

**Leitsätze des zweiten Referenten über:
Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen**

I. Verwaltung und Legislativfunktion

- (1) Dass Verwaltungen Recht setzen, ist im Prinzip unproblematisch – und beileibe nicht auf die deutsche Rechtsordnung beschränkt. Zahl und Bedeutung der durch Verwaltungen gesetzten Rechtsnormen sind das Ergebnis von faktischen sowie mitunter von funktionalen Grenzen legislativer Tätigkeit.

II. Ausdifferenzierung und Oberbegriffe

- (2) Einen Numerus clausus zulässiger administrativer Rechtsnormen gibt es weder nach dem Grundgesetz noch im europäischen Primärrecht. Die Erfindung und weitere Ausdifferenzierung von Rechtsformen folgt den Bedürfnissen der administrativen Praxis, in vielen Fällen aber auch den Erwartungen der potenziellen Adressaten behördlicher Maßnahmen. Es ist Aufgabe der Exekutive, die für die konkreten Zwecke geeignete Regelungsförmigkeit zu finden, wobei die Legislative stets die Möglichkeit hat, bestimmte Rechtsformen vorzugeben oder zu untersagen.

III. Administrative Rechtsetzung zwischen Flexibilität und Bindung

1. Anforderungen an die Rechtsformenwahl

- (3) Die von den Verwaltungen neu geprägten Rechtsformen müssen sich normensystematisch – und dabei vor allem hinsichtlich der ihnen beigemessenen Bindungswirkung für die Gerichte – von den ausdrücklich im Recht vorgesehenen hinreichend deutlich unterscheiden.
- (4) Ein Anreiz zu Umgehungen besteht insbesondere bei Art. 80 GG, der Anforderungen an den Erlass von Rechtsverordnungen stellt, die für Verwaltungsvorschriften nicht gelten. Versuche, diese Regelungspraxis rechtsförmig umfassend auszugestalten, führen tendenziell zu Ausweichstrategien. Auf europäischer Ebene greifen entsprechende Überlegungen mit Blick auf die Anforderungen der Art. 290, 291 AEUV. Im Übrigen könnte sich ein Umgehungsproblem ergeben, wenn die Kommission keine Vorschläge zur Gesetzgebung vorlegen würde, weil sie ihre Regulierungsziele – um einiges bequemer – durch den Erlass von Mitteilungen erreichen könnte.
- (5) Unterschiedliche Bezeichnungen sind demgegenüber bei den Rechtsformen unproblematisch, für die keine voneinander abweichenden Anforderungen gelten. Eine sprachliche Abgrenzung ist allerdings sinnvoll, kann doch der jeweilige Normsetzer damit eine bestimmte Regelungsintention zu erkennen geben. Dies sind aber Desiderate unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit, nicht der Rechtmäßigkeit.

2. Konkretisierungs- und Vollzugskompetenz

- (6) Die verschiedenen Überlegungen zur Funktion administrativer Normsetzung führen insbesondere zum Aspekt der Konkretisierung. Die Vorprägung durch das formelle Gesetz kann nicht immer detailgenau erfolgen, so dass trotz gesetzlicher Vorgaben in der Regel Spielräume der Verwaltung bestehen.

a) Satzung und Rechtsverordnung

- (7) Während bei Rechtsverordnungen ein ausdrücklich bezeichneter Delegationsakt vorliegt, ist bei Satzungen von einer gesetzlich vorstrukturierten Kompetenz zur Regelung der Angelegenheiten der eigenen Mitglieder auszugehen. Auch die Satzunggebung durch Selbstverwaltungsträger stellt sich als ein Akt der Konkretisierung höherrangigen Rechts dar.

b) Verwaltungsvorschriften

- (8) In Deutschland wird die Frage der Reichweite der verwaltungseigenen Konkretisierungsbefugnis oftmals gleichgesetzt mit jener nach der Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften für die vom Regelungsbereich umfassten Rechtsunterworfenen einerseits, die Gerichte andererseits. Dabei ist die Steuerungswirkung grundsätzlich unabhängig von einer solchen rechtlichen Bindungswirkung. Ein steuerndes Einwirken sicherzustellen ist auch die Funktion, die das Grundgesetz den Verwaltungsvorschriften zuschreibt.
- (9) Hinsichtlich der rechtlichen Bindungswirkung ist zunächst festzuhalten, dass die Vollzugskompetenz nicht auf den Erlass konkret-individueller Entscheidungen beschränkt ist, sondern ebenso abstrakt-generelle Regelungen einschließt. Der Durchführungsakt muss sich im Rahmen dessen halten, was die Grundvorschrift inhaltlich vorgegeben hat.

3. Wesentlichkeit als Kriterium der Kompetenzzuordnung

- (10) Die zentralen materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Rechtsnormen, die von den deutschen Verwaltungen aufgestellt werden, sind weitgehend unstrittig. Materiellrechtliche Probleme lassen sich auf die Frage der Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie zurückführen. Der Begriff der Wesentlichkeit spielt auch in der europäischen Rechtsordnung eine zentrale Rolle bei der Abgrenzung von Gesetzgebung und Vollzug. Die Unterschiede zwischen dem deutschen und dem europäischen Konzept der Wesentlichkeit sollten nicht überbetont werden.

IV. Einzelaspekte und Sonderfälle

1. Sozialrecht

- (11) Das deutsche Sozialrecht ist nicht nur von detailgenauen Gesetzen geprägt, sondern auch von untergesetzlichen Regelungen, deren Einordnung sich zum Teil sehr schwierig gestaltet. Der Rückgriff auf atypische Handlungsformen entspringt dem Interesse an einer passgenauen, flexiblen Entscheidungsstruktur, die gegebenenfalls Wertungen enthält, ohne eine strikte Bindungswirkung zu entfalten.

2. Steuerrecht

- (12) Die Finanzverwaltung orientiert sich allem Anschein nach mehr an Verwaltungsvorschriften als an Gesetzen oder Verordnungen. In der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs verschwimmen die Grenzen zwischen der ausdrücklich festgestellten rechtlichen Bindungswirkung, der inhaltlichen Überzeugungskraft administrativer Bewertungen und den konzidierten Anforderungen der Verwaltungs- und Gerichtspraxis. Der Gleichheitssatz wie im Übrigen auch die Intention des Art. 108 Abs. 7 GG sprechen gegen die Möglichkeit, von den Verwaltungsvorschriften abzuweichen. Auch die Gleichmäßigkeit der Besteuerung impliziert als Grundsatz eine weiter gehende Bindungswirkung als dies die Selbstbindung der Verwaltung bewirken würde.

3. Kommunalaufsicht

- (13) Die Wirkungsweise administrativer Rechtsetzung zeigt sich exemplarisch im Verhältnis von Kommunen und Kommunalaufsicht. Wie der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung ist das Gebot interkommunaler Gleichbehandlung ein Gesichtspunkt, der das Potenzial hat, über die administrative Selbstbindung hinaus prägende Wirkungen zu entfalten.

4. Beihilfenrecht

- (14) Das europäische Beihilfenrecht ist seit jeher eine Materie, in der „atypische“ Handlungsformen besonders zum Tragen kommen. Für die Mitgliedstaaten bieten sich so willkommene Hinweise über die Genehmigungspraxis der Kommission, was im Ergebnis zu einer jedenfalls faktischen Bindungswirkung führt. Durch die Mitteilungen kommuniziert die Kommission in einer Weise, die gleichzeitig abstrakt-generellen Charakter trägt und ausgesprochen flexibel ist.

5. Sonstiges europäisches Wettbewerbsrecht

- (15) Anders als im Beihilfenrecht sind die Mitgliedstaaten im übrigen Wettbewerbsrecht nicht nur Adressaten von Genehmigungsentscheidungen, sondern mit ihren Wettbewerbsbehörden selbst in den Vollzug des Unionsrechts einbezogen, was auch für die administrative Rechtsetzung der Kommission Konsequenzen hat.

6. Sonderformen und Fortentwicklungen

- (16) Das Bedürfnis nach Praktikabilität dominiert seit jeher auch bei der Fortentwicklung der im Grundgesetz und in den europäischen Verträgen etablierten Rechtsformen. Ein Beispiel dafür ist das Komitologieverfahren. Im Interesse eines reibungslosen Vollzugs ergab sich das Bedürfnis nach einer Rückbindung der Kommission an die mitgliedstaatliche Verwaltungsebene, die am besten in Form von Ausschüssen erfolgen konnte. In Deutschland wird das Bedürfnis nach Fortentwicklung besonders deutlich beim flexiblen Umgang mit Rechtsverordnung sowie Verwaltungsvorschrift.

V. Funktionalität und Übersichtlichkeit

- (17) Die Beispiele aus den verschiedenen Bereichen zeigen die weitreichende Bedeutung der exekutiven Rechtsetzung und insbesondere der Verwaltungsvorschriften bzw. ihrer

europäischen Äquivalente für die administrative Praxis. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit sowie der Gleichbehandlung sollten die administrativen Strukturierungsleistungen auch rechtspolitisch ausdrücklich begrüßt werden. Die administrative Praxis gibt insgesamt keinen Anlass, auf einen willkürlichen oder missbräuchlichen Einsatz einzelner Rechtsformen zu schließen.

- (18) In der deutschen Rechtsordnung erscheint die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Rechtsformen vor allem deshalb als eindeutig, weil sich die Konstellationen und die Akteure deutlich voneinander unterscheiden. In formeller Hinsicht kommt hinzu, dass die Veröffentlichungspolitik der Kommission tendenziell großzügiger ist als die der deutschen Verwaltung; hier werden die Verwaltungsvorschriften nicht immer publiziert – und erst recht nicht die vorbereitenden Akte. Dies ist der Grund für die aus deutscher Sicht oft geäußerte, inzwischen aber nicht mehr unwidersprochene These, die Handlungsformen der Union und speziell der Kommission seien unübersichtlich.

VI. Gerichtliche Überprüfung

1. Kontrolldichte

- (19) Das Problem der Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften zeigt sich in Deutschland nur deshalb mit solcher Intensität, weil die Rechtsprechung vom Grundsatz der vollen gerichtlichen Überprüfung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ausgeht. Löste man den von einer bestimmten Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG begründeten Zusammenhang auf, so würde sich die Anerkennung eines Vollzugsspielraums der Verwaltung ganz zwanglos ergeben.

2. Von der Rechtsbindungs- zur Rechtsschutzperspektive

- (20) Die Frage der Bindungswirkung administrativ gesetzter Rechtsnormen wird in Deutschland traditionell aus der Rechtsschutzperspektive gestellt und in Abhängigkeit von der Rechtsform beantwortet. Die Gerichte der Europäischen Union ermöglichen in ihrer stark von der französischen Dogmatik geprägten Rechtsprechung Rechtsschutz demgegenüber unabhängig von der Rechtsform. In Deutschland gibt es bislang kein klares Bekenntnis der Gerichte zur generellen Anwendbarkeit des § 47 VwGO auf Verwaltungsvorschriften. Für eine großzügige Regelung in dieser Hinsicht sprechen neben dem so bewirkten Rechtsschutz auch Effizienzgründe.

VII. Fazit

- (21) Durch administrative Rechtsetzung wird in Deutschland ebenso wie in der Europäischen Union aktuellen Regelungsbedürfnissen entsprochen. Es handelt sich um ein flexibles und gleichzeitig zur Rechtssicherheit beitragendes Instrumentarium. Erhöht wird damit die Rationalität des Gesetzesvollzugs. Der Erlass von Verwaltungsvorschriften oder anders bezeichneten, aber funktional äquivalenten Regelungen durch Vollzugsbehörden ist daher rechtlich unproblematisch und sollte rechtspolitisch nicht als kritikwürdig angesehen werden. Daran ändern unterschiedliche Bezeichnungen der Rechtsakte nichts. Die Frage, ob die vollziehende Behörde in diesem Rahmen ihre Konkretisierungsbefugnis überschritten hat, sollte generell als tauglicher Gegenstand einer prinzipialen Normenkontrolle angesehen werden, sofern eine entsprechende Regelungsintention des Normgebers besteht. Im Gegenzug ist bei der Überprüfung von Verwaltungsvorschriften grundsätzlich eine Einschätzungsprärogative des Normgebers zu akzeptieren.