

**Grundkurs Öffentliches Recht III -
Allgemeines Verwaltungsrecht**

Donnerstag, den 3. November 2006

I. Verwaltungsvorschriften

Neben Rechtsverordnungen und Satzungen sind Verwaltungsvorschriften die dritte Quelle exekutiven Rechts, Letzteres als Gegensatz zu parlamentarischem Recht.

1. Definition und allgemeine Charakterisierung

Verwaltungsvorschriften sind abstrakt-generelle Regelungen innerhalb der Verwaltungsorganisation, die von übergeordneten Verwaltungsinstanzen oder Vorgesetzten an nachgeordnete Behörden oder Bedienstete ergehen und die dazu dienen, Organisation und Handeln der Verwaltung (z.B. Norminterpretation, Ermessensausübung, Verwaltungsverfahren, Geschäftsverteilung) zu bestimmen. Anstelle des Wortes "Verwaltungsvorschrift" werden mit gleicher Bedeutung auch andere Bezeichnungen verwendet: Erlass, Verfügung, Dienstanweisung, Richtlinie, Anordnung. Das Wort "Erlass" wird dabei häufig ministeriellen Verwaltungsvorschriften reserviert; zwingend ist dies aber nicht. Ein einheitlicher Sprachgebrauch zur Bezeichnung der verschiedenen Erscheinungsformen von Verwaltungsvorschriften fehlt, ist aber für die juristische Arbeit auch nicht zwingend.

Als ein Beispiel für eine Verwaltungsvorschrift möchte ich R 13.2 der Einkommensteuerrichtlinien nennen. Die Vorschrift bezieht sich auf § 13 EStG, wo angeordnet wird, dass in den Genuss der günstigen Vorschriften über die Besteuerung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe nur Betriebe kommen, deren Tierbestand bestimmte Grenzwerte nicht überschreitet. Zu deren Bezeichnung verwendet das Gesetz den Begriff der „Vieheinheit“.

Das Gesetz sagt aber nicht, wie konkrete Tiere in Vieheinheiten umzurechnen sind. Diese Unklarheit im Gesetz schließt R 13.2 EStR, wo genau aufgelistet ist, dass eine Kuh 1,0 VE repräsentiert, ein Zuchtbulle 1,2 VE, ein Kalb unter 1 Jahr 0,3 VE. Aufgabe der Verwaltungsvorschrift in dem vorliegenden Fall ist es, für eine einheitliche Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs „Vieheinheit“ durch alle Finanzbehörden zu sorgen, also die Gleichmäßigkeit des Gesetzesvollzugs zu gewährleisten. Die Verwaltungsvorschrift kann man sich als eine Art amtlichen Kommentar vorstellen, der für die mit dem Vollzug beauftragten Behörden, nicht aber für die Bürger oder für die Gerichte verbindlich ist.

Mit Rechtsverordnungen und Satzungen haben Verwaltungsvorschriften gemeinsam, dass alle drei Arten von Rechtssätzen exekutives Recht darstellen. Eine zweite Gemeinsamkeit, die darüber hinaus auch zum förmlichen Gesetz besteht, liegt darin, dass Verwaltungsvorschriften abstrakt-generelle Regelungen sind, die für eine unbestimmte Zahl von Personen und Fällen gelten. Der Begriff wird z.B. in Art. 84 Abs. 2 und Art. 108 Abs. 7 GG verwandt. Ein Beispiel für Verwaltungsvorschriften nach Art. 108 Abs. 7 GG sind die Einkommensteuerrichtlinien.

Damit komme ich zu den Unterschieden zwischen Rechtsverordnung und Satzung einerseits und Verwaltungsvorschrift andererseits. Diese Unterschiede, welche die Besonderheit der Rechtsquelle "Verwaltungsvorschrift" innerhalb der exekutiven Rechtsquellen ausmachen und erst recht ihre Abgrenzung von förmlichen Gesetzen ermöglichen, lassen sich auf zwei Punkte reduzieren, die aber jeweils erhebliche Implikationen haben.

1. Rechtsverordnungen und Satzungen beruhen auf gesetzlichen, Satzungen zum Teil auch auf verfassungsrechtlichen Ermächtigungen der Exekutive zur Rechtsetzung. Sie beruhen auf Rechtssetzungsbefugnissen, welche das Parlament der Exekutive eingeräumt hat. Im Unterschied dazu sind Verwaltungsvorschriften autonomes Recht der Exekutive. Zum Erlass von

Verwaltungsvorschriften sind Stellen der Exekutive im Rahmen der vorgegebenen Hierarchie allein aufgrund ihres Auftrags zum Gesetzesvollzug und ihrer Organisations- und Leitungsgewalt befugt. Der Satz, dass Rechtsverordnungen und Satzungen nur auf einer gesetzlichen Grundlage erlassen werden können, gilt für Verwaltungsvorschriften nicht. **Verwaltungsvorschriften sind autonomes Recht der Exekutive.** Das schließt gesetzliche Ermächtigungen nicht aus, nur sind diese nicht konstitutiv für die Befugnis, Verwaltungsvorschriften zu erlassen, sondern gestalten diese nur aus.

2. Der zweite Unterschied zwischen Verwaltungsvorschriften einerseits und Rechtsverordnungen und Satzungen andererseits ist darin zu sehen, dass Verwaltungsvorschriften Rechtswirkungen nur innerhalb der hierarchischen Verhältnisse der Verwaltung entfalten, also nur zwischen übergeordneter und nachgeordneter Behörde, grundsätzlich nicht aber darüber hinaus im Verhältnis zwischen der Verwaltung und dem Bürger oder im Verhältnis zwischen der Verwaltung und den Gerichten. Diese Beschränkung des Adressaten- und Wirkungskreises ist die notwendige Folge der Eigenschaft der Verwaltungsvorschriften, autonomes Recht der Exekutive zu sein. Eine solche Autonomie kann die Verwaltung in einem gewaltenteiligen System, das die Rechtsetzung grundsätzlich der 1. Gewalt vorbehält, nur für ihren eigenen Bereich beanspruchen, nicht aber darüber hinaus. Und auch im Innenbereich der Verwaltung reicht die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften nur so weit wie die Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt der sie erlassenden Stelle, d.h. sie ist auf den jeweiligen Verwaltungsträger beschränkt.

Verwaltungsvorschriften, die über den Bereich eines Verwaltungsträgers, also einer juristischen Person, die Verwaltungsaufgaben hat (Bund, Länder, Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des öffentlichen Rechts) hinausreichen und die in den Bereich eines anderen Verwaltungsträgers hinüberwirken, können diesen juristischen Effekt nur erzielen, wenn sie zusätzlich auf eine verfassungs- oder

einfachgesetzliche Ermächtigung gestützt werden, die die Bindung eines außerhalb der Verwaltungshierarchie stehenden weiteren Verwaltungsträgers begründet. Beispiel ist Art. 84 Abs. 2 GG. Gäbe es diese Verfassungsnorm nicht, hätte der Bund keine Möglichkeit, Verwaltungsvorschriften mit Wirkung für die Länder zu erlassen. Die Länder sind Träger selbstständiger, nicht vom Bund abgeleiteter Hoheitsgewalt; die Landesbehörden sind deshalb beim Vollzug von Bundesgesetzen nach den Art. 83 und 84 GG der Bundesregierung bzw. den Bundesministern nicht nachgeordnet und können vom Bund nur insoweit in die Pflicht genommen werden, wie das Grundgesetz dieses zulässt. Beispielsfall: BVerfGE 26, 338 (395 ff.).

Festzuhalten ist also, dass Verwaltungsvorschriften aus sich heraus Bindungswirkung nur innerhalb der hierarchischen Strukturen der Verwaltung entfalten können, nicht im Verhältnis selbstständiger Verwaltungsträger zueinander und auch nicht im Verhältnis zu Gerichten und dem Bürger. Allerdings gilt diese Feststellung nur als Grundsatz; wegen der notwendigen Ausnahmen wird sie zum Teil sogar grundsätzlich in Frage gestellt. Inwieweit von diesem Grundsatz Ausnahmen zu machen sind, ist eine der umstrittensten Fragen des Verwaltungsrechts, die wir gleich näher vertiefen werden, nachdem wir uns einen Überblick über die verschiedenen Einsatzmöglichkeiten für Verwaltungsvorschriften verschafft haben.

2. Typologie der Verwaltungsvorschriften

Um einen Überblick über die Verwendungsmöglichkeiten des Instruments "Verwaltungsvorschrift" und die mit ihm verfolgten Zwecke zu erlangen, empfiehlt sich die folgende Einteilung:

a) **Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften** legen die Verwaltung auf eine bestimmte Interpretation der von ihr anzuwendenden Rechtsvorschriften, insbesondere von unbestimmten Rechtsbegriffen in förmlichen Gesetzen, fest. Sie geben den nachgeordneten Behörden eine Interpretationshilfe und

gewährleisten eine einheitliche Verwaltungspraxis gegenüber dem Bürger. Ein Beispiel, neben den eingangs genannten „Vieheinheiten“, die auch in diese Kategorie gehören, ist das Tatbestandsmerkmal der "besonderen Härte", bei deren Vorliegen gemäß § 12 Abs. 4 S. 1 WehrPflG ein Einberufungshindernis besteht; zwar gibt der Gesetzgeber selbst in Satz 2 Hinweise für die Interpretation dieses unbestimmten Rechtsbegriffs, doch reichen diese nicht aus. Damit die Kreiswehrrersatzämter diese Vorschrift bundeseinheitlich anwenden, wird ihnen deren Interpretation bundeseinheitlich vom Bundesministerium der Verteidigung vorgegeben. Damit sind sonst leicht vorstellbare Unterschiede bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift durch verschiedene Ämter ausgeschlossen.

b) **Ermessensrichtlinien** sorgen für eine einheitliche, dem Gleichheitsgrundsatz entsprechende Handhabung behördlichen Ermessens. Ermessen ist die Verknüpfung des Tatbestands mit der Rechtsfolge einer verwaltungsrechtlichen Norm durch einen Willensakt einer Behörde. Ein Beispiel ist die polizeiliche Befugnisgeneralklausel, nach der die Polizei einschreiten kann (aber nicht muss), wenn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliegt. Wichtig ist, dass das Ermessen kein Teil eines gesetzlichen Tatbestandes ist, im Unterschied zu einem unbestimmten Rechtsbegriff, der Gegenstand norminterpretierender Verwaltungsvorschriften ist. Das Ermessen ist ein behördlicher Willensakt zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, auf den sich andere als norminterpretierende Verwaltungsvorschriften beziehen, eben Ermessensrichtlinien. Ein Beispiel sind Einstellungsrichtlinien für die Einstellung in den öffentlichen Dienst, durch die Qualifikationsprofile festgeschrieben werden und der Grundsatz des gleichen Zugangs zum öffentlichen Dienst nach Maßgabe von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung konkretisiert wird. Solche Richtlinien sehen etwa vor, dass im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Richter auf Probe nur eingestellt wird, wer im 2. Juristischen Staatsexamen die Prüfungsgesamtnote "voll befriedigend" mit einer Punktzahl von mindestens 10,00 erreicht hat.

c) **Organisations- und Dienstvorschriften** regeln Aufbau und innere Ordnung sowie Geschäftsverteilung und Verfahren der Behörden im Rahmen der exekutiven Organisationsgewalt, soweit gesetzliche Regelungen fehlen. Förmliche Gesetze begnügen sich regelmäßig damit, Zuständigkeiten den Behörden als Einheiten zuzuweisen und kümmern sich nicht um deren Binnendifferenzierung. Die Geschäftsverteilung innerhalb dieser Einheiten ist dann Regelungsthema von Verwaltungsvorschriften.

d) **Gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften** erfüllen in Bereichen der Verwaltungstätigkeit, die vom Vorbehalt des Gesetzes nicht erfasst werden, die Funktion gesetzlicher Entscheidungsprogramme. Anders als norminterpretierende Verwaltungsvorschriften, Ermessensrichtlinien, Organisations- und Dienstvorschriften spezifizieren oder ergänzen sie nicht gesetzliche Vorgaben für das Handeln der Verwaltung, sondern sie treten an deren Stelle. Ein Beispiel sind Richtlinien über die Vergabe von Zuschüssen an Träger privater Jugendarbeit.

3. Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften im Außenrechtskreis

Die problematischste, ebenso umstrittene wie wichtige Frage zu den Verwaltungsvorschriften lautet, ob, inwieweit und aus welchem Rechtsgrund sie ausnahmsweise doch Außenwirkung haben, also für Bürger und Gerichte verbindlich sind. Dies wird nur grundsätzlich bestritten; dieses Bestreiten kommt auch in der Aussage zum Ausdruck, dass Verwaltungsvorschriften keine Gesetze sind, weder im materiellen Sinne, noch, erst recht, nicht im formellen Sinne. Ich möchte diese Frage nach den einzelnen Typen von Verwaltungsvorschriften getrennt beantworten, die wir soeben abgeschichtet haben.

a) Ermessensleitende und gesetzvertretende Verwaltungsvorschriften

Am - relativ - einfachsten lässt sich die Außenwirkung bei den ermessensleitenden und den gesetzvertretenden Verwaltungsvor-

schriften begründen. Beide betreffen einen Bereich, in dem die Verwaltung innerhalb des ihr eingeräumten Ermessens und/oder allgemein Entscheidungsspielräume hat und nicht in Konkurrenz zum parlamentarischen Gesetzgeber tritt, wenn sie eigene Regelungen erlässt. So erfolgt die Vergabe von Subventionen häufig nach sog. Subventionsrichtlinien, ohne dass weitere rechtliche Grundlagen bestehen und bestehen müssen.

Gehen wir hier von folgendem **Fall** aus: Die Verwaltung hat in zahlreichen Fällen Subventionen nach Maßgabe der Subventionsrichtlinie, also einer gesetzesvertretenden Verwaltungsvorschrift, gewährt. Den Subventionsantrag des X lehnt sie jedoch ab, obwohl auch im Fall des X die Voraussetzungen der Richtlinie vorliegen. Kann X unter Berufung auf die Richtlinien vor dem VG auf Gewährung einer Subvention klagen? Diese Frage ist zu verneinen, würde man davon ausgehen, dass die Subventionsrichtlinien nur im Innenbereich der Verwaltung verbindlich sind. X könnte auf sie einen Anspruch dann nicht stützen.

Gleichwohl ist die h.L. in dem vorliegenden Fall der Auffassung, dass die Verwaltungsvorschriften "mittelbare" Außenwirkung haben. Als "Umschaltnorm", die die Subventionsrichtlinien vom Innenrechtskreis der Verwaltung, also aus dem Verhältnis von subventionsgewährender Behörde und höherer Behörde, auf den Außenrechtskreis, also das Verhältnis von subventionsgewährender Behörde und Subventionsantragsteller, "umschaltet", fungiert Art. 3 Abs. 1 GG. Soweit sich aufgrund von Verwaltungsvorschriften eine Verwaltungspraxis herausgebildet hat, verstößt die Verwaltung gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn sie im Einzelfall ohne sachlichen Grund von dieser Verwaltungspraxis und damit von den Verwaltungsvorschriften abweicht. Aufgrund der Verwaltungspraxis führt Art. 3 Abs. 1 GG zu einer Selbstbindung der Verwaltung an die Verwaltungsvorschriften, die diese im Außenrechtskreis gegenüber dem Bürger und den Gerichten beachtlich macht.

Die mittelbare Außenwirkung über Art. 3 Abs. 1 GG bedarf in dreifacher Hinsicht der Präzisierung:

1. Art. 3 Abs. 1 GG bewirkt keine strikte Verbindlichkeit der Verwaltungsvorschriften im Außenrechtskreis. Abweichungen bleiben zulässig, sofern ein sachlicher Grund vorliegt; dies entspricht der Tatsache, dass Art. 3 Abs. 1 GG Differenzierungen und Ungleichbehandlungen dann nicht verbietet, wenn für sie ein sachlicher Grund besteht. Ein solcher sachlicher Grund kann das Vorliegen eines atypischen, eines Ausnahmefalles sein. Wenn die Verwaltungsbehörde in einem solchen Fall nicht gemäß der Verwaltungsvorschrift handelt, mag sie im Innenverhältnis zu ihrer vorgesetzten Stelle gegen die Verwaltungsvorschrift verstoßen, ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Außenverhältnis liegt aber nicht vor.

2. Divergieren Verwaltungspraxis und Verwaltungsvorschrift, handelt die Verwaltung also der Verwaltungsvorschrift zuwider, ist gemäß Art. 3 Abs. 1 GG im Außenverhältnis die Verwaltungspraxis und nicht die Verwaltungsvorschrift maßgebend.

3. Art. 3 Abs. 1 GG setzt eine Verwaltungspraxis voraus. Demnach hätten Verwaltungsvorschriften erst nach einer bestimmten Zahl von Anwendungsfällen Außenwirkung, nicht aber schon beim ersten Anwendungsfall. Insoweit behilft man sich mit der Figur einer sog. antizipierten Verwaltungspraxis. Soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Verwaltung eine Verwaltungsvorschrift nur einmal anwenden wird, könne in Vorwegnahme weiterer Anwendungsfälle schon beim ersten Mal von einer Verwaltungspraxis ausgegangen werden. Denn es dürfe erwartet werden, dass die Verwaltung sich gemäß einer Verwaltungsvorschrift verhalte.

Was ich Ihnen geschildert habe, ist die herrschende Lehre. Es gibt noch eine andere Möglichkeit, die Außenwirkung von ermesensdirigierenden und gesetzesvertretenden Verwaltungsvorschriften zu begründen. Die wichtigste ist die Lehre, Verwaltungsvorschriften seien ohne Vermittlung durch Art. 3 Abs. 1 GG als originäres Administrativrecht im Außenrechtsverhältnis verbindlich. Folgt man dieser Ansicht, so sind

ermessensdirigierende und gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften im Außenverhältnis ohne Rücksicht auf die Verwaltungspraxis verbindlich. Eine Änderung der Verwaltungspraxis aus sachlichem Grund führt nicht zu Beeinträchtigungen der Verbindlichkeit der Verwaltungsvorschriften. Maßgebend ist die Verwaltungsvorschrift, nicht die Verwaltungspraxis. In diesem Punkt unterscheidet die zweite Meinung sich von der ersten.

Den Meinungsstreit kann man dahin zusammenfassen, dass ermessensleitende und gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften in jedem Fall unter bestimmten Voraussetzungen Außenwirkungen haben, also auch für Bürger und Gerichte verbindlich sind: nach herrschender Meinung ist dies eine durch Art. 3 Abs. 1 GG vermittelte Außenwirkung, nach einer Mindermeinung eine unmittelbare Außenwirkung.

b) Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften

Im Unterschied dazu haben norminterpretierende Verwaltungsvorschriften nach überwiegender Meinung keine Außenwirkung. Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften unterscheiden sich von den ermessensleitenden und den gesetzesvertretenden wesentlich dadurch, dass der Verwaltung bei der Interpretation von Rechtsnormen, anders als bei der gesetzlichen Verleihung von Ermessen oder im gesetzesfreien Raum, kein Entscheidungsspielraum zukommt. Das mag Sie überraschen, sind Sie es doch bei der Lösung von juristischen Fällen gewöhnt, dass bei der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe mehrere Auffassungen vertretbar sein können, insoweit also ein Freiraum besteht. Abweichend davon gehen die Verwaltungsgerichte davon aus, dass zu jedem Gesetzesbegriff des Verwaltungsrechts, mag er noch so unbestimmt sein, nur eine Auslegung richtig ist und dass die Kompetenz, diese Auslegung letztverbindlich zu bestimmen, bei den Gerichten und nicht bei der Verwaltung liegt. Diese beiden Annahmen mögen Ihnen beim ersten Blick weltfremd erscheinen, doch lassen sich praktisch einleuchtende Gründe für sie anführen, insbesondere das Erfordernis, auch die Auslegung

unbestimmter Rechtsbegriffe in einheitlicher Weise vorzunehmen.

Wenn interpretationsbedürftige Normen nur eine richtige Auslegung kennen und wenn die Kompetenz, diese zu bestimmen, bei den Gerichten liegt, dann ist für eine Außenwirkung von norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften kein Raum. Denn es gibt nur zwei Möglichkeiten. Entweder die Verwaltungsvorschrift deckt sich inhaltlich mit dem unbestimmten Rechtsbegriff, den sie interpretieren will: dann ist sie letztlich überflüssig, wengleich ein nützliches Mittel, um zur richtigen Interpretation des Gesetzesrechts zu kommen. Oder sie deckt sich nicht mit diesem Begriff: dann ist sie rechtswidrig. Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Verwaltung ausnahmsweise die Befugnis zur eigenverantwortlichen und letztverbindlichen Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes hätte. Solche Fälle gibt es; sie werden unter dem Stichwort der "Beurteilungsspielräume" diskutiert und auch in dieser Vorlesung noch behandelt, stellen aber die seltene Ausnahme dar.

Im Regelfall sind Verwaltungsvorschriften, die die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des Gesetzesrechts betreffen, für Bürger und Gerichte also nicht verbindlich. Für ein Gericht hat die Interpretation eines Begriffs des Gesetzesrechts in einer Verwaltungsvorschrift keinen anderen Stellenwert als die Ausführungen, die über diesen Begriff in einem Erläuterungswerk, einem Kommentar zu finden sind. Es handelt sich um Anregungen, denen sich das Gericht aus eigener Überzeugung anschließen kann, aber nicht muss. Entsprechend lautet der Leitsatz einer einschlägigen Entscheidung des BVerfG (E 78, 214): "Die Gerichte sind bei ihrer Kontrolltätigkeit gegenüber der Verwaltung grundsätzlich nicht an Verwaltungsvorschriften gebunden. Sie sind jedoch befugt, sich einer Gesetzesauslegung, die in einer Verwaltungsvorschrift vertreten wird, aus eigener Überzeugung anzuschließen."

Aus dem Vorrang der gerichtlichen Entscheidung und der

gerichtlichen Norminterpretation darf jedoch nicht gefolgert werden, dass norminterpretierende Verwaltungsvorschriften keine praktische Bedeutung haben. Das Gegenteil ist der Fall. Bis zur gerichtlichen Klärung schwieriger Auslegungsfragen bei unbestimmten Rechtsbegriffen sind es nämlich die Verwaltungsvorschriften, die für eine Einheitlichkeit der Norminterpretation sorgen. Nur in dem Maße, wie tatsächlich Gerichte die Norminterpretation leisten, werden die norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften zurückgedrängt.

Frage: Was ist, wenn eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift und die darauf gestützte Praxis gegen das interpretierte Gesetz verstößt? Kann der Bürger, sofern diese Praxis für ihn günstiger ist als das Gesetz, aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG verlangen, nach Maßgabe der Praxis und nicht nach Maßgabe des Gesetzes behandelt zu werden? **Antwort:** Nein! Es gibt keine Gleichheit im Unrecht und keinen Anspruch auf Fehlerwiederholung, sondern nur Gleichheit vor dem Gesetz – nicht vor der Verwaltungspraxis. Die Verwaltungsvorschrift steht in der Normenhierarchie an unterster Stelle, unter Verfassung, Gesetz, Verordnung und Satzung.

c) Organisations- und Dienstvorschriften

Organisations- und Dienstvorschriften, etwa die Geschäftsverteilung innerhalb einer Berliner Bezirksverwaltung oder Regeln über den Verfahrensablauf, haben nach überwiegender Meinung unmittelbare Außenwirkung. Dies wird damit begründet, dass es sich hier um eigene Angelegenheiten der Verwaltung handele, die von dieser ohne Eingriff in die Kompetenzbereiche von Legislative und Judikative allgemeinverbindlich geregelt werden können.

4. Der Erlass von Verwaltungsvorschriften

Eine gesetzliche Grundlage ist für den Erlass von Verwaltungsvorschriften nicht erforderlich. Die Ermächtigung folgt

vielmehr aus der Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt in der Exekutive. Form- und Verfahrensvorgaben sind, vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Regelungen, nicht zu beachten. Da Verwaltungsvorschriften grundsätzlich nur im Innenrechtskreis verbindlich sind, bedürfen sie zu ihrer Wirksamkeit keiner Verkündung in einem amtlichen Publikationsorgan. Es reicht, wenn Verwaltungsvorschriften den Behörden, an die sie gerichtet sind, bekannt gegeben werden. Sofern Verwaltungsvorschriften Außenwirkung entfalten, müssen sie aus rechtsstaatlichen Gründen zwar veröffentlicht werden. Diese Veröffentlichung ist anders als eine "Verkündung" im technischen Sinne keine Voraussetzung für ihre Wirksamkeit. Dazu BVerwGE 61, 15 und 40.

Aus der Sicht der Praxis sind es diese Eigenschaften der Verwaltungsvorschrift, die sie als attraktive und in mancher Hinsicht der Rechtsverordnung vorzuziehende Rechtsquelle erscheinen lassen. Da eine gesetzliche Grundlage nicht erforderlich ist und wenig Form- und Verfahrensvorschriften zu beachten sind, hat die Verwaltung hier mehr Freiheiten und kann schneller auf sich wandelnde Sachlagen reagieren. Aus diesem Grund werden z.B. im Umweltrecht Grenzwerte häufig in Verwaltungsvorschriften niedergelegt: Mit dem Fortschreiten von Wissenschaft und Technik ändern sich die Erkenntnisse, die der Festsetzung solcher Grenzwerte zugrunde liegen, rasch. Das hat zur Folge, dass Grenzwertfestsetzungen des Umweltrechts häufig geändert werden müssen. Müsste dies jeweils durch Änderung einer Rechtsverordnung erfolgen, wäre das Verfahren zeitlich und politisch aufwändiger. Erst recht ungeeignet ist unter diesem Gesichtspunkt ein förmliches Gesetz.

II. Rechtsquellenlehre

1. Begriff der Rechtsquelle und Bedeutung der Rechtsquellenlehre

Die Übersicht über formelle und materielle Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften lässt

sich in dem Wort "Rechtsquellenlehre" zusammenfassen. Eine Rechtsquelle ist "Erkenntnisgrund für etwas als Recht". Die Kategorie soll es ermöglichen, einen Rechtssatz als solchen zu erkennen und von anderen Sätzen zu unterscheiden. Das Grundproblem möchte ich an folgendem Beispiel verdeutlichen. Gehen Sie aus von dem Satz: "Jüngere Benutzer öffentlicher Verkehrsmittel sollen, falls erforderlich, die Sitzplätze für alte Fahrgäste freimachen." Die Frage lautet, ob dieser Satz ein Rechtssatz ist oder ein Gebot der Moral oder des Anstandes beschreibt.

Man könnte versucht sein, diese Frage nach dem Inhalt des Satzes zu beantworten, und darauf hinweisen, dass der Satz, wie ein Rechtssatz, als Imperativ strukturiert ist und sich in Tatbestand und Rechtsfolge auseinanderdividieren lasse. Gleiches gilt aber auch für Gebote der Moral und des Anstands. Wir müssen also feststellen, dass sich Rechtssätze und Moralgebote nach dem Inhalt schwer auseinanderhalten lassen.

Auf das Problem der Identifikation von Rechtssätzen gibt die Rechtsquellenlehre eine Antwort. Sie liefert nämlich ein Kriterium zur Identifikation von Rechtssätzen, das von deren Inhalt unabhängig ist. Rechtssatz ist demnach alles, was von einem bestimmten Urheber in einem bestimmten Verfahren bestimmt wird. Urheber und Entstehungsverfahren einer Aussage kann man metaphorisch als **Quelle** bezeichnen. Daher der Ausdruck. § 35 S. 1 VwVfG, also die Definition des Verwaltungsaktes, ist demnach ein Rechtssatz, nicht weil er einen juristischen Inhalt hat, dies haben in juristischen Lehrbüchern enthaltene Definitionen auch, sondern weil er von den Gesetzgebungsorganen im dafür vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren erlassen worden ist.

Die Rechtsquelle wird charakterisiert durch die Urheberschaft an einem Rechtssatz und durch dessen Entstehung. Die Kategorie "Rechtsquelle" ermöglicht es zunächst, Rechtssätze von Nicht-Rechtssätzen zu unterscheiden. Noch wichtiger ist eine zweite Funktion. Sie erlaubt es, die Gesamtheit der Rechtsnormen in

Klassen einzuteilen. Auch diese Einteilung wird von der Rechtsquellenlehre nicht nach dem Inhalt der Rechtssätze vorgenommen, sondern formal nach Urheber und Entstehungsverfahren. Auf diese Weise kommt man zu der Einteilung des Rechtsstoffs in Verfassungsrecht, Gesetzesrecht, Ordnungsrecht, Satzungsrecht usw. Hinter jedem dieser Begriffe steht eine andere Rechtsquelle. Eine Einheitsrechtsquelle gibt es nicht. Der Vorteil einer solchen Einteilung liegt darin, dass nach eindeutig zu ermittelnden Kriterien verschiedene Rechtssatztypen geschaffen werden, die sich in Urheber, Erzeugungsverfahren, Geltungsbereich, Rang und Rechtsfolgen unterscheiden. Die Pluralisierung der Rechtsquellen eröffnet eine Vielzahl von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, auf die gleich im einzelnen einzugehen ist.

Im Verwaltungsrecht gibt es eine Vielzahl von Rechtsquellen, im Unterschied etwa zum Bürgerlichen Recht, wo sie es bisher nur mit einer Rechtsquelle zu tun hatten: dem BGB, das ein Bundesgesetz ist.

Die Vielzahl der Rechtsquellen im Verwaltungsrecht, ihre Abstufung nach Bedeutung, Wirkungsgrad und Form, ist Konsequenz und Spiegelbild der Verfassungsstruktur und der Verfassungsgeschichte. In Deutschland sind insoweit vor allem drei Punkte hervorzuheben, die teils Gemeinsamkeiten mit anderen westlichen Demokratien, teils Besonderheiten der deutschen Entwicklung betreffen:

1. Die gewaltenteilige Differenzierung der Staatsgewalt, die sich in Deutschland mit der Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts eingestellt hat: Danach gibt es Recht der Legislativorgane, exekutives Recht und Richterricht.
2. Die föderalistische Struktur der Bundesrepublik Deutschland, in der neben dem Bund die Länder als selbstständige Staaten mit eigener Gesetzgebungsgewalt existieren. Demgemäß kann man das gesamte deutsche Recht ohne Rest in zwei große Blöcke aufteilen: Bundesrecht und Landesrecht (--> Art. 31 GG).
3. In der rechtlichen Verselbstständigung gewachsener oder

geschaffener Lebensbereiche mit eigener funktional oder territorial beschränkter Selbstverwaltungsbefugnis (z.B. Autonomie der Gemeinden, Universitäten, Rundfunkanstalten, Sozialversicherungsträger).

4. Die Entwicklung zum modernen, bürokratischen Staat hat das ungeschriebene Recht, insbesondere Gewohnheitsrecht und Observanzen, immer mehr in den Hintergrund treten lassen. An seine Stelle ist heute fast ausschließlich geschriebenes, positives Recht getreten. Eine Mittellage zwischen positivem Recht und Gewohnheitsrecht nimmt das Richterrecht ein.

Hervorheben möchte ich noch einmal, dass die Aufteilung der verschiedenen Rechtsquellen sich in keiner Weise nach inhaltlichen Kriterien richtet. Dies will ich noch an einem Beispiel verdeutlichen: an Art. 84 Abs. 2 GG. Mit "allgemeinen Verwaltungsvorschriften" ist eine Rechtsquelle gemeint. Allgemeine Verwaltungsvorschriften werden erlassen von Stellen der Exekutive. Aus diesem Grund ist es grob falsch, Art. 84 Abs. 2 GG für die Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob ein Parlamentsgesetz der Zustimmung des Bundesrates bedarf, das, inhaltlich gesehen, allgemeine Vorschriften über die Verwaltung enthält. Dass dieses Gesetz inhaltlich unter den Begriff der "Verwaltungsvorschriften" subsumiert werden kann, ist ohne Belang. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, handelt es sich bei dem Gesetz nicht um "Verwaltungsvorschriften" im Sinne von Art. 84 Abs. 2 GG, weil sein Urheber die gesetzgebenden Organe und nicht die Exekutive ist. Die Frage, ob ein Bundesgesetz, das von den Ländern als eigene Angelegenheit auszuführen ist und das Verwaltungsvorschriften (im Sinne von Vorschriften, die inhaltlich die Verwaltung betreffen) enthält, zustimmungspflichtig ist, beantwortet sich darum nie nach Art. 84 Abs. 2, ggfs. aber nach Art. 84 Abs. 1 GG. Allgemeine Verwaltungsvorschriften können vielmehr u.a. Norminterpretationen sein, mit denen die Bundesregierung die Einheitlichkeit der Auslegung und Anwendung von Bundesgesetzen durch die Länder steuert.

2. Die Rangordnung der einzelnen Rechtsquellen

Eine der Hauptaufgaben einer Rechtsquellenlehre besteht darin, die verschiedenen Rechtsquellen in eine Rangordnung zu bringen. Diese Rangordnung ermöglicht eine Auflösung von inhaltlichen Widersprüchen zwischen Rechtsnormen, die aus unterschiedlichen Rechtsquellen fließen, und trägt so zur Widerspruchsfreiheit einer Rechtsordnung bei. Gibt es innerhalb einer Rechtsordnung eine Pluralität von Rechtsquellen, so ist die Gefahr von Widersprüchen zwischen einzelnen Rechtsnormen groß. Dem wirkt eine Rangordnung zwischen diesen Rechtsquellen entgegen. Diese Rangordnung, diesen "Stufenbau" der Rechtsordnung will ich jetzt in groben Zügen charakterisieren.

Als erstes sind drei große Blöcke zu unterscheiden: das Europäische Gemeinschaftsrecht, das Bundes- und das Landesrecht. Jeder für die deutsche Verwaltung verbindliche Rechtssatz kann einem dieser drei Blöcke zugeordnet werden. Im Verhältnis zwischen diesen drei Blöcken gelten zwei Regeln.

1. Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, wobei nationales Recht die Summe von Bundes- und Landesrecht ist.
2. Bundesrecht bricht Landesrecht.

Beide Sätze sind so zu verstehen, dass jede Form von Gemeinschafts- bzw. Bundesrecht jede Form von nationalem bzw. Landesrecht bricht, also z.B. auch eine EG-Richtlinie das Grundgesetz, so die EG-Gleichstellungsrichtlinie den verfassungsrechtlichen Ausschluss von Frauen vom Wehrdienst mit der Waffe (inzwischen Änderung von Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG), und eine Rechtsverordnung des Bundes eine Landesverfassung. Allerdings sind bei beiden Vorrangregeln Einschränkungen zu machen.

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht uneingeschränkt, soweit das Grundgesetz in Konflikt zu EG-Recht gerät. In gewissen Grenzen müsse zwar auch das Grundgesetz hinter EG-Recht zurücktreten. Allerdings dürfe die europäische

Integration nicht so weit gehen, dass "die Identität der geltenden Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen, aufgegeben" werde (BVerfGE 73, 339 (375 f.) - Solange - II - Formel; vgl. auch Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG).

Der Vorrang des Bundes- vor dem Landesrecht gilt nur unter der Voraussetzung, dass das Bundesrecht kompetenzgemäß erlassen worden ist und dass auch das Landesrecht kompetenzgemäß ist. Sollten Rechtsnormen des Bundesrechts und des Landesrechts miteinander kollidieren, von denen eine kompetenzwidrig erlassen worden ist, so bedarf es der Vorrangregel des Art. 31 GG gar nicht. Der Konflikt ist dann mit den Art. 70 ff. GG zu lösen. Geht man weiter davon aus, dass zumindest im Bereich der förmlichen Gesetzgebung die Art. 70 ff. GG die Kompetenzen von Bund und Ländern lückenlos und überschneidungsfrei gegeneinander abgrenzen, so bleiben für Art. 31 GG praktisch kaum Anwendungsfälle. Art. 31 GG ist vor diesem Hintergrund wie folgt zu lesen: "Kompetenzgemäßes Bundesrecht bricht kompetenzgemäßes Landesrecht."

Innerhalb der einzelnen Blöcke Gemeinschaftsrecht, Bundes- und Landesrecht ist weiter zu differenzieren. Ich möchte mich hier auf das Bundesrecht beschränken; diese Ausführungen können auf das Landesrecht übertragen werden.

Innerhalb der Bundesrechtsordnung gilt die Rangordnung: Grundgesetz, förmliche Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften. Das Grundgesetz geht allem anderen Bundesrecht im Rang vor. Die förmlichen Bundesgesetze stehen im Rang unter dem Grundgesetz und gehen allem exekutiven Recht vor. Die Rechtsverordnungen stehen unter der Verfassung und dem förmlichen Gesetzesrecht, aber über den Satzungen und den Verwaltungsvorschriften. Die Satzungen haben nur noch die Verwaltungsvorschriften unter sich. Letztere sind die tiefstrangige Rechtsquelle.

Innerhalb der einzelnen Stufen sind weitere Hierarchisierungen möglich. So gibt es im Rahmen des Grundgesetzes Normen, die besonderes Gewicht haben und deren Verletzung durch andere Verfassungsnormen diese anderen Verfassungsnormen mit dem Verdikt verfassungswidrigen Verfassungsrechts belegt; diese besonders gewichtigen Normen sind zusammengefasst in Art. 79 Abs. 3 GG. Ähnliche Abstufungen gibt es innerhalb des förmlichen Gesetzesrechts, so im Verhältnis zwischen den Gemeindeordnungen, die trotz der Bezeichnung als Ordnungen förmliche Gesetze sind, und kommunalen Neugliederungsgesetzen. Bei Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften haben die Anordnungen höherer Verwaltungsbehörden Vorrang vor denjenigen nachgeordneter Verwaltungsbehörden.

3. Prüfungs- und Verwerfungskompetenz

Von der Frage der Rangverhältnisse innerhalb der Rechtsordnung als einer materiell-rechtlichen Frage zu unterscheiden ist die Frage, wer befugt ist, eine Rechtsnorm auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen und im Falle des Normwiderspruchs die Nichtigkeit der rangniedrigeren Norm verbindlich festzustellen. Beide Fragen werden unter den Oberbegriffen der Prüfungs- und Verwerfungskompetenz diskutiert. Fehlt einer zur Rechtsanwendung berufenen Instanz die Verwerfungskompetenz, hat das zur Konsequenz, dass sie eine Norm, obwohl diese nach der Meinung dieser Instanz mit höherrangigem Recht kollidiert, anwenden muss.

Die Frage der Prüfungs- und Verwerfungskompetenz ist für die Gerichte anders zu beantworten als für Verwaltungsbehörden.

Gerichte dürfen bei allen Normen prüfen, ob sie mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Kommen sie zu dem Ergebnis, dass eine Kollision vorliegt, besitzen sie grundsätzlich auch die Verwerfungskompetenz. Jedes Verwaltungsgericht darf also z.B. eine Rechtsverordnung für nichtig erklären, wenn es der Meinung ist, sie sei mit dem Gesetzesrecht unvereinbar. Die

VwGO stellt für die Kontrolle von Normen, die im Rang unter dem förmlichen Landesgesetz stehen, sogar ein besonderes Verfahren zur Verfügung; das ist das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO, im Unterschied zu den verfassungsgerichtlichen Normenkontrollen, beim Bund gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und gemäß Art. 100 Abs. 1 GG.

Einschränkungen der Verwerfungskompetenz gibt es bei Europäischem Gemeinschaftsrecht, worauf ich hier nicht eingehen kann, und bei nachkonstitutionellen Parlamentsgesetzen. Insoweit begründet Art. 100 Abs. 1 GG zum Schutz des förmlichen Bundes- und Landesgesetzgebers ein Verwerfungsmonopol des BVerfG bzw. der Landesverfassungsgerichte. Ein Prüfungsrecht der anderen Gerichte bleibt aber bestehen; gelangen diese in Ausübung des Prüfungsrechts zu der Annahme, ein förmliches Gesetz kollidiere mit Verfassungsrecht, dürfen sie dieses Gesetz aber nicht selbst verwerfen, sondern müssen sie es dem BVerfG bzw. dem Landesverfassungsgericht vorlegen.

Die Frage der Prüfungs- und Verwerfungskompetenz von Verwaltungsbeamten ist im Unterschied dazu sehr umstritten (vgl. Maurer, Allg. Verw.R., § 4 Rn. 46, 47). Ein Prüfungsrecht steht zwar auch dem Verwaltungsbeamten zu; das ergibt sich aus der ihm nach Beamtenrecht obliegenden vollen persönlichen Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen (§ 38 I BRRG). Daraus folgt jedoch nach überwiegender Meinung kein Verwerfungsrecht. Das gilt unstreitig hinsichtlich förmlicher Gesetze. Hält der Beamte ein förmliches Gesetz für unvereinbar mit höherrangigem Recht, so kann, ja muss er seine Bedenken durch Remonstration seinem Vorgesetzten vortragen; teilt dieser die Bedenken nicht und weist er den Beamten entsprechend an, so ist dieser von persönlicher Verantwortlichkeit grundsätzlich frei, es sei denn, das dem Beamten aufgetragene Verhalten ist für ihn erkennbar strafbar oder ordnungswidrig bzw. verletzt die Würde des Menschen. Teilt der Vorgesetzte die Bedenken, so leitet er die Remonstration weiter mit der Möglichkeit, dass sie bis zur

Exekutivspitze gelangt, die dann die Möglichkeit hat, eine gerichtliche Normenkontrolle, z.B. nach Art. 93 I Nr. 2 GG, einzuleiten. Abweichend davon wird bei Satzungen und Rechtsverordnungen dem einzelnen Beamten z.Tl. ein Verwerfungsrecht zugesprochen, sofern ein ernsthafter und offensichtlicher Verstoß gegen höherrangiges Recht vorliegt, doch ist dies streitig.