

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 Ordnungsgebers? .....	33
a) Terminologische Verwirrung .....	34
b) Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit und Verwaltungsermessen .....	35
aa) Die These einheitlicher Ermessensstruktur .....	35
bb) Unterschiede beider Rechtsinstitute .....	36
c) Ordnungsgebung als Ausdruck von Gestaltungsfreiheit .....	38
III. Eingrenzung des Themas .....	39
1. Beschränkung auf das Spannungsfeld zwischen Ordnungsgebung 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
<b>II. Dimensionen verordnungsgeberischer Gestaltungsfreiheit .....</b>	<b>179</b>
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
<b>III. Art und Umfang der Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers .....</b>	<b>187</b>
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> <b>Gesamtergebnis</b>	
	211
 <b>Literaturverzeichnis</b>	
	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.“<sup>1</sup>

Das Verhältnis der Rechtsprechung zur Verwaltung<sup>2</sup> einerseits und zur Gesetzgebung<sup>3</sup> 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 erfahren<sup>4</sup> und ist im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsverantwortung und Rechtsschutzgarantie für den Bürger<sup>5</sup> auf dem Hintergrund unterschiedlicher Entscheidungsart,<sup>6</sup> -träger-schaft<sup>7</sup> und gesetzlicher Grundlage<sup>8</sup> problematisiert worden.

<sup>1</sup> *Karl Zeidler*, *Der Staat* 1 (1962), S. 321 (326).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Vgl. *Benda*, *DÖV* 1979, S. 465 ff.

<sup>4</sup> *Ossenbühl*, *DÖV* 1980, S. 545 (551 f.).

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

<sup>6</sup> 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.).

<sup>7</sup> *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 —.

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

Die Rechtsprechung — vor allem<sup>9</sup> — des BVerfG hat die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers unter Zurücknahme der eigenen Kontrolldichte als eine feststehende Kategorie etabliert<sup>10</sup>, die trotz mancher Bedenken an ihrer inneren Stimmigkeit<sup>11</sup> von der klaren Tendenz geprägt ist, Freiräume des Gesetzgebers sicherzustellen.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup> Die vollständige Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bildet den Grundsatz verwaltungsgerichtlicher Kontrollkompetenz.<sup>14</sup>

Die sog. normative Ermächtigungslehre<sup>15</sup> des BVerfG<sup>16</sup> und der herrschenden Lehre<sup>17</sup> 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 „Zwitterstellung“ der Verordnungsgebung zwischen der Rechtssetzung bei funktioneller Betrachtungsweise<sup>18</sup> 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

<sup>9</sup> Auch *BVerwGE* 54, 124 (130f.).

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

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

<sup>12</sup> *BVerfGE* 50, 50 (51).

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

<sup>14</sup> *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.

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

<sup>16</sup> *BVerfGE* 61, 82 (111) m.w.N.

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

<sup>18</sup> Vgl. *Maunz*, in MD, Art. 80 Rdnr. 1,2.

Verordnungsgebung kein systematisch geschlossenes<sup>19</sup> oder einheitlich gehandhabtes<sup>20</sup> Prüfungsraster zugrunde. Während in der Rechtsprechung formelhafte Skizzen<sup>21</sup> und unzureichende Begründungen<sup>22</sup> das Bild prägen, finden sich im Schrifttum zwar unterschiedliche Modelle,<sup>23</sup> jedoch haben diese im Hinblick auf die Kriterien dogmatischer Ableitung, notwendiger Differenzierung, systematischer Ausformung und innerer Stimmigkeit deutliche Kritik hervorgerufen.<sup>24</sup>

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“. <sup>25</sup> Auch in der Spruchpraxis der Gerichte findet die hohe Relevanz von Rechtsverordnungen ihren Niederschlag.<sup>26</sup> 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“<sup>27</sup> bei der Schaffung einer ordnungsgemäßen Ermächtigungsgrundlage durch den Gesetzgeber bzw. einer rechtmäßigen Ausübung der Verordnungsbefugnis durch den Verordnungsgeber zu sehen.<sup>28</sup>

<sup>19</sup> So *Schmidt-Aßmann*, in: MD, Art. 19 IV Rdnr. 217.

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

<sup>21</sup> 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).

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

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

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

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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); *BWVG* NVwZ 1983, S. 369 (370); *BayVGH* DVBl. 1983, S. 1157 (1160f.).

<sup>27</sup> Siehe *Benda*, DÖV 1979, S. 465 (469).