

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 554

Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers

Zur Kontrolldichte verordnungsgeberischer
Entscheidungen

Von

Dr. Thomas von Danwitz



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS VON DANWITZ

Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 554

Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers

**Zur Kontrolldichte verordnungsgeberischer
Entscheidungen**

Von

Dr. Thomas von Danwitz



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Danwitz, Thomas von:

Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers: zur
Kontrolldichte verordnungsgeberischer Entscheidungen / von
Thomas von Danwitz. — Berlin: Duncker u. Humblot, 1989
(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 554)

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 1988

ISBN 3-428-06573-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Hagedornsatz, Berlin 46

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-06573-5

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist durch die stetig steigende Bedeutung der Verordnungsgebung, vor allem in der gerichtlichen Praxis, veranlaßt worden. Sie stellt den Versuch dar, Art und Umfang der gestaltungspolitischen Freiräume der normsetzenden Exekutive in ihrer praktischen Handhabung zu erfassen, eine Fehlertypologie der Verordnungsgebung zu erstellen und die unterschiedlichen Intensitätsstufen der richterlichen Prüfung herauszuarbeiten.

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn hat die vorliegende Arbeit im Sommersemester 1988 als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Januar 1988 abgeschlossen. Rechtsprechung und Schrifttum konnten in Fußnoten noch bis Juni 1988 berücksichtigt werden.

Herrn Prof. Dr. Fritz Ossenbühl danke ich nicht nur für die Anregung und umfassende Förderung dieser Studie. Seine Lehre hat mich erst dazu befähigt, die Fragestellungen der vorgelegten Untersuchung bearbeiten zu können. Für die Erstattung des Zweitgutachtens im Promotionsverfahren bin ich Herrn Prof. Dr. Jost Pietzcker zu Dank verpflichtet.

Die Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. (Institut für Begabtenförderung) hat die Anfertigung der Arbeit durch die Gewährung eines Stipendiums ermöglicht. Auch dafür danke ich herzlich.

Schließlich möchte ich Frl. Maack und Frl. Hambüchen für Ihre Mühen beim Korrekturlesen der Arbeit vielmals danken und diejenigen einbeziehen, die mir deren Erstellung durch manches aufmunternde Wort leicht gemacht haben.

Thomas von Danwitz

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung

I. Problemzugang und Schwerpunkte	19
II. Terminologische Zuordnungen	22
1. Der Begriff der Rechtsverordnung	23
a) Die Abgrenzung gegenüber anderen exekutiv erlassenen Normen ..	23
b) Die Wahrnehmung delegierter Rechtssetzungsbefugnis als konstitutives Merkmal	25
aa) Der formalisierte Verordnungsbegriff	26
bb) Die materielle Betrachtung	27
c) Definition	27
2. Delegation und Art.80 GG	28
a) Die Delegationsterminologie	28
b) Erweiterungen	29
aa) Parallelzuständigkeit und Verantwortung	29
bb) Unechte Delegation und Kompetenzkonkurrenz	30
cc) Auswirkungen	31
c) Verfassungsunmittelbare Verordnungskompetenz?	32
3. Gestaltungsfreiheit oder Ermessen des Verordnungsgebers?	33
a) Terminologische Verwirrung	34
b) Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit und Verwaltungsermessen	35
aa) Die These einheitlicher Ermessensstruktur	35
bb) Unterschiede beider Rechtsinstitute	36
c) Verordnungsgebung als Ausdruck von Gestaltungsfreiheit	38
III. Eingrenzung des Themas	39
1. Beschränkung auf das Spannungsfeld zwischen Verordnungsgebung und Rechtsprechung	40
2. Ausgrenzung des Problems gesetzesändernder Rechtsverordnungen	41
3. Nichtberücksichtigung bundesstaatlicher Aspekte	42

IV. Der Gang der Untersuchung	43
-------------------------------------	----

Kapitel 2

Die Verordnungsgebung im Gewaltenteilungs- system des Grundgesetzes

I. Gewaltenteilung als kooperatives Zuordnungssystem	45
1. Verfassungspolitischer Wandel und Gewaltenteilung	45
2. Umwertungen in der Gewaltenteilungslehre	46
a) Aussagekraft des Gewaltenkooperationsmodells	46
b) Funktionsgerechte und organadäquate Aufgabenzuordnung	47
3. Konsequenzen für die Kontrolle der Verordnungsgebung	48
a) Art. 80 GG als Ausdruck kooperativer Rechtssetzungszuständigkeit ..	48
b) Funktionsgerechtigkeit und Organadäquanz in der Verordnungsgebung .	49
aa) Die Zuordnung der Entscheidungsgegenstände	50
bb) Die maßgebliche Verfahrensstruktur	51
cc) Die Notwendigkeit verordnungsgeberischer Gestaltungsfreiheit ..	51
dd) Die Auswahl des Ermächtigungsadressaten	53
II. Die Verordnungsgebung in funktionaler Sichtweise	53
1. Die unterschiedlichen Funktionen der Verordnungsgebung	54
a) Die Rechtssetzungsfunktion	54
b) Die Rechtsanwendungsfunktion	54
c) Entbehrlichkeit der funktionellen Unterscheidung?	55
2. Die Aussagekraft unterschiedlicher Verordnungsfunktionen	56
a) Eingrenzung des Anwendungsbereichs	56
b) Normbestand und Verordnungsfunktion	57
aa) Rechtskonkretisierung als Folge gesetzlicher Prädetermination ..	57
(1) Bedeutung des Parlamentsvorbehalts	57
(2) Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm	58
(3) Die grundrechtlichen Vorgaben	59
bb) Rechtssetzungselemente als Konsequenz gesetzgeberischer Rege- lungsabstänzen	60
3. Problembereiche	60
a) Die Bestimmtheit der Ermächtigungsdirektiven	61
b) Der Konkretisierungsgrad der Verordnung	61
c) Die Abgrenzung zur Gesetzgebung	62

Inhaltsverzeichnis	11
III. Die Verordnungsgebung aus kompetenzieller Sicht	62
1. Verantwortlichkeit des Verordnungsgebers	63
2. Exekutivverantwortung und Zustimmungsverordnungen	64
a) Bilanz der Rechtsprechung	64
b) Folgerungen	65
3. Unterschiede exekutiver und legislativer Entscheidungsträgerschaft	66
a) Das Legitimationsdefizit	66
b) Die Anforderungen an das Rechtssetzungsverfahren	67
4. Ergebnis	68
IV. Konsequenzen für die gerichtliche Kontrollfunktion	68
1. Die Abhängigkeit gerichtlicher Kontrolldichte vom überprüften Entscheidungsträger	68
a) Die Frage nach der Verdichtungskompetenz	69
b) Der originäre Rechtsgestaltungsauftrag des Verordnungsgebers	69
2. Differenzierungskriterien für die richterliche Prüfung	70
a) Standortbestimmung der Gestaltungsfreiheit	71
b) Notwendige Differenzierungen	71
aa) Die Organstellung	72
bb) Das Verordnungsverfahren	72

Kapitel 3

Fehlertypologie der Verordnungsgebung

A. Fehlertypologie der Rechtsverordnungs- ermächtigungen

	73
I. Die Zuständigkeit des Gesetzgebers	74
1. Allgemeine Grundsätze	75
2. Unvereinbarkeit bundesrechtlicher Verordnungsgebung mit Art. 75 GG?	75
II. Der Kreis der Delegatäre	77
1. Die Einhaltung des Art. 80 I S. 1 GG	77
2. Das Auswahlermessen des Gesetzgebers im Rahmen des Art. 80 I S. 1 GG	78
III. Die Wahrung des Parlamentsvorbehalts	79
1. Die Umgrenzung des Parlamentsvorbehalts	80
a) Die Rechtsprechung des BVerwG	80

aa) Einschränkung des Wesentlichkeitsmerkmals	81
bb) Kompensation durch Grundrechtsgewährleistungen	82
cc) Grenzen gesetzlicher Normierbarkeit	83
b) Unterschiede zur Rechtsprechung des BVerfG	83
aa) Konsequenzen aus der Intensitätsstufung	84
bb) Rückkehr zum Eingriffsmerkmal	84
c) Bilanz	85
2. Das Verhältnis des Parlamentsvorbehalts zum Bestimmtheitsgebot des Art. 80 I S.2 GG	86
a) Rechtsprechungsmaterial	87
aa) Die Judikatur des BVerfG	87
bb) Die Rechtsprechung des BVerwG	88
b) Ansätze im Schrifttum	89
c) Abwägung	90
aa) Selbstentscheidung versus Leitentscheidung?	91
bb) Inhalt, Zweck und Ausmaß als parlamentarische Leitentscheidung	92
cc) Die Problematik der Kontrollintensität	93
d) Fazit	95
IV. Die Bestimmtheit der Ermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß gem. Art. 80 I S.2 GG	95
1. Entwicklungslinien der Rechtsprechung	96
a) Das Auslegungsmodell	96
b) Die Beschränkung auf die Zweckbestimmtheit	97
c) Der Bestimmtheitsgrad	98
d) Abkehr von den Bestimmtheitsformeln	99
2. Folgerungen	100
3. Kritik	101
a) Stellungnahmen im Schrifttum	101
b) Eigener Ansatz	101
4. Aspekte einer Neuorientierung	103
V. Die gesetzliche Festlegung von Mitwirkungsrechten an der Verordnungsgebung	105
1. Die verschiedenen Beteiligungsverfahren	106
a) Die unterschiedlichen Mitwirkungsorgane	106
b) Die unterschiedlichen Mitwirkungsformen	107
2. Grundlagen der verfassungsrechtlichen Beurteilung	107

a)	Die Bedeutung des Art. 80 GG	107
b)	Die Einhaltung der Verantwortungszurechenbarkeit	108
c)	Die Abgrenzungsproblematik	109
aa)	Die Entscheidungsbefugnis als Kriterium	109
bb)	Das Initiativrecht als Kriterium?	110
d)	Zusammenfassung	111
3.	Die Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Parlamentsplenums	112
a)	Vorgefundene Argumentationsraster	112
b)	Die parlamentarische Zustimmung als rechtliches Aliud zur Gesetzgebung	113
c)	Die Einhaltung der Verantwortungszurechenbarkeit	114
d)	Das Erfordernis „legitimen Interesses“ des Gesetzgebers	115
4.	Die Zustimmungsvorbehalte zugunsten von Parlamentsausschüssen	116
a)	Das Eingreifen des Delegationsverbots nach Art. 80 I S. 1 GG	116
b)	Der parlamentsrechtliche Status der Ausschüsse	117
aa)	Defizitäre Repräsentation des Volkes in den Parlamentsausschüssen	117
bb)	Die Nichtöffentlichkeit der Ausschußberatungen	118
cc)	Die organschaftliche Stellung der Ausschüsse	118
c)	Eigene Lösung	119
aa)	Die zeitliche und fachliche Zustimmungseffizienz	120
bb)	Der Anwendungsbereich zulässiger Ausschußvorbehalte	121
cc)	Die Öffentlichkeit des Zustimmungsverfahrens	122
d)	Ergebnis	122
5.	Die Mitwirkungsvorbehalte zugunsten korporativ verfaßter Gremien	123
a)	Der Fall des § 29 I BSchVG	123
b)	Die Regelung des § 14 PostVerwG	124
VI.	Parlamentarische Verfahrensbeteiligung als Kompensationsform unzureichender gesetzlicher Determinierung	125
1.	Der Diskussionsstand	126
a)	Die Rechtsprechung	126
b)	Das Schrifttum	127
2.	Die Elemente des Kompensationsgedankens	128
a)	Das Kompensationsbedürfnis	128
b)	Mögliche Kompensationswirkungen	129
aa)	Verschiebung parlamentarischer Entscheidungstätigkeit	129
bb)	Kompensationswirkung und Ratio des Art. 80 I S. 2 GG	130
cc)	Kompensation contra Entlastung	131

c) Adäquanz der parlamentarischen Verfahren?	132
3. Ergebnis	133
<i>B. Fehlertypologie für die Ausübung der Verordnungsbefugnis</i>	
I. Die formell-rechtlichen Vorgaben der Ordnungsgebung	134
1. Funktionslosigkeit als Erlöschensgrund der Verordnung	135
2. Die Zuständigkeit des Ordnungsgebers	136
3. Die Einhaltung des Zitiergebots des Art. 80 I S.3 GG	136
4. Die ordnungsgemäße Verkündung der Rechtsverordnung	137
5. Die Begründungspflicht des Ordnungsgebers	138
a) Der Diskussionsstand	138
b) Die Ableitung des Begründungserfordernisses	139
c) Der Umfang der Begründungspflicht	140
aa) Unterschiedliche Orientierungsansätze	141
bb) Notwendige Bestandteile der Begründungspflicht	141
d) Wahrung der Begründungspflicht durch Art. 80 I S.2 GG?	142
6. Die Deckung ordnungsgeberischer Rechtssetzung durch die Ermächti- gungsnorm	143
a) Die Vorgehensweise der Rechtsprechung	143
b) Der Ermächtigungsumfang als formelle Grenze der ordnungsgeberi- schen Gestaltungsfreiheit	144
c) Bindungswirkungen der ordnungsgeberischen Definition des Er- mächtigungsrahmens für die gerichtliche Kontrolle?	145
II. Die materielle Rechtmäßigkeit der Ordnungsgebung	146
1. Der anzuwendende Prüfungsmaßstab	146
a) Die problematischen Konstellationen	147
b) Lösungsansätze	147
2. Die Bedeutung des einfachen Gesetzesrechts	149
3. Verfassungsrechtliche Wirksamkeitsanforderungen an die Ordnungsgebung	150
a) Die Wahrung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 I GG	151
aa) Die Wahl der Differenzierungskriterien	151
bb) Das Verhältnis von Art. 3 I GG und Art. 80 I S.2 GG	152
b) Die Einhaltung der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG	153

aa) Der Sonderfall: Ein „Überschuß“ an Prüfungsanforderungen ...	154
bb) Erforderlichkeitsprüfung und Gestaltungsfreiheit	154
cc) Bilanz	155
c) Weitere Aspekte materieller Verfassungsmäßigkeit	156
III. Die Rechtsfolgen fehlerhafter Verordnungsgebung	156
1. Die Nichtigkeitsrechtsfolge	157
2. Ausnahmen bei Verfahrensverstößen	158
a) Die Differenzierungskriterien des BVerwG	158
b) Annäherung an die Nichtigkeitsvoraussetzungen von Verwaltungsakten	159
c) Bedenken	160

Kapitel 4

Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers

I. Modelle zur Begründung der Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers ...	161
1. Die Herleitung verordnungsgeberischer Gestaltungsfreiheit	161
a) Der Entscheidungstyp	162
b) Die Regelungsmaterie	163
c) Betroffene Rechtsgüter	164
d) Fazit	164
e) Kernbereich verordnungsgeberischer Gestaltungsfreiheit	166
2. Die Anlehnung an die Kategorie gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit ..	167
a) Das Bild der Rechtsprechung	167
b) Der dogmatische Hintergrund	168
3. Die Anwendung der Lehre vom Verwaltungsermessen	169
a) Die Verordnungsgebung als Rechtsanwendung	169
b) Die Verordnungsgebung als Exekutiventscheidung	169
c) Die einzelnen Ermessensfehler	170
aa) Ermessensüberschreitung	170
bb) Ermessensunterschreitung	170
cc) Ermessensmißbrauch	171
d) Kritik	171
4. Die Heranziehung der Grundsätze über das Planungsermessen	172
a) Die Position des BVerwG	173
b) Sonderfall: Planungsentscheidungen in Verordnungsgestalt	173
c) Bewertung	174

5. Vergleichbarkeit mit der Bindung des Landesgesetzgebers an bundesrechtliche Rahmenvorschriften?	175
a) Gemeinsamkeiten	175
b) Unterschiede	176
6. Die verordnungsgeberische Gestaltungsfreiheit als eigenständige Kategorie	177
a) Begründung	177
b) Konsequenzen	178
II. Dimensionen verordnungsgeberischer Gestaltungsfreiheit	179
1. Die Entschließungsfreiheit des Verordnungsgebers	179
a) Der Grundsatz bestehender Entschließungsfreiheit	179
b) Die Verpflichtung der Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen	180
aa) Die Verpflichtung aus der Ermächtigungsnorm	180
bb) Der Fall der Ermessensreduzierung auf Null	181
cc) Verordnungserlaß kraft Verfassungsverpflichtung	181
c) Überprüfungspflicht fortbestehender Verordnungsvoraussetzungen ..	182
d) Die Verpflichtung zur Aufhebung von Verwaltungsrecht	182
aa) Die Ausdehnung verordnungsgeberischer Entscheidungsfreiräume	183
bb) Kritik	183
cc) Ergebnis	184
2. Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers	185
a) Verfassungsrechtliche Eingrenzungen	185
b) Die Reichweite einfach-gesetzlicher Bindungen	186
c) Die Bedeutung bestehenden Verwaltungsrechts	186
d) Zusammenfassung	187
III. Art und Umfang der Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers	187
1. Die Struktur der Verordnungsgebung	187
a) Die Bindung des Verordnungsgebers an kognitive Elemente der Ermächtigung	188
b) Die Gestaltungsfreiheit als Konsequenz volitiver Elemente der Ermächtigung	189
c) Anwendungsprobleme	190
d) Grenzen der normstrukturellen Betrachtung	190
2. Die unterschiedlichen Verordnungstypen	191
a) Der Ermächtigungsadressat als Differenzierungskriterium	192
b) Die Abstufung aufgrund des Konkretisierungsgrads	193
c) Die Unterscheidung anhand der Mitwirkungsorgane	194

Inhaltsverzeichnis	17
aa) Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Parlamentsplenums	195
bb) Zustimmungsvorbehalte zugunsten von Parlamentsausschüssen ..	196
d) Die Verschiedenartigkeit der Regelungsmaterie	197
3. Fazit	198
IV. Die gerichtliche Kontrolldichte als Funktion verordnungsgeberischer Gestaltungsfreiheit	198
1. Gegenstände gerichtlicher Überprüfung	199
a) Die Rechtsverordnung als Kontrollgegenstand	199
b) Die Verordnungsbegründung als zusätzlicher Prüfungsaspekt?	199
c) Die Sachverhaltsermittlung	200
d) Der Abwägungsvorgang als Prüfungsgesichtspunkt?	201
e) Ergebnis	202
2. Die Anwendung adäquater Kontrollmaßstäbe	202
a) Die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe	203
aa) Die Evidenzkontrolle	203
bb) Der Vertretbarkeitsmaßstab	204
cc) Die intensivierte Inhaltskontrolle	204
b) Defizitäre Anwendungspraxis	205
aa) Die angewandten Differenzierungskriterien	205
bb) Fehlende Gesichtspunkte	206
cc) Die Nichtberücksichtigung kompetenzieller Aspekte	206
c) Aspekte einer stringenten Maßstabsbildung	207
aa) Unterschiede zur Kontrolle gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit	208
bb) Maßstabsbildung als Produkt unterschiedlicher Kriterien	209
d) Zusammenfassung	210
 <i>Kapitel 5</i> Gesamtergebnis	
	211
 Literaturverzeichnis	
	217

Kapitel 1

Einleitung

I. Problemzugang und Schwerpunkte

Die Untersuchung der Rechtsverordnungen und der Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers wirft Fragen auf, die im Stellenwert der Verordnungsgebung zu anderen staatlichen Handlungsformen und ihrer Beziehung zur gerichtlichen Kontrolle gründen.

Das Dilemma des Umfangs gerichtlicher Kontrolle kann wohl kaum treffender als mit den Worten *Karl Zeidler* zum Ausdruck gebracht werden:

„Die Väter unserer Verfassung sahen eben die Rechte des Bürgers bei den Gerichten besser aufgehoben, als bei den anderen Verfassungsorganen, und die Gerichte haben den ihnen zugeschobenen vollen Becher der Verantwortung bis zur Neige geleert. Manchmal haben sie sich auch unaufgefordert nachgeschenkt.“¹

Das Verhältnis der Rechtsprechung zur Verwaltung² einerseits und zur Gesetzgebung³ andererseits gehört dementsprechend zu den Standardthemen der rechtswissenschaftlichen Diskussion zum Gewaltenteilungssystem des grundgesetzlichen Rechtsstaats. Die Frage nach der Reichweite des richterlichen Kontrollzugriffs hat grundsätzliche Behandlung im Lichte des in Art. 20 II S. 2 GG verankerten Gewaltenteilungsprinzips erfahren⁴ und ist im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsverantwortung und Rechtsschutzgarantie für den Bürger⁵ auf dem Hintergrund unterschiedlicher Entscheidungsart,⁶ -träger-schaft⁷ und gesetzlicher Grundlage⁸ problematisiert worden.

¹ *Karl Zeidler*, *Der Staat* 1 (1962), S. 321 (326).

² Siehe *Scholz/Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: *VVDStRL* 34 (1976), S. 145 ff., S. 221 ff.; *Becker/Rumpf*, *Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung* in: *VVDStRL* 14 (1956), S. 96 ff., S. 136 ff.

³ Vgl. *Benda*, *DÖV* 1979, S. 465 ff.

⁴ *Ossenbühl*, *DÖV* 1980, S. 545 (551 f.).

⁵ So *Schmidt-Aßmann*, in: *VVDStRL* 34 (1976), S. 221 (222).

⁶ Zu administrativen Prognoseentscheidungen *Ossenbühl*, in: *FS C.F. Menger*, 1985, S. 731 ff.; *Nierhaus*, *DVBl.* 1977, S. 19 ff.; zu „zieldiktierten“ Planungsentscheidungen: *Hoppe*, in: *FS BVerwG*, S. 295 (302 ff.).

⁷ *BVerwGE* 72, 195, (206) — Börsenvorstand —; *BVerwGE* 65, 19 (22 f.); 62, 330 (339 f.) — Sortenausschuß —; 59, 213 (216 f.) — Eintragungsausschuß für Architekten —; 39, 197 (203 f.) — Bundesprüfstelle nach GjS —.

⁸ Siehe *Schmidt-Aßmann*, in: *MD*, Art. 19 IV Rdnr. 217.

Die Rechtsprechung — vor allem⁹ — des BVerfG hat die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers unter Zurücknahme der eigenen Kontrolldichte als eine feststehende Kategorie etabliert¹⁰, die trotz mancher Bedenken an ihrer inneren Stimmigkeit¹¹ von der klaren Tendenz geprägt ist, Freiräume des Gesetzgebers sicherzustellen.¹²

Demgegenüber werden Umfang und Intensität des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Exekutive primär aus der Perspektive der Zuordnung von Art. 20 III GG und Art. 19 IV S. 1 GG betrachtet. Die Rechtsgebundenheit der Verwaltung wird durch die Garantie effektiven Rechtsschutzes in der Weise ergänzt, daß aufgrund der richterlichen Prüfungsbefugnis eine umfassende Würdigung des Rechtsschutzbegehrens erfolgen und darüber letztverbindlich entschieden werden kann.¹³ Die vollständige Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bildet den Grundsatz verwaltungsgerichtlicher Kontrollkompetenz.¹⁴

Die sog. normative Ermächtigungslehre¹⁵ des BVerfG¹⁶ und der herrschenden Lehre¹⁷ hält Ausnahmen im Sinne verringerter Kontrolldichte nur insoweit für statthaft, als dies vom Gesetzgeber durch Einräumung von Ermessens-, Beurteilungs- oder Gestaltungsspielräumen angeordnet ist.

Dieses Bild unterschiedlicher Funktionen der Rechtsprechung gegenüber Gesetzgebung einerseits und Verwaltungshandeln andererseits eröffnet die Problematik, die den Ausgangspunkt der Untersuchung der gerichtlichen Kontrolle der Verordnungsgebung markiert, nämlich die „Zwisterstellung“ der Verordnungsgebung zwischen der Rechtssetzung bei funktioneller Betrachtungsweise¹⁸ und dem Verwaltungshandeln, als das sie sich aus kompetenzieller Sicht darstellt.

Im Gegensatz zur gerichtlichen Kontrolle von Gesetzgebung und einzelfallentscheidendem Verwaltungshandeln liegt der gerichtlichen Überprüfung der

⁹ Auch *BVerwGE* 54, 124 (130f.).

¹⁰ *BVerfGE* 74, 33 (80), 182 (200); 297 (339); 54, 237 (250f.); 53, 135 (145); 50, 290 (332ff.); 50, 50 (51).

¹¹ Siehe *Badura*, in: FS Fröhler, 1980, S. 321 (340ff.) und *Seetzen*, in: NJW 1975, S. 429 (431ff.).

¹² *BVerfGE* 50, 50 (51).

¹³ *BVerfGE* 61, 82 (111); 51, 304 (312); 35, 263 (274); 31, 113 (117); 21, 191 (194f.); 18, 204 (212); 15, 275 (282).

¹⁴ *Stern*, Bd. I, 1984, S. 851f.; *Schmidt-Aßmann*, in: MD, Art. 19 IV Rdnr. 183; *Schenke*, in: BK, Art. 19 IV Rdnr. 304, 306, 338; *Redeker/v. Oertzen*, § 114 Rdnr. 11; *Badura*, JA 1984, 83 (90). Die entgegenstehende Vertretbarkeitslehre von Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 1983, S. 8ff.; *ders.* DVBl. 1973, S. 756 (758) hat sich nicht durchsetzen können.

¹⁵ Der Ausdruck stammt von *Schmidt-Aßmann*, in: MD, Art. 19 IV Rdnr. 185.

¹⁶ *BVerfGE* 61, 82 (111) m.w.N.

¹⁷ Aus dem neueren Schrifttum: *Badura*, FS Bachof, 1984, S. 169 (170f.); *Stettner*, DÖV 1984, S. 611 (616).

¹⁸ Vgl. *Maunz*, in MD, Art. 80 Rdnr. 1,2.

Verordnungsgebung kein systematisch geschlossenes¹⁹ oder einheitlich gehandhabtes²⁰ Prüfungsraster zugrunde. Während in der Rechtsprechung formelhafte Skizzen²¹ und unzureichende Begründungen²² das Bild prägen, finden sich im Schrifttum zwar unterschiedliche Modelle,²³ jedoch haben diese im Hinblick auf die Kriterien dogmatischer Ableitung, notwendiger Differenzierung, systematischer Ausformung und innerer Stimmigkeit deutliche Kritik hervorgerufen.²⁴

Diesem Befund steht nicht nur das dogmatische Bedürfnis nach Klärung der verwaltungsgerichtlichen Aufgabe bezüglich der Verordnungsgebung gegenüber, sondern vor allem die praktische Bedeutung der Rechtsverordnungen als der „häufigsten Fundstelle für geltende Rechtssätze“. ²⁵ Auch in der Spruchpraxis der Gerichte findet die hohe Relevanz von Rechtsverordnungen ihren Niederschlag.²⁶ Gerichtliche Kontrolldichte und verordnungsgeberische Gestaltungsfreiheit beschreiben zwar das wachsende Problembewußtsein für den im Einzelfall anzuwendenden Maßstab gerichtlicher Kontrolle. Gleichzeitig wird aber deutlich, daß mit dem Maßstabsproblem nur ein Aspekt der Rechtsprechung zum Verordnungsrecht genannt ist. Die für Gerichtspraxis und Ministerialverwaltung primär relevante Frage, welche Beanstandungen bei Rechtsverordnungen festzustellen sind, d.h. welche Ansatzpunkte sich für die gerichtliche Überprüfung ergeben, ist damit einer Beantwortung noch nicht näher gebracht worden.

Die Frage nach einer Fehlertypologie der Rechtsverordnungen leitet ihre Bedeutung aber nicht nur aus dem Streben nach vollständiger Erfassung des Prüfungsprogramms der Rechtsprechung ab. Rein praktisch ist diese in der Handhabung als „Check-Liste“²⁷ bei der Schaffung einer ordnungsgemäßen Ermächtigungsgrundlage durch den Gesetzgeber bzw. einer rechtmäßigen Ausübung der Verordnungsbefugnis durch den Verordnungsgeber zu sehen.²⁸

¹⁹ So *Schmidt-Aßmann*, in: MD, Art. 19 IV Rdnr. 217.

²⁰ Vgl. als Beispiele *BVerwG* DVBl. 1986, S. 622f. und *BVerwGE* 70, 318 (332) aus jüngster Zeit.

²¹ Vgl. die Zusammenstellung bei *Wilke*, AöR 98 (1973), S. 196 (233f.) und *BVerfGE* 42, 374 (387f.); *BVerwGE* 60, 25 (44ff.); 74, 67 (71); ausführlicher *BVerwG* NVwZ 1986, S. 651 (653).

²² *BVerwGE* 68, 69 (75f.); DVBl. 1986, S. 51 (52); *Buchholz* 235 § 47 Nr. 2; anders hingegen: *BVerwGE* 70, 318 (326ff.).

²³ Etwa bei *Zuleeg*, DVBl. 1970, S. 157 (159ff.); *Kutscheidt*, NVwZ 1984, S. 409 (410); *Schmidt-Aßmann*, in: MD, Art. 19 IV Rdnr. 217.

²⁴ So *Ossenbühl*, FS H. Huber, 1981, S. 283 (286ff.).

²⁵ So *Kirchhof*, in: FS BVerfG II, S. 50 (82), für dessen Feststellung auch noch heute uneingeschränkte Gültigkeit besteht; vgl. die statistischen Angaben bei *Bryde*, in: v. Münch, GG-K, Art. 80, Anhang.

²⁶ Beispielhaft seien genannt: *BVerwGE* 64, 77 (101); 70, 318 (332, 335, 339); 71,1 (5f.); NVwZ 1986, S. 651 (653); *HessStGH* NVwZ 1984, S. 99 (100); *NdsStGH* NVwZ 1985, S. 561; *BayVerfGH* VGHE 34, 65 (75); *OVG Lüneburg* OVG 37, 330 (341); *BWVGH* NVwZ 1983, S. 369 (370); *BayVGH* DVBl. 1983, S. 1157 (1160f.).

²⁷ Siehe *Benda*, DÖV 1979, S. 465 (469).