar. Das Recht eröffnet demnach für die entscheidende Stelle – mehr oder weniger große – Entscheidungsfreiräume.

Zeitlich erst nach dem Entscheidungsverfahren folgt das Kontrollverfahren. Hier hat im Aberkennungsverfahren das Gericht zu prüfen, ob die vorgängige Entscheidung ein Recht „verletzt“ (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG), ob sie also einer Rechtsnorm widerspricht. Ein solcher Widerspruch liegt vor, wenn im Entscheidungsverfahren eine Konkretisierungsalternative gewählt worden ist, die mit der Rechtsordnung unvereinbar ist, die also außerhalb des zulässigen Konkretisierungsspektrums liegt. Und nur auf das letztere bezieht sich die Aufhebungskompetenz im

28 Die Bildung der erforderlichen Abgrenzungsmaßstäbe aus dem Gesetz wird in neuerer Zeit vom BVerwG auch „Interpretation“ genannt; s. BVerwGE 72, 300 (320); s. dazu Gusy, DVBl. (Anm. 1), S. 499 f. In dieser Terminologie bezeichnet „Interpretation“ die am Wortlaut, System und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes gebildeten Maßstäbe für die Zulässigkeit von Konkretisierungssätzen; „Konkretisierung“ die innerhalb der dadurch offengelassenen Freiräume gebildeten Begriffsverwendungen. Am Beispiel: Die Formel des Wirtschaftsverwaltungsrechts, „Unzuverlässig ist, wer nicht die Gewähr bietet, seine Tätigkeit in Übereinstimmung mit den dafür maßgeblichen Rechtsnormen auszuüben“, läßt sich aus dem Begriff der „Unzuverlässigkeit“ nicht vollständig begründen. Sie ist aber eine zulässige Begriffsverwendung, wenn das jeweils maßgebliche Gesetz keine Kriterien dafür enthält, daß sie unzulässig wäre. Im Sinne der eingangs dargestellten Terminologie wäre dann die genannte Formel ein Konkretisierungssatz; hingegen sind die – davon verschiedenen – Kriterien für oder gegen ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht die Interpretationssätze. In dieser Terminologie bemißt sich dann die Zulässigkeit einer Konkretisierung aus dem richtig interpretierten Gesetz.

29 Diese begrenzte Wirkung des Gesetzes bei der Herausarbeitung zulässiger Konkretisierungsalternativen ist bereits frühzeitig als „Rahmenfunktion des Gesetzes“ qualifiziert worden; dazu näher schon Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 346 ff.

26 Dazu am Beispiel der Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgeber und BVerfG näher Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber (Anm. 1), S. 138 ff.

27 S. o. III 2a.

Kontrollverfahren³⁰. Aus der Perspektive der Kontrollinstanz begründet das Gesetz die Kontrollkompetenz und determiniert die Kontrollentscheidung primär positiv. Prüft das Gericht an einem inhaltlich bestimmten Gesetz, so existiert nur eine geringe Zahl zulässiger Konkretisierungsalternativen; prüft es hingegen an einem unbestimmten Gesetz, so erhöht sich die Zahl der zulässigen Alternativen; zugleich verringert sich die Zahl der unzulässigen und damit der rechtswidrigen Varianten. Je weiter demnach das Konkretisierungsspektrum im Entscheidungsverfahren, desto enger ist zugleich das Aufhebungsspektrum im Kontrollverfahren.

c) Schon diese Gesichtspunkte zeigen hinsichtlich der Konkretisierungskompetenzen erhebliche Unterschiede zwischen dem Zu- und dem Aberkennungsverfahren auf³¹. Kommt die Entscheidung zeitlich notwendig vor der Kontrolle, so hat die entscheidungsbefugte Instanz zunächst selbst das Recht und die Pflicht zur rechtlich bindenden Konkretisierung. Die Konkretisierungskompetenz steht demnach im Aberkennungsverfahren nicht allein dem Gericht, sondern daneben auch der entscheidenden Stelle zu. Neben diesen zeitlichen Primat tritt zugleich notwendig ein gewisser inhaltlicher Primat: Die Auswahl unter den gesetzlich zulässigen Konkretisierungsalternativen nimmt derjenige vor, der zuerst handelt. Ist diese Auswahl rechtlich nicht determiniert, so kann die dabei getroffene Entscheidung auch nicht gegen das geltende Recht verstoßen. Solange die getroffene Entscheidung sich demnach innerhalb dieses Spektrums hält, fehlt der Kontrollinstanz das Recht zu ihrer Aufhebung oder Korrektur. Insoweit kommt der Entscheidungsinstanz ein eigener, kontrollfester Konkretisierungsauftrag zu³².

Neben diese Konkretisierungskompetenz im Entscheidungsverfahren tritt diejenige im Kontrollverfahren. Sie bezieht sich inhaltlich auf die Prüfung, ob der Entscheidung eine zulässige Konkretisierungsalternative zugrunde lag. Diese Prüfung bedarf zunächst der Abgrenzung der zulässigen von den unzulässigen Alternativen. Nur soweit die Entscheidung auf einer unzulässigen Konkretisierungsalternative beruhte, ist sie gerichtlicher Aufhebung zugänglich. Liegt sie hingegen im „positiven“ oder „neutralen“ Spektrum, so ist die Auswahl der Entscheidungsinstanz innerhalb dieses Spektrums gerichtlich unüberprüfbar.

Daraus erhellen die Unterschiede zwischen Zu- und Aberkennungsverfahren bezüglich der Verteilung der Konkretisierungskompetenzen im Einzelfall³³:

– Während im Zuerkennungsverfahren nur eine formell bindende Entscheidung ergeht, nämlich diejenige des Gerichts, ergehen im Aberkennungsverfahren zwei solche Entscheidungen: die kontrollierte und die Kontrollentscheidung.

– Während demzufolge im Zuerkennungsverfahren nur eine Instanz zur Konkretisierung mit Verbindlichkeitsanspruch berechtigt ist, verteilt sich diese Kompetenz bei Aberkennungsklagen auf die entscheidende und die kontrollierende Instanz. Damit stellt sich zwischen beiden das Problem der Kompetenzabgrenzung.

– Zwischen diesen ist die Konkretisierung nicht einfach ein kooperativer Prozeß. Vielmehr läßt sich die Verteilung der Konkretisierungskompetenzen so beschreiben: Die bindende Auswahl unter den zulässigen Konkretisierungsalternativen obliegt allein der Entscheidungsinstanz; die bindende Abgrenzung der zulässigen von den unzulässigen Alternativen hingegen der Kontrollinstanz. Oder plastischer formuliert: Die Konkretisierungskompetenz *intra legem* steht allein der entscheidenden, die *letzverbindliche* Abgrenzung der Bereiche *intra* und *extra legem* allein der kontrollierenden Instanz zu. Ungeachtet ihrer Bindung an das gleiche Recht haben beide somit eigenständige Aufgaben im Prozeß der Konkretisierung, die jeweils durch die eigenständigen Aufgaben des anderen limitiert sind. Es ist demnach unzutreffend, wenn im Bereich von Entscheidung und Kontrolle die Behauptung aufgestellt wird, der Gesetzgeber habe die Rechtsanwendung und -auslegung den Gerichten überantwortet. Vielmehr ist sie entscheidender und kontrollierender Instanz in einem arbeitsteiligen Prozeß aufgegeben³⁴.

4. Die Aufstellung des Konkretisierungskonzepts

a) Rechtsnormen werden regelmäßig nicht nur einmal, sondern in einer großen Zahl von Fällen angewandt und damit auch konkretisiert. Ist die rechtsanwendende Instanz bei der ersten Anwendungshandlung hinsichtlich der Auswahl unter den zulässigen Konkretisierungsalternativen frei, so entstehen für spätere Anwendungsmaßnahmen zusätzliche rechtliche Grenzen, wenn das Gesetz schon einmal konkretisiert worden ist. Diese Grenzen folgen aus Art. 3 Abs. 1 GG, welcher die Gleichheit der Rechtsanwendung gebietet. Gleich ist eine Rechtsanwendung, welche gleiche Fälle gleich behandelt. Dabei ist die Bestimmung gleicher Fälle primär eine Frage der dabei angewandten Maßstäbe: Gleichheit der Rechtsanwendung bedingt Gleichheit der Konkretisierung. Einmal verwendete Konkretisierungssätze erlangen so über den Einzelfall, in welchem sie Verwendung fanden, hinaus Bedeutung auch für zukünftige Fälle. Sie binden gem. Art. 3 Abs. 1 GG auch in späteren Fällen, solange kein zulässiger Grund besteht, von ihnen abzuweichen³⁵. Aus einzelnen Konkretisierungssätzen entstehen so Maßstäbe, die auch spätere Entscheidungen binden. Diese sollen hier als „Konkretisierungskonzept“ bezeichnet werden.

Die Kompetenzverteilung zwischen entscheidender und kontrollierender Instanz orientiert sich hinsichtlich der

³⁴ So zu Recht Battis (Anm. 1), S. 882.

³⁵ Zu Voraussetzungen und Grenzen dieser Gleichheitsbindung BVerwGE 55, 349; Hans-Uwe Erichsen, VerwArch. 1980, S. 289.

³⁰ S. o. IV 2; zum folgenden ganz entgegengesetzt VG Wiesbaden, NJW 1988, S. 356, welches allerdings (ebd., Ls. 2) die Aussage, daß zu kontrollieren ist, mit der Aussage, was zu kontrollieren ist, verwechselt.

³¹ Zu den Konkretisierungskompetenzen im Zuerkennungsverfahren schon o. III 2a.

³² Hinzu tritt im Sinne der neueren Terminologie (s. o. Anm. 26) auch ein eigenständiger Interpretationsauftrag: Wer seinem Handeln eine zulässige Konkretisierungsalternative zugrunde zu legen hat, muß seinerseits notwendig Kriterien für die Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Alternativen bilden. Auch diese Interpretationskompetenz ist zunächst notwendiger Teil der Entscheidungskompetenz.

³³ Zu diesen Kompetenzen im Zuerkennungsverfahren o. III 2a.

Erstellung des Konkretisierungskonzepts an den gleichen Grundsätzen wie diejenige hinsichtlich des ersten Konkretisierungsakts³⁶. Kommt für den ersten Akt der zeitliche und rechtliche Primat der entscheidungsbefugten Stelle zu, so gilt es in gleicher Weise für die Erstellung des daraus abzuleitenden Konkretisierungskonzepts. Es ist daher die entscheidende und nicht die kontrollierende Instanz, welche aus dem Spektrum zulässiger Alternativen das maßgebliche Konzept auszuwählen berechtigt ist. Die Kontrollinstanz überwacht auch hier nur am Gesetz die zutreffende Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Konkretisierungskonzepten. Kann sie dabei keinen Rechtsverstoß feststellen, so läßt sie sowohl die getroffene Einzelfallentscheidung als auch die dabei angewandten Maßstäbe unangetastet. Und letztere binden kraft Art. 3 Abs. 1 GG im Wege der „Selbstbindung“ – und eben nicht der Fremdbindung – die spätere Rechtsanwendung so, wie sie von der entscheidenden Stelle aufgestellt und angewandt worden sind.

Anders als bei der Aufstellung gestaltet sich allerdings die Rechtskontrolle hinsichtlich der *Einhaltung* des Konkretisierungskonzepts. Konnte die erste Anwendungshandlung ausschließlich am Maßstab des angewandten Gesetzes geprüft werden, so können spätere Maßnahmen zusätzlich *intra legem* an Art. 3 Abs. 1 GG gemessen werden. Somit werden spätere Anwendungsakte zunächst auf ihre Einhaltung des gesetzlichen Rahmens, sodann *intra legem* auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz geprüft. Art. 3 Abs. 1 GG verschafft so der Kontrollinstanz einen limitierten Zugriff auf die Rechtsanwendung *intra legem*³⁷.

Bei Aberkennungsklagen stellt sich demnach die Kompetenzverteilung zwischen Entscheidungs- und Kontrollinstanz so dar:

- Die Aufstellung des Konkretisierungskonzepts *intra legem* liegt bei der Entscheidungsinstanz und nicht beim Gericht. Demgegenüber lag sie bei der Zuerkennungsklage allein bei letzterem.
- Die letztverbindliche Abgrenzung der zulässigen von den unzulässigen Konkretisierungskonzepten liegt hingegen bei der Kontrollinstanz.
- Die Überwachung der Einhaltung des einmal gewählten Konkretisierungskonzepts sowie der Zulässigkeitsgrenzen seiner Änderung steht demgegenüber der kontrollierenden Instanz zu.

b) Daß die entscheidungsbefugte Instanz das Konkretisierungskonzept selbst erstellen darf, determiniert noch nicht die Frage, wie jene Kompetenz auszuüben ist. Für die Exekutive sind hier zwei unterschiedliche Formen möglich. Eine Form der Erstellung von Konkretisierungskonzepten ist die *Verwaltungsvorschrift*³⁸. Sie bindet als eigenständige Rechtsnorm der vorgeordneten Behörden die Gesetzesanwendung durch nachgeordnete Behörden. Damit können jene ein über den Einzelfall hinausreichendes, mehr oder weniger dichtmaschiges Konkretisie-

rungskonzept schaffen. An dieses sind alle nachgeordneten Stellen kraft der innenrechtlichen Bindungswirkung solcher Verwaltungsvorschriften gebunden. Auf diese Weise kann die Gleichheit der Gesetzesanwendung und damit die Formalisierung der Gleichheitsbindung der Rechtsanwendung sichergestellt werden. Charakteristika solcher Konkretisierungskonzepte sind, daß sie von der vollziehenden Gewalt selbst erstellt und durchgesetzt werden. Auf diese Weise sind sie geradezu klassische Ausprägungen des Umstandes, daß es die Exekutive ist, welcher die Formulierung des Konkretisierungskonzepts zusteht. Deutlicher kann dieser Umstand kaum hervortreten. Kommt jenen Verwaltungsvorschriften – jedenfalls nach Ansicht der Rechtsprechung³⁹ – allein Innenwirkung zu, so dispensiert dieser Umstand die Vollziehung nicht von ihrer Gleichheitsbindung gegenüber dem Bürger. Auf diese Weise erlangen jene ihre „mittelbare Außenwirkung“. Hat der Bürger einen Anspruch auf Gleichbehandlung und werden die Maßstäbe von „gleich“ und „ungleich“ durch die Verwaltungsvorschriften begründet, so hat der Bürger einen außenrechtlichen Anspruch auf Einhaltung jener Vorschriften. Und weil der Vollziehung die Aufhebungskompetenz gegenüber gesetzeskonformen Normkonkretisierungen durch die Exekutive fehlt, erlangen die Verwaltungsvorschriften gleichfalls zumindest „mittelbare Bindungswirkung“ auch für die Justiz. Deshalb bejaht das Bundesverwaltungsgericht seine Bindung an „normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften“⁴⁰. Diese „Bindung“ basiert auf zwei Umständen: (1) Einerseits der Tatsache, daß das Konkretisierungskonzept *intra legem* gilt. Soweit kein Widerspruch zum angewandten Recht festgestellt werden kann, ist eine Rechtsanwendung auf der Grundlage solcher Verwaltungsvorschriften nicht rechtswidrig. Daher kann durch sie der Bürger niemals „in seinen Rechten verletzt“ sein⁴¹. Folglich fehlt den Gerichten die Aufhebungskompetenz. Was das Gericht nicht aufheben darf, muß es hinnehmen; oder anders ausgedrückt: Es ist daran gebunden. Deutlich zeigt sich hier der Unterschied zu den rechtswidrigen Verwaltungsvorschriften, die gerade keine Bindungswirkung gegenüber Bürgern und Gerichten begründen. Soweit demgegenüber durch ihre Anwendung Rechtsverletzungen begründet werden, ist das Gericht auch dann nicht an die angewandten Vorschriften gebunden, wenn sie schon früher in gleicher Weise angewandt worden sind. Hier gilt vielmehr der Satz: „Keine Gleichbehandlung im Unrecht“⁴². (2) Andererseits dem Umstand, daß die entscheidende Instanz bei der Auswahl unter den zulässigen Konkretisierungsalternativen frei ist. Insbesondere unterliegt sie keiner gerichtlichen Kontrolle, weil jene Auswahl durch keine Norm rechtlich vorgeschrieben ist⁴³. Hat der Bürger zudem einen Anspruch auf Befolgung der Verwaltungsvorschriften, so hat das Gericht seiner Entscheidung diese – und keine andere, davon abweichende eigene – Konkretisierungsalternative zugrunde zu legen. Für die Formulierung des

39 Etwa: BVerwG, NJW 1979, S. 2059 ff.

40 BVerwGE 72, 300 (320 f.); dazu Gusy, DVBl. (Anm. 1).

41 S. dazu o. IV 1.

42 Dazu Christian Starck, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein, GG, 3. Aufl., 1985, Art. 3 Rn. 184 ff.; Albrecht Randelzhofer, JZ 1973, S. 536; differenzierend Volkmar Götz, NJW 1979, S. 1478.

43 S. o. IV 3a.

36 S. o. IV 3.

37 Dazu schon Battis (Anm. 1), S. 885 f.

38 Nur um solche Verwaltungsvorschriften geht es hier; zu dieser Handlungsform allgemein Fritz Ossenbühl, in: Erichsen/Martens (Anm. 7), § 7 IV.

Konkretisierungskonzepts durch Verwaltungsvorschriften kommt somit der Exekutive *intra legem* die volle Aufstellungskompetenz zu.

c) Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß das Konkretisierungskonzept nicht durch Verwaltungsvorschriften explizit formuliert ist, sondern aus früheren Einzelentscheidungen aufgestellt werden muß. Dies ist der Fall, wenn eine Rechtsnorm angewandt worden ist, ohne daß Verwaltungsvorschriften vorhanden waren oder ohne daß vorhandene Verwaltungsvorschriften zum maßgeblichen Fall Aussagen enthielten. Zwar entsteht auch in diesen Fällen die Gleichheitsbindung der Rechtsanwendung, welche an den ersten Rechtsanwendungsfall und die für ihn maßgeblichen Gründe anknüpft. Die Formulierung des daraus abzuleitenden Programms wird in solchen Fällen allerdings nicht von der Exekutive, sondern von der Justiz vorgenommen. Berufte sich ein Bürger auf seinen Gleichbehandlungsanspruch, so muß – mangels vorhandener Maßstäbe der Exekutive – das Gericht selbst die Kriterien von „gleich“ und „ungleich“ formulieren. Wer aber ein Konzept formuliert, wirkt dadurch zugleich an seiner Aufstellung mit. Praktisch bedeutet dies: Ein Verzicht der Exekutive auf Formulierung eines eigenen Normanwendungsprogramms kann im Aberkennungsverfahren zu einem gewissen Kompetenzverlust führen. In einem solchen Fall geht notgedrungen die Formulierung jenes Programms auf die Justiz als Kontrollinstanz über. Diese hat zwar an frühere, selbst gewählte Maßstäbe der entscheidenden Stelle anzuknüpfen; sie erlangt aber durch ihre Formulierungs- auch eine gewisse Mitgestaltungskompetenz. Die Zuständigkeitsverteilung ist so auch vom tatsächlichen Verhalten der Entscheidungs- und Kontrollinstanzen mitgeprägt.

d) Im Ergebnis bedeutet dies: *Die Aufstellung des Konkretisierungskonzepts ist bei Aberkennungsklagen Teil der Entscheidungskompetenz und steht daher der entscheidenden und nicht der kontrollierenden Stelle zu. Nur wenn erstere von ihrem Recht keinen Gebrauch macht, geht diese Zuständigkeit partiell auf letztere über.*

V. Zusammenfassung

„Entscheidung“ und „Kontrolle“ sind zunächst nur Worte, welche Handlungskompetenzen benennen, aber nicht umschreiben können. Die hier vorgeschlagene Formulierung von den „Zu-“ und „Aberkennungsklagen“ umreißt zunächst den Anwendungsbereich jener Begriffe: „Entscheidung“ und „Kontrolle“ kann es nur dort geben, wo das gerichtliche Kontrollverfahren bereits auf ein durchsetzbares Kontrollobjekt, eben die „Entscheidung“, trifft. Nur hier ist Raum für unterschiedliche Handlungszuständigkeiten, die mit den beiden genannten Begriffen bezeichnet werden können. Entscheidungskompetenzen können nur bestehen, wo es eine vom Gericht verschiedene Instanz gibt, die ihrerseits berechtigt ist, formell bindende Entscheidungen zu treffen. Dies ist nur im dargestellten Modell der Aberkennungsklagen der Fall. Bestehen in solchen Fällen zwei Handlungskompetenzen, nämlich die Entscheidungs- und die Kontrollkompetenz, nebeneinander, so bedürfen sie der Abgrenzung. Das gilt insbesondere in Anbetracht der Tatsache, daß die entscheidende und die kontrollierende Instanz regelmäßig an das gleiche Recht gebunden sind. Die dafür maßgeblichen

Kriterien sind hier in dreierlei Richtung entwickelt worden:

– Primär für die Konkretisierungskompetenz im Einzelfall⁴⁴: Sie steht zeitlich und inhaltlich zunächst der entscheidenden Instanz zu. Soweit sie dabei *intra legem* im Spektrum der zulässigen Konkretisierungsalternativen bleibt, ist sie mangels Möglichkeit einer „Rechtsverletzung“ kontrollfrei. Die Konkretisierungskompetenz des Gerichts bezieht sich allein auf die Ermittlung und Abgrenzung unzulässiger Konkretisierungsalternativen. Trotz Bindung an das gleiche Recht sind so die *Konkretisierungskompetenzen der Entscheidungs- und der Kontrollinstanz unterschiedlich*: Während erstere *intra legem* die alleinige Konkretisierungszuständigkeit besitzt, kommt dem Gericht allein die letztverbindliche Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Konkretisierungsalternativen zu.

– Sodann für die Erstellung des Konkretisierungskonzepts über den Einzelfall hinaus⁴⁵: Diese steht der Entscheidungsinstanz unter der gleichen, limitierten Nachprüfung durch die Justiz zu wie die Konkretisierung im Einzelfall. *Auch insoweit sind die Konkretisierungskompetenzen beider Organe verschieden*. Letztere überprüft allerdings auch die Einhaltung des von ersterer erstellten Konzepts.

– Schließlich für die Handlungs- und Gestaltungskompetenzen⁴⁶: Ausgangspunkt ist der Inhalt des jeweils anzuwendenden Rechts. Es umreißt die Kompetenzen der Kontrollinstanz positiv, diejenige der entscheidenden Stelle hingegen negativ. Damit grenzt es den Handlungsbereich der Entscheidungsinstanz *intra legem* von demjenigen der Kontrollinstanz – nämlich der Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Grenzen und damit der letztverbindlichen Abgrenzung der Sphären *intra legem* – ab. Die Handlungs- und Gestaltungsbereiche von Entscheidungs- und Kontrollinstanz sind so voneinander verschieden. Praktische Konsequenzen hat dieser Ansatz etwa bei der Beantwortung der Frage, in welchem Umfang die Gerichte rechtswidriges und daher aufzuhebendes Verwaltungshandeln „nachbessern“ dürfen, indem sie etwa eine rechtswidrige Maßnahme durch die an ihrer Stelle zulässige Handlung ersetzen. So darf etwa ein falscher Abgabenbescheid hiernach nicht vom Gericht durch einen richtigen ersetzt werden. *Intra legem* steht die Gestaltungskompetenz eben nicht der Kontroll-, sondern der entscheidenden Instanz zu.

Damit sind Reichweite und Inhalt des Modells von Entscheidung und Kontrolle umrissen. Seine Reichweite endet, wo der Bereich der Aberkennungsklage endet. Nur insoweit kann es zur Klärung der staatlichen Kompetenzordnung herangezogen werden. Deshalb können seine Kriterien auch nur „Elemente“ dieser Kompetenzordnung darstellen. Eine vollständige Erklärung können und wollen sie nicht leisten. Aber eine Untersuchung ihrer Erklärungsleistung vermag die Diskussion um die Berechtigung jenes Modells⁴⁷ zu rationalisieren. Und eben dieses Anliegen sollte hier verfolgt werden.

⁴⁴ S. dazu o. IV 3.

⁴⁵ S. o. IV 4.

⁴⁶ S. näher o. IV 2.

⁴⁷ S. o. Anm. 2.