

allein die Industrie- und Handelskammern und die Handwerkskammern zusammen ca. 15 000 Sachverständige für die unterschiedlichsten Sachgebiete öffentlich bestellt und vereidigt haben. Diese müssen sowohl vor ihrer Bestellung, aber auch während der Bestellung überprüft und kontrolliert werden; sie müssen aber gleichermaßen betreut und fortgebildet werden. Gerade zum letzten Punkt wachsen

Umfang und Qualität der Angebotspalette. Hervorzuheben sind hier insbesondere die erfolgreichen Bemühungen des Instituts für Sachverständigenwesen in Hannover, in welchem die verschiedenen Bestellungsbehörden unter einem Dach ihre Aufgaben koordinieren, vereinheitlichen und zum Wohl der Sachverständigen und damit auch im Interesse der Öffentlichkeit ständig intensivieren.

Das Rätsel Subventionsrichtlinie – Rechtsfragen außenwirksamer Verwaltungsvorschriften –

Von Christoph Gusy, Hagen

Der sachgerechte Einbau der Verwaltungsvorschriften in die Rechtsquellenlehre ist als Gegenwartsaufgabe erkannt und schon teilweise vollzogen¹⁾. Nach der Überwindung vielfacher rechtlicher wie terminologischer Nachwirkungen des konstitutionellen Staats- und Verwaltungsrechts kann für die Gegenwart jedoch noch kaum von gesicherten, konsensfähigen Grundlagen für die Einordnung zumindest bestimmter Verwaltungsvorschriften in die Normenhierarchie eines demokratischen Rechtsstaates ausgegangen werden²⁾.

I. Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen

Ausgangspunkt vielfacher Unsicherheiten ist die Abgrenzung zwischen Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, welche ungeachtet ihres eher theoretischen Ansatzes eine Fülle praktischer Konsequenzen nach sich ziehen.

1. Der „Rechtssatzcharakter“ von Verwaltungsvorschriften

Insbesondere die Rechtsprechung erhebt das Kriterium des „Rechtssatzcharakters“ einer Norm zum maßgeblichen Bestimmungsfaktor für Voraussetzungen und Folgen der Abgrenzung³⁾. Danach sind Rechtsverordnungen „Rechtssätze“, während Verwaltungsvorschriften eben diese Eigenschaft fehlt. Diese Judikatur nimmt die konstitutionelle Rechtsquellenlehre zum Maßstab der Unterscheidung. Danach sind die „gesellschaftsbezogenen“ Regelungen des Staates rechtlicher Natur, der „staatliche Innenbereich“ ist dagegen dem Recht nicht zugänglich. Entsprechend dieser Impermeabilitätslehre konnten nur Vorschriften mit „Außenwirkung“ Rechtssätze sein; im staatlichen Innenbereich war die Existenz von Rechtssätzen dagegen notwendig ausgeschlossen⁴⁾. Seit jedoch anerkannt ist, daß der staatliche Innenbereich keinen rechtsfreien Raum darstellt⁵⁾, entfiel der Gegensatz zwischen einer dem Recht zugänglichen und einer dem Recht verschlossenen Sphäre; die Vorstellung, daß Regelungen von Staatsinterna keinen Rechtssatzcharakter aufweisen, konnte sich in der Folgezeit nur noch unter der Voraussetzung halten, daß der zeitgebundene Rechtssatzbegriff des Konstitutionalismus ver-

absolutiert und als rechtstheoretischer Begriff ausgegeben wurde⁶⁾. Lassen sich mit am geltenden Recht orientierten dogmatischen Begriffsbildungen jedoch keine rechtstheoretischen Aussagen machen, so erweist sich die Vorstellung, daß Verwaltungsvorschriften unter rechtstheoretischen Aspekten „zweifelloso Rechtsnormen“ darstellen⁷⁾, als unbestreitbar. Daß die Entgegensetzung von Recht und Nicht-Recht in ihren Konsequenzen problematisch ist, erkennt auch das Bundesverwaltungsgericht, wenn es ausführt, daß insbesondere Subventionsrichtlinien „im Bereich der darreichenden Verwaltung eine Funktion, die in der Regel Rechtsnormen zukommt“, erfüllen⁸⁾. Aus der rechtstheoretischen Deutung der Verwaltungsvorschriften als Rechtssätze ergeben sich jedoch noch keine dogmatischen Konsequenzen etwa für die Bindungswirkung oder den Rechtsschutz. Diese lassen sich nur aus dem geltenden Recht herleiten.

2. „Innen-“ und „Außenwirkung“

Statt der Rechtssatzeigenschaft wird vielfach das Kriterium der „Innen-“ bzw. „Außenwirkung“ der Norm herangezogen, um Verwaltungsvorschriften von Rechtsverordnungen abzugrenzen⁹⁾. Diese Lehre beruft sich auf das Merkmal, das schon der traditionellen Unterscheidung zwischen der Sphäre des Rechts und derjenigen des Nicht-Rechts zugrunde lag. Insofern ist der Fortschritt weitgehend terminologischer Natur. So wird auch in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht immer deutlich, ob mit der Verneinung des Rechtssatzcharakters von Verwaltungsvorschriften deren Zugehörigkeit zum Recht über-

²⁾ Zugleich eine Auseinandersetzung mit BVerwG, NJW 1979, 2059 f.

¹⁾ *Ossenbühl* in *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1978, S. 78.

²⁾ S. zum jüngsten Meinungsstand BVerwG, NJW 1979, 2059 f.; *Erichsen*, VerwA 1979, 249 ff.; *Krebs*, VerwA 1979, 259 ff.; *Schenke*, DStV 1979, 622 ff.; *Gusy*, DVBl 1979, 720 ff.

³⁾ So etwa BVerwG aaO (Fn 2) mwN.

⁴⁾ Dazu näher *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 94 ff.; *Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 10 ff.; *Menger*, VerwA 1961, 196, 197 f.; *Rupp*, JuS 1975, 609 ff.

⁵⁾ Eindringlich hierzu etwa *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 19 ff.

⁶⁾ *Ossenbühl* aaO (Fn 1), S. 80.

⁷⁾ Nachweise zu dieser Erkenntnis, die schon aus dem Jahre 1914 stammt, bei *Ossenbühl* aaO (Fn 6).

⁸⁾ BVerwG aaO (Fn 2), S. 2060; dagegen etwa *Krebs* aaO (Fn 2), S. 262.

⁹⁾ Zusammenfassend dargestellt etwa bei *W. Schmidt*, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1979, S. 26 ff.; vgl. auch *Selmer*, VerwA 1968, 114 ff.

haupt oder nur deren „Außenwirkung“ abgelehnt werden soll¹⁰⁾.

a) Verwaltungsvorschriften sind stets an nachgeordnete Träger öffentlicher Verwaltung, Behörden oder Bedienstete adressiert und erzeugen für diese Rechte und Pflichten. Diese „Innenwirkung“ war und ist unbestritten. Sie wurde und wird vielfach als die einzige Wirkung der Verwaltungsvorschriften angesehen, für die staatlichen „Außenbeziehungen“ sollen diese keine Rechte und Pflichten erzeugen. „Außen-“ und „Innenbereich“ des Staates stehen danach unverbunden nebeneinander. Eine solche Entgegensetzung ist jedoch nur möglich, sofern Verwaltungsvorschriften ausschließlich Rechtsfolgen begründen, die Organisation, Status oder staatsgerichteter Verhalten ihrer Adressaten steuern. Typische Beispiele hierfür sind etwa die intrabehördliche Geschäftsverteilung, Regelungen der Amtsorganisation oder des behördeninternen Verfahrens.

b) Über diesen Bereich reichte die Praxis des Erlasses von Verwaltungsvorschriften jedoch stets hinaus; vielfach wurde auch die Verhaltenssteuerung gegenüber dem Bürger einbezogen. „Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften“¹¹⁾, Beurteilungs- und Ermessensrichtlinien¹²⁾ sowie insbesondere die Subventionsrichtlinien¹³⁾ haben mit der Zunahme der Leistungsverwaltung ein Ausmaß angenommen, das die Rechtsprechung zu einer zunehmenden Beschäftigung mit dieser Materie veranlaßte, wobei sie in steigendem Maße die Existenz der „Richtlinien“ nicht mehr ignorieren konnte.

Insbesondere die Lehre von der Selbstbindung der Verwaltung erlangte bei der Neubestimmung des Rechtscharakters von Verwaltungsvorschriften erhebliche Bedeutung. Dieser aus Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitete Grundsatz war schon frühzeitig in der Rechtsprechung anerkannt¹⁴⁾ und fand auch in der Lehre weitgehend Zustimmung¹⁵⁾. Danach sollte eine einheitliche Verwaltungspraxis einen Anspruch auf Gleichbehandlung auch für solche Personen begründen, die von der bisherigen Verwaltungsübung bislang noch nicht betroffen gewesen waren. Schon bald zeigten sich jedoch Tendenzen, Verwaltungsvorschriften als antizipierte tatsächliche Übungen zur Grundlage einer möglichen Selbstbindung der Exekutive zu machen¹⁶⁾, da kraft der für die Bediensteten der öffentlichen Verwaltung bestehenden Gehorsamspflicht eine tatsächliche Vermutung dafür bestehe, daß Verwaltungsvorschriften und Verwaltungspraxis sich decken¹⁷⁾. Erscheint so Art. 3 Abs. 1 GG als „Umschaltnorm“, die interne Weisungen in Außenrecht transformiert, so ist damit die scharfe Trennung des Innenbereichs vom Außenrecht erstmals überwunden. Die so begründete „mittelbare“ Außenwirkung prägt die Rechtsprechung bis in die Gegenwart¹⁸⁾. Danach kann in Rechtstreitigkeiten zwischen Bürger und Staat nur nachgeprüft werden, ob die von der Exekutive

geübte Praxis tatsächlich den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes entspricht, nicht jedoch, ob sie die Maßstäbe der Verwaltungsvorschriften beachtet.

Hier zeigt sich jedoch eine wesentliche Schwäche der Lehre von der „mittelbaren Außenwirkung“. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat dazu, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln¹⁹⁾; er enthält jedoch keinen Maßstab dafür, welche Phänomene als gleich und welche als ungleich anzusehen sind. Hierfür müssen erst Gesetze oder Verwaltungsübung Kriterien setzen. Stehen die Maßstäbe dafür fest, kann geprüft werden, ob sich die durch Art. 3 Abs. 1 GG verpflichteten Organe entsprechend den Rechtsfolgen dieses Grundrechts verhalten haben. Setzt somit die Verwaltungsvorschrift die Maßstäbe für „Gleiches“ und „Ungleiches“, so konkretisiert sie und nicht Art. 3 Abs. 1 GG Rechte und Pflichten der Behörden. Inhalt und Grenzen der jeweiligen exekutiven Tätigkeit ergeben sich aus ihr und nicht aus dem allgemeinen Gleichheitssatz. Der „Gleichbehandlungsanspruch“ stellt sich so als außenwirkender Normbefolgungsanspruch nach Maßgabe der Verwaltungsvorschriften dar.

Probleme bereitet die „mittelbare Außenwirkung“ auch dann, wenn die Publikation als Voraussetzung für die Selbstbindung der Exekutive angesehen wird²⁰⁾. Die Publikation einer Norm ist stets für ihre Adressaten bestimmt. Adressaten der Verwaltungsvorschriften sind nur Staatsorgane, so daß auch die Veröffentlichung nur für sie bestimmt sein kann, sofern man am Kriterium der ausschließlichen „Innenwirkung“ festhält. Nichtsdestoweniger soll die Publikation für einen weitergehenden Kreis von Betroffenen, nämlich potentiell jeden Bürger, der von den Tatbestandsmerkmalen der Verwaltungsvorschrift erfaßt wird, einen Anspruch auf gleiche, der Richtlinie entsprechende Behandlung begründen. Diese Betroffenen erlangen somit eine Rechtsstellung aus einer Publikation, die eigentlich nicht für sie bestimmt ist. Dadurch wird gleichfalls die Grenze zwischen „innen“ und „außen“ verwischt.

Blieb somit die Geltung der Verwaltungsvorschriften nicht auf den staatlichen Innenbereich beschränkt, so entfiel zugleich das traditionell maß-

10) BVerwG aaO (Fn 2) formuliert etwa: „Selbst wenn unterstellt wird, daß diesen Richtlinien bei pflichtgemäßer Anwendung eine ... Außenwirkung zukommt, kann ihnen jedenfalls insoweit kein Rechtssatzcharakter beigemessen werden, als sie Voraussetzungen aufstellen, unter denen die Verpachtungsprämie zu gewähren ist.“

11) Näher dazu *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 283 ff.

12) Hierzu *Schmidt* aaO (Fn 9), S. 149 ff.

13) Ausführlich darüber *Ossenbühl* aaO (Fn 11), S. 357 ff.; zur genannten Typologie ders. in FS f. BVerwG, 1978, S. 433 ff.

14) BVerwGE 1, 321, 327; vgl. auch BVerwG aaO (Fn 2); dagegen jedoch BVerwGE 36, 313 ff.; *Rupp* aaO (Fn 4), S. 616 f.

15) Nachweise bei *Wallerath*, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, pass.; *Ossenbühl*, DöV 1970, 264 ff.

16) Nachweise bei *Gusy*, aaO (Fn 2), S. 722 (Fn 34).

17) *Ossenbühl* aaO (Fn 1), S. 84.

18) S. BVerwG aaO (Fn 2).

19) Dazu die Übersicht bei *Gubelt* in v. *Münch*, GG, Bd. 1, 1975, Art. 3 Rn 14 ff.

20) So BVerwGE 34, 278 (Ls 1); *Menger*, VerwA 1960, 71 f.

gebliche Unterscheidungskriterium zwischen Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift. Insbesondere im Bereich der Subventionsrichtlinien erschienen beide Handlungsformen ihrer Wirkung nach weitgehend als austauschbar. Ob Voraussetzungen und Grenzen einer Leistungsvergabe in einer Verwaltungsvorschrift geregelt sind, der ein „Gleichbehandlungsanspruch“ der Bürger korrespondiert, oder der Anspruch in einer Rechtsverordnung begründet wird, ist vom Effekt her gleich. Soweit etwa eine Subventionsrichtlinie unter bestimmten Voraussetzungen Leistungen an Einzelne vorsieht, verdichtet sich der Gleichbehandlungsanspruch als Normbefolungsanspruch zu einem subjektiven Recht des Bürgers auf Gewährung der vorgesehenen Leistung²¹⁾. Da somit eine Abgrenzung als unmöglich erschien, sahen sich die Verwaltungsvorschriften infolge des Fehlens eigener Sicherungen zugunsten der Legislative, wie sie etwa in Art. 80 Abs. 1 GG für Rechtsverordnungen vorgesehen sind, erheblichem Mißtrauen gegenüber. Der Ruf nach Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltes wegen des grundgesetzlichen Demokratie- oder des Rechtsstaatsgebotes²²⁾ war vielfacher Ausdruck des Bestrebens, den Anwendungsbereich der Verwaltungsvorschriften zurückzudrängen. Die Forderung nach deren völliger Abschaffung zugunsten eines „Total-Vorbehaltes“ ging jedoch an der Tatsache vorbei, daß das Grundgesetz in seinem Art. 20 Abs. 2 S. 2 auch der Exekutive einen eigenständigen, demokratisch legitimierten Handlungs- und Gestaltungsspielraum im demokratischen Staat zugewiesen hat²³⁾ und etwa in seinen Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2, 86, 108 Abs. 4 und 129 Abs. 1 GG die Verwaltungsvorschriften ausdrücklich zuläßt. Der sachgerechte Einbau der Verwaltungsvorschriften in die Rechtsquellenlehre setzt angesichts dieses Befundes voraus, daß die Bedingungen für die Zulässigkeit, die Geltung und das Erlaßverfahren solcher Normen im demokratischen Rechtsstaat formuliert werden.

II. Rechtsstaatliche Anforderungen an den Erlaß von Verwaltungsvorschriften

Während Art. 80 Abs. 1 GG für den Erlaß von Rechtsverordnungen eine qualifizierte gesetzliche Ermächtigung fordert, fehlen für Verwaltungsvorschriften im Grundgesetz ausdrücklich rechtsstaatliche Mindestvoraussetzungen. Ähnliches gilt auch für die Publikationserfordernisse, die in Art. 82 Abs. 1 S. 2 GG nur für Rechtsverordnungen statuiert sind. Wenn Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen gleiche Rechtsfolgen begründen können, so müssen – sollen die limitierenden Voraussetzungen für den Erlaß von Rechtsverordnungen nicht leerlaufen – für die Schaffung von Verwaltungsvorschriften Zulässigkeitsanforderungen gelten, die die vom Grundgesetz vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Exekutive nicht durch die Begründung eines unbe-

grenzten selbständigen Verordnungsrechts der Verwaltung ohne verfassungsrechtliche Einbindung unterlaufen. Der Annahme, die Verwaltung sei überhaupt befugt, außenwirksame Verwaltungsvorschriften zu erlassen, wird daher Art. 80 Abs. 1 GG entgegeng gehalten, der zur Sicherung der Legislative vor exekutiven Eingriffen vorsieht, daß die Verwaltung normsetzende Funktionen mit Außenwirkung nur in delegierter Form wahrnehmen darf²⁴⁾. Dieses Argument kann nur entkräftet werden, wenn die Kompetenz zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften in einer Weise begrenzt wird, daß sie keine spezifischen Funktionen der Gesetzgebung beeinträchtigt²⁵⁾.

1. Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Erlaß von Verwaltungsvorschriften

Einigkeit besteht darin, daß der Erlaß von Verwaltungsvorschriften insoweit unzulässig ist, als der Vorbehalt des Gesetzes in der Form des „Parlamentarvorbehaltes“ eine Normsetzung durch Legislativorgane erfordert²⁶⁾. Diese aus der Diskussion um die Sonderverordnung²⁷⁾ gewonnene Erkenntnis hat in Verbindung mit der Ablehnung der Lehre vom Totalvorbehalt jedoch zugleich zu der Betonung des Eigenbereichs exekutiver Funktionswahrnehmung unterhalb des Bereichs des Gesetzesvorbehalts geführt²⁸⁾. Soweit der Gesetzesvorbehalt für „wesentliche“ Entscheidungen gefordert wird²⁹⁾, kommt danach der Verwaltung ein Recht zur Gestaltung „unwesentlicher“ Fragen zu³⁰⁾. Die Zuerkennung dieses Rechts enthält jedoch keine Aussage über die Rechtsform, in der die Kompetenz wahrzunehmen ist.

Nach einer neueren Auffassung³¹⁾ ist diese Kompetenz durch Verwaltungsvorschriften zu erfüllen. Während danach die Rechtsverordnungen „delegierte Gesetzgebung“ darstellen³²⁾, die zumindest nicht ausschließlich als Konkretisierung legislativer Vorgaben qualifiziert werden können, so folge aus dem eigenständigen verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrag an die Exekutive, daß dieser „eine verfassungsunmittelbare Kompetenz zum Gesetzesvollzug durch verbindliche Rechtsetzung“ zukom-

21) S. dazu näher Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 39 f.; zu Verwaltungsvorschriften als Quellen von Rechten und Pflichten der Exekutive Ossenbühl aaO (Fn 1), S. 85; Kirchhof in BVerfG und GG II, 1976, S. 59, 89; zu Problemen der Bindungswirkung der Verwaltungsvorschriften Batis, JuS 1977, 162, 165 f.; dagegen jedoch BVerwG aaO (Fn 2): „Eine Vorschrift des Bundesrechts, nach der der Kläger einen Anspruch auf die begehrte Leistung hat, gibt es nicht.“

22) Etwa bei Stern, Staatsrecht I, 1977, S. 645; Nachweise dazu bei Schenke, GewArch 1977, 313 ff.; Gusy aaO (Fn 2), S. 722 f.

23) Ausführlich hierzu Erichsen aaO (Fn 2), S. 254 ff.

24) S. etwa H. H. Klein in FS f. E. Forsthoff, 1972, S. 163, 177, 187; Schenke, DöV 1977, 27, 29; Breuer, DVBl 1978, 28, 34.

25) Krebs aaO (Fn 2), S. 268.

26) Zusammenfassend Erichsen in FS f. H. J. Wolff, 1972, S. 219, 238 ff.

27) Dazu insbes. Böckenförde/Grawert, AöR 1970, 1 ff.; Erichsen aaO (Fn 26); Ossenbühl aaO (Fn 1), S. 87 ff.; Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, 1977, S. 229 ff., 251 ff.

28) S. hierzu Böckenförde/Grawert aaO (Fn 27), S. 25 f.; Erichsen aaO (Fn 2), S. 254 ff. mwN.

29) Zum Wesentlichkeitsvorbehalt zusammenfassend BVerfG, DVBl 1979, 45, 46; Kisker, NJW 1977, 1313 ff.

30) Krebs aaO (Fn 2), S. 270 f.; ebenso Magiera, Der Staat 1973, 1, 25.

31) Krebs aaO (Fn 2), S. 268 ff.

32) So Schmidt aaO (Fn 9), S. 94.

men könne. Soweit sich demnach delegierte Gesetzgebung durch Rechtsverordnung und rechtskonkretisierende Verwaltung dogmatisch unterscheiden lassen, kann in der Anerkennung verbindlicher gesetzeskonkretisierender Verwaltungsvorschriften kein Verstoß gegen verfassungsrechtliche Zuständigkeitsnormen, insbesondere Art. 80 GG, gesehen werden³³). Dementsprechend haben Verwaltungsvorschriften ihren verfassungsrechtlichen Standort dort, wo einerseits dem Gesetzesvorbehalt genügende gesetzgeberische Direktiven vorliegen und andererseits die gesetzgeberischen Entscheidungen so offengehalten sind, daß angesichts des Gebotes gleichmäßiger Gesetzesvollziehung und von Rechtssicherheitserfordernissen eine die behördliche Einzelfallentscheidung determinierende Gesetzeskonkretisierung durch Verwaltungsvorschriften unumgänglich erscheint. Den Verwaltungsvorschriften kommt danach die Aufgabe der „Konkretisierung im Detail“ nach Maßgabe legislativer Vorgaben zu. Da diese Aufgabe auch zum eigenständigen Funktionsbereich der Exekutive zähle, sei die Außenwirksamkeit dieser Verwaltungsvorschriften verfassungskonform.

Ein Mangel dieser Ansicht liegt darin, daß es „erkenntnistheoretisches Allgemeingut“ ist, daß jede Rechtsanwendung „Rechtsverwirklichung innerhalb mehr oder weniger weiter subjektiver Divergenzspannen“ ist³⁴). Stellt jede Rechtsanwendung immer auch einen Akt der Rechtsetzung dar³⁵), so ist eine trennscharfe Differenzierung zwischen „delegierter Gesetzgebung“ einerseits und „Gesetzeskonkretisierung“ andererseits kaum durchführbar. Zwar wird man nicht ein erkenntnistheoretisches Modell mit der verfassungsrechtlichen Funktionsverteilung verwechseln dürfen³⁶); eine Funktionsdifferenzierung, der kein erkenntnistheoretisch fundiertes Unterscheidungskriterium zugrunde liegt, wird jedoch in keinem Staat, in dem die Verteilung der Staatsfunktionen verfassungsgerichtlicher Beurteilung und Nachprüfung unterliegt, zu praktikablen dogmatischen Kriterien führen, die die Zuständigkeitsbereiche im System der Gewaltenteilung verlässlich umreißt und so die dringend gebotene Rechtssicherheit bezüglich der Kompetenzen der einzelnen Staatsorgane sicherstellt. Zudem läßt sich ein spürbares Gefälle an administrativen Gestaltungsspielräumen zwischen einer Rechtsverordnung, die eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmte Gesetzgebungsdelegation ausfüllt, und einer Verwaltungsvorschrift, die eine hinreichend bestimmte, aber offen gehaltene gesetzliche Regelung konkretisiert, kaum feststellen^{36a}). Eine mehr oder weniger bewußt offen gelassene gesetzliche Regelung, die der Verwaltung zur weiteren Ausfüllung freisteht, stellt im Ergebnis nichts anderes als einen Gestaltungsauftrag an die Exekutive dar und ist somit – zumindest der Sache nach, wenn auch nicht ausdrücklich – Rechtsetzungsdelegation.

Daneben entsteht für die Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Exekutive die Gefahr des stillen „Abwanderns“ gesetzgeberischer Zuständigkeiten an die Verwaltung, sofern das Parlament Normen erläßt, die nur lapidare Andeutungen über Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen aufweisen und im übrigen durch die exekutive Konkretisierung erst praktikabel gemacht werden müssen³⁷). Eine solche Praxis wird durch die herabgesetzten Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtssätzen begünstigt³⁸). Insbesondere Subventionsrichtlinien ergehen so vielfach ohne näher konkretisierte gesetzliche Steuerung.

Erscheinen somit außenwirksame Verwaltungsvorschriften sowohl nach ihrer Wirkung als auch nach den Bedingungen für ihren Erlaß Rechtsverordnungen weitgehend gleich, so erscheint es zur Sicherung der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Exekutive erforderlich, die Voraussetzungen für den Erlaß von Rechtsverordnungen auf die Zulässigkeit von außenwirksamen Verwaltungsvorschriften analog anzuwenden, soweit das durch die zwischen beiden Handlungsformen bestehenden Parallelen geboten ist. Das bedeutet keineswegs die undifferenzierte Gleichsetzung beider Arten von Rechtsnormen³⁹): Richtlinien, die lediglich die behördeninternen Formen und Verfahren der Gesetzesausführung regeln und daher keine Außenwirkung zeitigen, unterliegen den erhöhten Anforderungen nicht. Andererseits ist es jedoch geboten, aus der Erkenntnis der Wirkungsgleichheit bestimmter Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen die notwendigen Konsequenzen zu ziehen, um so auch diesen Vorschriften einen legitimen Platz im Gefüge der Rechtsquellen des demokratischen Rechtsstaates zu sichern. Zugleich kann auf diese Weise der Erkenntnis Rechnung getragen werden, daß „die Tiefe der zwischen Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift bisher angenommenen Zäsur . . . nicht mehr den staatsrechtlichen Verhältnissen entspricht“⁴⁰). Das Bemühen um die Überwindung dieser Zäsur darf sich jedoch nicht ausschließlich auf eine Neubestimmung der Rechtsfolgen der Verwaltungsvorschriften beschränken, sondern muß Voraussetzungen und Verfahren ihres Erlasses einbeziehen. Nur so kann das traditionelle „Hausgut der monarchischen Exekutive“ im demokratischen Staat seine gewandelte, verfassungsgemäße Position erhalten.

2. Anforderungen an das Verfahren zum Erlaß außenwirksamer Verwaltungsvorschriften

Rechtsgrund für die Aufstellung besonderer Ver-

33) Ebenso Schmidt, JuS 1971, 184, 188.

34) Rupp, VVDStRL 34, 287.

35) Nachweise bei Krebs aaO (Fn 2), S. 268 (Fn 58).

36) So zu Recht Krebs aaO (Fn 35).

36a) Ähnlich Grimm, AöR 1972, 499, 516 f.

37) So etwa der vom BVerwG aaO (Fn 2) zu entscheidende Fall.

38) Vgl. dazu Gusy, DVBl 1979, 575 ff.

39) Dagegen zu Recht Krebs aaO (Fn 2), S. 272.

40) Schmidt-Assmann, Entwicklung des Rechts im Grenzbereich zwischen Raumordnung und Städtebau, Schriftenreihe des BMin für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau 03. 055, 1977, S. 77.

fahrendsvoraussetzungen ist somit die Außenwirksamkeit bestimmter Verwaltungsvorschriften. Diese bemißt sich ausschließlich nach den Rechtsfolgen der jeweiligen Norm, keineswegs ist ein Schluß vom Erlaßverfahren auf die Außenwirksamkeit zulässig⁴¹).

a) Als Rechtsgrundlage für die Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften wird gemeinhin die Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt in der Exekutive angesehen⁴²). Diese kann jedoch nur zum Erlaß von Vorschriften gegenüber solchen Staatsorganen oder Organwaltern berechtigen, die der Organisationsgewalt des Erlassenden unterworfen sind. Soweit eine Verwaltungsvorschrift auch Wirkungen gegenüber anderen Personen begründet, kann ihr Erlaß demnach nicht mehr kraft der Organisationsgewalt erfolgen, vielmehr bedürfen intersubjektive Verwaltungsvorschriften stets einer besonderen gesetzlichen Grundlage⁴³). Das gilt nicht nur für solche Vorschriften, die von einem Träger öffentlicher Gewalt an einen anderen erlassen werden, sondern auch für solche, denen „Außenwirkung“ gegenüber den Bürgern zukommt. Soweit nicht der Bereich des Gesetzesvorbehaltes berührt wird, reicht für Subventionsrichtlinien eine Ermächtigung durch einen entsprechenden Titel des Haushaltsgesetzes⁴⁵). Auch für normkonkretisierende oder ermessensbindende Verwaltungsvorschriften ist eine solche Ermächtigung erforderlich. Diese Forderung folgt aus dem Vorrang des Gesetzes, der leerlaufen würde, wenn die ausführende Gewalt Bindungen an den Gesetzesauftrag nicht nachkommen könnte, weil sie dessen maßgebliche Wertungsgesichtspunkte aus der Norm nicht hinreichend zu konkretisieren vermag⁴⁶). Hat die Legislative durch den Erlaß eines Gesetzes zu erkennen gegeben, daß sie in einem Bereich die Regelungskompetenz beansprucht, so wird der Auftrag der Exekutive zum Normvollzug durch das Gesetz begründet und begrenzt⁴⁷). Eine Vorschrift ist nur bestimmt genug, wenn ihr normativer Gehalt eindeutig zu ermitteln ist und die Exekutive nicht gezwungen wird, Erwägungen der Legislative durch eigene zu ersetzen. Gesetzesvollzug durch die Verwaltung setzt dementsprechend voraus, daß die maßgeblichen Grundlagen für die Tätigkeit der ausführenden Organe im Gesetz selbst festgelegt sind; eine Praxis, nach der sich die Legislative dieser Pflicht durch die Schaffung unbestimmter Normen „entledigt“, ist unzulässig. Müssen demnach die Grundlagen des Gesetzesvollzuges im Gesetz selbst festgelegt sein, so kann das administrative Ausführungsprogramm außenwirksam nur vom Gesetzgeber, nicht hingegen durch die Verwaltung bestimmt werden. Erst wenn die Legislative die Aufstellung der Grundsätze für den Normvollzug zulässigerweise delegiert, darf die Exekutive ein eigenständiges, außenwirksames Vollzugsprogramm erlassen⁴⁸). Dem entspricht auch die in der Praxis zu

beobachtende Tendenz einer zunehmenden gesetzlichen Fundierung derartiger Verwaltungsvorschriften etwa in § 48 BImSchG. Welche inhaltlichen Anforderungen an ein solches Gesetz zu stellen sind, ist noch völlig ungeklärt; keinesfalls ist es zulässig, daß der Gesetzgeber pauschale Ermächtigungen erteilt, die seine Zuständigkeiten auf die Verwaltung delegieren und so dieser ohne nähere Konkretisierung legislative Befugnisse zuweisen. Andernfalls wäre eine Umgehung der inhaltlichen Bindungen des Art. 80 Abs. 1 GG durch die Formenwahl möglich⁴⁹).

b) Rechtsstaatlichen Anforderungen muß auch die Regelung des Inkrafttretens der Verwaltungsvorschriften genügen. Grundsätzlich ist die Verkündung einer Rechtsnorm unabdingbare Gültigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzung⁵⁰). Regelmäßig werden Verwaltungsvorschriften ihren Adressaten, also Staatsorganen oder Organwaltern, in unterschiedlichen Formen bekanntgegeben. Dieses Verfahren ist jedoch für außenwirksame Normen nicht ausreichend⁵¹). Als elementare Voraussetzung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit garantiert die Publikation die Gleichheit aller, denen gegenüber die jeweilige Verwaltungsvorschrift Rechtsfolgen begründet, vor dem Recht. Begründen außenwirksame Vorschriften Wirkungen nicht nur gegenüber ihren Adressaten, sondern auch gegenüber Bürgern, sind also Adressaten und „Betroffene“ nicht notwendigerweise identisch⁵²), so ist eine Bekanntmachung an die zuständigen Amtswalter nicht ausreichend; vielmehr sind sie an alle bekanntzugeben, denen gegenüber sie Rechtsfolgen begründen. Außenwirksame Richtlinien müssen dementsprechend zumindest allen Betroffenen öffentlich zugänglich gemacht werden⁵³). Voraussetzung einer rechtsstaatlichen Publikationspraxis ist, daß die veröffentlichte Vorschrift von den Betroffenen auch tatsächlich zur Kenntnis genommen werden kann. Das „Gestrüpp“⁵⁴) der mannigfaltigen Ministerial-, Amts- und sonstigen Verkündungsblätter, welches das Auffinden der einzelnen Vorschriften häufig eher erschwert als erleichtert, bedarf dringend der Vereinfachung. Einheitliche Verkündungsblätter für

41) Möglicherweise anders Krebs aaO (Fn 2), S. 272: „Kriterien (für die Außenwirksamkeit von Verwaltungsvorschriften) sind hier . . . ob das Erlaßverfahren und die Publikation rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.“

42) S. etwa Ossenbühl aaO (Fn 11), S. 250 ff mwN; ders. aaO (Fn 1), S. 86; Stern aaO (Fn 22), S. 644; Kirchhof aaO (Fn 21), S. 90.

43) Das gilt nicht nur dann, wenn der Adressat nicht der Organisationsgewalt des Erlassenden unterfällt, sondern stets, wenn die Verwaltungsvorschriften Rechtsfolgen außerhalb des Bereichs der Organisationsgewalt begründen.

44) Ossenbühl aaO (Fn 1), S. 86; zu Art. 84 II, 85 II GG als solcher gesetzlichen Grundlage s. ders. aaO (Fn 11), S. 453.

45) Vgl. etwa BVerwG aaO (Fn 2).

46) Näher hierzu Gusy, aaO (Fn 38), S. 575.

47) Jesch, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., 1968, S. 190.

48) Bedenklich daher Meyer/Borgs, BVwVfG, 1976, § 40 Rn 10.

49) Dagegen auch Schenke aaO (Fn 24), S. 32; Klein aaO (Fn 24), S. 183 f.

50) BVerfGE 7, 330, 327; W. Weber, Die Verkündung von Rechtsvorschriften, 1942, S. 7; Hallier, AdR 1960, 391, 405.

51) Zum folgenden Gusy aaO (Fn 2), S. 724.

52) Ossenbühl aaO (Fn 1), S. 464.

53) So etwa BVerfGE 40, 237, 252 f.; BVerwGE 19, 48, 58; 35, 159, 162; OVG Berlin, DöV 1976, 53; weitere Nachweise bei Gusy aaO (Fn 51).

54) Schenke aaO (Fn 24), S. 33; eine Zusammenstellung findet sich bei Ossenbühl aaO (Fn 11), S. 463.

den Bund und für jedes Land sind zumindest für solche außenwirksamen Verwaltungsvorschriften, die jeweils für deren gesamtes Gebiet Geltung beanspruchen, dringend geboten. Zuvor sollten die Gesetze, die zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften ermächtigen, den Ort der Verkündung bestimmen.

Das Inkrafttreten der Verwaltungsvorschriften darf erst nach deren öffentlicher Verkündung erfolgen. Nur so kann sichergestellt werden, daß alle Betroffenen in gleicher Weise berechtigt und verpflichtet werden können. Erst zu diesem Zeitpunkt darf auch mit dem exekutiven Vollzug der in der Verwaltungsvorschrift angeordneten Rechtsfolgen begonnen werden. Die insbesondere bei Subventionsrichtlinien zu beobachtende Praxis, daß bereits vor der öffentlichen Bekanntmachung erhebliche Teile der zu vergebenden Leistungen zugesagt oder gar zugeteilt sind, verstößt gegen dieses Erfordernis. Der Tag des Inkrafttretens darf frühestens der Tag nach der Publikation sein. Soll die Verwaltungsvorschrift erst später wirksam werden, so ist der Tag in ihr selbst ohne Widerspruch zu dem ermächtigenden Gesetz zu bestimmen. Insoweit orientieren sich die Anforderungen an das Inkrafttreten außenwirksamer Vorschriften an den allgemein für Rechtsnormen gültigen Grundsätzen⁵⁵⁾.

III. Verwaltungsvorschriften im gerichtlichen Verfahren

Soweit Verwaltungsvorschriften ausschließlich Innenwirkung zukommt, können sie nur in Streitigkeiten zwischen Staatsorganen oder Organwaltern Bedeutung erlangen. Da hier der zentrale Bereich der exekutiven Eigenkompetenz in der Gewaltenteilung berührt ist, unterliegen solche Vorschriften nur beschränkter gerichtlicher Kontrolle. In Streitverfahren zwischen Bürger und Staat sind diese Normen unbeachtlich.

Kommt Richtlinien dagegen Außenwirkung zu, so begründen sie für den Bürger Rechte und Pflichten. Sie erlangen daher in Rechtsstreitigkeiten zwischen Bürger und Staat Relevanz⁵⁶⁾. Dennoch verneint das Bundesverwaltungsgericht⁵⁷⁾ die Kompetenz der Gerichte zur Auslegung der Richtlinien mit der Begründung, daß diese ausschließlich „für den Bereich der gesetzessfreien Erfüllung öffentlicher Aufgaben erlassen“ seien und somit der ausschließlichen Interpretationskompetenz der Exekutive unterfielen. Die gerichtliche Überprüfung der Anwendung solcher Richtlinien sei daher nur im Rahmen der in § 114 VwGO für die Nachprüfung von Ermessensentscheidungen normierten Maßstäbe zulässig. Demnach habe der Richter „nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung und im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG“ lediglich zu prüfen, ob die Richtlinien als Grundlage der Leistungsvergabe überhaupt ausreichen, ob also der Vorbehalt des Gesetzes nicht verletzt sei, und ob bei der Anwendung der Richtlinien in Einzelfällen der

Gleichheitssatz verletzt oder der Rahmen der gesetzlichen Zweckbestimmung überschritten sei. Während der erste Prüfungsschritt die allgemeine richterliche Kompetenz zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des jeweils angewandten Rechts betont, enthält der zweite Schritt die Einschränkung: nicht die Übereinstimmung der getroffenen Maßnahme mit der Verwaltungsvorschrift, sondern nur ihre Vereinbarkeit mit dem jeweiligen Gesetz soll geprüft werden, wobei Art. 3 Abs. 1 GG als Maßstab dienen soll. Die Beschränkung der Prüfung auf das Gesetz bereitet jedoch Probleme zumindest bezüglich solcher Fragen, die nicht eigens im Gesetz geregelt sind. So lag der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ein Fall zugrunde, in dem nach der gesetzlichen Zweckbestimmung „die langfristige Verpachtung kleinerer landwirtschaftlicher Betriebe durch Zuschüsse nach Maßgabe besonderer Richtlinien gefördert werden“ sollte. Über die Höhe der einzelnen Förderungsmaßnahmen war keine Aussage getroffen, vielmehr stand nur für das gesamte Förderungsprogramm ein bestimmter Haushaltsansatz zur Verfügung. Die Höhe einzelner Förderungsbeträge konnte sich daher nur aus den Richtlinien oder der bisherigen Behördenpraxis ergeben. Demnach wäre der Umfang der Einzelmaßnahmen dem gerichtsfreien Ermessen der Behörden zuzurechnen. Andererseits geht § 40 BVwVfG vom Grundsatz des gebundenen und nicht des freien Verwaltungsermessens aus; Ermessen kann daher nur nach normativ vorgezeichneten Maßstäben und innerhalb deren Grenzen ausgeübt werden⁵⁸⁾.

Kriterium einer Überprüfung dieses Ermessens kann nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts nur Art. 3 Abs. 1 GG sein, der die exekutive Leistungsvergabe steuern soll. Dieses Grundrecht gibt jedoch nicht die Maßstäbe für Gleichheit und Ungleichheit an⁵⁹⁾, sondern verweist diesbezüglich auf die normativen Vorgaben des Einzelfalles. Die Bemessung von „gleich“ und „ungleich“ kann somit nicht durch die Auslegung des Grundrechts, sondern nur nach Maßgabe des jeweiligen Gesetzes und der dieses ausführenden und konkretisierenden Verwaltungsvorschrift erfolgen. Erweist sich einerseits der Anspruch auf Gleichbehandlung als Anspruch auf Normvollziehung⁶⁰⁾, so richtet sich die konkrete Ausgestaltung des einzelnen Rechtsverhältnisses nach den Vorgaben der Verwaltungsvorschrift. Erst deren Heranziehung und Anwendung ermöglicht die Ermittlung der Rechte und Pflichten der Beteiligten. Ist aufgrund der Richtlinie festgestellt, was im Einzelfall als „gleich“ oder „ungleich“ zu gelten hat, kann

55) S. etwa Art. 82 Abs. 1 2, Abs. 2 GG für Rechtsverordnungen des Bundes.

56) Zum Rechtsschutz gegen Verwaltungsvorschriften s. ausführlich Schenke aaO (Fn 2), insbes. S. 627 ff.

57) aaO (Fn 2), S. 2060.

58) Dazu näher Meyer/Borgs aaO (Fn 48), 40 Rn 25 ff.; Wolff - Bachof, Allgemeines Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 198 ff.; Erichsen/Martens aaO (Fn 1), S. 165 ff.

59) Vgl. o. zu Fn 19.

60) S. o. zu Fn 22.

geprüft werden, ob diese normativen Vorgaben im Einzelfall beachtet worden sind. Setzt so die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes die Auslegung der Verwaltungsvorschrift voraus, so ist es für das entscheidende Gericht unumgänglich, die Auslegung der außenwirksamen Richtlinie durch die Exekutive zumindest in beschränktem Umfang nachzuprüfen. Verwaltungsvorschriften stehen demnach einer richterlichen Auslegung zumindest in begrenztem Umfang offen. Anders kann auch die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Gleich-

heitsprüfung nicht erfolgen. Ist demnach die Vereinbarkeit einer Verwaltungsvorschrift mit höherem Recht festgestellt⁶¹⁾, so unterliegt die Ausübung des Verwaltungsermessens bei dem Erlaß der Vorschrift nur einer eingeschränkten Nachprüfung gemäß § 114 VwGO. Ob sich die Exekutive im Einzelfall an ihr eigenes Administrativkonzept gehalten hat, ist dagegen voll nachprüfbar.

⁶¹⁾ Bei dieser Prüfung steht den Gerichten ein volles Nachprüfungsrecht zu; s. Menger, VerWA 1972, 213, 214.