

Wie oben festgestellt, bietet allein das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht eine Ermächtigungsgrundlage zum Einschreiten der Behörden. Auszugehen ist in Niedersachsen dabei von § 46 Abs. 1 SOG, wonach die Gemeinden für die Aufgaben der Gefahrenabwehr zuständig sind. Die aufgrund § 46 Abs. 2 SOG ergangene Verordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr – ZustVO SOG 78 –²⁴ erfaßt den Fall von Fahrverboten aufgrund besonders starken Schneefalls nicht, so daß es bei dem in § 46 Abs. 1 SOG normierten Grundsatz bleibt.

Überörtliche Maßnahmen, wie sie im vergangenen Winter von den Landkreisen bzw. Bezirksregierungen erlassen worden sind, wären danach nicht möglich. Es bieten sich nur zwei Wege an, höherinstanzliche Zuständigkeiten zu begründen: Zum einen konnten nach §§ 47, 48 SOG die Aufsichtsbehörden zur Koordinierung der erforderlichen Maßnahmen einschreiten, zum anderen bietet § 49 Abs. 1 SOG bei »Gefahr im Verzuge« den Bezirksregierungen und Landkreisen die Möglichkeit, im Wege einer »Notkompetenz« für die nachgeordneten Behörden tätig zu werden. Diese Voraussetzung wird bei derartigen Schneefällen regelmäßig vorliegen.

Da es sich bei den Fahrverboten allein um Maßnahmen nach dem SOG handelte, war letztendlich der Minister des Innern zuständig.

V. Möglichkeiten der Durchsetzung der Fahrverbote

Da es sich um Gefahrenabwehrmaßnahmen nach dem SOG handelte, kommen zur Durchsetzung der Fahrverbote die polizeilichen Zwangsmittel in Betracht, vgl. § 35 Abs. 1 SOG. Diese »Waffen« sind jedoch für die Polizeibehörden verhältnismäßig unpraktikabel in ihrer Anwendung, ich weise dabei nur auf die Erfordernisse der vorherigen Androhung des Zwangsmittels nach § 37 Abs. 1 SOG hin. Allenfalls böte sich noch der unmittelbare Zwang gegen Sachen und Personen (sofortige Stilllegung des Fahrzeugs) als Mittel der Durchsetzung an.

Interessanter für die Praxis ist jedoch die Frage, ob nicht durch Bußgeldbescheide eine Ahndung von Verstößen gegen die Fahrverbote vorgenommen werden konnte.

Das SOG bietet eine solche Möglichkeit bei Verstößen gegen Polizeiverfügungen nicht, vgl. § 22 Abs. 1 SOG.

Eine Ahndung der Fahrten trotz bestehenden Fahrverbots wäre nur über § 49 Abs. 1 Nr. 1 StVO i. V. mit § 24 StVO möglich, da durch das Befahren der Straßen bei einer solchen Wetterlage die Gefährdung Dritter hervorgerufen werden

²⁴ Vom 19. 5. 1978, Nieders. GVBl. S. 413.

kann. Hierbei ist eine Ahndung allerdings nur möglich, wenn einer der in § 1 Abs. 2 StVO genannten Erfolge eingetreten ist, da es sich um ein konkretes Erfolgsdelikt handelt²⁵. Eine Gefährdung Dritter liegt nur dann vor, wenn der Täter eine Lage herbeiführt, in der Leib oder Leben eines anderen wahrscheinlich zu Schaden kommt. Nach der Rechtsprechung des BGH²⁶ soll auch die Gefährdung fremder Sachen ausreichen, solange es sich um verkehrsbezogene Sachen handelt. Liegen diese Voraussetzungen vor, so greift das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG –²⁷ ein, vgl. § 1 Abs. 1 OWiG.

Damit konnten auch auf diesem Wege entsprechende Bußgeldbescheide nach § 65 OWiG erlassen werden.

VI. Zusammenfassung

1. Die Fahrverbote des letzten Winters konnten nur aufgrund des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts erlassen werden. Es handelt sich hierbei aus materiellrechtlichen Gründen trotz des im Zeitpunkt des Erlasses kaum bestimmbar Adressatenkreises um Allgemeinverfügungen. Der zumindest in Niedersachsen in solchen Fällen unpraktikable Weg über Polizeiverordnungen – es besteht nicht die Möglichkeit, »Notverordnungen« unter vereinfachten formellen Voraussetzungen zu erlassen – hätte nicht gewählt werden müssen.

2. Schwierigkeiten bot der oft modifizierte Inhalt der Fahrverbote, da die Ausnahmeregelungen zugunsten von »Versorgungsfahrten« und »Berufsfahrten« gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen.

3. Bei den formellen Erfordernissen ergeben sich gegen die Bekanntgabe der Fahrverbote in Rundfunk und Fernsehen keine Bedenken. Es reicht auch die nach Treu und Glauben zu erwartende Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Bürger für die Rechtmäßigkeit der Verfügungen aus.

4. Die Frage der Zuständigkeit richtet sich allein nach dem SOG. Sie liegt grundsätzlich bei den Gemeinden; höherinstanzliche Zuständigkeiten lassen sich aus dem Gesichtspunkt »Gefahr im Verzuge« für Bezirksregierungen und Landkreise, ansonsten aber im Wege der Aufsicht begründen.

5. Bei Verstößen gegen die Fahrverbote bietet das SOG keine praktikablen Ahndungsmöglichkeiten. Der Erlaß von Bußgeldbescheiden kann sich jedoch nach dem OWiG aus einem Verstoß gegen § 1 Abs. 2 StVO i. V. mit § 24 StVG rechtfertigen, wenn im Einzelfall das konkrete Erfolgsdelikt des § 1 Abs. 2 StVO erfüllt war.

²⁵ Hermann Mühlhaus, StVO, 1978, § 1 Rdnr. 8 a.

²⁶ BGHSt. 22, 368.

²⁷ I. d. F. der Bekanntmachung vom 2. 1. 1975, BGBl. I S. 80, ber. S. 520.

Die Pflicht zur Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften

Von Christoph Gussy, Bochum

I. Verfassungsrechtliche Publikationspflichten

»Eine notwendige Bedingung der Vollziehbarkeit der Gesetze ist deren Bekanntmachung an sämtliche Beteiligte. Es kann Gehorsam gegen einen Befehl nicht verlangt werden, wenn selbst sein Vorhandensein nicht bekannt ist.« Dieser vor über 100 Jahren formulierte Grundsatz sollte sich auf alle Normen beziehen, »welche von einer zuständigen Auctorität im Staate zur Nachachtung von Seiten der Beteiligten« Gel-

tung beanspruchen². Schon § 10 Einl. ALR hatte bestimmt: »Das Gesetz erhält seine Verbindlichkeit erst von der Zeit an, da es gehörig bekanntgemacht worden.« Entsprechend dieser Tradition konnte selbst unter den – rechtsstaatlich sicher alles andere als vorbildlichen – Verhältnissen des Jahres 1942 festgestellt werden: »Daß die Vorschriften des gesetzten Rechts nur durch Mitteilung an die Betroffenen und im allgemeinen nur durch öffentliche Verkündung Wirksamkeit erlan-

¹ Robert v. Mohl, Enzyklopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl., 1872, S. 149.

² Ebd., S. 144; s. zu Mohls Gesetzesverständnis Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1958, S. 179 ff.

gen, ist eine alte Wahrheit.³ Ein solcher, damals manchen Anfechtungen ausgesetzter Satz⁴ ist unter dem Grundgesetz zu einer elementaren Voraussetzung für die Gültigkeit von Rechtsnormen geworden, die als Bestandteil des in Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 Satz 1 GG zum Ausdruck kommenden Rechtsstaatsprinzips⁵ angesehen wird. Die allgemeinverbindliche Ordnung eines Staates kann überhaupt nur existieren, insofern sie öffentlich bekanntgemachte und bekannte Ordnung ist⁶. Die ordnungsgemäße Verkündung von Rechtsvorschriften ist nach allgemeiner Auffassung⁷ Voraussetzung ihrer Existenz; eine unterbliebene oder fehlerhafte Verkündung hat ihre Nichtexistenz oder zumindest ihre Nichtigkeit zur Folge⁸. Das gilt für alle Rechtssätze des Bundes, der Länder und der Gemeinden⁹. Unter Verkündung wird dabei die »maßgebliche amtliche Veröffentlichung im Rahmen von Rechtsetzungsverfahren« verstanden¹⁰.

1. Regelungen für Gesetze und Rechtsverordnungen

Art. 82 GG und die Verfassungen der Länder¹¹ normieren die Form der Verkündung von Gesetzen und Rechtsverordnungen häufig abschließend. Verfassung oder Gesetze bezeichnen das Publikationsorgan für die Veröffentlichung solcher Normen erschöpfend¹². Bekanntmachungen in anderen Blättern sind nicht ordnungsgemäß, selbst wenn diese eine weitere Verbreitung erlangen als die amtlichen Publikationsorgane; eine solche Veröffentlichung kann daher das Inkrafttreten von Rechtsvorschriften nicht bewirken. Diese Formenstrenge ermöglicht überhaupt erst, daß der Bürger wissen kann, wo nachzusehen ist, was Rechtens sein soll¹³.

2. Die Publikation von Verwaltungsvorschriften

Die einschlägigen Normen beziehen sich ihrem Wortlaut nach jedoch regelmäßig nur auf »Gesetze« und »Rechtsverordnungen«. Für Verwaltungsvorschriften besteht dagegen keine einheitliche oder gar abschließende gesetzliche Regelung. Vielmehr läßt eine Fülle einfachgesetzlicher oder geschäftsordnungsmäßiger Publikationserfordernisse¹⁴ keine allgemeinen Schlüsse auf einen diesen Regelungen zugrundeliegenden gemeinsamen Rechtsgedanken zu; sie wirken eher als Summe von Ausnahmen als als Konkretisierung einer generell als Recht anerkannten Regel. Entsprechend dieser Unsicherheit vollzieht sich die Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften keineswegs regelmäßig, sondern nur in Einzelfällen, wobei der Ort der Verkündung in dem »Gestrüpp«¹⁵ amtlicher Publikationsorgane, die von Regierungen, Ministerien oder

Behörden herausgegeben werden, das Auffinden der einzelnen Regelungen eher verhindert als ermöglicht¹⁶.

Eine solche Praxis entspricht gleichfalls der Tradition des deutschen Verwaltungsrechts, wenn etwa über kommunale Verwaltungsvorschriften berichtet wurde: »Das wird dann wohl alles unterschiedlich oder mit einer gewissen Auswahl in den zu Gebote stehenden örtlichen Blättern bekanntgemacht, von Zeit zu Zeit auch in einer amtlichen Sammlung vereinigt«¹⁷. Der Grund für diese Praxis liegt darin, daß die Verwaltungsvorschriften nicht als Rechtsquellen anerkannt waren¹⁸; Sie wirkten »nicht auf das Publikum, für jeden, den es angeht, sondern lediglich auf die in dem Gewaltverhältnis schon Begriffenen«¹⁹. Begründeten sie somit keine Rechte oder Pflichten, sondern konkretisierten solche nur aus einem ohnehin bestehenden Rechts- und Pflichtenstatus (»Gewaltverhältnis«), so wurden sie dementsprechend auch nicht »kundgegeben mit den formalen Veröffentlichungsgrundsätzen des Gesetzes und der Verordnung«, sondern hatten »ihre eigene Art, eine genügende tatsächliche Bekanntheit zu erzielen, sich den Beteiligten zugänglich zu machen, die dann ihrerseits durch das Gewaltverhältnis gehalten sind, sich um die gehörige Kenntnisnahme zu bemühen«²⁰. Diese im deutschen Verwaltungsrecht lange nachwirkende Auffassung²¹ wird jedoch heute allgemein abgelehnt²²: Die Verwaltungsvorschrift ist als Rechtsquelle grundsätzlich anerkannt, strittig sind jedoch ihre Bindungswirkung und ihr Rang²³.

II. Die Bedeutung der Verwaltungsvorschriften als Rechtssätze

Diese Unsicherheit der Dogmatik gegenüber den Verwaltungsvorschriften ist eine unmittelbare Folge der Zeit des Konstitutionalismus²⁴, in der das Verordnungsrecht das Hausgut der monarchischen Exekutive blieb, während andererseits die Gesetzgebung an die Zustimmung durch die Volksvertretung gebunden war. Die parlamentarische Mitwirkung sollte dabei Freiheit und Eigentum der Bürger gegen Übergriffe durch den Staat sichern²⁵. Das Recht zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften, das jenen Mechanismen entzogen war, erschien somit als undemokratisch und antifreiheitlich²⁶. Desungeachtet wurde jedoch das Rechtsquellensystem des Konstitutionalismus weitgehend unverändert vom Staatsrecht der Weimarer Zeit rezipiert²⁷, ohne daß die hergebrachten Anschauungen unter den geänderten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einer grundlegenden Revision unterzogen wurden. Auch nach dem 2. Weltkrieg²⁸ wurde diese Tradition

3 W. Weber, Die Verkündung von Rechtsvorschriften, 1942, S. 7.

4 Siehe dazu Weber, aaO (Fußn. 3), S. 27 ff.; Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 139.

5 Ossenbühl, DVBl. 1967, 401, 405.

6 Karpen, aaO (Fußn. 4), S. 138; nach Severin, Das Bundesgesetzblatt, 1962, S. 8, ergibt sich das bereits aus der Struktur jedes Gemeinwesens.

7 Grundlegend für die Rechtslage nach dem Grundgesetz wohl Giese, AöR 76 (1950/51), 464, 466 ff.

8 Übersicht bei v. Mangoldt/Klein, GG, Bd. III, 2. Aufl., 1974, Art. 82 Anm. IV; zu der Rechtslage in Österreich s. Hengstschläger, in: Gedächtnisschrift f. R. Marcic, 1974, S. 759 ff.

9 Siehe dazu für die Gemeinden ausführlich Ziegler, Die Verkündung von Satzungen und Rechtsverordnungen der Gemeinden, 1976, pass.

10 Severin, aaO (Fußn. 6), S. 3; Willigmann, Das Gesetzgebungsverfahren nach dem Bonner GG, Diss. Freiburg 1953, S. 117.

11 Art. 63 LV BW; Art. 76 LV Bay.; Art. 46 LV Berl.; Art. 123 LV Bre.; Art. 52 f. LV HH; Art. 120 LV He.; Art. 36 LV Nds.; Art. 71 I LV NW; Art. 113 LV RhPf.; Art. 104 LV Saarl.; Art. 34 LV SH.

12 Siehe etwa Art. 82 I 1 GG für Bundesgesetze; für RechtsVOen des Bundes Art. 82 I 2 GG und das BundesG vom 30. 1. 1950, BGBl. I S. 23.

13 Ossenbühl, aaO (Fußn. 5), S. 406.

14 Beispiele bei Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG, 1968, S. 462 (Fußn. 57 f.).

15 Ausdruck nach Schenke, DOV 1977, 27, 33; eine Zusammenstellung der vielfältigen Publikationsorgane bietet Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 463 (Fußn. 59).

16 Bedenken auch bei Schenke, aaO (Fußn. 15).

17 O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924, S. 84.

18 Ebd., S. 85; »Von einer Verwaltungsrechtsquelle ist hier selbstverständlich nicht die Rede.«

19 Ebd., S. 84.

20 Ebd., S. 84 f.; s. zu O. Mayers Gesetzesbegriff Böckenförde, aaO (Fußn. 2), S. 221 ff.

21 Nachweise bei W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, 1969, S. 15 ff.; Rapp, JuS 1975, 609 ff.

22 Rapp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 34 ff.; Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 135 ff., 181 ff.; Schmidt, aaO (Fußn. 21), S. 257 ff.; Rapp, aaO (Fußn. 21), S. 612; Ossenbühl, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1978, S. 77 ff.; alle m. w. N.

23 Siehe etwa Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, S. 118 ff.

24 Dazu eingehend Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 34 ff.; Rapp, aaO (Fußn. 21).

25 Näher hierzu G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 94 ff.; Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 10 ff.

26 So etwa Menger, VerwArch. 1961, 196, 197 f.

27 Nachweise bei Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 77 ff.; dagegen etwa Heller, VVDStRL 4, 98 ff.

28 Zur Zeit des Nationalsozialismus s. insofern Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 93 ff.

zunächst fortgeführt²⁹. Dabei häuften sich jedoch, insbesondere infolge der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG, die Schwierigkeiten.

1. Verwaltungsvorschriften im System der Rechtsquellen

Unsicher wurde insbesondere die Abgrenzung der Verwaltungsvorschriften von den Rechtsverordnungen. Diese Unterscheidung orientierte sich bislang an dem aus der Impermeabilitätslehre hergeleiteten Kriterium der »Innen-« bzw. »Außenwirkung³⁰: Für die »Außenbeziehungen des Staates zum Bürger sollten die Verwaltungsvorschriften keinerlei Rechte und Pflichten erzeugen. Die unvermindert große Bedeutung solcher Vorschriften in vielen Bereichen staatlicher Tätigkeit veranlaßte die Rechtsprechung zu einer zunehmenden Beschäftigung mit dieser Materie, wobei sie in steigendem Maße die Existenz der Verwaltungsvorschriften nicht mehr ignorieren konnte.

a) Als auslösender Faktor erwies sich dabei der aus Art. 3 GG hergeleitete Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung, der in der Rechtsprechung bereits frühzeitig anerkannt wurde³¹ und auch in der Lehre weithin Zustimmung fand³². Wurde dabei ursprünglich nur eine bislang geübte Verwaltungspraxis als Grundlage einer Selbstbindung anerkannt³³, so zeigten sich alsbald in Rechtsprechung und Literatur Tendenzen, Verwaltungsvorschriften als antizipierte Praxis zur Grundlage einer möglichen Selbstbindung der Exekutive zu machen³⁴. Bloßes »Innenrecht« sollte somit – transformiert durch den allgemeinen Gleichheitssatz – auch eine zumindest mittelbare Außenwirkung erlangen. Unabhängig von der Frage, wie man diese Wirkung begründete³⁵, war so die scharfe Trennung zwischen »innen« und »außen« erstmals überwunden. Gegen den heftigen Widerspruch eines Teils der Lehre³⁶ setzte sich diese Auffassung in der Praxis weitgehend durch. Sie erscheint auch durchaus konsequent, da angesichts der Vielzahl ausschließlich durch Verwaltungsvorschriften normierter Aktivitäten insbesondere der »Leistungsverwaltung« die Qualifikation der einzig dafür geltenden unmittelbaren Maßstäbe, eben der Verwaltungsvorschriften, als bloßes Faktum ohne »Außenwirkung« die Rechtsstellung des Bürgers wesentlich reduzieren würde. Seine Stellung würde sich auf bloße Reflexwirkungen staatlicher Leistungsvergabe beschränken, die nach Maßstäben durchgeführt wird, welche für wie gegen ihn nicht gelten und die er gerichtlich kaum überprüfen lassen könnte. Dieses Ergebnis, das für den »Eingriffsstaat« des 19. Jahrhunderts, der nur selten zuteilend tätig wurde, noch einsehbar ist, erscheint im »Leistungsstaat« des Grundgesetzes kaum nachvollziehbar: Die Konzeption staatlicher Leistungsvergabe kann nicht ausschließlich durch inter partes geltende Urteile in Einzelfällen überprüft oder gar korrigiert werden.

29 Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 117 f.; Schmidt, aaO (Fußn. 21), S. 1 (Fußn. 3).

30 Zusammengefaßt bei Schmidt, aaO (Fußn. 21), S. 26 f.; s. auch Selmer, VerwArch. 1968, 114 f.

31 Seit BVerwGE 1, 321, 327.

32 Grundlegend H. P. Ipsen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte II, 1954, S. 111, 148 f.; Nachweise über Rechtsprechung und Literatur bei Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, pass.

33 Nachweise bei Wallerath, aaO (Fußn. 32), S. 93 f.; Gubelt, in: v. Münch, GG, Bd. 1, 1975, Art. 3 Rdnr. 30.

34 BVerwG, NJW 1965, 414; 1967, 2289; OVG Koblenz, DVBL 1962, 757; OVG Münster, NJW 1967, 852; Menger, VerwArch. 1960, 71 f.; Oswald, MDR 1960, 21; v. N. bei Ossenbühl, AöR 1967, 1, 13 f.; Ipsen, VVDStRL 25, 257, 296.

35 Siehe die Übersicht bei Wallerath, aaO (Fußn. 32), S. 101 f.

36 Insbesondere Rupp, aaO (Fußn. 22), S. 118 f.; Schumann, JZ 1966, 721, 725; Selmer, NJW 1967, 1435.

b) Voraussetzung für diese »Außenwirkung« der Verwaltungsvorschriften sollte nach einer gelegentlich vertretenen Auffassung sein, daß sie publiziert worden sind³⁷. Die Veröffentlichung, die grundsätzlich nur für den internen Bereich der Verwaltung bestimmt ist, sollte somit über den Kreis ihrer Adressaten hinaus für alle »Betroffenen« einen Anspruch auf gleiche, der Verwaltungsvorschrift entsprechende Behandlung begründen. Eine solche Erstreckung der Bedeutung einer Publikation über den Kreis ihrer Adressaten hinaus auf jeden Bürger verwischt gleichfalls die Grenze zwischen »innen« und »außen«.

c) In der Folge gerieten weitere Mechanismen solcher Geltungserstreckung von Verwaltungsvorschriften in das Blickfeld der Diskussion³⁸. Von Bedeutung sind dabei insbesondere die »norminterpretierenden« Verwaltungsvorschriften³⁹, die »Beurteilungs-« und »Ermessensrichtlinien«⁴⁰ sowie die gesetzunabhängigen Verwaltungsvorschriften, insbesondere die Subventionsrichtlinien⁴¹. Dabei wird in zunehmender Abwendung von der traditionellen Begründung ihrer »Außenwirkung« durch die Selbstbindungslehre eine eigenständige Lehre »zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften«⁴² aufgestellt, die ihre unmittelbare gesetzgleiche Wirkung zugrunde legt⁴³. Diese Konsequenz erscheint angesichts der Tatsache, daß nach wie vor wesentliche Bereiche der Gestaltung exekutiver Aufgabenerfüllung durch Verwaltungsvorschriften geregelt sind, die zugleich die Rechtsstellung des Bürgers tangieren, zutreffend. Ihre Wirkung geht dabei über eine Setzung faktischer Rahmenbedingungen weit hinaus⁴⁴; oft werden Inhalt, Umfang und Grenzen etwa der Leistungsvergabe ausschließlich in Verwaltungsvorschriften geregelt. Deren Zuteilung erfolgt gegenüber dem Bürger keineswegs im rechtsfreien Raum. Ähnliches gilt für die Gestaltung exekutiver Ermessensausübung durch Richtlinien.

2. Probleme der Verwaltungsvorschriften als Rechtsquellen

Mit dieser Überwindung des Dualismus von »Innen-« und »Außenwirkung« schwand zugleich das traditionell maßgebliche Differenzierungskriterium zwischen Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften⁴⁵, die somit ihrer Wirkung nach weitgehend als austauschbar erscheinen. Das Fehlen eigenständiger Sicherungen zugunsten der Legislative, wie sie etwa Art. 80 I GG für den Erlass von Rechtsverordnungen vorsieht, für die Verwaltungsvorschriften ließ deren Stellung im Rechtsquellenystem des demokratischen Staates weitgehend unklar. Das Mißtrauen gegen dieses überkommene »Hausgut der monarchischen Exekutive« äußerte sich in der Tendenz, diese Rechtssätze möglichst quantitativ und ihrer Bedeutung nach zurückzudrängen. Als Mittel dazu wurde die Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltes auf immer weitere Bereiche der Staatstätigkeit herangezogen⁴⁶. Die Begründungen für eine solche Ausdehnung zeigen zugleich die Quellen der Abneigung

37 Menger, aaO (Fußn. 34); ähnlich BVerwGE 34, 278 (Ls. 1) aus dem Vertrauensgrundsatz.

38 Eine Typologie findet sich bei Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 282 ff.

39 Dazu Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 283 ff.

40 Eingehend hierzu Schmidt, aaO (Fußn. 21), S. 149 ff.

41 Näher dazu Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 357 ff.

42 So der Titel der Abhandlung von Ossenbühl, in: Festschrift für das BVerwG, 1978, S. 433 ff.

43 Ähnlich schon BVerwGE 2, 163 ff.; 14, 310; OVG Münster E 2, 161; Jesch, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., 1968, S. 233; Jesch, JZ 1960, 282.

44 Siehe dazu etwa Ossenbühl, aaO (Fußn. 42), S. 437 ff.

45 Dagegen aber Rupp, aaO (Fußn. 22), S. 146; Rupp, NJW 1970, 412 f.; ferner die bei Wallerath, aaO (Fußn. 32), S. 103 (Fußn. 50 f.) Nachgewiesenen.

46 Vgl. zu Beginn und Verlauf dieser Diskussion etwa Schenke, GewArch. 1977, 313 ff. m. w. N.

gegen Verwaltungsvorschriften als Handlungsform der Exekutive unter dem Grundgesetz.

a) Der erste Einwand wurde unter Rückgriff auf das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip erhoben⁴⁷. Danach hat sich die Stellung der Legislative im Staat seit dem Konstitutionalismus erheblich gewandelt. In der Demokratie ist das Parlament das höchste Staatsorgan, dem die Exekutive »unter der Geltung des parlamentarischen Prinzips« untergeordnet und von ihr abhängig ist. Statt wie früher die Interessen der »Gesellschaft« gegen den monarchischen »Staat« zu repräsentieren, ist die Volksvertretung heute die maßgebliche staatliche Instanz, in der sich die Vertreter der pluralistischen Interessen des Volkes zusammenfinden, um einen Interessenausgleich zu suchen. Dementsprechend besteht keine Zuständigkeitsvermutung für die Exekutive mehr⁴⁸; sie ist »echte vollziehende Gewalt« geworden und damit für alle Handlungsformen abhängig von einer parlamentarischen Ermächtigung, sofern ihr die Verfassung nicht selbst eine ausreichende Kompetenz zuweist. Infolge der grundsätzlichen »Führungsrolle des Parlaments« dürften daher Leistungen und Begünstigungen nur noch aufgrund einer parlamentarischen Ermächtigung gewährt werden⁴⁹.

Der andere Einwand wurde unter Heranziehung des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere des Grundsatzes der Gewaltenteilung, begründet⁵⁰. Der daraus hergeleitete »Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung« ist danach nicht mehr Folge des Freiheitspostulats und folglich nicht mehr auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum beschränkt. Das Gesetz sei somit nicht mehr nur Schranke, sondern zugleich »positive Bedingung jeglicher Verwaltung«. Statuiert dementsprechend Art. 20 III GG den »absoluten Vorrang der gesetzgebenden Gewalt«, so resultiert daraus die Bindung aller Verwaltung an das verfassungsrechtlich zwingend vorgegebene Gesetz. Aus dem Grundgesetz läßt sich danach die übliche Beschränkung des »Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung« auf die Eingriffsverwaltung keineswegs ableiten.

b) Diese Tendenzen haben jedoch überwiegend Ablehnung erfahren. Gegen die Heranziehung des Demokratieprinzips als Grundlage für einen »Totalvorbehalt« und damit die Zurückdrängung der exekutiven Rechtsetzungsbefugnisse ist einzuwenden, daß der Übergang zur demokratischen Verfassungsstruktur dazu geführt hat, daß nicht nur die gesetzgebende Gewalt, die durch das Parlament ausgeübt wird, sondern alle Staatsgewalt demokratisch legitimiert sein müssen und sind⁵¹. Prinzipiell geht dementsprechend alle Herrschaftsgewalt vom Volk aus, wofür das Grundgesetz einige Vorkehrungen trifft⁵². Der Unterschied zwischen der Legislative und der Exekutive besteht derzeit im wesentlichen in der unmittelbaren bzw. mittelbaren Legitimierung dieser Gewalten durch das Volk. Sind somit Legislative wie Exekutive beide demokratisch, so entbehrt der Vorwurf des Undemokratischen gegenüber der exekutiven Rechtsetzungsbefugnis der verfassungsrechtlichen Grundlage. Gegenüber dem konstitu-

tionellen Staat des 19. Jahrhunderts hat sich nicht nur die Stellung der gesetzgebenden, sondern auch diejenige der vollziehenden Gewalt gewandelt. So vermag das Demokratieprinzip sicherlich den Vorrang des Gesetzes, wie ihn Art. 20 III GG vorsieht, zu legitimieren, nicht jedoch einen »Totalvorbehalt« zu begründen⁵³. Art. 20 II GG weist der Exekutive einen eigenen Verwaltungs- und Gestaltungsauftrag zu⁵⁴.

Daneben ist auch der Gewinn an Demokratie durchaus fragwürdig, wenn man für eine möglichst weitgehende Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltes plädiert. Die mit der vielfach beklagten »Gesetzesflut« einhergehende Überlastung insbesondere des Bundestages läßt diesen sich zunehmend in technische Einzelfragen komplizierter Regelungsmaterien verstricken, die sinnvoller und sachnäher durch die Exekutive geregelt werden könnten. Eine solche Belastung der Arbeitsfähigkeit des Parlaments bedingt einen zunehmenden Funktionsverlust an demokratischen Gestaltungsmöglichkeiten, die über die bloße Bewältigung von Tagesproblemen hinaus für die Zukunft Leitlinien formulieren und Maßstäbe setzen. Diese Schwächung der Volksvertretung, die so zunehmend in die Gefahr gerät, zum »Erfüllungsgehilfen der Regierung«⁵⁵ zu werden und mangels Zeit und Möglichkeiten in zunehmenden Umfang auf »parlamentslose Parlamentsgesetze«⁵⁶ angewiesen wäre, würde sicherlich keinen demokratischen Zugewinn bedeuten. Die Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltes aus Gründen der Demokratie ist folglich sicherlich nicht geboten.

Das Rechtsstaatsprinzip und der Grundsatz der Gewaltenteilung müssen der Tatsache Rechnung tragen, daß das Grundgesetz nicht von dem strukturellen Vorrang eines Zweiges der Staatsgewalt vor dem anderen ausgeht. Mit einer Gewaltentrennung ist die Abhängigkeit einer Staatsgewalt von der anderen unvereinbar⁵⁷. Die Verteilung der Macht und das Verhältnis der Staatsgewalten zueinander läßt sich nicht aus einem idealtypischen Schema herleiten, sondern ist nach dem geltenden Verfassungsrecht zu bestimmen⁵⁸. Dieses kennt jedoch in Art. 20 III GG ausschließlich den Vorrang des Gesetzes vor der exekutiven Normsetzung; über den Vorbehalt des Gesetzes ist in diesem systematischen Zusammenhang jedoch keine Aussage getroffen. Das Grundgesetz statuiert so auch keinen einheitlichen »Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung«⁵⁹; dieser kann vielmehr nur als Sammelbegriff für den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes, soweit das Grundgesetz diesen normiert, angesehen werden. Zur Begründung eines Totalvorbehaltes ist er jedenfalls nicht geeignet⁶⁰.

c) Das exekutive Normsetzungsrecht als Grundlage der Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften vermag somit nicht durch einen Totalvorbehalt zugunsten der Legislative beendet zu werden⁶¹. Die Ablehnung eines solchen Totalvorbehaltes bedeutet jedoch noch keineswegs, daß damit die Verwaltungsvorschriften im System der Rechtsquellen des Grundgesetzes bereits ihren legitimen Platz gefunden hätten. Ihre völlige Ablehnung zugunsten des Gesetzesvorbehaltes ging auf dem Wege der Neukonzeption einer Rechtsquellenlehre des demokratischen Staates nur einen Schritt zu weit; das Grundgesetz erwähnt die Zulässigkeit von Verwaltungs-

47 Siehe zum folgenden *Jesch*, aaO (Fußn. 43), S. 171 ff., insbes. S. 173.

48 Ebd., S. 205.

49 I. E. ebenso *Zeidler*, *Der Staat* 1962, 321, 335; *Spanner*, *Gutachten für den 43. DJT*, Bd. I, 2. Teil, A, 1960, S. 8, 12; *Mallmann*, *VVDStRL* 19, 165, 184 ff.; *Meuser*, aaO (Fußn. 26); v. auch *Sobenke*, *Der Staat* 1976, 553, 565 ff.

50 *F. Meyer*, in: *Gedächtnisschrift f. Norrup*, 1961, S. 187, 193; *Stern*, *JZ* 1960, 518, 524; eine andere Begründung aus Art. 80 GG findet sich bei *Rupp*, aaO (Fußn. 22), S. 143 ff.; dagegen *Sobenke*, aaO (Fußn. 46), S. 319.

51 *Ossenbühl*, aaO (Fußn. 14), S. 213 f.; *Peters*, in: *Festschrift f. H. Huber*, 1961, S. 206 ff.; *Böckenförde*, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 1964, S. 79 ff.; *Böckenförde/Grawert*, *AöR* 1970, 1, 25.

52 Nachweise bei *Böckenförde/Grawert*, aaO (Fußn. 51), S. 26.

53 *Ossenbühl*, aaO (Fußn. 14), S. 214.

54 Ebd., S. 228 f. m. w. N.

55 Formulierung nach *Sobenke*, aaO (Fußn. 46), S. 317.

56 Ausdruck nach *Quaritsch*, *Das parlamentslose Parlamentsgesetz*, 2. Aufl., 1961.

57 *Jesch*, aaO (Fußn. 43), S. 190 (Fußn. 65).

58 *Ossenbühl*, aaO (Fußn. 14), S. 229.

59 Anders aber *Meyer*, aaO (Fußn. 50).

60 Ablehnend auch *Sobenke*, aaO (Fußn. 46), S. 318 f.

61 Siehe zum heutigen Stand der Lehre vom Gesetzesvorbehalt zusammenfassend *BVerfG*, *DVBl.* 1979, 45, 46; *Kißer*, *NJW* 1977, 1313 ff.; beide m. w. N.; dagegen *Rupp*, *NJW* 1973, 609, 616.

vorschriften u. a. in Art. 84 II, 85 II, 86, 108 IV, 129 I GG. Die Einordnung der Verwaltungsvorschriften in das Rechtsquellen-system des Grundgesetzes steht jedoch zumindest in wichtigen Teilbereichen noch aus und ist eine fortwährende Aufgabe von Rechtsprechung und Wissenschaft. Die Unsicherheit ihnen gegenüber ist somit keineswegs unberechtigt; sie muß konsequent in die Herausarbeitung der demokratischen wie rechtsstaatlichen Bedingungen für den Erlaß solcher Vorschriften einmünden.

III. Die Pflicht zur Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften

Diese Aufgabe stellt sich auch bei der Untersuchung der Frage, inwieweit Verwaltungsvorschriften veröffentlicht werden müssen. Grundsätzlich ist die Publikation unabdingbare Voraussetzung der Normentstehung und -geltung⁶². Damit ist aber die Frage, an wen und in welcher Form die Bekanntmachung zu erfolgen hat, noch keineswegs beantwortet. Das Problem stellt sich insbesondere bei solchen Vorschriften, bei denen der Kreis der Adressaten, also Verwaltungsstellen, und derjenige der Betroffenen, also sonstige staatliche Instanzen oder Bürger, auseinanderfallen⁶³. Den Adressaten wird die Vorschrift regelmäßig – wenn auch auf unterschiedliche Weise⁶⁴ – bekanntgegeben. Für die übrigen Betroffenen besteht eine gesetzliche Vorschrift, die eine Publikation in rechtsstaatlicher Form verbindlich anordnet, bislang nur in Einzelfällen.

Der Zweck der Publikation von Rechtsnormen besteht darin, dem Bürger in verbindlicher Form mitzuteilen, was für ihn Rechts ist. Sie ist damit elementare Voraussetzung der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit und sichert zugleich die Gleichheit aller Bürger vor dem geltenden Recht, das alle in gleicher Weise zur Kenntnis erhalten können. Das Bedürfnis danach ist nicht auf den Bereich der Gesetze und Rechtsverordnungen beschränkt, zumal weite Bereiche der staatlichen Aktivitäten von diesen nicht erfaßt sind⁶⁵. Kommt den Verwaltungsvorschriften gegenwärtig häufig normgleiche Wirkung nicht nur gegenüber ihren verwaltungsinternen Adressaten, sondern auch gegenüber den Bürgern zu⁶⁶, so ist ihre Bekanntgabe an die zuständigen Amtswalter, die sie gegenüber dem einzelnen umsetzen, nicht ausreichend. Vielmehr ist die Verwaltungsvorschrift wirksam gegenüber allen, die von ihr betroffen sind; ihnen muß die Vorschrift daher bekanntgegeben werden. Die Betroffenen sind nicht zwangsläufig mit den in der Vorschrift genannten Adressaten identisch⁶⁷. Wenn und soweit eine Verwaltungsvorschrift somit Wirkungen gegenüber dem Bürger erzeugt, erfordern die genannten Grundsätze ihre Veröffentlichung für alle Betroffenen⁶⁸. In Einzelfällen ist dieses auch in der Rechtsprechung anerkannt; das gilt etwa für Vorschriften über Fristen und Formen eines gerichtlichen Verfahrens oder Vorverfahrens⁶⁹ oder für Normen, die die Er-

messensausübung der Behörden steuern sollen⁷⁰. Darüber hinaus ist dieses Erfordernis auch für alle anderen Verwaltungsvorschriften anzunehmen, die den Bürger betreffen: Sie sind an alle bekanntzugeben, die von ihnen betroffen sind.

Das bedeutet nicht, daß nunmehr alle Verwaltungsvorschriften öffentlich bekanntzumachen sind⁷¹. Vielmehr gilt das nur für solche Normen, denen auch Wirkungen für den Bürger zukommen. Als solche sind insbesondere Vorschriften von Bedeutung, denen in Bereichen, die nicht dem Vorbehalt des Gesetzes unterfallen, gesetzestretende Wirkungen zukommen. Das gilt insbesondere für Subventions-, Förderungs- oder Beihilferichtlinien. Daneben sind auch solche Vorschriften zu publizieren, die im Rahmen gesetzlich eingeräumten Ermessens das Administrativkonzept der Gesetzesvollziehung fixieren. In diesen Fällen ist es für jeden Betroffenen von elementarer Bedeutung, wie das Gesetz in der Praxis ausgelegt und umgesetzt wird. Ferner müssen organisatorische Verwaltungsvorschriften publiziert werden. Sowohl die Kompetenzzuweisung an eine neuerrichtete Behörde⁷² als auch die Änderung der bisherigen Zuständigkeitsordnung ist für den Bürger von rechtlicher Bedeutung⁷³, wenn zu prüfen ist, ob Exekutivmaßnahmen von der zuständigen Stelle durchgeführt worden sind oder eine Willenserklärung an eine Behörde gerichtet werden muß. Nicht erforderlich ist dagegen die Veröffentlichung der intrabehördlichen Kompetenzregelungen bezüglich der einzelnen Amtswalter.

Der Ort der Veröffentlichung soll und kann nicht auch für Verwaltungsvorschriften das jeweilige Gesetzblatt sein; vielmehr genügt ein anderes, der Öffentlichkeit allgemein zugängliches Publikationsorgan. Hierfür gilt jedoch der schon mehr als 100 Jahre alte Satz: »Die Mittheilung an die zum Gehorsame zu Verpflichtenden muß, des Zweckes willen, wirklich und nicht bloß dem Scheine nach erfolgen. Sie hat also auf eine Weise zu geschehen, welche eine Bekanntschaft mit dem neuen Gesetze den Beteiligten möglich macht. Also nicht an einem ungewöhnlichen Orte, wo die Benachrichtigung nicht gesucht wird⁷⁴.« Das »Gestrüpp«⁷⁵ der Verkündungs- und Mitteilungsblätter, das die Suche nach Verwaltungsvorschriften – anders als die nach Gesetzen, welche im Gesetzblatt zusammengefaßt sind – zu einem schwierigen Unterfangen gestaltet, bedarf, soll die angestrebte Publikationswirkung erreicht werden, dringend der Vereinfachung. Die gelegentlich geführten Sammlungen, die in einigen Bundesländern bestehen⁷⁶, erscheinen als Anfang der herzustellenden Transparenz, soweit sie der Öffentlichkeit zugänglich sind. Einheitliche Verkündungsblätter sind für den Bund wie die Bundesländer nicht nur für Gesetze und Rechtsverordnungen, sondern auch für Verwaltungsvorschriften dringend angezeigt. Zuvor sollten wenigstens Gesetze, die zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften ermächtigen, den Ort der Verkündung selbst bestimmen. Erst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, gehört die geheime Handakte des Beamten ebenso der Vergangenheit an wie das Gesetz im Panzerschrank⁷⁷.

62 BVerfGE 7, 330, 337; Weber, aaO (Fußn. 2); Hallier, AöR 1960, 391, 403.

63 Zu diesem Phänomen bei Verwaltungsvorschriften s. oben II 1 b.

64 Das kann sowohl durch eine Veröffentlichung im Ministerialblatt o. ä. als auch durch Rundschreiben oder einfache formlose Schreiben geschehen.

65 Siehe dazu die Nachweise in Fußn. 61.

66 Siehe oben II.

67 Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 464.

68 So auch BVerwGE 19, 48, 58; 35, 159, 162; Menger, aaO (Fußn. 34); Groß, DÖV 1963, 51, 55 (Fußn. 37) m. w. N.; Vogel, VVDStRL 24, 125, 164; Böckenförde, aaO (Fußn. 51), S. 283; Stein, Die Wirtschaftsaufsicht, 1967, S. 117; Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 462 ff.; Schmidt, aaO (Fußn. 21), S. 260 m. w. N.; Karpen, aaO (Fußn. 4), S. 141 m. w. N.; Schenke, DÖV 1977, 27, 32 f.; Ossenbühl, aaO (Fußn. 22), S. 87.

69 BVerfGE 40, 237, 252 f.; zu diesem Urteil im übrigen zu Recht kritisch Schenke, aaO (Fußn. 68); Schwabe, JuS 1977, 661 ff.

70 OVG Berlin, DÖV 1976, 53; s. auch die in Fußn. 68 nachgewiesenen Entscheidungen des BVerwG; dagegen jedoch Selmer, aaO (Fußn. 30), S. 115; Obermayer, JZ 1962, 64.

71 Siehe zum folgenden Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 464 f.

72 Dagegen aber Kopp, DÖV 1965, 567 (= 267), 569 (= 269).

73 So schon Böckenförde, aaO (Fußn. 51), S. 282 s.; ebd., S. 282, stellt er für Organisationsregelungen im Bereich der Regierung gegenüber dem Konstitutionalismus einen »rechtsstaatlich – konstitutionellen Kulturverfall« fest, wenn wichtige Regelungen der Ministerialorganisation nur durch formlose Schreiben an die zuständigen Minister bekanntgegeben werden.

74 v. Mohl, aaO (Fußn. 1), S. 150.

75 Siehe oben Fußn. 15.

76 Dazu näher Rietdorf, DÖV 1960, 576; Bachof, DÖV 1958, 431; Meier DRiZ 1958, 13.

77 Ossenbühl, aaO (Fußn. 14), S. 464.