

# Gehörige Kundmachung, generelle Weisungen und Verordnungen

Franz Merli, Wien

## Übersicht:

- I. Der VfGH als Weisungsgericht?
- II. Weisungen als Verordnungen?
- III. Verwaltung ohne Weisungen?
- IV. Außenwirkung wider Willen?
- V. Rechtssicherheit durch Weisungskontrolle?
- VI. Weisungen als Weisungen?

## I. Der VfGH als Weisungsgericht?

*Christian Kopetzki* hat sich trotz aller Spezialisierung immer wieder mit allgemeinen Themen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts beschäftigt – natürlich, möchte man sagen, denn das Allgemeine steckt ja immer im Besonderen; aber nicht jeder sieht es. Eines dieser Themen ist die Rolle von Weisungen.<sup>1)</sup> Erst unlängst hat er auf die Folgen der Rechtsprechungsänderung des VfGH zu Art 89 B-VG<sup>2)</sup> für den Umgang der Gerichte mit Erlässen hingewiesen:

„Künftig werden die Gerichte solche ministeriellen Erlässe darauf hin zu prüfen haben, ob sie 1. das für eine Anwendung nötige Mindestmaß an Publizität erfüllen (was zB bei einer Veröffentlichung in der RdM zu bejahen sein wird), 2. einen normativen Inhalt (und nicht bloß Informationscharakter) haben und 3. die Rechtssphäre externer Adressaten gestalten. Trifft all dies zu, sind sie – Präjudizialität vorausgesetzt – zur Anfechtung beim VfGH gem Art 139 B-VG verpflichtet, weil und sofern diesen Normen die verfassungskonforme Kundmachung im BGBl fehlt.“<sup>3)</sup>

Kürzer kann man es kaum sagen. Länger werden uns aber die Folgen beschäftigen. Auch wenn es wenig wahrscheinlich ist, dass die Verwaltungen ih-

---

<sup>1)</sup> ZB *Kopetzki*, Turnusärzte und Famulanten (1990) 27 f; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 205 ff; *Kopetzki*, Glosse zu OGH 23.11.1999, 1 Ob 269/99m, RdM 2000, 90; *Kopetzki*, 15 Jahre Unterbringungsgesetz. Eine kritische Würdigung, FamZ 2007, 22 (24); *Kopetzki*, Transsexualität – Änderung des Geschlechts auch ohne schwerwiegende (genitalverändernde) Operation (Glosse zu VwGH 27.2.2009, 2008/17/0054), RdM 2009, 158; *Kopetzki*, Netzbelten und Verfassung, RdM 2014, 149; *Kopetzki*, Maßnahmenvollzug und Grundrechte, ifAmZ 2015, 193; *Kopetzki/Bettina Perthold-Stoitzner*, Die Verbindlicherklärung der Strukturpläne aus verfassungsrechtlicher Sicht, RdM 2018, 44 (48 f); *Kopetzki* in *Perthold-Stoitzner*, UG<sup>901</sup> § 29 (Stand 1.12.2018, rdb.at) Rz 18; § 30 (Stand 1.12.2018, rdb.at) Rz 17 ff; § 36 (Stand 1.12.2018, rdb.at) Rz 10.

<sup>2)</sup> VfSlg 20.182/2017.

<sup>3)</sup> *Kopetzki*, Erlässe am Prüfstand der Gerichte, RdM 2017, 161.

ren Weisungsbestand nun systematisch nach Anwendungsfällen durchforsten und die Verwaltungsgerichte in jedem Fall, also auch wenn keine Partei sich darauf beruft, nach möglichen Erlässen fahnden, die sie bis zur Aufhebung binden könnten, werden Rechtsfragen zu Verordnungen in Weisungsform wohl öfter auftauchen. Das rechtfertigt, noch einmal darüber nachzudenken.

## II. Weisungen als Verordnungen?

Nach allgemeiner Auffassung ist ein als generelle Weisung erscheinender Akt in Wirklichkeit eine Verordnung, wenn er ein Mindestmaß an Publizität aufweist und außenwirksam ist, dh die Rechtssphäre externer Adressaten gestaltet bzw diese in ihren subjektiven Rechten berührt.<sup>4)</sup> Für die Mindestpublizität reicht dem VfGH schon eine verwaltungsinterne Verbreitung.<sup>5)</sup> Die Außenwirkung hängt nicht von der Bezeichnung, den formellen Adressaten oder der Art der Kundmachung des Akts, sondern nur von seinem Inhalt ab.<sup>6)</sup> Den häufigsten Fall solcher Verordnungen in Weisungsform bilden Anordnungen, wie die Verwaltungsorgane gesetzliche Bestimmungen zum Umgang mit externen Personen auslegen sollen.

Die Umdeutung von Weisungen in Verordnungen versteht sich nicht von selbst:<sup>7)</sup> Zum einen hat sie fragwürdige Konsequenzen (III.), zum anderen ist der Umgang mit dem Außenwirkungskriterium, auf dem sie beruht, problematisch (IV.).

<sup>4)</sup> Aus den letzten fünf Jahren zB VfSlg 19.848/2014; VfGH 25. 6. 2014, SG 1/2014, V 31/2014; VfSlg 19.999/2015; 20.053/2015; VfGH 18. 9. 2015, V 96/2015; 18. 9. 2015, V 97/2015; VfSlg 20.080/2016; VfGH 23.2.2017, V 42/2016; 6. 3. 2018, V 9/2017 ua; 28.11. 2018, V 69/2018; Hofstätter, Der Erlass im Schulrecht, Zulässige Form der Rechtsgestaltung oder Rechtsformenmissbrauch? (2013) 38, 47, 98; Hofstätter, Was darf im Bundesgesetzblatt kundgemacht werden? Zur Kundmachung von Verwaltungsverordnungen und anderer nicht außenwirksamer Rechtsakte, ÖJZ 2015, 157 (158, 159, 160); Jakub, Was ist und woran erkennt man eine Verwaltungsverordnung? ZÖR 2017, 169 (180 ff); Heitzmann, Das VfGH-Erkenntnis zur Registrierkassenpflicht, Jahrbuch Öffentliches Recht 2017, 65 (78 ff). Zu Literatur und Judikatur davor die eingehende Darstellung von Kuesko-Stadlmayer, Die „Verwaltungsverordnung“, in CioEdS Walter (2013) 369 (va 380 ff).

<sup>5)</sup> Zuletzt VfGH 23.2.2017, V 42/2016: „Diese von Art 139 B-VG geforderte Publizität ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes gegeben, wenn die Normadressaten Kenntnis vom Inhalt der rechtsgestaltenden behördlichen Enuntiation erlangen können (vgl zB VfSlg 2828/1955, 9535/1982, 16.875/2003) oder diese Enuntiation anderen Behörden (Ämtern) übermittelt wurde (vgl VfSlg 18.495/2008).“ Oft genügte auch eine *amtsinterne* Verbreitung: zB VfSlg 19.999/2015; VfGH 18. 9. 2015, V 97/2015; weitere Beispiele bei Kuesko-Stadlmayer (FN 4) 381.

<sup>6)</sup> ZB VfSlg 19.999/2015: „Maßgebend für die Qualifikation eines Rechtsaktes als Verordnung im Sinne des Art 139 B-VG ist weder der formelle Adressatenkreis noch seine äußere Bezeichnung und auch nicht die Art seiner Veröffentlichung; vielmehr kommt es auf den normativen Inhalt des Verwaltungsaktes an (vgl VfSlg 18.112/2007 mwN), der insbesondere dann anzunehmen ist, wenn er das Gesetz bindend auslegt (und sich nicht etwa in einer bloßen Wiederholung des Gesetzestextes erschöpft – vgl VfSlg 17.806/2006) und für eine allgemein bestimmte Vielzahl von Personen unmittelbar Geltung beansprucht (vgl etwa VfSlg 11.472/1987, 13.632/1993, 17.244/2004, 18.495/2008).“

<sup>7)</sup> So auch Wiedlerin, Über das elektronische Bundesgesetzblatt und die Folgen von Kundmachungsfehlern, in FS Wimmer (2008) 711 (721): „Folgerichtig ist die Gehorsamsthese demgegenüber bei internen Rundschreiben, die lediglich im Ressortbereich bekannt gemacht und dem Publikum gegenüber nicht verlautbart werden. Bei derartigen Erlässen liegt freilich nicht in der Deutung als generelle Weisung eine (der Begründung bedürftige) Umdeutung, sondern ganz im Gegenteil in der Deutung als Rechtsverordnung.“

### III. Verwaltung ohne Weisungen?

Als wichtigste Konsequenz der Umdeutung verliert die Verwaltung in weiten Bereichen die Fähigkeit, generell-abstrakte Weisungen zu erteilen: Was immer sie zum Umgang mit den Bürgerinnen und Bürgern anordnet, wird schon mit der bloß internen Bekanntgabe zur Verordnung, ob sie will oder nicht. Für generelle Weisungen bleibt dann nur mehr der innerorganisatorische Bereich und die Verfolgung rein öffentlicher Interessen.<sup>8)</sup>

In Deutschland und der Schweiz ist das nicht so: Generell-abstrakte „verhaltenslenkende“ oder „vollzugslenkende“ Weisungen, etwa zur Interpretation von Gesetzen oder der Steuerung von Ermessen, sind dort durchaus möglich und zulässig, und sie werden von (Rechts-)Verordnungen unterschieden.<sup>9)</sup> Auch die österreichische Verwaltung braucht generell-abstrakte Weisungen gerade für den Umgang mit Bürgerinnen und Bürgern: Weisungen helfen, rechtliche Zweifelsfragen zu klären, Spielräume gezielt zu nutzen, nachgeordnete Dienststellen und Organe zu entlasten und gleiche Fälle gleich zu entscheiden. Verordnungen eignen sich zwar auch dafür, aber sind ein überschießendes Mittel: Sie verlangen, auch die Bürgerinnen und Bürger und die Gerichte zu binden, nur um eine einheitliche Verwaltungspraxis zu erreichen. Das ist in vielen Situationen nicht sinnvoll, etwa weil die Verwaltung nur einen vorläufigen Standpunkt einnehmen, einen bestimmten Umgang mit dem Gesetz ausprobieren oder die Ansicht der Gerichte abwarten und trotzdem gleichmäßig entscheiden möchte; oder weil sie einfach die eigenen Organe, nicht aber die Gerichte selbst an ihre eigene Rechtsprechung binden will. Einen besonderen Bedarf nach Weisungen, der durch publikationspflichtige Verordnungen nicht gedeckt werden kann, hat die Verwaltung schließlich dort, wo die Vollzugssteuerung geheim bleiben muss, zB bei Grenz- oder Sicherheitskontrollen,<sup>10)</sup> bei polizeilichen Überwachungen oder bei Einsätzen des Bundesheeres im Verteidigungsfall.

Die Umdeutung von Weisungen in Verordnungen nimmt der Verwaltung also wichtige Befugnisse. Diese Befugnisse braucht sie nicht nur; sie sind ihr auch verfassungsrechtlich garantiert. Das B-VG normiert Weisungsbefugnis und Weisungsgebundenheit der Verwaltungsorgane an vielen Stellen<sup>11)</sup> und erlaubt nur beschränkte Ausnahmen. Die Weisung ist das wichtigste Instrument der Leitungsbefugnis der obersten Organe, und die Leitungsbefugnis und parla-

<sup>8)</sup> Vgl. zB *Aichleitner*, Österreichisches Verwaltungsrecht (1988) I 246: „Funktionserhaltung der Verwaltung“, „Regelung des ausschließlich amtsinternen Erscheinungsbildes von Schriftstücken“ oder „über die Inventarisierung von Gegenständen“; *Knesko-Stallnayer* (FN 4) 384.

<sup>9)</sup> ZB *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>19</sup> (2017) § 24; *Häfelinj/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>7</sup> (2016) 19 ff. Weitere Nachweise bei *Jakob* (FN 4) 179 FN 45; *Peperkorn*, Die Bindungswirkung von Erlassen im Steuerrecht, *ÖStZ* 2017, 51 (55).

<sup>10)</sup> Die geheime Steuerung von Flughafensicherheitskontrollen plagte den EuGH in seiner Entscheidung vom 10. 3. 2009, C-345/06, *Heinrich*; interessant dazu auch die Schlussanträge der Generalanwältin Rz 111 ff. Freilich spielte der Fall im Kontext der unionsrechtlichen Rechtsquellen und eines anderen Vollzugsmodells, und auch bestand letztlich gar kein Geheimhaltungsinteresse.

<sup>11)</sup> Vor allem Art 20 Abs 1, Art 102 Abs 1, Art 103 und Art 119 B-VG. Weisungen sind weiters vorgesehen in Art 9 Abs 2, Art 14 Abs 8, Art 15 Abs 2, Art 16 Abs 5 iVm Art 102 I, Art 30 Abs 3, Art 78 Abs 3, Art 78b Abs 3, Art 90a, Art 104 Abs 2 iVm Art 103, Art 113 Abs 7 und 8, Art 118 Abs 10 iVm VfSlg 13.304/1992, Art 120b Abs 2, Art 146 Abs 2 B-VG.

mentarische Verantwortlichkeit der obersten Organe bilden den zentralen Mechanismus der demokratischen Legitimation der Verwaltung.<sup>12)</sup> Dieses „Organisationskonzept der Bundesverfassung“<sup>13)</sup> könnte kaum zufriedenstellend funktionieren, wenn die Verwaltung auf individuelle und innerorganisatorische Weisungen beschränkt wäre: Gerade der Umgang mit Bürgerinnen und Bürgern bedarf der Legitimation, und Einzelweisungen geben nur punktuellen Einfluss darauf. Ähnliches gilt für die mittelbare Verwaltung: Erst die Weisungsbefugnis der Bundesminister macht die mittelbare Bundesverwaltung zur *Bundesverwaltung*;<sup>14)</sup> ohne Weisungsbindung wäre auch der übertragene Wirkungsbereich der Selbstverwaltungsträger keine Bundes- oder Landesverwaltung.<sup>15)</sup> Organisationsfragen sind bei der mittelbaren Verwaltung kein zulässiger Weisungsgegenstand, die verfassungsrechtlich vorgesehene Weisungssteuerung meint also den inhaltlichen Gesetzesvollzug. Die politische Verantwortlichkeit für den Vollzug liefe auch bei der mittelbaren Verwaltung ins Leere, wenn der Weisungseinfluss auf Einzelfälle beschränkt wäre. Das gilt ebenso für die Verwaltung durch ausgliederte Rechtsträger. So gehen die Kommentare zu Art 20 Abs 1, Art 103, Art 119 und Art 120b B-VG selbstverständlich davon aus, dass die dort vorgesehenen Weisungen auch generell-abstrakter Art sein können, und von einer Beschränkung auf den innerorganisatorischen Bereich ist auch bei der unmittelbaren Verwaltung nicht die Rede;<sup>16)</sup> andere Meinungen finden sich nur in Arbeiten zur Rechtsquellenlehre.<sup>17)</sup> Rechtsquellenlehre und Staatsorganisationsrecht fallen also auseinander, und der VfGH nimmt der Verwaltung in seiner Erlassrechtsprechung, was er ihr in seiner Organisations- und Ausgliederungsrechtsprechung sichern will. Eine Verwaltung ohne „vollzugslenkende“ generell-abstrakte Weisungsbefugnis lässt sich mit dem B-VG aber nicht vereinbaren; da hilft auch der Verweis auf mögliche Verordnungen nicht weiter.

Gegen die Umdeutung sprechen schließlich auch rechtsstaatliche Bedenken, weil sie die Bürgerinnen und Bürger bis zur Aufhebung in einem allfälligen verfassungsgerichtlichen Verfahren auch an bloß verwaltungsintern kundgemachte Anordnungen bindet.<sup>18)</sup> Im Anwendungsbereich des Unionsrechts dürfte dies auch EU-rechtswidrig sein.<sup>19)</sup>

<sup>12)</sup> Vgl. nur *Raschauer in Korinek/Holoubek ua*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (3. Lfg, 2000) Art 20/1 B-VG Rz 6 ff, 69 mwN, und die Judikatur des VfGH zu Ausgliederungen und Beleihungen, zB VfSlg 16.400/2001. Zur Bedeutung der Weisung als Leitungsinstrument und „Strukturelement des Rechtsstaates“ *Barfuß*, Die Weisung (1967) 5 ff, 9.

<sup>13)</sup> VfSlg 16.400/2001.

<sup>14)</sup> *Bußjäger in Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (15. Lfg, 2015) Art 103 B-VG Rz 12.

<sup>15)</sup> *Kahl in Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (4. Lfg, 2006) Art 119 B-VG Rz 3; vgl. auch FN 28: „das wesensstiftende Merkmal der Weisungsbindung“; *Stolzlechner in Korinek/Holoubek ua*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (6. Lfg, 2010) Art 120b B-VG Rz 35.

<sup>16)</sup> *Raschauer* (FN 12) Rz 71; *Raschauer*, ebda (4. Lfg, 2001) Art 103 B-VG, Rz 2; *Bußjäger* (FN 14) Rz 12, 13; *Weber in Korinek/Holoubek ua*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (13. Lfg, 2017) Art 119 B-VG Rz 8; Verweis auf den Weisungsbegriff des Art 20 Abs 1 B-VG; *Kahl* und *Stolzlechner* (jeweils FN 15) behandeln den Weisungsbegriff nicht.

<sup>17)</sup> *Barfuß* (FN 12) 51, 52; *Kucsko-Stadlmayer* (FN 4) 384: Eine den Umgang mit Bürgern betreffende generelle Regelung darf als Weisung keine Beachtung finden, denn dafür „fehlt es – mangels möglicher Weisungsinhalte – [...] an der Zuständigkeit (Art 20 Abs 1 B-VG)“.

<sup>18)</sup> Kritisch *Wiederin* (FN 7) 722 mwN.

<sup>19)</sup> EuGH 10. 3. 2009, C-345/06, *Heinrich*, Rz 43-45 mwN.

#### IV. Außenwirkung wider Willen?

Dass es für die Unterscheidung von Weisung und Verordnung auf die Außenwirkung ankommt, trifft offensichtlich zu. Dass für die Außenwirkung aber nur der Inhalt des Akts maßgeblich sein soll, kann nicht überzeugen.

Eine Außenwirkung scheidet zwar aus, wenn der Akt die subjektive Rechtssphäre von Personen nicht berührt; für diese Feststellung reicht tatsächlich ein Blick auf den Inhalt des Akts aus (manchmal ist allerdings mehr als ein Blick notwendig, weil die Reichweite subjektiver Rechte unklar ist). Umgekehrt muss aber nicht jeder Akt, der den Umgang von Verwaltungsorganen mit Bürgerpflichten und subjektiven Rechten betrifft, deswegen auch schon außenwirksam sein. „Verhaften Sie A!“ unterscheidet sich offensichtlich von „A, Sie sind verhaftet!“, und zwar gerade durch die fehlende Außenwirkung.

Bei generellen Akten ist die Lage etwas komplizierter, weil mit Anordnungen für die Verwaltung, etwa bestimmte Handlungen als Verwaltungsübertretungen zu bestrafen oder Bewilligungen bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zu erteilen, auch Rechte und Pflichten der betroffenen externen Personen geschaffen werden können. Bei Gesetzen ist dies regelmäßig so;<sup>20)</sup> bei anderen Anordnungen ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen. Um zu klären, ob das im konkreten Fall zutrifft, gibt es mehrere Möglichkeiten:<sup>21)</sup> Man könnte dafür, wie bei den individuellen Anordnungen, auf die formellen Adressaten abstellen; und/oder auf den Willen des anordnenden Organs, der sich zB in der Bezeichnung des Akts oder in der Art der Kundmachung ausdrückt: Ein Verkehrszeichen sollte wohl Außenwirkung haben, ein bloß amtsinternes Schreiben eher nicht.<sup>22)</sup> Wie auch immer man es aber macht, mit dem Inhalt der Anordnung allein lässt sich das nicht entscheiden.

Die herrschende Lehre und der VfGH ziehen dagegen eine bloße Innenwirkung eines Erlasses zum Umgang mit Bürgerrechten und -pflichten gar nicht in Betracht. Die Judikatur beschäftigt sich regelmäßig mit der Kundmachung und je nach Fall mit der Frage, ob der Akt überhaupt verpflichtende Wirkung hat, ob er thematisch einen Bereich subjektive Rechte betrifft und ob er über eine bloße Gesetzeswiederholung hinausgeht. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, tritt die Außenwirkung und damit der Verordnungscharakter für den VfGH automatisch ein.<sup>23)</sup> Darin liegt keine rechtstheoretische Notwendigkeit oder zwingende begriffliche Ableitung, sondern logisch eine *petitio principii* und rechtspolitisch eine Entscheidung zur Ausweitung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns.

Gibt es dafür einen Grund?

<sup>20)</sup> Ausnahmen bilden die sogenannten Selbstbindungsgesetze. In gewisser Weise sind sie das fragwürdige Gegenstück zu den Erlassen: Während unter den genannten Voraussetzungen Erlässe, von denen man es nicht erwartet, nach der Rechtsprechung immer Außenwirkung haben, sollen Selbstbindungsgesetze trotz der außenorientierten Gesetzesform nur intern gelten. Man könnte es auch so formulieren: Während die Rechtsprechung selbst Gesetzen die Möglichkeit bloßer Innenwirkung zugesteht, verwehrt sie sie den Erlassen.

<sup>21)</sup> ZB *Walter*, Die Verwaltungsverordnung, ÖJZ 1965, 29 (29 f.); *Maurer/Waldhoff* (FN 9) § 24 Rz 17 ff – oder im Ergebnis auch *VfSlg* 10.053/2015.

<sup>22)</sup> Vgl *Walter* (FN 21) 32 f.

<sup>23)</sup> Vgl die detaillierte Übersicht bei *Kuesko-Stadlmayer* (FN 4) 380 ff.

## V. Rechtssicherheit durch Weisungskontrolle?

Historisch gut erklärbar ist die Furcht vor einer geheimen und unüberprüfbar rechtlichen Parallelwelt, die zwar formal zum Binnenbereich der Verwaltung gehört, aber in Wirklichkeit über die Rechtsstellung der Bürgerinnen und Bürger entscheidet. Die „Verwaltungsverordnung“ des 19. Jahrhunderts gehörte noch zum rechtsfreien Bereich.<sup>24)</sup> In einer Verfassung ohne besondere Gewaltverhältnisse, dafür mit umfassenden Gesetzesvorbehalten, Bestimmtheitsgebot, der Pflicht zu effizientem Rechtsschutz und einer ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit könnte man sich von vornherein sicherer fühlen; besser ist aber ein genauere Blick.

Befürchtet werden Formenmissbrauch und Rechtsschutzdefizite.<sup>25)</sup> Den Rechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger verbessert die Umdeutung generell-abstrakter Weisungen in Verordnungen aber jedenfalls im Einzelfall nicht wesentlich. Eine belastende Regelung in Verordnungsform ist regelmäßig inzident und ausnahmsweise mit Individualantrag anfechtbar. Als Weisung wird ihre Irrelevanz im Anlassfall oder ausnahmsweise durch Zurückweisung eines Individualantrags gerichtlich geklärt. Im Normalfall ist Rechtssicherheit bei der Weisung schneller erlangt, weil der VfGH nicht damit befasst werden muss. Auf begünstigende Regelungen in Weisungsform kann man sich, anders als auf solche in Verordnungsgestalt, zwar nicht berufen, sie aber als Indiz für eine (rechtmäßige) Verwaltungspraxis nehmen und darauf einen Gleichbehandlungsanspruch stützen. Auch wer, zB vor großen Investitionsentscheidungen, auf die Klärung der erlassmäßigen Rechtsansicht im viel später eintretenden Anlassfall nicht warten kann, hätte nichts von einem wegen der angenommenen Verordnungsform ausnahmsweise früher zulässigen Individualantrag, weil er regelmäßig zur bloßen Aufhebung des Erlasses wegen gesetzwidriger Kundmachung statt zu einer inhaltlichen Klärung der Rechtsfrage führen würde. Das Steuerrecht, in dem diese Probleme am häufigsten auftreten, zeigt außerdem, dass die Verwaltung der Verordnungsumdeutung ausweichen kann, indem sie ihren Erlässen in der Einleitung auch die interne Normativität abspricht (und in einem performativen Selbstwiderspruch trotzdem auf ihre Beachtung baut); hier akzeptiert der VfGH den Willen der Verwaltung; und deshalb braucht es eigene Regelungen zum Vertrauensschutz.<sup>26)</sup> Schließlich können Erlassregelungen auch über das Verhalten Dritter in Rechte zB von Unternehmen eingreifen, wenn sie gesetzliche Vorschriften über deren Berechtigungsumfang eng auslegen und damit potentielle Vertragspartner abschrecken. Allerdings ist auch das eine faktische Wirkung, die nicht von der Normativität des Erlasses abhängt; eine bloße Wissensmitteilung ohne Bindungsanspruch kann sie ebenso auslösen, und deshalb passen hier andere Lösungen, zB Feststellungsverfahren, besser als die Umdeutung der Weisung in eine Verordnung.

Neben dem Rechtsschutz im Einzelfall spielt allerdings auch die Rechtsbereinigungsfunktion der formellen Aufhebung eines rechtswidrigen Akts durch den VfGH eine wichtige Rolle: Die Kundmachung der Aufhebung verschafft nicht nur den konkreten Verfahrensparteien, sondern auch die interes-

<sup>24)</sup> *Aichreiter* (FN 8) 211 ff; *Kucsko-Stadlmayer* (FN 4) 379.

<sup>25)</sup> ZB *Walter* (FN 21) 36; *Aichreiter* (FN 8) 229 ff mwN, 243, 250 ff; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2016) Rz744; *Hofstätter*, Erlass (FN 4) 51, 94, 98.

<sup>26)</sup> ZB VfSlg 14.674/1996; 16.635/2002; *Peperkorn* (FN 9) 53 f mwN.

sierte Öffentlichkeit Klarheit, und die Aufhebung selbst verhindert eine immer neue Anwendung des Akts gegenüber uninformierten oder rechtsmittelscheuen Personen.<sup>27)</sup> Auch der VfGH begründet seine neue Rechtsprechung zu Art 89 B-VG mit Rechtssicherheitsargumenten.<sup>28)</sup> Die Rechtssicherheit könnte also für eine Umdeutung von einer gerichtlich nicht aufhebbar Weisung in ein Verordnung sprechen. Doch in unserem Fall nützt eine Aufhebung der umgedeuteten Weisung meist nicht viel, weil die Aufhebung ja regelmäßig schon wegen gesetzwidriger Kundmachung und ohne Auseinandersetzung mit ihrer inhaltlichen Rechtmäßigkeit erfolgt.<sup>29)</sup> Der Bereinigung fallen also auch inhaltlich rechtmäßige Weisungen zum Opfer, und der Gewinn an Rechtssicherheit hält sich in Grenzen.

In Einzelfällen mag das anders sein, etwa wenn die Verbreitung der Weisung der ortsüblichen Kundmachung einer Verordnung entspricht und damit eine inhaltliche Beurteilung durch den VfGH ermöglicht, aber eine allgemeine Umdeutung rechtfertigt das nicht, denn die Vorteile der gelegentlichen inhaltlichen Rechtsbereinigung werden zu teuer erkauft: Alle auch nur intern bekanntgemachten „vollzugslenkenden“ Weisungen zu Verordnungen zu machen und ihnen damit die Kraft zu verleihen, Bürgerinnen und Bürger und Gerichte zu binden, bis der VfGH angerufen werden und entscheiden kann, ist rechtsstaatlich gefährlicher als auf die ausnahmsweise Rechtsbereinigung zu verzichten; und die Verwaltung des wichtigsten Leitungsinstruments zu berauben, das ihre Verantwortlichkeit begründet, entspricht nicht dem B-VG.

## VI. Weisungen als Weisungen?

Was tun? Nach den Gesagten liegt es nahe, auf die automatische Behandlung von Erlässen zum Umgang mit Bürgerinnen und Bürgern als Verordnungen zu verzichten und stattdessen ein Set von Abgrenzungskriterien zu entwickeln, um bloß interne Erlässe von tatsächlich außenwirksamen Verordnungen zu unterscheiden. Das kann hier nicht geleistet werden. Aber als erster Schritt, der die meisten Probleme zumindest wesentlich entschärft und vor allem einfach umzusetzen ist, sollten wir die Anforderungen an die Mindestpublizität von Verordnungen in Weisungsförm erhöhen.

Wenn Erlässe von vornherein nur dann als Verordnungen in Frage kommen, wenn sie für ihre „wahren“ Adressaten, also die Bürgerinnen und Bürger, zugänglich gemacht wurden, dann entfällt zunächst das rechtsstaatliche Problem der Bindung an bloß verwaltungsintern kundgemachte Akte. Zugleich wird damit der Verwaltung der Erlass als Handlungsform und Steuerungsinstrument zurückgegeben: Sie muss keine Umdeutung in Verordnungen befürchten, solange sie ihre Erlässe nur intern verbreitet; für das verfassungsrechtlich geforderte Minimum an Ingerenz sollte das reichen. Einer notwendigen Geheimhaltung steht dann ebenfalls nichts mehr im Weg, und letztlich ließe sich diese Lösung sogar als Einstieg in eine materielle Unterscheidungsdiskussion

<sup>27)</sup> In dieser größeren Gefährlichkeit der generellen Weisungen sieht *Aichleitner* (FN 8) 243 FN 303, auch den Grund, warum sie, anders als individuelle Weisungen, der Anfechtung und formellen Aufhebung unterliegen sollten.

<sup>28)</sup> VfSlg 20.182/2017.

<sup>29)</sup> *Kucsko-Studlmayer* (FN 4) 379.

sehen, wenn man die bloß interne Publikation als Zeichen für den Willen des erlassenden Verwaltungsorgans zur bloß internen Regelung versteht.

Umgedeutet werden könnten dann nur mehr Weisungen zum Umgang mit Bürgerinnen und Bürgern, die ihnen auch zugänglich sind. Die allgemeine Zugänglichkeit von Weisungen ist aber eine demokratische Tugend und ein rechtsstaatlicher Schutz: Üble Praktiken werden die Behörden nicht ans Licht der Öffentlichkeit bringen wollen. Alle Betroffenen können sich auf diese Akte einstellen und gewinnen mehr Rechtssicherheit. Wer die in ihnen angeordneten Handlungen für rechtswidrig hält, kann sie in der Öffentlichkeit bekämpfen und sich auf ihre Anfechtung im Anwendungsfall vorbereiten, und gerichtliche Entscheidungen, die den öffentlichen Rechtsansichten in den Erlässen widersprechen, werden sich schnell verbreiten. Vielleicht sollten wir die Verwaltung eher zur Öffentlichkeit als zur Intransparenz ermutigen und deshalb in einem zweiten Schritt Weisungen einfach Weisungen sein lassen?