

de Gruyter Lehrbuch

Allgemeines Verwaltungsrecht

Herausgegeben von

Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers

Bearbeitet von

Martin Burgi	Markus Möstl
Dirk Ehlers	Hans-Jürgen Papier
Bernd Grzeszick	Hermann Pünder
Elke Gurlit	Barbara Remmert
Matthias Jestaedt	Matthias Ruffert
Arno Scherzberg	

14., neu bearbeitete Auflage

Mit Jura-Kartei (JK) auf CD-ROM

De Gruyter

Das Lehrbuch wurde begründet und von der 1. bis zur 7. Auflage gemeinsam
herausgegeben von Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens.

Zitiervorschlag:
Burgi in: Ehlers, AllgVerwR, 14. Aufl, § 8 Rn 19

broschierte Ausgabe:
ISBN 978-389949-622-2
gebundene Ausgabe:
ISBN 978-389949-623-9

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/New York

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz, Gräfenhainichen
Druck: Bercker Graphischer Betrieb GmbH & Co. KG, Kevelaer
♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort zur 14. Auflage

Nach der völligen Neubearbeitung des Lehrbuchs in der Voraufgabe geht auch die nunmehr vorliegende 14. Auflage über eine bloße Aktualisierung des Werkes hinaus den Wandlungen des Verwaltungsrechts nach. Unter anderem wurde ein neuer Paragraph in das Lehrbuch aufgenommen (§ 4: Internationales Verwaltungsrecht). Unverändert geblieben ist die Grundkonzeption des Buches. Nach wie vor geht es darum, vor allem den Studierenden und Referendaren eine gut lesbare Darstellung des Verwaltungsrechts auf systematischer Grundlage zur Verfügung zu stellen, um sie in die Lage zu versetzen, verwaltungsrechtliche Fragestellungen zu verstehen und beantworten zu können. Das Werk soll mehr als eine Einführung oder ein Kurzlehrbuch sein, an denen es im Schrifttum nicht mangelt, ohne dass es einen Vollständigkeitsanspruch erhebt. Darüber hinaus möchte das Lehrbuch auch alle sonstigen Personen, die sich mit dem Allgemeinen Verwaltungsrecht befassen – wie den Verwaltungsbediensteten, Richtern, Anwälten und sonstigen Rechtsanwendern –, eine Orientierungshilfe anbieten. Die einzelnen Abschnitte des Lehrbuchs sind miteinander verzahnt. Die Behandlung allgemeiner Rechtsfiguren und Problemstellungen ist vielfach „vor die Klammer“ gezogen worden – etwa in den ersten Paragraphen des Buches oder in dem Abschnitt „Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnisse im Überblick“. Die späteren Ausführungen nehmen hierauf vertiefend Bezug.

Für die Neubearbeitung wurde die Entwicklung der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der wissenschaftlichen Diskussion bis Ende des Jahres 2009 berücksichtigt. Viele der zitierten Gerichtsentscheidungen sind in der Kartei (JK) der Ausbildungszeitschrift „JURA“ wiedergegeben und kommentiert worden. Die gesamte Kartei ist auf einer CD-ROM, die sich in einer Klebetasche des hinteren Buchdeckels befindet, beigefügt und kann über die Verweise in den Fußnoten der Abschnitte des Buches erschlossen werden. Auf diese Weise wird den Lesern des Buches die vertiefende Auseinandersetzung mit wichtigen Gerichtsentscheidungen erleichtert.

In Fortsetzung und Ergänzung des „Allgemeinen Verwaltungsrechts“ liegt in derselben Lehrbuchreihe der von Eberhardt Schmidt-Aßmann und Friedrich Schoch herausgegebene Band „Besonderes Verwaltungsrecht“ in 14. Auflage 2008 vor. Beide Lehrbücher verstehen sich als Verbund.

Besonderen Dank schulden die Herausgeber und Autoren Herrn Dr. Ulrich Jan Schröder, Mitarbeiter im Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, der die Arbeiten an dem Lehrbuch koordiniert hat.

Für Anregungen und Kritik sind die Autoren und Herausgeber dankbar. Sie können auch auf elektronischem Wege (etwa ehlersd@uni-muenster.de) übermittelt werden.

Münster, im Februar 2010

Hans-Uwe Erichsen

Dirk Ehlers

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Das Allgemeine Verwaltungsrecht mit seinen Rechtsinstituten, seinen Grundsätzen und seiner inneren Systematik muss sich an dem Fortgang der Staatsaufgaben und an der Entwicklung der Rechtsformen des Verwaltungshandelns orientieren. Autoren und Herausgeber haben sich das Ziel gesetzt, die damit gestellten Anforderungen zu erreichen. Das Buch ist zuerst auf die Bedürfnisse der Studenten zugeschnitten. Ihnen will es allerdings mehr geben als eine Einführung oder ein Kurzlehrbuch. Auf der anderen Seite bringt es die Absicht, ein Hilfsmittel für Studium und Prüfung zur Verfügung zu stellen, mit sich, dass nach Stoffverarbeitung und Darstellung nicht die Ansprüche eines großen Lehrbuchs oder Handbuchs angestrebt werden. Autoren und Herausgeber haben freilich auch das Ziel verfolgt, durch die selbständige Behandlung des umfangreichen Materials und durch die Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung zur wissenschaftlichen Durchdringung des Allgemeinen Verwaltungsrechts beizutragen und dem Interesse der Praxis an den dogmatischen Grundlagen und Zusammenhängen des Verwaltungsrechts entgegenzukommen.

Das Werk ist eine Gemeinschaftsarbeit. Autoren und Herausgebern war von Anfang klar, dass die Gesamtdarstellung des Allgemeinen Verwaltungsrechts durch mehrere Autoren ein Wagnis ist. Diese Überzeugung hat sich im Verlauf der Entstehung des Werkes bestätigt und noch verstärkt. Sie hoffen aber, dass es – bei aller Unterschiedlichkeit der acht Autoren in einzelnen Standpunkten – gelungen ist, ein Werk zustande zu bringen, dass durch die Verbindung systematischen Vorgehens mit eingearbeiteten Fällen und Beispielen sowohl eine Veranschaulichung der Fragestellungen und Probleme des Allgemeinen Verwaltungsrechts als auch eine wissenschaftliche Fundierung dieses Rechtsgebiets fördern kann.

Autoren- und Inhaltsübersicht

Dr. Dirk Ehlers Professor an der Universität Münster Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat	1
Dr. Martin Burgi Professor an der Universität Bochum Verwaltungsorganisationsrecht	253
Dr. Matthias Jestaedt Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg Maßstäbe des Verwaltungshandelns	329
Dr. Arno Scherzberg Professor an der Universität Erfurt Subjektiv-öffentliche Rechte	379
Dr. Hermann Pünder Professor an der Bucerius Law School, Hamburg Verwaltungsverfahren	415
Dr. Barbara Remmert Professorin an der Universität Tübingen Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis im Überblick	585
Dr. Markus Möstl Professor an der Universität Bayreuth Normative Handlungsformen	614
Dr. Matthias Ruffert Professor an der Universität Jena Verwaltungsakt	669
Dr. Elke Gurlit Professorin an der Universität Mainz Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	756
Dr. Barbara Remmert Professorin an der Universität Tübingen Schlichtes Verwaltungshandeln	832
Dr. Hans-Jürgen Papier Professor an der Universität München Recht der öffentlichen Sachen	855

Autoren- und Inhaltsübersicht

Dr. Bernd Grzeszick
Professor an der Universität Heidelberg

Staatshaftungsrecht 931

Sachverzeichnis 1041

Mit Jura-Kartei (JK) auf CD-ROM Innentasche

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXVII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI

ERSTER ABSCHNITT

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

§ 1 Staatliche Verwaltung	4
I. Begriff der staatlichen Verwaltung	4
1. Staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne	5
2. Staatliche Verwaltung im materiellen Sinne	5
3. Staatliche Verwaltung im formellen Sinne	9
II. Organisation der staatlichen Verwaltung	9
III. Personal der staatlichen Verwaltung	16
1. Beschäftigungsverhältnisse	16
2. Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals	18
3. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen	21
IV. Zielsetzung der staatlichen Verwaltung	23
V. Aufgaben der staatlichen Verwaltung	26
VI. Maßstäbe des Verwaltungshandelns	27
VII. Arten der staatlichen Verwaltung	28
1. Unterscheidung nach der Art der Aufgabenstellung	28
2. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Verwaltung	34
3. Unterscheidung nach dem Verwaltungsträger	35
4. Unterscheidung nach der Rechtsform des Tätigwerdens	35
5. Unterscheidung nach der Modalität des Handelns	35
6. Unterscheidung nach der Intensität der Gesetzesbindung	36
VIII. Handlungsformen der Verwaltung	37
IX. Planende Verwaltung	39
X. Informationelle Verwaltung	42
1. Recht der Privaten auf Zugang zu amtlichen Informationen	43
2. Recht der Verwaltung auf Zugang zu privaten Informationen	45
3. Informationspflichten und -befugnisse der Verwaltung gegenüber Privaten	46
4. Geheimhaltungspflichten der Verwaltung	47
5. Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikations- techniken	49
XI. Administrative Steuerung und gesellschaftliche Selbstregulierung	53

IX

XII. Verwaltungskontrolle	59
XIII. Verwaltungswissenschaften	61
§ 2 Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung	64
I. Recht, Rechtsquelle und Rechtsnorm	64
1. Begriff des Rechts	64
2. Begriff der Rechtsquelle	66
3. Begriff der Rechtsnorm	66
4. Wirkungsweise von Rechtsnormen	67
5. Allgemeine Rechtsgrundsätze und ihre Wirkungsweise	68
6. Rechtsauslegung, Rechtskonkretisierung und Rechtsanwendung	71
II. Arten der Rechtsnormen	73
1. Normen des internationalen Rechts	74
2. Normen des nationalen Rechts	80
III. Geltungsbereich der Rechtsnormen	103
1. Normen des internationalen Rechts	103
2. Normen des nationalen Rechts	108
IV. Rangordnung der Rechtsquellen	111
1. Notwendigkeit einer Rangordnung	111
2. Stufen der Völkerrechtsordnung	112
3. Verhältnis von Völkerrecht und Unionsrecht	112
4. Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht	113
5. Stufen der Unionsrechtsordnung	114
6. Verhältnis von Unionsrecht und innerstaatlichem Recht	114
7. Verhältnis von Unionsrecht und EMRK-Recht	121
8. Stufen der innerstaatlichen Rangordnung	122
V. Fehlerfolgen bei Verstößen gegen das höherrangige Recht	123
1. Folgen fehlerhafter Normen des Völker- und Unionsrechts sowie fehlerhafter Parlamentsgesetze	123
2. Folgen fehlerhafter untergesetzlicher Normen des Außenrechts	125
3. Folgen fehlerhafter Innenrechtsnormen	126
VI. Normprüfungs-, -aussetzungs-, -nichtanwendungs- und -verwerfungs-kompetenzen der Verwaltung	127
1. Nichtanwendung von Normen durch die Unionsverwaltung	128
2. Nichtanwendung von Normen durch die nationale Verwaltung	129
VII. Gerichtlicher Rechtsschutz in Bezug auf Normen	130
1. Streitbeilegung im Völkerrecht	130
2. Gerichtlicher Rechtsschutz im Unionsrecht	131
3. Gerichtlicher Rechtsschutz im nationalen Recht	132
§ 3 Verwaltungsrecht	135
I. Begriff des Verwaltungsrechts	135
II. Arten des Verwaltungsrechts	136
III. Verwaltungsrecht als Teilgebiet des öffentlichen Rechts	138
1. Notwendigkeit einer Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	138
2. Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts	140

3. Geltungsbereich des öffentlichen und privaten Rechts	149
4. Einwirkungen des Europäischen Unionsrechts	159
5. Einzelfälle	160
6. Grenzfälle	165
7. Einwirkungen des öffentlichen und privaten Rechts aufeinander . .	166
8. Einwirkungen des Verwaltungsrechts und Strafrechts aufeinander .	170
IV. Verwaltungsprivatrecht	172
1. Tätigwerden der Verwaltung in privatrechtlichen Formen	172
2. Steuerung der privatrechtlich organisierten Verwaltung	175
3. Bindung der Verwaltung an das Privatrecht beim Handeln in Privat- rechtsform	176
4. Bindung der Verwaltung an das öffentliche Recht beim Handeln in Privatrechtsform	177
5. Rechtsweg im Falle einer Bindung der privatrechtlichen Verwaltung an das öffentliche Recht	181
V. Verwaltungsrechtswissenschaft	183
1. Grundlegung und Ausformung	183
2. Reform des Verwaltungsrechts und Neuausrichtung der Verwal- tungsrechtsdogmatik	185
§ 4 Internationales Verwaltungsrecht	188
I. Öffentliches Kollisionsrecht	188
II. Völkerrechtlich begründetes Verwaltungsrecht	190
III. Grenzüberschreitend bedeutsame Verwaltungstätigkeit	191
IV. Fortentwicklung des Internationalen Verwaltungsrechts	192
§ 5 Europäisches Recht und Verwaltungsrecht	192
I. Rechtsetzung der Europäischen Union	193
1. Zuständigkeiten der Europäischen Union	193
2. Arten der Zuständigkeiten	193
3. Kompetenzausübungsschranken	194
4. Organzuständigkeiten und Formen des Rechtsetzungs- verfahrens	195
5. Mitwirkung der Mitgliedstaaten an der Setzung des Unionsrechts .	196
II. Handlungsformen der Europäischen Union	198
1. Verordnungen	198
2. Richtlinien	199
3. Beschlüsse	203
4. Empfehlungen und Stellungnahmen	205
5. Sonstige Rechtshandlungen	206
III. Umsetzung des Unionsrechts	209
IV. System der Vollziehung des Unionsrechts	211
V. Vollziehung des Unionsrechts durch die Europäische Union	211
1. Betroffene Rechtsgebiete	211
2. Organisationsrecht der Eigenverwaltung	212
3. Handlungsbefugnisse, Handlungsformen und Handlungsmaßstäbe der Eigenverwaltung	217

VI. Vollziehung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten	219
1. Arten der Vollziehung	219
2. Auswirkungen auf die Verwaltungsorganisation	224
3. Auswirkungen auf die Verwaltungskompetenzen	225
4. Auswirkungen auf das Verwaltungspersonal	226
5. Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren	227
6. Auswirkungen auf die Verwaltungskontrolle	228
VII. Verwaltungskooperation	229
VIII. Vollziehung des Unionsrechts durch Private	232
IX. Rechtsschutz	234
§ 6 Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht	237
I. Allgemeines	237
II. Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für das Verwaltungsrecht	239
1. Demokratie	239
2. Bundesstaat	242
3. Rechtsstaatlichkeit	246
4. Weitere Verfassungsaufträge	251

ZWEITER ABSCHNITT

Verwaltungsorganisationsrecht

§ 7 Grundlagen	254
I. Begriff und Bedeutung der Verwaltungsorganisation	256
1. Organisation und Organisationsrecht	256
2. Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit	257
3. Funktionen des Verwaltungsorganisationsrechts	261
4. Verwaltungswissenschaftliche Zugänge	262
II. Verfassungsrecht	265
1. Bedeutung und Bestand	265
2. Verfassungsaussagen mit föderalem Gehalt	265
3. Verfassungsaussagen mit Organisationsbezug	268
III. Europarecht	272
§ 8 Strukturen und Organisationseinheiten	275
I. Organisationsgewalt	275
1. Inhalt	275
2. Verteilung	276
II. Die Ebene der Verwaltungsträger	277
1. Bund, Länder und verselbständigte Verwaltungseinheiten (Dezentralisation)	278
2. Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung	279
3. Selbstverwaltung	282

III. Die Ebene der Binnenorganisation	286
1. Verschiedene Verwaltungsstellen innerhalb eines Verwaltungsträgers (Dekonzentration)	286
2. Organ, Behörde, Amt	287
3. Einzelne öffentlich-rechtliche Organisationsformen	289
IV. Zuständigkeit	290
1. Begriff und Arten	290
2. Bedeutung und Fehlerfolgen	291
V. Staatsaufsicht	292
1. Funktion und Standort	292
2. Arten	293
3. Instrumente	294
VI. Verwaltungsprozessrecht	296
1. Verwaltungsorganisation im Verwaltungsprozess	297
2. Der verwaltungsgerichtliche Innenrechtsstreit	298
§ 9 Bestand und Aufbau der unmittelbaren Staatsverwaltung	300
I. Unmittelbare Bundesverwaltung	300
1. Struktur	300
2. Einzelne Aufgabenfelder	302
II. Unmittelbare Landesverwaltung	304
1. Normenbestand und Struktur	304
2. Ausblick auf die kommunale und regionale Ebene	307
§ 10 Entwicklungslinien	308
I. Geschichte	308
II. Verwaltungsmodernisierung	309
III. Privatisierung	312
1. Gründe und Überblick	313
2. Organisationsprivatisierung einschließlich Beleihung	314
3. Funktionale Privatisierung (Verwaltungshilfe)	324
4. Aufgabenprivatisierung	327

DRITTER ABSCHNITT

Maßstäbe des Verwaltungshandelns

§ 11 Maßstäbe des Verwaltungshandelns	329
I. Maßstäbe des Rechts und Recht als Maßstab	329
1. Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns	329
2. Verrechtlichung außerrechtlicher Maßstäbe	331
II. Bindung an Recht und Gesetz	333
1. Die Gesetzesbindung der Verwaltung	333
2. Die Eigenständigkeit der Verwaltung im Prozess der Rechts- erzeugung	334

III. Die Dogmatik zu unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen im Wandel	337
1. Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen als traditionelle Doppel-Thematik	337
2. Die Dichotomie von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen in der Kritik	338
IV. Der sogenannte unbestimmte Rechtsbegriff	347
1. Bestimmtheit und Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen	347
2. Notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung administrativer Entscheidungsfreiheit	349
3. Die Funktion des unbestimmten Rechtsbegriffs als Kontrastfigur	350
V. Der administrative Entscheidungsfreiraum	351
1. Grundlinien einer Dogmatik des administrativen Entscheidungs- freiraums	351
2. Der Beurteilungsspielraum	363
3. Das Ermessen	370

VIERTER ABSCHNITT

Subjektiv-öffentliche Rechte

§ 12 Subjektiv-öffentliche Rechte	380
I. Begriff und Funktion des subjektiv-öffentlichen Rechts	380
1. Die Unterscheidung von subjektivem und objektivem Recht	380
2. Eine Typologie subjektiv-öffentlicher Rechte	380
3. Das subjektiv-öffentliche Recht als Recht auf Normvollzug	381
4. Die Funktion des subjektiv-öffentlichen Rechts	383
II. Die Voraussetzungen des subjektiv-öffentlichen Rechts	384
1. Ausdrückliche Normierungen	384
2. Die herrschende Schutznormlehre	385
3. Die Weiterentwicklung der Schutznormlehre	386
III. Die Funktion der Grundrechte bei der Bestimmung des subjektiv-öffentlichen Rechts	388
1. Norminterne Wirkung	388
2. Normexterne Wirkung	389
IV. Zur Ermittlung des subjektiv-öffentlichen Rechts im Einzelnen	392
1. Baurecht	393
2. Umweltrecht	394
3. Wirtschaftsverwaltungsrecht	396
4. Beamtenrecht	396
V. Dogmatische Einzelfragen	397
1. Das Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch	397
2. Verfahrensrechte als subjektiv-öffentliche Rechte	398

- 3. Staatliche Kompetenzen und Befugnisse als subjektiv-öffentliche Rechte 401
- VI. Das subjektiv-öffentliche Recht im Verwaltungsprozess 402
- VII. Das subjektiv-öffentliche Recht im Europäischen Unionsrecht 406
 - 1. Der Ausgangsbefund 406
 - 2. Die Problemfelder 407
- VIII. Entwicklungstendenzen des subjektiv-öffentlichen Rechts 412

FÜNFTER ABSCHNITT

Verwaltungsverfahren

- § 13 Grundlagen 417
 - I. Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts 418
 - 1. Verwaltungsverfahren in der Entwicklung zum bürgerlichen Rechtsstaat 418
 - 2. Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts 419
 - 3. Verfahrenseuphorie 424
 - 4. Ernüchterung 425
 - II. Verfassungsrechtliche Vorgaben 426
 - 1. Kompetenz zur Normierung von Verwaltungsverfahrensrecht . . . 426
 - 2. Verfahrensbezogene Verfassungsprinzipien: Effektivität, Rechtsschutz, Legitimation und Effizienz 427
 - III. Vorgaben aus europäischem Unionsrecht und internationalem Recht 434
 - 1. Unionsrechtliche Vorgaben für das Verwaltungsverfahren der Mitgliedstaaten 434
 - 2. Völkerrechtliche Vorgaben für das Verwaltungsverfahren 437
 - IV. Rechtsvergleichende Hinweise 439
 - 1. Verwaltungsverfahrenrecht in Europa, Herausbildung eines gemeineuropäischen Verwaltungsrechts 439
 - 2. Verwaltungsverfahrensrecht im außereuropäischen Raum 444
- § 14 Grundmodell des Verwaltungsverfahrens 448
 - I. Subjekte des Verwaltungsverfahrens 448
 - 1. Die zur Entscheidung berufene Behörde 448
 - 2. Ausschluss befangener Amtswalter 450
 - 3. Beteiligte iSd § 13 VwVfG 455
 - 4. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit, Einbeziehung von Bevollmächtigten und Beiständen 458
 - II. Einleitung des Verwaltungsverfahrens 461
 - 1. Verfahren von Amts wegen (Offizialprinzip) 461
 - 2. Antragsverfahren (Dispositionsprinzip) 462
 - III. Fortgang des Verwaltungsverfahrens 467
 - 1. Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungsobliegenheiten 468

2. Anhörungsrecht der Beteiligten	471
3. Recht auf Akteneinsicht und Information sowie auf Geheimhaltung und Datenschutz	476
4. Beratungs- und Auskunftspflichten der Behörde	484
5. Mitwirkung anderer Behörden	487
IV. Abschluss des Verwaltungsverfahrens	491
1. Arten und Rechtswirkungen des Verfahrensabschlusses; Genehmi- gungsfiktion	491
2. Form des Verwaltungsaktes	496
3. Kostenentscheidung	497
4. Begründung des Verwaltungsaktes	498
5. Rechtsbehelfsbelehrung	502
6. Bekanntgabe des Verwaltungsaktes	503
V. Behandlung von Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formfehlern	503
1. Heilung von Verfahrens- und Formfehlern	504
2. Kein Aufhebungsanspruch trotz Verfahrens-, Form- und (örtlichen) Zuständigkeitsfehlern	509
3. Keine selbständige gerichtliche Geltendmachung von Verfahrens- fehlern	513
§ 15 Modifikationen des Grundmodells: Planfeststellungsverfahren und andere besondere Verfahrensarten und -gestaltungen	515
I. Planfeststellungsverfahren	515
1. Rechtliche Grundlagen	516
2. Das Anhörungsverfahren	517
3. Der Planfeststellungsbeschluss	526
4. Folgen von Verfahrens- und Abwägungsfehlern	538
5. Gerichtlicher Rechtsschutz	540
II. Sonstige besondere Verfahrensarten	548
1. Das sogenannte förmliche Verwaltungsverfahren der Verwaltungs- verfahrensgesetze	548
2. Andere förmliche Verwaltungsverfahren (vor allem im Tele- kommunikations-, Vergabe- und Umweltrecht)	549
3. Verfahrensgesetzliche Vorgaben für das Rechtsbehelfsverfahren	553
III. Besondere Verfahrensgestaltungen	554
1. Massenverfahren	554
2. Verfahrensbeschleunigung, Verfahren über eine „einheitliche Stelle“	555
3. Besondere Verfahrensgestaltungen im Umweltrecht (Umwelt- verträglichkeitsprüfung, Strategische Umweltprüfung) und Verbandsklage nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz	558
IV. Verfahrensbeteiligung der Europäischen Kommission und anderer Mitgliedstaaten	563
1. Vertikale Verwaltungskooperation	564
2. Horizontale Verwaltungskooperation	564
3. Rechtsschutz gegen staatengerichtete Kommissionsentschei- dungen	567
V. Verfahrensprivatisierung unter staatlicher Gewährleistungsverant- wortung: Zertifizierung und Akkreditierung	567

§ 16 Mediation in Verwaltungsverfahren	568
I. Konfliktbewältigung durch Mediation	568
1. Schwächen der herkömmlichen Verfahren	568
2. Voraussetzungen für eine erfolgreiche Mediation	570
3. Das Kostenargument und Mediationserfahrungen	574
II. Zulässigkeit von mittlergestützten Aushandlungsprozessen	575
1. Zulässigkeit von Aushandlungsprozessen	575
2. Zulässigkeit des Einsatzes eines externen Mediators	578
III. Umsetzung des Verhandlungsergebnisses	579
1. Bindung der Beteiligten	579
2. Art der Umsetzung und gerichtliche Kontrolle	581
3. Rechtsfolgen des Scheiterns	583

SECHSTER ABSCHNITT

Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis

1. Teil: Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis im Überblick

§ 17 Handlungsformen der Verwaltung	585
I. Übersicht über die Handlungsformen der Verwaltung	585
II. Rechtliche Bedeutung der Handlungsformen der Verwaltung	590
1. Rechtsbindungen	590
2. Fehlerfolgen	592
3. Rechtsschutzmöglichkeiten	593
III. Bedeutung der Handlungsformen der Verwaltung im System des Verwaltungsrechts	595
§ 18 Verwaltungsrechtsverhältnis	596
I. Begriff und Überblick	596
II. Einzelfragen	599
1. Die am Verwaltungsrechtsverhältnis Beteiligten	599
2. Die Begründung von Verwaltungsrechtsverhältnissen	602
3. Inhalte von Verwaltungsrechtsverhältnissen	604
4. Die Verletzung von Pflichten aus einem Verwaltungsrechtsverhältnis und ihre Rechtsfolgen	607
5. Die Nachfolge in Verwaltungsrechtsverhältnissen	608
6. Die Beendigung von Verwaltungsrechtsverhältnissen	611
III. Bedeutung des Verwaltungsrechtsverhältnisses im System des Verwaltungsrechts	612

2. Teil: Normative Handlungsformen

§ 19 Allgemeiner Teil	614
I. Begriff und Funktion normativer Handlungsformen – Aufgaben einer Handlungsformenlehre	614
II. Grund und Grenzen des Mandats der Exekutive zur Normsetzung – Arten normativer Handlungsformen	618
1. Grundsätzlicher Rechtsetzungsvorbehalt der Legislative oder originäres Normsetzungsrecht der Exekutive?	618
2. Arten exekutivischer Normsetzung – Numerus clausus der Normsetzungsformen?	622
3. Grenz- und Sonderfälle	624
III. Normsetzungsverfahren	627
1. Anhörungs- und Beteiligungsrechte, insbesondere die Öffentlichkeitsbeteiligung	629
2. Begründung von Normsetzungsakten	632
3. Ausfertigung und Verkündung, In- und Außerkrafttreten	632
IV. Normsetzungsermessen und Gesetzesbindung	633
1. Das Gesetz als Determinante exekutiver Normsetzungsspielräume	634
2. Übertragbarkeit von Elementen der auf exekutive Einzelakte bezogenen Lehre vom Ermessen/Beurteilungsspielraum?	637
V. Fehlerfolgen und Rechtsschutz	642
§ 20 Besonderer Teil	645
I. Exekutive Normsetzung kraft Delegation: Die Rechtsverordnung	645
II. Exekutive Normsetzung kraft (verliehener) Autonomie: Die Satzung	653
III. Exekutive Normsetzung kraft eigenen Rechts: Die Verwaltungsvorschrift	659

3. Teil: Verwaltungsakt

§ 21 Bedeutung, Funktion und Begriff des Verwaltungsakts	671
I. Bedeutung und historische Entwicklung	671
II. Funktionen des Verwaltungsakts als Steuerungsinstrument der Verwaltung	674
III. Die Begriffsbestimmung des Verwaltungsakts	676
1. Verwaltungsrechtliche Willenserklärung	676
2. Behörde	677
3. Regelung	680
4. Einzelfall	682
5. Gebiet des öffentlichen Rechts	686
6. Finale Außenwirkung	687
IV. Arten und Typen von Verwaltungsakten	690
1. Differenzierter Regelungsinhalt	690
2. Komplexe Regelungen	692
3. Verwaltungsaktstypen zur Flexibilitätssicherung	695
4. Supra- und transnationale Verwaltungsakte	696

§ 22 Rechtmäßigkeit und Rechtswirkungen von Verwaltungsakten	698
I. Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit	698
1. Grundlagen	698
2. Nichtig Verwaltungsakte	699
3. Teilrechtswidrigkeit und Teilnichtigkeit	701
4. Umdeutung	702
II. Beginn der Wirksamkeit	703
III. Einzelne Wirkungsebenen	703
1. Existenz und Wirksamkeit	703
2. Bindungswirkung	704
IV. Ende der Wirksamkeit	707
V. Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten	707
1. Ermächtigungsgrundlage und Verwaltungsaktsbefugnis	707
2. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	709
3. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	711
VI. Zeitpunkt der Beurteilung des Verwaltungsakts	711
§ 23 Nebenbestimmungen	712
I. Begriff und Bedeutung	712
II. Einzelne Nebenbestimmungen	713
1. Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt	713
2. Auflage und Auflagenvorbehalt	714
III. Zulässigkeit	716
IV. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	717
§ 24 Rücknahme von Verwaltungsakten	719
I. Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten	719
II. Begriff und Funktion der Rücknahme	720
III. Sonderregelungen	721
IV. Rücknahme belastender Verwaltungsakte	722
1. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte	722
2. Rücknahmeermessen	723
V. Vertrauensschutz bei der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte	725
1. Die Regelung des VwVfG	725
2. Rücknahmefrist	725
3. Geldleistungsverwaltungsakte	727
4. Andere Verwaltungsakte	731
5. Rücknahmeentscheidung	732
6. Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte anlässlich eines Rechtsbehelfsverfahrens	732
VI. Rechtsfolgen der Rücknahme	734
§ 25 Widerruf von Verwaltungsakten	736
I. Begriff und Funktion des Widerrufs	736
II. Sonderregelungen	737
III. Widerruf nicht begünstigender Verwaltungsakte	737

IV. Vertrauensschutz bei Widerruf begünstigender Verwaltungsakte . . .	738
1. Widerrufsfrist	738
2. Widerrufsgründe	738
3. Entschädigungsanspruch	741
4. Widerruf begünstigender Verwaltungsakte anlässlich eines Rechtsbehelfsverfahrens	742
V. Widerrufsentscheidung und Folgen des Widerrufs	742
§ 26 Wiederaufgreifen des Verfahrens	743
I. Funktion des Wiederaufgreifens	743
II. Voraussetzungen des Wiederaufgreifens	745
1. Wiederaufgreifensgründe	745
2. Verhalten des Betroffenen	745
III. Entscheidung der Behörde und Rechtsschutz	746
IV. Wiederaufgreifen im weiteren Sinne?	747
§ 27 Vollstreckung von Verwaltungsakten	748
I. Grundlagen	748
II. Beitreibung von Geldforderungen	748
1. Gegenstand und Mittel der Vollstreckung	748
2. Vollstreckungsvoraussetzungen	749
3. Vollstreckungsverfahren	749
4. Rechtsschutz	749
III. Verwaltungszwang	750
1. Gegenstand und Mittel der Vollstreckung	750
2. Vollstreckungsvoraussetzungen	751
3. Vollstreckungsverfahren	753
4. Rechtsschutz	754
4. Teil: Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	
§ 28 Die verwaltungsrechtliche Willenserklärung	757
I. Begriff und Einordnung in die Handlungsformenlehre	757
II. Wirksamwerden verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen	759
III. Die Auslegung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen	760
IV. Widerruf und Anfechtung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen	762
§ 29 Begriff, Bedeutung und Arten des Verwaltungsvertrages	763
I. Der Verwaltungsvertrag als kooperative Rechtsform des Verwaltungshandelns	763
II. Anwendungsfelder von Verwaltungsverträgen	764
III. Subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verwaltungsverträge	767
§ 30 Bestimmung der Rechtsnatur von Verwaltungsverträgen	769
I. Notwendigkeit der Unterscheidung	769

II. Unterscheidungskriterien	770
III. Die Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze	773
IV. Die Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuchs	775
§ 31 Zustandekommen von Verwaltungsverträgen	776
I. Zustandekommen eines Vertrages durch übereinstimmende Willenserklärung	777
II. Verwaltungs- und Verbandskompetenz	778
§ 32 Wirksamkeit von Verwaltungsverträgen	781
I. Wirksamkeitserfordernisse	781
II. Wirksamkeitshindernisse	783
1. Rechtmäßigkeitsmaßstäbe	784
2. Nichtigkeitsgründe	793
§ 33 Vertragserfüllung und Leistungsstörungen	800
§ 34 Durchsetzung vertraglicher Ansprüche	804
§ 35 Weitere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	806
I. Begriff und Rechtsfolgenregime	806
II. Das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis	809
III. Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag	811
1. Begriff und Funktionen der GoA	811
2. Die GoA im Verhältnis zwischen Hoheitsträgern	812
3. Die GoA der Verwaltung für den Bürger	814
4. Die GoA des Bürgers für die Verwaltung	816
IV. Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch	818
1. Gesetzliche Erstattungsansprüche	818
2. Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch	822
V. Das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis	826
5. Teil: Schlichtes Verwaltungshandeln	
§ 36 Grundlagen des schlichten Verwaltungshandeln	832
I. Begriff und Bedeutung	832
II. Rechtsbindungen	834
III. Fehlerfolgen und Rechtsschutz	838
1. Fehlerfolgen	838
2. Rechtsschutzfragen	841
§ 37 Einzelfälle	844
I. Staatliche Öffentlichkeitsinformationen	844
1. Formen und Relevanz staatlicher Informationstätigkeiten	844
2. Rechtsfragen produktbezogener Öffentlichkeitsinformationen	846
II. Informales Verwaltungshandeln	849

SIEBENTER ABSCHNITT

Recht der öffentlichen Sachen

§ 38 Begriff und Wesen der öffentlichen Sachen	856
I. Der Sachbegriff	857
II. Der öffentlich-rechtliche Status	858
1. Die Sachen des „Finanzvermögens“	858
2. Entstehung durch Rechtsakt	858
3. Verwaltungsrechtlicher Sonderstatus als „dingliche“ Rechtsmacht	859
4. Das „öffentliche Eigentum“	859
5. Dualistische Konstruktion des Rechtsstatus	861
6. Öffentlich-rechtlicher Sonderstatus ohne „Dinglichkeit“ – Das Verhältnis von „Sachen-“ und „Anstaltsrecht“	863
§ 39 Die Arten der öffentlichen Sachen	866
I. Öffentliche Sachen im Zivilgebrauch	866
1. Sachen im Gemeingebrauch	866
2. Öffentliche Sachen im Sondergebrauch	870
3. Öffentliche Sachen im „Anstaltsgebrauch“	872
4. Die „eisenbahnrechtliche Widmung“	877
II. Öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch	878
III. Die res sacrae	880
§ 40 Entstehung, Inhalt und Beendigung des öffentlich-rechtlichen Status	881
I. Entstehung einer „öffentlichen Sache“ im Rechtssinne	881
1. Rechtsform und Rechtsnatur der Widmung	881
2. Widmung bei Sachen im Anstalts- und Verwaltungsgebrauch	884
3. Zulässigkeitsvoraussetzungen einer verwaltungsaktsmäßigen Widmung	885
4. Rechtsfolgen bei fehlerhafter Widmungsverfügung	887
II. Beendigung des öffentlich-rechtlichen Sonderstatus („Entwidmung“, „Einziehung“)	888
III. Die Änderungsverfügung („Umstufung“)	889
1. Die verschiedenen Straßengruppen	889
2. Eingruppierung, Aufstufung, Abstufung	890
IV. Die Bau- und Unterhaltungslast	890
1. Inhalt	891
2. Die „Begünstigten“	892
3. Träger der Straßenbaulast	893
§ 41 Der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen	894
I. Eigentum, öffentlich-rechtliche Sachherrschaft, Gemeingebrauch	894
II. Eigentumsbeschränkende Funktion der straßenrechtlichen Widmung – Zur Restherrschaft des Eigentümers	896
1. Die privatrechtliche Verfügungsbefugnis	896

2. Realakte des Eigentümers	897
3. Geltendmachung der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft	897
4. Herausgabe- und Abwehransprüche des Eigentümers	898
III. Gemeingebrauchsbestimmende und -begrenzende Widmungsfunktion	899
1. Grundlagen	899
2. Verkehrsgebrauch	900
3. Anliegergebrauch	901
4. Der ruhende Verkehr	903
5. „Zum Zwecke des Verkehrs“ als subjektive Komponente	905
6. Sonderregelungen durch Satzung	911
7. Besondere Gemeingebrauchsschranken	911
8. Erlaubnisfreie Benutzung	912
9. Unentgeltlichkeit?	912
10. Gebrauch im Rahmen der Verkehrsvorschriften	913
IV. Gemeingebrauch und subjektives öffentliches Recht	916
1. Der „schlichte“ Gemeingebrauch	916
2. Der Anliegergebrauch	918
§ 42 Sondernutzung	922
I. Grundlagen	922
II. Sondernutzungserlaubnis	923
1. Voraussetzungen, Formen und Inhalt der Erlaubniserteilung	924
2. Benutzungsgebühr	925
3. Erlaubnisbehörde	926
4. Das Verhältnis zu anderen verwaltungsrechtlichen Erlaubnissen und Genehmigungen	926
5. Duldungspflicht des Eigentümers	927
6. Der „illegale“ Sondergebrauch	927
III. Gestattung des Wegeigentümers	928
1. Anwendungsbereich	928
2. Bindungen des Wegeigentümers	929

ACHTER ABSCHNITT

Staatshaftungsrecht

§ 43 Einleitung	932
§ 44 Amtshaftung und Beamtenhaftung	934
I. Grundlagen	934
1. Geschichtliches	934
2. Geltendes Recht	935
II. Amtshaftung wegen Verletzung von Amtspflichten bei öffentlich- rechtlichem Handeln	936
1. Mittelbare Staatshaftung	936

2. Begriff des Beamten	940
3. Amtspflicht gegenüber einem Dritten	940
4. Verschulden	948
5. Kausalität	949
6. Haftungseinschränkungen	950
7. Verjährung und Rechtsweg	953
III. Haftung wegen Verletzung einer Amtspflicht bei privatrechtlichem Handeln	954
1. Haftung des Beamten	954
2. Haftung des Dienstherrn	954
IV. Art und Höhe des Schadensersatzes	955
V. Rückgriff des Staates und Innenhaftung	956
§ 45 Grundrechtshaftung	958
I. Grundlagen	958
1. Historischer Ursprung; Enteignungs- und Aufopferungsrecht	958
2. Enteignung und Aufopferung unter der Weimarer Reichsverfassung	959
3. Entwicklung unter dem Grundgesetz	961
II. Enteignung	964
1. Tatbestand der Enteignung	964
2. Zulässigkeit der Enteignung	965
3. Entschädigung	967
4. Enteignungsverfahren	971
III. Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung	972
1. Grundlagen	972
2. Voraussetzungen und Grenzen	973
3. Folgen	975
4. Abgrenzung von entschädigungspflichtiger und entschädigungslos zulässiger Inhaltsbestimmung	976
5. Salvatorische Klauseln	977
IV. Enteignungsgleicher Eingriff	978
1. Grundlagen	978
2. Tatbestand	980
3. Rechtsfolge: Entschädigung	983
4. Vorrang des Primärrechtsschutzes und Mitverschulden	984
V. Enteignender Eingriff	985
1. Grundlagen	985
2. Tatbestand	986
3. Rechtsfolge: Entschädigung	986
4. Mitverschulden und Vorrang des Rechtsschutzes gegen Rechtsverletzungen	987
VI. Aufopferung	989
1. Tatbestand	989
2. Rechtsfolge: Entschädigung	992
VII. Folgenbeseitigungsanspruch	993
1. Entwicklung und Grundlagen des Folgenbeseitigungsanspruchs	993
2. Einzelheiten	998

Inhaltsverzeichnis

3. Ansprüche im Umkreis des Folgenbeseitigungsanspruchs	1001
4. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch	1002
§ 46 Ergänzungen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsrechts	1004
I. Sonderbestimmungen des Polizeirechts	1004
II. Entschädigung bei Widerruf oder Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte	1005
III. Soziale Entschädigung	1005
IV. Plangewährleistung	1006
V. Schadensersatzansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuld- verhältnissen	1008
VI. Öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung	1011
VII. Staatshaftungsgesetze in den neuen Bundesländern	1012
§ 47 Haftung nach europäischem Recht	1015
I. Haftung nach Unionsrecht	1015
1. Haftung der Union	1015
2. Haftung von Mitgliedstaaten	1018
II. Haftung nach EMRK	1026
1. Grundlagen	1026
2. Haftung nach Art 41 EMRK	1028
3. Haftung nach Art 5 V EMRK	1037
§ 48 Künftige Entwicklung des Staatshaftungsrechts	1038
Sachverzeichnis	1041

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Achterberg* Allg VwR
Achterberg/Püttner/Würtenberger,
 Bes VwR I, II
Badura StR
Battis Allg VwR
Benda/Maihofer/Vogel
 HdbVerfR
 (2. Aufl 1995)
Bender StHR, 3. Aufl
 BK
Bleckmann EuR
Bull/Mehde Allg VwR
Calliess/Ruffert, EUV/EGV
Degenhart StR I
Detterbeck Allg VwR
Drews/Wacke/Vogel/
 Martens, Gefahrenabwehr
Ehlers,
 Europäische Grundrechte
Ehlers/Schoch, Rechtsschutz
Erbguth Allg VwR
Erichsen StR u VerfGbkt I, II
Erichsen VwR u VwGbkt I
Eyermann, VwGO
Faber VwR
Fehling/Kastner/Währendorf, VerwR
Forsthoff VwR
Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri VwR
Götz Allg VwR
Grabitz/Hilf, EU
 vd Groeben/Schwarze,
 EUV/EGV I, II/1, II/2,
 III, IV, V
Hendler Allg VwR
 Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl 1986
 Norbert Achterberg/Günter Püttner/Thomas Würtenberger (Hrsg),
 Besonderes Verwaltungsrecht, Bd I, 2. Aufl 2000, Bd II, 2. Aufl
 2000
 Peter Badura, Staatsrecht, 3. Aufl 2003
 Ulrich Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl 2004
 Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des
 Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl 1983;
 2. Aufl 1995
 Bernd Bender, Staatshaftungsrecht, 3. völlig neubearbeitete Auf-
 lage auf der Grundlage des Staatshaftungsgesetzes 1981
 Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand:
 142. Aktualisierung (Oktober 2009)
 Albert Bleckmann, Europarecht, 6. Aufl 1997
 Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit
 Verwaltungslehre, 8. Aufl 2009
 Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg), Kommentar des Ver-
 trages über die Europäische Union und des Vertrages zur Grün-
 dung der Europäischen Gemeinschaft, 3. Aufl 2007
 Christoph Degenhart, Staatsrecht I (Staatsorganisationsrecht),
 25. Aufl 2009
 Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl 2009
 Bill Drews/Gerhard Wacke/Klaus Vogel/Wolfgang Martens (Hrsg),
 Gefahrenabwehr, 9. Aufl 1986
 Dirk Ehlers (Hrsg), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten,
 3. Aufl 2009
 Dirk Ehlers/Friedrich Schoch (Hrsg), Rechtsschutz im öffentlichen
 Recht, 2009
 Wilfried Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl 2009
 Hans-Uwe Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit
 Bd I, 3. Aufl 1982; Bd II, 2. Aufl 1979
 Hans-Uwe Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichts-
 barkeit, Bd I, 2. Aufl 1984
 Erich Eyermann (Begr), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommen-
 tar, 12. Aufl 2006
 Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 4. Aufl 1995
 Michael Fehling/Berthold Kastner/Volker Währendorf (Hrsg), Ver-
 waltungsrecht – VwVfG, VwGO, 2006
 Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd 1, Allgemei-
 ner Teil, 10. Aufl 1973
 Elmar Giemulla/Nikolaus Jaworsky/Rolf Müller-Uri, Verwaltungs-
 recht, 7. Aufl 2004
 Volkmar Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, Fälle und Erläute-
 rungen für Studierende, 4. Aufl 1997
 Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg), Das Recht der Europä-
 ischen Union, Stand: 39. Ergänzungslieferung (Juli 2009)
 Hans vd Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg), Kommentar zum EU-/
 EG-Vertrag, 4 Bände, 6. Aufl 2004
 Reinhard Hendler, Allgemeines Verwaltungsrecht, Grundstruktu-
 ren und Klausurfälle, 3. Aufl 2001

- Herdegen* EuR
Hesse VerfR
Matthias Herdegen, Europarecht, 11. Aufl 2009
Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl 1999
- Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*,
Grundlagen I, II, III
Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd I 2006, Bd II 2008; Bd III 2009
- Huber* Allg VwR
Peter-Michael Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl 1997
- Hufen* VwPrR
Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl 2008
- Ipsen* Allg VwR
Jörn Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl 2009
- Isensee/Kirchhof* I–X
Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd I, 3. Aufl 2003; Bd II, 3. Aufl 2004; Bd III, 3. Aufl 2005; Bd IV, 3. Aufl 2006; Bd V, 3. Aufl 2007; Bd VI, 3. Aufl 2008; Bd VII 3. Aufl 2009; Bd VIII 1995; Bd IX 1997; Bd X 2000
- Jarass/Pieroth* GG
Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl 2009
- W. Jellinek* VwR
Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl 1931, Neudruck 1966
- Kadelbach* Allg VwR
Stefan Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999
- Knack/Henneke*, VwVfG
Hans Joachim Knack/Hans-Günter Henneke (Hrsg), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl 2010
- Koch/Rubel/Heselhaus*
Allg VwR
Hans-Joachim Koch/Rüdiger Rubel/F. Sebastian M. Heselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl 2003
- Kopp/Schenke* VwGO
Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Aufl 2009
- Kopp/Ramsauer* VwVfG
Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl 2008
- Loeser* System VwR
Roman Loeser, System des Verwaltungsrechts Bd I, II, 1994, Bd III 1997
- v Mangoldt/Klein/Starck*,
GG I, II, III
Hermann v Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd I, 5. Aufl 2005; Bd II, 5. Aufl 2005; Bd III, 5. Aufl 2005
- Mann/Püttner* HdbKWuP I
Thomas Mann/Günter Püttner (Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd 1, 3. Aufl 2007
- Maunz/Dürig*, GG
Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Hans H. Klein/Peter Lerche/Hans-Jürgen Papier/Albrecht Randelzhofer/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg), Grundgesetz, (Loseblatt-)Kommentar, Stand: 55. Ergänzungslieferung (Mai 2009)
- Martens* Praxis
Joachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, 1985
- Maurer* Allg VwR
Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl 2009
- Maurer* StR
Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl 2009
- Mayer/Kopp* Allg VwR
Franz Mayer/Ferdinand O. Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl 1985
- O. Mayer* VwR I, II
Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde, 3. Aufl 1924, Neudruck 1969
- Meyer/Borgs* VwVfG
Hans Meyer/Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl 1982
- v Münch/Kunig*,
GGK I, II, III
Ingo v Münch/Philip Kunig (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl, Bd I 2000, Bd II 2001, Bd III, 5. Aufl 2003
- Obermayer*, VwVfG
Klaus Obermayer (Begr), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl 1999
- Oppermann/Classen/Nettesheim* EuR
Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, Europarecht, 4. Aufl 2009
- Ossenbühl* StHR
Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl 1998

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Peine* Allg VwR Franz-Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl 2008
 Peters, HkWP Hans Peters (Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3 Bde, 1956 ff
- Posser/Wolff, VwGO Herbert Posser/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg), Verwaltungsgerichtsordnung, 2008
- Püttner* Allg VwR Günter Püttner, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl 1995
 Redeker/v Oertzen, VwGO Konrad Redeker/Hans-Joachim v Oertzen (Begr), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 14. Aufl 2004
- Schmalz* Allg VwR Dieter Schmalz, Allgemeines Verwaltungsrecht und Grundlagen des Verwaltungsrechtsschutzes, 3. Aufl 1998
- Schmidt-Aßmann*
 Ordnungsidee Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 3. Aufl 2006 (unveränderter Nachdruck der 2. Aufl 2004)
- Schmidt-Aßmann/Schoch,
 Bes VwR Eberhard Schmidt-Aßmann/Friedrich Schoch (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008
- Schmitt Glaeser/Horn*
 VwPrR Walter Schmitt Glaeser/Hans-Detlef Horn, Verwaltungsprozeßrecht, 16. Aufl 2008
- Schoch/Schmidt-Aßmann/
 Pietzner, VwGO Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner (Hrsg), Verwaltungsgerichtsordnung, (Loseblatt-)Kommentar, Stand: 18. Ergänzungslieferung (Juli 2009)
- Schuppert*
 Verwaltungswissenschaft Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, 2000
- Schwarze* Eur VwR Jürgen Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl 2005
 Schwarze, EU-Kommentar Jürgen Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar, 2. Aufl 2009
 Schweickhardt, Allg VwR Rudolf Schweickhardt (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl 2004
- Schweitzer* StR III Michael Schweitzer, Staatsrecht III, 9. Aufl 2008
 Schweitzer/Hummer EuR Michael Schweitzer/Waldemar Hummer/Walter Obwexer, Europarecht, 2007
- Sodan/Ziekow, VwGO Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg), Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl 2006
- Sproll* Allg VwR I, II Hans-Dieter Sproll, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd I 1997, Bd II 1998
- Statist Jb Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland (hrsg vom Statistischen Bundesamt)
- Steiner, Bes VwR Udo Steiner (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl 2006
 Stelkens/Bonk/Sachs,
 VwVfG Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl 2008
- Stern* StR I, II, III/1, III/2,
 IV/1, V Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd I, 2. Aufl 1984, Bd II 1980, Bd III/1 1988, Bd III/2 1994, Bd IV/1 2006, Bd V 2000
- Streinz* EuR Rudolf Streinz, Europarecht, 8. Aufl 2008
 Streinz, EUV/EGV Rudolf Streinz (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003
- Ule/Laubinger* VwVfR Carl Hermann Ule/Hans Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl 1995 (aktualisierter Nachdruck 1998)
- Wallerath* Allg VwR Maximilian Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl 2009
- Weides* VwVf Peter Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. Aufl 1993
- Wolff/Bachof* VwR I, II, III Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht, Bd I, 9. Aufl 1974, Bd II, 4. Aufl 1976, Bd III, 4. Aufl 1978
- Wolff/Bachof/Stober*
 VwR I, II, III Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht, Bd I, 11. Aufl 1999, Bd II, 6. Aufl 2000, Bd III, 5. Aufl. 2004

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

*Wolff/Bachof/Stober/
Kluth VwR I
Zippelius/Würtenberger
StR*

Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, Verwaltungsrecht, Bd I, 12. Aufl 2007
Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl 2008

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Auffassung
aaO	am angegebenen Ort
AbfallR	Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft
abgedr	abgedruckt
ABl	Amtsblatt
abl	ablehnend
Abschn	Abschnitt
abw	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AfP	Archiv für Presserecht
AgrarR	Agrarrecht, Zeitschrift für das gesamte Recht der Landwirtschaft, der Agrarmärkte und des ländlichen Raums
allg	allgemein
Alt	Alternative
aM	anderer Meinung
amtl Begr	amtliche Begründung
Anm	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbuR	Arbeit und Recht
ArchivPT/ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
Art	Artikel
Aufl	Auflage
ausf/ausführl	ausführlich
Az	Aktenzeichen
BW	Baden-Württemberg
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
Bay	Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BB	Der Betriebsberater
Bbg	Brandenburg
Bd/Bde	Band/Bände
BDH	Bundesdisziplinarhof
BDHE	Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofs
BDiszG	Bundesdisziplinargericht
Bearb	Bearbeiter
Begr/begr	Begründung/begründet
Bekanntm	Bekanntmachung
Berl	Berlin

bes	besonders
Bespr	Besprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bln	Berlin
BR-Drucks	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BRat	Bundesrat
BReg	Bundesregierung
BremStGH	Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen
Bsp	Beispiel(e)
Bspr	Besprechung
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT(ag)	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG (K)	Bundesverfassungsgericht, Kammerentscheidung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Amtliche Sammlung
BW	Baden-Württemberg
BWVP/BWVPr	Baden-Württembergische Verwaltungspraxis
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
cic	culpa in contrahendo
CMLR	Common Market Law Revue
CR	Computer und Recht
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
dens	denselben
ders	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
dh	das heißt
dies	dieselben
diff	differenzierend
DIN	Deutsches Institut für Normung eV
Diss	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
DöD	Der öffentliche Dienst
Dok	Dokument(e)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DtKomR	Deutsches Kommunalrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift

Abkürzungsverzeichnis

DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DV	Die Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
DWiR/DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entwurf
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
ebd/ebda	ebenda
ed(s)	editor(s)
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ehem	ehemalig
EIB	Europäische Investitionsbank
Einf	Einführung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EMAS	Environmental Management and Audit Scheme
endg	endgültig
Entsch	Entscheidung
entspr	entsprechend
Entw	Entwurf
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
etc	und so weiter/et cetera
EU	Europäische Union
EUDUR	Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EURATOM	Europäische Atomgemeinschaft
Europ	europäisch
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EV, EinV	Einigungsvertrag
evtl	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	EWG-Vertrag = Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschafts- gemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EWiR	Entscheidungen für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EZB	Europäische Zentralbank
f	die nächste folgende Seite; für
ff	die nächsten folgenden Seiten
FFH	Fauna-Flora-Habitat
FG	Festgabe/Finanzgericht

FinArch	Finanzarchiv
FiWi	Finanzwirtschaft
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
G/Ges	Gesetz
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GBI	Gesetzblatt
geänd	geändert
gem	gemäß
ges/gesetzl	gesetzlich
Gesellsch	Gesellschaft
GesEntw	Gesetzentwurf
GewArch	Gewerbearchiv
ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMBI	Gemeinsames Ministerialblatt
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GR-Charta	Grundrechte-Charta
grds	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gesetzessammlung/Gedächtnisschrift
GV NRW	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
GVBl, GVOBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
Halbbd	Halbband
Hb	Handbuch
Hmb	Hamburg
Hdb	Handbuch
Hdwb	Handwörterbuch
Herv	Hervorhebung
Hess	Hessen
HessStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
Hinw	Hinweis
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg, hrsg	Herausgeber, herausgegeben
HS/Hs/Halbs	Halbsatz
HVerfG	Hamburgisches Verfassungsgericht
i Erg/iE	im Ergebnis
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren Sinne
IHK	Industrie- und Handelskammer
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization
inkl	inklusive
insbes/insb	insbesondere
insges	insgesamt

Abkürzungsverzeichnis

inzw	inzwischen
iS v/d	im Sinne von/des
iSe	im Sinne eines
IUR	Informationsdienst Umweltrecht
iV mit/iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
iZw	im Zweifel
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jb	Jahrbuch
JbDBP	Jahrbuch der Deutschen Bundespost
jew	jeweils
Jh(dt)	Jahrhundert
JK	Jura-Kartei
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
Juris	Juristisches Informationssystem
JuS	Juristische Schulung
JUTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
JZ	Juristenzeitung
K	Kammer
K&R	Kommunikation & Recht
Kap	Kapitel
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kommanditgesellschaft/Kammergericht
KOM	Kommissionsdokument
KomE	Kommissionsentwurf
KommunalPraxisBY	KommunalPraxis Bayern
krit	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KStZ	Kommunale Steuer-Zeitschrift
lfd	laufend
lit	littera/Buchstabe
Lit	Literatur
Losebl	Loseblattsammlung
LS	Leitsatz
LSA	Sachsen-Anhalt
Lsbl	Loseblattsammlung
lt	laut
LT	Landtag
LT-Drucks	Landtags-Drucksachen
LV(erf)	Landesverfassung
m	mit
m Anm	mit Anmerkung
m krit Anm	mit kritischer Anmerkung
m zust Anm	mit zustimmender Anmerkung
maW	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MDSrV	Mediendienst-Staatsvertrag

MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder
Min	Ministerium
Mio	Million(en)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittNWStGB	Mitteilungen des nordrhein-westfälischen Städte- und Gemeindebundes
Mitw	Mitwirkung
MMR	MultiMedia und Recht
mN	mit Nachweisen
Mrd	Milliarde(n)
MV	Mecklenburg-Vorpommern
mwN	mit weiteren Nachweisen
nachgew	nachgewiesen
Nachw	Nachweise
NC	numerus clausus
Nds	Niedersachsen
NdsOVG	Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht
NdsStGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NdsVBl	Niedersächsische Verwaltungsblätter
nF/NF	neue Fassung, neue Folge
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Onlinezeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
NJW-RR	Rechtsprechungs-Report Zivilrecht der Neuen Juristischen Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr/Nrn	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Rechtsprechungs-Report der Neuen Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Rechtsprechungs-Report der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVZ	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NWVBl	Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter
NWVerfGH	Nordrhein-westfälischer Verfassungsgerichtshof
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o	oben
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
öffentl	öffentlich
OLG	Oberlandesgericht
ör	öffentlich-rechtlich
ÖR	Öffentliches Recht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
pass	passim
PersR	Der Personalrat

Abkürzungsverzeichnis

PersV	Die Personalvertretung
Pl-Pr	Plenarprotokolle
priv	privat
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
R	Recht
RA	Rechtsanwalt
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RdL	Recht der Landwirtschaft
RdWW	Recht der Wasserwirtschaft
Reg	Regierung
RegEntw	Regierungsentwurf
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
Rez	Rezension
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rh-Pf	Rheinland-Pfalz
RiA	Das Recht im Amt
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
RP	Rheinland-Pfalz
Rs	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
Rsprübers	Rechtsprechungsübersicht
RTW	Recht, Technik, Wirtschaft
RuP	Recht und Politik
RVerwBl	Reichsverwaltungsblatt
S	Seite, Satz
s	siehe
Saarl	Saarland
SaarIOVG	Oberverwaltungsgericht des Saarlandes
SaarIVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Saarlandes
Sachs	Sachsen
SächsOVG	Sächsisches Oberverwaltungsgericht
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter
SächsVerfGH	Sächsischer Verfassungsgerichtshof
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Sart	Sartorius
SchrVfS	Schriften des Vereins für Sozialpolitik
SH	Schleswig-Holstein
Slg	Sammlung
sog	sogenannte(r)
st Rspr	ständige Rechtsprechung
StAnz	Staatsanzeiger
StGH	Staatsgerichtshof
str	strittig

StReg	Staatsregierung
StT	Der Städtetag
StuGR	Städte- und Gemeinderat
SV	Sondervotum
TA	Technische Anleitung
teilw	teilweise
Thür	Thüringen/Thüringer
ThürOVG	Thüringer Oberverwaltungsgericht
ThürVBL	Thüringer Verwaltungsblätter
ThürVerFGH	Thüringer Verfassungsgerichtshof
ThürVGRspr	Rechtsprechung der Thüringer Verwaltungsgerichte
TKMR	Zeitschrift für Telekommunikations- und Medienrecht
Tz	Textziffer
u	und/unten
ua	unter anderen(m), und andere
uam	und anderes mehr
Überbl	Überblick
UGB-KomE	BMU (Hrsg), Umweltgesetzbuch, Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, 1998
umstr	umstritten
UN	United Nations, Vereinte Nationen
UNO	United Nations Organization
unzul	unzulässig
unzutr	unzutreffend
u ö	und öfter
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt	Urteil
usf	und so fort
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
uU	unter Umständen
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
v	von/vom
VA	Verwaltungsakt
va	vor allem
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VBLNW	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
VDE	Verband deutscher Elektrotechniker eV
VDI	Verein deutscher Ingenieure eV
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht
Verf	Verfassung
VerfG	Verfassungsgericht
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerkBl	Verkehrsblatt
VerkMitt	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
Verw	Verwaltung, Die Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerWiss	Verwaltungswissenschaften
VerwPrR	Verwaltungsprozessrecht
VerwR	Verwaltungsrecht
VerwRSpr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VfG	Verfassungsgericht

Abkürzungsverzeichnis

VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
vH	von Hundert
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VkBl	Verkehrsblatt, Amtsblatt des Bundesministers für Verkehr
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
Voraufll	Vorauslage
Vorb/Vorbem	Vorbemerkung
vorl	vorläufig
VR	Verwaltungsrundschau
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa
VwGerichtsbkt	Verwaltungsgerichtsbarkeit
VwR	Verwaltungsrecht
VwV	Verwaltungsvorschrift(en)
WiGBI	Wirtschaftsgesetzblatt
WiR	Wirtschaftsrecht
WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WiV/WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
WM	Wertpapier-Mitteilungen
wN	weitere Nachweise
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTO	World Trade Organization/Welthandelsorganisation
WUR	Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, Wirtschaft und Recht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z Zt	zur Zeit
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAU	Zeitschrift für angewandte Umweltforschung
zB	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfPR	Zeitschrift für Personalvertretungsrecht
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit	zitiert
ZK	Zollkodex
ZKF	Zeitschrift für Kommunalfinanzen
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Luftrecht
ZLW	Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zT	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
Ztschr	Zeitschrift
zul	zuletzt
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust	zustimmend
zutr	zutreffend
ZVI	Zeitschrift für Verbraucherinsolvenzrecht

Im Übrigen wird auf Kirchner, Abkürzungen der Rechtssprache, 6. Aufl 2008, verwiesen.

ERSTER ABSCHNITT

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

Dirk Ehlers

Gliederung

	Rn
§ 1 Staatliche Verwaltung	1– 96
I. Begriff der staatlichen Verwaltung	3– 13
1. Staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne	4
2. Staatliche Verwaltung im materiellen Sinne	5– 12
3. Staatliche Verwaltung im formellen Sinne	13
II. Organisation der staatlichen Verwaltung	14– 23
III. Personal der staatlichen Verwaltung	24– 32
1. Beschäftigungsverhältnisse	24– 25
2. Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals	26– 29
3. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen	30– 32
IV. Zielsetzung der staatlichen Verwaltung	33– 37
V. Aufgaben der staatlichen Verwaltung	38– 40
VI. Maßstäbe des Verwaltungshandelns	41
VII. Arten der staatlichen Verwaltung	42– 60
1. Unterscheidung nach der Art der Aufgabenstellung	43– 55
2. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Verwaltung	56
3. Unterscheidung nach dem Verwaltungsträger	57
4. Unterscheidung nach der Rechtsform des Tätigwerdens	58
5. Unterscheidung nach der Modalität des Handelns	59
6. Unterscheidung nach der Intensität der Gesetzesbindung	60
VIII. Handlungsformen der Verwaltung	61– 62
IX. Planende Verwaltung	63– 67
X. Informationelle Verwaltung	68– 81
1. Recht der Privaten auf Zugang zu amtlichen Informationen	69– 72
2. Recht der Verwaltung auf Zugang zu privaten Informationen	73
3. Informationspflichten und -befugnisse der Verwaltung gegenüber Privaten	74
4. Geheimhaltungspflichten der Verwaltung	75– 76
5. Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikations- techniken	77– 81
XI. Administrative Steuerung und gesellschaftliche Selbstregulierung	82– 87
XII. Verwaltungskontrolle	88– 93
XIII. Verwaltungswissenschaften	94– 96
§ 2 Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung	1–135
I. Recht, Rechtsquelle und Rechtsnorm	2– 17
1. Begriff des Rechts	2– 5

2. Begriff der Rechtsquelle	6
3. Begriff der Rechtsnorm	7
4. Wirkungsweise von Rechtsnormen	8
5. Allgemeine Rechtsgrundsätze und ihre Wirkungsweise	9– 13
6. Rechtsauslegung, Rechtskonkretisierung und Rechtsanwendung	14– 17
II. Arten der Rechtsnormen	18– 73
1. Normen des internationalen Rechts	19– 32
2. Normen des nationalen Rechts	33– 73
III. Geltungsbereich der Rechtsnormen	74– 93
1. Normen des internationalen Rechts	75– 88
2. Normen des nationalen Rechts	89– 93
IV. Rangordnung der Rechtsquellen	94–114
1. Notwendigkeit einer Rangordnung	94
2. Stufen der Völkerrechtsordnung	95
3. Verhältnis von Völkerrecht und Unionsrecht	96
4. Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht	97
5. Stufen der Unionsrechtsordnung	98
6. Verhältnis von Unionsrecht und innerstaatlichem Recht	99–112
7. Verhältnis von Unionsrecht und EMRK-Recht	113
8. Stufen der innerstaatlichen Rangordnung	114
V. Fehlerfolgen bei Verstößen gegen das höherrangige Recht	115–119
1. Folgen fehlerhafter Normen des Völker- und Unionsrechts sowie fehlerhafter Parlamentsgesetze	115–117
2. Folgen fehlerhafter untergesetzlicher Normen des Außenrechts	118
3. Folgen fehlerhafter Innenrechtsnormen	119
VI. Normprüfungs-, -aussetzungs-, -nichtenanwendungs- und -verwerfungskompetenzen der Verwaltung	120–128
1. Nichtanwendung von Normen durch die Unionsverwaltung	126
2. Nichtanwendung von Normen durch die nationale Verwaltung	127–128
VII. Gerichtlicher Rechtsschutz in Bezug auf Normen	129–135
1. Streitbeilegung im Völkerrecht	129
2. Gerichtlicher Rechtsschutz im Unionsrecht	130
3. Gerichtlicher Rechtsschutz im nationalen Recht	131–135
§ 3 Verwaltungsrecht	1–101
I. Begriff des Verwaltungsrechts	1– 6
II. Arten des Verwaltungsrechts	7– 9
III. Verwaltungsrecht als Teilgebiet des öffentlichen Rechts	10– 77
1. Notwendigkeit einer Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	10– 13
2. Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts	14– 32
3. Geltungsbereich des öffentlichen und privaten Rechts	33– 52
4. Einwirkungen des Europäischen Unionsrechts	53
5. Einzelfälle	54– 63
6. Grenzfälle	64
7. Einwirkungen des öffentlichen und privaten Rechts aufeinander	65– 72
8. Einwirkungen des Verwaltungsrechts und Strafrechts aufeinander	73– 77
IV. Verwaltungsprivatrecht	78– 96
1. Tätigwerden der Verwaltung in privatrechtlichen Formen	78– 83
2. Steuerung der privatrechtlich organisierten Verwaltung	84
3. Bindung der Verwaltung an das Privatrecht beim Handeln in Privatrechtsform	85

4.	Bindung der Verwaltung an das öffentliche Recht beim Handeln in Privatrechtsform	86– 94
5.	Rechtsweg im Falle einer Bindung der privatrechtlichen Verwaltung an das öffentliche Recht	95– 96
V.	Verwaltungsrechtswissenschaft	97–101
1.	Grundlegung und Ausformung	97– 99
2.	Reform des Verwaltungsrechts und Neuausrichtung der Verwaltungsrechtsdogmatik	100–101
§ 4	Internationales Verwaltungsrecht	1– 9
I.	Öffentliches Kollisionsrecht	3– 6
II.	Völkerrechtlich begründetes Verwaltungsrecht	7
III.	Grenzüberschreitend bedeutsame Verwaltungstätigkeit	8
IV.	Fortentwicklung des Internationalen Verwaltungsrechts	9
§ 5	Europäisches Recht und Verwaltungsrecht	1– 70
I.	Rechtsetzung der Europäischen Union	2– 9
1.	Zuständigkeiten der Europäischen Union	2
2.	Arten der Zuständigkeiten	3
3.	Kompetenzausübungsschranken	4
4.	Organzuständigkeiten und Formen des Rechtsetzungsverfahrens	5– 7
5.	Mitwirkung der Mitgliedstaaten an der Setzung des Unionsrechts	8– 9
II.	Handlungsformen der Europäischen Union	10– 28
1.	Verordnungen	11
2.	Richtlinien	12– 16
3.	Beschlüsse	17– 22
4.	Empfehlungen und Stellungnahmen	23
5.	Sonstige Rechtshandlungen	24– 28
III.	Umsetzung des Unionsrechts	29– 30
IV.	System der Vollziehung des Unionsrechts	31– 32
V.	Vollziehung des Unionsrechts durch die Europäische Union	33– 42
1.	Betroffene Rechtsgebiete	33
2.	Organisationsrecht der Eigenverwaltung	34– 39
3.	Handlungsbefugnisse, Handlungsformen und Handlungsmaßstäbe der Eigenverwaltung	40– 42
VI.	Vollziehung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten	43– 60
1.	Arten der Vollziehung	43– 51
2.	Auswirkungen auf die Verwaltungsorganisation	52
3.	Auswirkungen auf die Verwaltungskompetenzen	53
4.	Auswirkungen auf das Verwaltungspersonal	54
5.	Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren	55– 58
6.	Auswirkungen auf die Verwaltungskontrolle	59– 60
VII.	Verwaltungskooperation	61– 63
VIII.	Vollziehung des Unionsrechts durch Private	64– 66
IX.	Rechtsschutz	67– 70
§ 6	Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht	1– 25
I.	Allgemeines	1– 5
II.	Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für das Verwaltungsrecht	6– 25

1. Demokratie	7– 9
2. Bundesstaat	10– 16
3. Rechtsstaatlichkeit	17– 24
4. Weitere Verfassungsaufträge	25

§ 1

Staatliche Verwaltung

- 1 „Von der Wiege bis zur Bahre: Formulare, Formulare“. Treffender als mit diesem Spruch kann die Einbindung des Bürgers in Verwaltungsvorgänge nicht beschrieben werden. Ein Mensch kommt idR von der Geburt (vielleicht in einem staatlichen Krankenhaus) bis zum Tode (etwa in einem kommunalen Altersheim) mit der Verwaltung in Berührung. So löst schon die Geburt zahlreiche Verwaltungsvorgänge aus (beispielsweise Eintragung der Geburt in das Geburtenbuch durch den Standesbeamten, Zahlung von Kindergeld, uU Gewährung von Entbindungsgeld, Änderung der Steuerklasse). Verfolgt man den Lebensweg weiter, zeigt sich, wie sehr der Einzelne auf die Verwaltung angewiesen bzw ihr ausgeliefert ist. Man denke nur an den Besuch kommunaler Kindergärten, staatlicher Schulen und Universitäten oder die Benutzung öffentlicher Straßen. Die Verwaltung greift sogar über Leben und Tod hinaus. ZB genießt schon der nasciturus öffentlich-rechtlichen Versicherungsschutz,¹ während der Tod für die Verwaltung verschiedene Nachwirkungen hat. So muss die Verwaltung eine ordnungsgemäße Bestattung auf einem Friedhof ermöglichen und den Hinterbliebenen ggf Pensions- oder Rentenansprüche auszahlen.
- 2 Wird die Polizei zur Gefahrenabwehr tätig, eine Steuerschuld durch das Finanzamt beigetrieben, einem Baubewerber eine Baugenehmigung erteilt, einem Gewerbetreibenden die Ausübung des Gewerbes untersagt oder einem Arbeitslosen Arbeitslosengeld überwiesen, kann nicht ernsthaft zweifelhaft sein, dass ein Handeln der staatlichen Verwaltung vorliegt. In anderen Fällen ist dies indessen nicht eindeutig. So stellt sich die Frage, ob auch die Wehrübungen der Bundeswehr, der Ankauf von Computern für eine Kreisverwaltung, die Bereitstellung von Verkehrsleistungen durch die Deutsche Bahn AG, die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser und Strom durch eine teils städtische, teils sich im Anteilseigentum von Privaten befindende Gesellschaft oder die Ausstrahlung der Sportschau durch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt etwas mit staatlicher Verwaltung zu tun haben. Keine Darstellung des Verwaltungsrechts kommt daher umhin, ihren Gegenstand – die *staatliche Verwaltung* – zu definieren.

I. Begriff der staatlichen Verwaltung

- 3 Der Begriff „Verwaltung“ taucht in vielen Gesetzen, wie etwa den Art 83 ff GG oder den §§ 1 ff VwVfG, auf. Eine Legaldefinition der Verwaltung gibt es jedoch nicht. Die Verwaltungsrechtswissenschaft unterscheidet drei verschiedene Begriffe:

¹ Vgl dazu BVerfGE 45, 376 ff.

1. Staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne

Jede Organisation bedarf einer Verwaltung. Hier interessiert nur die *staatliche* Verwaltung, nicht die Verwaltung privater Organisationen (zur Verwaltung der Europäischen Union → § 5 Rn 34 ff). Im Schrifttum wird fast durchweg von öffentlicher Verwaltung gesprochen. Indessen ist der Begriff des „Öffentlichen“ mehrdeutig² und sollte daher möglichst vermieden werden. Unter staatlicher *Verwaltung im organisatorischen Sinne* ist die Gesamtheit der Verwaltungsträger und ihrer Untergliederungen (zB in Organe, Behörden und Ämter) zu verstehen, sofern sie vom Staat getragen und in der Hauptsache materiell verwaltend tätig werden (Rn 5 ff). Als Träger von Staatsgewalt sind alle Organisationen anzusehen, hinter denen unmittelbar oder mittelbar allein der Staat steht. Dazu zählen vor allem alle *juristischen Personen des öffentlichen Rechts* (Rn 14), es sei denn, dass sie (wie die sog korporierten Religionsgemeinschaften³ oder das Bayerische Rote Kreuz⁴) in der gesellschaftlichen Sphäre wurzeln.⁵ Ferner gehören hierher sämtliche *Privatrechtssubjekte*, deren Inhaber ausschließlich eine oder mehrere der zuvor genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wie zB Bund, Länder oder Kommunen, sind.⁶ Zu erwähnen sind insb die Eigengesellschaften, dh diejenigen Gesellschaften, deren Anteilseigentum unmittelbar oder mittelbar ganz und nicht nur teilweise in den Händen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts liegt. Gemischt zusammengesetzte Privatrechtsvereinigungen (die von mindestens einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und einer Privatperson getragen werden) sowie private Rechtssubjekte sind – nach der hier vertretenen Ansicht⁷ – nur Träger von Staatsgewalt, wenn und soweit ihnen Staatsgewalt übertragen wurde. Sie werden dann als Beliehene tätig (Rn 17).

2. Staatliche Verwaltung im materiellen Sinne

Unter Verwaltung im materiellen Sinne wird diejenige Staatstätigkeit verstanden, welche die Wahrnehmung von *Verwaltungsaufgaben* zum Gegenstand hat. Die Verwaltungsaufgaben werden in der Lehre teils positiv, teils negativ bestimmt. In Betracht kommt auch eine Kombination dieser Ansätze.

² Vgl *Martens* Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, 22 ff; *Häberle* Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl 2006, 22 ff.

³ Vgl Art 140 GG iVm Art 137 V WRV. Zum Sinngehalt des Körperschaftsstatus vgl BVerfGE 102, 370, 386 ff; *Ehlers* in: Sachs (Hrsg), GG, 5. Aufl 2009, Art 140 GG/137 WRV Rn 21.

⁴ Art 1 I 1 Gesetz über die Rechtsstellung des Bayerischen Roten Kreuzes v 16.7.1986, GVBl, 134.

⁵ Rundfunkanstalten des öffentlichen Rechts nehmen ungeachtet der grds Staatsfreiheit des Rundfunks, der Notwendigkeit einer Beteiligung aller relevanten gesellschaftlichen Kräfte und des Grundrechtsschutzes gegenüber dem Staat Aufgaben der öffentl Verwaltung wahr (BVerfGE 31, 314, 329) und unterliegen der Grundrechtsbindung gegenüber Dritten (BVerfGE 97, 298, 314). Näher dazu *Hesse* Rundfunkrecht, 3. Aufl 2003, 140 ff; *Herrmann/Lausen*, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, 270 ff.

⁶ Vgl *Ehlers* JZ 1987, 218, 224; *Erichsen* Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, 1987, 27. *Burmeister* VVDStRL 52 (1993) 190, 217 ff. AA zB *Püttner* Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl 1985, 136 f, 141. Auch das europ Unionsrecht rechnet die genannten Rechtssubjekte dem Staat zu; → § 2 Rn 78, 80.

⁷ Str, aA wohl BVerfG-K NJW 1990, 1783, das gemischtwirtschaftliche Unternehmen im Falle eines beherrschenden Einflusses des Staates an die Grundrechte bindet. Vgl auch BVerfG-K JZ 2009, 1069 (1070). Krit → § 3 Rn 93; ferner → § 7 Rn 11 m Fn 38.

- 6 a) *Positive Begriffsbestimmung*. Die positiven Umschreibungen beschränken sich idR darauf, einzelne typische Merkmale der Verwaltung hervorzuheben. So wird abgestellt auf die konkret-individuelle Normgebung in Abhängigkeit von Weisungen vorgesetzter Behörden (*Kelsen*⁸), die Verwirklichung des gesetzgeberischen Willens (*Fleiner*⁹) bzw der Staatszwecke für den Einzelfall (*Peters*¹⁰), die Lösung konkreter Aufgaben gem den Rechtsnormen oder innerhalb ihrer Schranken (*G. Jellinek*¹¹), den Einsatz hoheitlicher Mittel (*Giese*¹²), die geleitete, richtungserhaltende, geführte Tätigkeit (*Achterberg*¹³), die soziale Gestaltung im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts (*Forsthoff*¹⁴), die Herstellung verbindlicher Entscheidungen (*Lubmann*¹⁵), die fremdbestimmte und fremdnützige Besorgung öffentlicher Angelegenheiten (*Stober*¹⁶) oder die planmäßige Tätigkeit öffentlichen Gemeinwesens zur Gestaltung und Gewährleistung des sozialen Zusammenlebens, wobei diese Tätigkeit in ihren Zielen, Zwecken, Aufgaben und Befugnissen durch die Rechtsordnung und innerhalb dieser durch die politischen Entscheidungen der Regierung bestimmt und begrenzt wird (*Bachof*¹⁷). Nach *Stern* bedeutet Verwaltung im materiellen Sinne die den Organen der vollziehenden Gewalt und bestimmten diesen zuzurechnenden Rechtssubjekten übertragene eigenverantwortliche ständige Erledigung der Aufgaben des Gemeinwesens durch konkrete Maßnahmen in rechtlicher Bindung nach (mehr oder weniger spezifiziert) vorgegebener Zwecksetzung.¹⁸ Für *Roellecke* lässt sich Verwaltung als der Teil einer Organisation charakterisieren, der ohne offen legitimierbare eigene Ziele im Dienste der Aufgaben eines Betriebes durch verbindliche Entscheidung zwischen Betrieb und Umwelt vermittelt.¹⁹ *Scherzberg* definiert öffentliches Verwalten als die Wahrnehmung politischer Handlungsoptionen im Wege des problem- und zielorientierten Einsatzes tatsächlicher oder rechtlicher Ressourcen durch ein hierauf spezialisiertes Organisationssystem.²⁰ Am anspruchsvollsten ist die Definition von *H. J. Wolff*. Unter öffentlicher Verwaltung im materiellen Sinne soll danach die mannigfaltige, konditional oder nur zweckbestimmte, also insofern fremdbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt entscheidend ausführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Sachwalter des Gemeinwesens zu verstehen sein.²¹ Selbst bei dieser Definition ist zweifelhaft, ob alle Merkmale der Verwaltung erfasst werden und ob sich diese Merkmale von denen sonstiger Staatsfunktionen hinreichend unterscheiden lassen. Die Begriffsbestimmung ist so abstrakt

⁸ Reine Rechtslehre, 1934, 80; 2. Aufl 1960, 240; zu *Kelsens* Begriff von der Rechtsnorm → § 2 Rn 7.

⁹ Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl 1928; *Jesch* Gesetz und Verwaltung, 1961, 205; *Rupp* Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl 1991, 135.

¹⁰ Lehrbuch der Verwaltung, 1949, 5 ff; Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965, 7.

¹¹ Staatslehre, 3. Aufl 1960, 610.

¹² Allg VwR, 3. Aufl 1952, 6.

¹³ Allg VwR, § 8 Rn 7.

¹⁴ VwR, 6.

¹⁵ Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966, 67. Zur Entscheidungsfähigkeit der Verwaltung vgl auch *Thieme* Verwaltungslehre, 4. Aufl 1984, Rn 8 f.

¹⁶ *Wolff/Bachof/Stober* VwR I, § 3 Rn 11, 16 ff.

¹⁷ Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl 1987, Sp 3827 ff.

¹⁸ StR II, § 41 I 3 (738). Krit *Peine* Allg VwR, Rn 32.

¹⁹ DV 29 (1996) 1, 15.

²⁰ Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 76.

²¹ *Wolff/Bachof/Stober* VwR I, 11. Aufl 1999, § 2 Rn 19.

geraten, dass sie praktisch kaum handhabbar ist. Festzuhalten ist daher, dass es eine trennscharfe Definition der Verwaltung im materiellen Sinne nicht gibt. Sie wird sich auch in Zukunft nicht entwickeln lassen, weil die Mannigfaltigkeit, in der sich die einzelnen Verrichtungen der Verwaltung auffächern, der einheitlichen Formel spottet.²²

b) *Negative Begriffsbestimmung*. Zumeist begnügt sich die Verwaltungsrechtslehre in Anschluss an *Otto Mayer*²³ und *W. Jellinek*²⁴ mit einer negativen Begriffsbestimmung der Verwaltung (im materiellen Sinne). Danach ist Verwaltung diejenige Staatstätigkeit, die nicht Gesetzgebung und Rechtsprechung ist. Diese Art der Definition wirft aber ebenfalls erhebliche Probleme auf.

Zunächst führt die „Substraktionsmethode“ nur dann zu eindeutigen Ergebnissen, wenn sich die übrigen Staatsfunktionen Gesetzgebung und Rechtsprechung ihrerseits exakt definieren lassen. Dies ist indessen nicht der Fall. Zwar spricht Art 20 II 2 GG davon, dass die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Damit bekennt sich das Grundgesetz aber nicht zu einer strikten Gewaltenteilung.²⁵ So darf das *Parlament* nicht nur Gesetze im materiellen Sinne erlassen (dh abstrakt-generelle Regelungen), sondern auch lediglich formelle Gesetze (dh Einzelfallgesetze wie das grundsätzlich nur den staatlichen Innenrechtskreis betreffende Haushaltsgesetz oder die sog Maßnahmegesetze).²⁶ Dem Inhalt nach handelt es sich in solchen Fällen eher um verwaltende Tätigkeit. Ferner ist dem Deutschen Bundestag nicht nur die Gesetzgebung, sondern zB auch die Wahl des Bundespräsidenten (Art 54 GG²⁷), des Bundeskanzlers (Art 63 GG) sowie die Kontrolle der Regierung²⁸ übertragen worden. Der Präsident des Bundestages darf Hausverbote aussprechen (Art 40 II 1 GG), ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss Beweiserhebungen vornehmen (Art 44 I GG) und ein Bundestagsabgeordneter sich an der Wahl der Bundesrichter beteiligen (Art 95 II GG). Umgekehrt ist die *vollziehende Gewalt* an der Gesetzgebung beteiligt (Art 76 I, 113 I GG) und ermächtigt, selbst bestimmte Gesetze – etwa Rechtsverordnungen – zu erlassen (Art 80 GG). Die *Gerichte* werden nicht nur rechtsprechend tätig, sondern führen auch verschiedene Re-

²² *Forsthoff* VwR, 1. Krit zum materiellen Verwaltungsbegriff auch *G. Winkler* Orientierungen im öffentlichen Recht, 1979, 21 f. Vgl ferner *Peine* Allg VwR, Rn 29 ff.

²³ VwR I, 7. Vgl auch *Fleiner* (Fn 9) 4 f.

²⁴ VwR, 5 f.

²⁵ Dies ergibt sich schon daraus, dass es sich um ein bloßes Rechtsprinzip handelt (vgl zB BVerfGE 2, 307, 319; 3, 225, 247 f; 9, 268, 280; 30, 1, 27 f). Im Gegensatz zu Regeln haben Prinzipien aber nicht ausschließlich definitiven Charakter. Vgl *Alexy* Theorie der Grundrechte, 3. Aufl 1996, 75 f. Zur Frage, ob sich dem GG ein Verwaltungsvorbehalt entnehmen lässt, vgl *Maurer* VVDStRL 43 (1985) 135 ff; *Schnapp* ebd, 172 ff; *Janssen* Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, 1990, 64 ff; *Kubl* Der Kernbereich der Exekutive, 1993, 141 ff; *Eblers* Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl, 1998, 55 ff; *Möllers* Gewaltengliederung, 2005, 398 f; *Hoffmann-Riehm* in: ders/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen I, § 10 Rn 46.

²⁶ Zur Zulässigkeit vgl BVerfGE 25, 371, 396; 36, 383, 400. Vgl auch *G. Kirchhof* Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

²⁷ Der Bundespräsident wird von der Bundesversammlung gewählt, der ua alle Mitglieder des Bundestages angehören.

²⁸ Vgl dazu statt vieler *Krebs* Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, 120 ff; *Achterberg* Parlamentsrecht, 1984, § 18, 410 ff; *Steffani* in: Schneider/Zeh (Hrsg), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 49, 1325 ff; *Schröder* in: Isensee/Kirchhof II, § 51 Rn 49 f.

gister, wie etwa das Handelsregister (§ 8 HGB)²⁹, organisieren die juristischen Staatsprüfungen (zB § 3 JAG NRW) und dürfen bestimmte „Justizverwaltungsakte“ (§ 23 I EGGVG) erlassen. Zudem müssen sie sich ebenso wie die Parlamente selbst organisieren und verwalten, um Funktionsfähigkeit zu erlangen.³⁰ Das BVerfG spricht davon, dass nur der Kernbereich der einzelnen Gewalten absolut geschützt ist.³¹ Wo dieser Kernbereich beginnt, bleibt eine offene Frage.³²

- 9 Weiter kann es Staatstätigkeiten geben, die weder zur Gesetzgebung und Rechtsprechung noch zur Verwaltung gehören. So spricht das Grundgesetz in Art 1 III, 20 II 2 und III GG mit Bedacht nicht von Verwaltung, sondern von vollziehender Gewalt. Dieser Begriff wird als der weitere angesehen.³³ Zur vollziehenden Gewalt, dh zur Exekutive, gehört auch der von der Verwaltung abzugrenzende Bereich der *Regierung*.³⁴ Dementsprechend heißt es beispielsweise in Art 3 I 1 der Verfassung von Berlin, dass die vollziehende Gewalt durch die Regierung und Verwaltung (sowie in den Bezirken im Wege von Bürgerrechtsentscheidungen) ausgeübt wird. Zur vollziehenden Gewalt, nicht zur Verwaltung, ist ferner die militärische Kommandogewalt der Bundeswehr zu zählen.³⁵ Auch gibt es andere *exekutive Betätigungen*, die sich nicht ohne weiteres der Verwaltung zurechnen lassen, wie zB die Kontrolle der Rechnungshöfe, des Wehrbeauftragten und der staatlichen Datenschutzbeauftragten oder das Handeln der sog Mediatoren (→ § 16) bzw Bürgerbeauftragten, die zwischen Verwaltung und Bürger vermitteln sollen.
- 10 Schließlich ist die negative Definition der Verwaltung (im materiellen Sinne) insofern unbefriedigend, als sie die Verwaltung als etwas „Übriggebliebenes“ darstellt, was der Bedeutung dieser überaus mächtigen Staatsfunktion nicht gerecht wird.
- 11 c) *Kombinierte Begriffsbestimmung*. Angesichts dieser Aporie empfiehlt es sich, die verschiedenartigen Ansätze zu kombinieren. Eine erste Orientierung vermittelt die Substraktionsmethode. Abzustellen ist auf die typischen Merkmale der anderweitigen Staatsfunktionen. Als kennzeichnend für die Gesetzgebung wird die Setzung generell-abstrakter Rechtsnormen angesehen. Unter Rechtsprechung ist die zu rechtskräftiger Entscheidung führende rechtliche Beurteilung von Sachverhalten in Anwendung des geltenden objektiven Rechts durch ein unbeteiligtes Staatsorgan zu verstehen, das auf gesetzlicher Grundlage in sachlicher und personeller Unabhängigkeit tätig wird.³⁶ Die

²⁹ Vgl auch EuGH Slg 2002, I-547 Rn 14 ff – Lutz GmbH ua, wonach Gerichte in Registersachen keine Gerichte iSv Art 234 EGV sind.

³⁰ Näher zur Gerichtsverwaltung Wittreck Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006.

³¹ BVerfGE 9, 268, 280; 30, 1, 28; 34, 52, 59.

³² Hesse VerFR, § 13 Rn 478; Ehlers (Fn 25) 30 ff.

³³ Bei der Beratung des Art 20 GG im Parlamentarischen Rat wurde statt des ursprünglich vorgesehenen Begriffes der „Verwaltung“ der Terminus „vollziehende Gewalt“ bevorzugt, weil auch die Regierung einbezogen werden sollte (Debler JÖR NF 1 [1951], 200). Durch Gesetz v 19.3.1956 (BGBl I, 111) ist der Begriff „Verwaltung“ in Art 1 III GG durch den der vollziehenden Gewalt ersetzt worden, um die Bindung der Bundeswehr an die Grundrechte sicherzustellen.

³⁴ HM. Vgl statt vieler Achterberg Allg VwR, § 8 Rn 1 ff; Schröder in: Isensee/Kirchhof III, § 64 Rn 2 ff. Krit Frotzcher Regierung als Rechtsbegriff, 1975, 173 ff, wonach es nicht gerechtfertigt sei, die Bestimmungs- und Leitungsbefugnisse der Exekutive in einem Teilbereich durch eine besondere Funktion „Regierung“ herauszustellen.

³⁵ HM. Vgl zB Stern StR II, § 42 I 5.

³⁶ Ähnlich Wolff/Bachof/Stober VwR I, § 20 Rn 40. Vgl auch zu den Merkmalen der Rspr BVerfGE 18, 241, 253 f; 26, 186, 195; 27, 312, 320; 27, 355, 361 f; 48, 300, 323.

Regierung im materiellen Sinne zeichnet sich durch ihre staatsleitende, richtungsgebende und führende Tätigkeit,³⁷ die militärische Kommandogewalt durch die Ausbildung und Führung einer militärischen Macht aus. Im Zweifelsfall ist ergänzend auf die genannten positiven Merkmale der Verwaltung zurückzugreifen, wobei in Anlehnung an *Stern* vor allem auf die eigenverantwortliche Erledigung der Aufgaben des Gemeinwesens (besser: des Staates) durch Maßnahmen in rechtlicher Bindung nach (mehr oder weniger spezifiziert) vorgegebener Zwecksetzung abzustellen ist. Trotz der rechtlichen Bindung steuert sich die Verwaltung in einem erheblichen Ausmaße selbst (in Interaktion mit den Betroffenen).

d) *Rechtliche Verbindlichkeit*. Die relativ große Unschärfe des Begriffes der Verwaltung im materiellen Sinne kann solange hingenommen werden, als an die Begriffsbestimmung keine Rechtsfolgen geknüpft sind. Stellen die verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen Bestimmungen auf das Vorliegen einer Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne ab, ist der Begriff je nach Gesetz eigenständig zu bestimmen. So kann der gesetzliche Begriff der Verwaltung im materiellen Sinne durchaus unterschiedlich verwendet werden. Wenn etwa Art 3 Verf NRW von einer Dreiteilung der Gewalten spricht und neben der Gesetzgebung und Rechtsprechung nur die Verwaltung erwähnt, die in den Händen der Landesregierung, der Gemeinden und Gemeindeverbände liegt, so wird damit die gesamte Regierungstätigkeit miterfasst. Dagegen bezieht der Begriff „Verwaltungstätigkeit“ iSd § 1 I VwVfG gerade nicht die Tätigkeit der Regierung im materiellen Sinne mit ein.³⁸ Anderes gilt, wenn die Regierung nach Maßgabe des § 9 VwVfG tätig wird. 12

3. Staatliche Verwaltung im formellen Sinne

Unter staatlicher Verwaltung im formellen Sinne ist die gesamte von der staatlichen Verwaltung im organisatorischen Sinne ausgeübte Tätigkeit zu verstehen – unabhängig davon, ob es sich um Verwaltung im materiellen Sinne oder zB um Regierung oder Gesetzgebung handelt. Ob die Verwaltung die Tätigkeit wahrnehmen darf, bestimmt sich nach Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht. 13

II. Organisation der staatlichen Verwaltung³⁹

Die Erledigung der staatlichen Verwaltungsaufgaben obliegt Verwaltungsträgern, dh rechtsfähigen oder teilrechtsfähigen Subjekten. Originärer Verwaltungsträger ist der als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts (also juristische Person⁴⁰) organisierte Staat in Gestalt von Bund oder Land. Man spricht in Fällen, in denen der Staat selbst verwaltend in Erscheinung tritt, von *unmittelbarer Staatsverwaltung*. Schwerpunktmäßig wird diese von den Ländern wahrgenommen, weil der Bund nach Art 30 GG nur dann tätig werden darf, wenn er durch das Grundgesetz hierzu ermächtigt wor- 14

³⁷ *Achterberg* Allg VwR, § 8 Rn 2; *Wolff/Bachof/Stober* VwR I, § 20 Rn 26; *Hoffmann-Riem* in: *ders/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen I, § 10 Rn 48.

³⁸ HM. Vgl *Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 1 Rn 169, 186; *Kopp/Ramsauer* VwVfG, § 1 Rn 19c; *Kastner* in: *Fehling/ders/Wahrendorf*, VerwR, § 1 Rn 40 f. Vgl auch BVerfGE 63, 215, 225 ff. AA *Schnapp* AöR 108 (1983) 137, 138.

³⁹ Näher zum Ganzen → § 7 Rn 1 ff.

⁴⁰ Krit dazu *Böckenförde* FS H. J. Wolff, 1973, 269, 274 ff. Als Bsp für einen teilrechtsfähigen Rechtsträger vgl etwa § 3 FMStFG (Finanzmarktstabilisierungsfonds).

den ist (wie zB durch Art 87 GG). Auch die Ausführung der Bundesgesetze obliegt regelmäßig den Ländern, entweder als eigene Angelegenheit (Art 83, 84 GG) oder im Auftrage des Bundes (Art 85 GG). Wie alle anderen juristischen Personen können auch Bund und Länder nur durch bestimmte Organe tätig werden. Diese werden jedenfalls dann, wenn sie Außenzuständigkeiten der Verwaltung nach Maßgabe öffentlichen Rechts wahrzunehmen haben, Behörden genannt (→ § 14 Rn 2). Während es auf der Bundesebene normalerweise nur eine, höchstens zwei Behördeninstanzen gibt (nämlich die obersten Bundesbehörden, insb die Ministerien, und die Bundesoberbehörden)⁴¹, verfügen die Flächenstaaten über oberste Behörden (Ministerpräsidenten, Landesminister), Oberbehörden (die wie die Landeskriminal- oder Landesbesoldungsämter einer obersten Behörde unmittelbar unterstehen und für das gesamte Land zuständig sind), Mittelbehörden (die wie die Bezirksregierungen einer obersten Landesbehörde unmittelbar unterstehen und für einen Teil des Landes zuständig sind) und untere Verwaltungsbehörden (zB Finanzämter).⁴²

- 15 Die staatliche Verwaltung kann auch auf rechtlich verselbständigte (dezentralisierte) Verwaltungsträger übertragen werden. Es liegt dann eine *mittelbare Staatsverwaltung* vor. Die Träger der mittelbaren Staatsverwaltung können öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sein. Als öffentlich-rechtliche Organisationsformen haben sich die Körperschaft, Stiftung und Anstalt des öffentlichen Rechts herausgebildet. Eine *Körperschaft* ist mitgliedschaftlich organisiert (→ § 8 Rn 12). Die Körperschaftsmitglieder wählen ein Leitungsorgan oder eine Vertretung, die ihrerseits ein Leitungsorgan bestellt und die grundlegenden Entscheidungen trifft. Bei den Körperschaften handelt es sich um Selbstverwaltungsträger mit dem Recht der Satzungsgebung und damit um Demokratien im Kleinen.⁴³ Unter *Stiftungen* des öffentlichen Rechts sind mit einem öffentlich-rechtlichen Status versehene Vermögensmassen zu verstehen, die von einem Stifter einem bestimmten Zweck gewidmet sind.⁴⁴ Um Stiftungen staatlicher Verwaltungsträger handelt es sich, wenn der Stiftungszweck zum Aufgabenbereich des Verwaltungsträgers gehört und die Stiftung von dem Verwaltungsträger verwaltet wird.⁴⁵ Somit ist zwischen Stiftungen staatlicher Verwaltungsträger (zB einer Kommune oder einer Universität) und den von einer Behörde verwalteten Stiftungen zu unterscheiden. Die Verwendung der Stiftungsform ist nicht unproblematisch, wenn die öffentliche Hand (allein) als Stifter in Erscheinung tritt. Da der Stiftungszweck bei der Errichtung der Stiftung idR dauerhaft festgelegt wird, führt dies zu einer demokratisch nicht unbedenklichen Festlegung aller späteren Volksvertretungen⁴⁶ und Verwaltungen.⁴⁷ Es kommt hinzu, dass das Stiftungsrecht keine obligatorischen Kontrollgremien kennt. Denaturiert wird die Stiftungsform, wenn kein ausreichendes Kapital zur Verfügung ge-

⁴¹ Vgl zu den Ministerien Art 65 S 2, zu den Bundesoberbehörden Art 87 III 1 GG.

⁴² Vgl etwa §§ 3 ff LOG NRW.

⁴³ Zu den Grenzen der Selbstverwaltung vgl → § 8 Rn 22 ff.

⁴⁴ Vgl auch die Legaldefinition des § 46 LVwG SH. Ferner Art 1 II BayStG. Näher dazu → § 8 Rn 16. Zur Abgrenzung von Stiftungen des öffentlichen und solchen des privaten Rechts BFH NVwZ 2003, 1020 f.

⁴⁵ Vgl für kommunale Stiftungen *Twehues* Rechtsfragen kommunaler Stiftungen, 1996, 13 ff.

⁴⁶ Deshalb sehen die GOen zumeist vor, dass Gemeindevermögen nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde und nur dann als Stiftungsvermögen eingebracht werden darf, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann (vgl zB §§ 101 IV GO BW; 100 III GO NRW).

⁴⁷ Vgl *Seifart/v Campenhausen* (Hrsg), Handbuch des Stiftungsrechts, 3. Aufl 2009, 164 ff; *Mecking/Schulte* (Hrsg), Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen, 2003.

stellt wird, sondern sich die Stiftung im Wesentlichen aus Zuschüssen der öffentlichen Haushalte finanziert. Zu den *Anstalten* werden die verselbständigten Verwaltungsträger des öffentlichen Rechts gerechnet, die nicht Körperschaften oder Stiftungen sind. § 41 LVwG SH definiert die Anstalten als „von einem oder mehreren Trägern der öffentlichen Verwaltung errichtete Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mit einem Bestand an sachlichen Mitteln und Dienstkräften Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen“. Die bedeutsamsten Träger der mittelbaren Staatsverwaltung sind die als Gebiets- (im Gegensatz zu Verbands-, Personal- oder Real-)Körperschaften⁴⁸ des öffentlichen Rechts organisierten Gemeinden und Kreise. Somit lassen sich vier Hauptverwaltungsebenen unterscheiden (Bundes-, Landes-, Kreis- und Gemeindeverwaltung). Hinzu kommt die supranationale Verwaltungstätigkeit der Europäischen Union (→ § 5 Rn 33 ff).

Neben den *Organisationsformen* des öffentlichen Rechts dürfen auch diejenigen des *Privatrechts* in Anspruch genommen werden (formelle Privatisierung).⁴⁹ Grenzen können sich insbes aus Art 33 IV, 87 ff GG sowie aus dem einfachen Gesetzesrecht⁵⁰ ergeben. Teilweise wird eine Organisationsprivatisierung verfassungsrechtlich vorgeschrieben⁵¹ oder zugelassen.⁵² Am häufigsten kommt die Form der GmbH und des Vereins vor, doch bedient sich die Verwaltung auch der Form der Aktiengesellschaft (→ § 3 Rn 78 ff). Da sich Aktiengesellschaften wegen der Unabhängigkeit der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls bei Nichtanwendung des Konzernrechts nur schwer steuern lassen, schreiben viele Gemeindeordnungen vor, dass sich die Kommunen der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nur bedienen dürfen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann.⁵³ Vor allem die Kommunen führen einen Großteil ihrer öffentlichen Einrichtungen (zB Stadthallen, Museen oder Theater) und Wirtschaftsbetriebe als Eigengesellschaften. Keine Verwaltungsträger stellen nach dem Gesagten (Rn 4) die gemischt zusammengesetzten Gesellschaften dar (also diejenigen Gesellschaften, an denen neben der öffentlichen Hand auch Privatpersonen beteiligt sind). Diese sog Public Private Partnerships⁵⁴

⁴⁸ Mitglieder von Verbandskörperschaften sind nur oder überwiegend jur Personen. Bei Personal- und Realkörperschaften knüpft die Mitgliedschaft an eine bestimmte Eigenschaft der Person (zB Beruf eines Rechtsanwalts) oder an das Eigentum bzw ein qualifiziertes Nutzungsrecht an Grundstücken an. Vgl a *Wolff/Bachoff/Stober VwR* III, § 87 Rn 32 ff. Bei Gebietskörperschaften knüpft die Mitgliedschaft für natürliche Personen an den Wohnsitz, für jur Personen an den Sitz an. Außerdem müssen Gebietskörperschaften in einem größeren Umfang Aufgaben wahrnehmen, so dass im Prinzip jeder Gebietsansässige der Gebietshoheit unterfällt (vgl aber auch *VerfGH NRW DVBl* 2001, 1595, 1596 f; krit *Ehlers DVBl* 2001, 1601 ff).

⁴⁹ Einen Vorrang öR Form enthalten die Gesetze nur vereinzelt (vgl zB die §§ 117 I Nr 1 GO LSA, 73 I Nr 2 Thür KO). Für einen generellen Vorrang des öffentlichen Rechts bei gleicher Eignung öR und privatrechtlicher Organisationsformen *Ehlers* empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln? *Verh d 64. DJT* 2002, E 107 f.

⁵⁰ Für das Kommunalrecht vgl zB die Bestimmungen nach Art des § 108 GO NRW, für das staatliche Recht § 65 der HOen.

⁵¹ Vgl Art 87e III 1, 87f II, 143a, 143b GG.

⁵² Vgl Art 87d I 2.

⁵³ Vgl zB die §§ 103 II GO BW; 108 III GO NRW; 95 II GO Sachs.

⁵⁴ Zu dem konturenlosen verwaltungswissenschaftlichen Begriff (*Schulze-Fielitz* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen I, § 12 Rn 114) und den vielfältigen Formen vgl *Tettinger DÖV* 1996, 764 ff; *dens NWVBl* 2005, 1 ff; *Bauer DÖV* 1998, 89 ff; *Schuppert Verwaltungswissenschaft*, 448; *Bausback DÖV* 2006, 901 ff; *Ziekow VerwArch* 97 (2006),

erfreuen sich zunehmender Beliebtheit, werfen aber, wenn sie in Form einer gemischt zusammengesetzten Gesellschaft organisiert werden, zugleich Probleme auf, weil es nicht nur zu Synergieeffekten kommen kann, sondern vielfach Interessengegensätze bestehen bleiben, die sich nur schwer zum Ausgleich bringen lassen.

- 17 Ferner darf der Staat durch oder aufgrund Gesetzes Private mit der eigenständigen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben und der Ausübung öffentlich-rechtlicher Handlungsbefugnisse betrauen, um die eigene Verwaltungsapparatur zu entlasten und sich die Sachkunde und Flexibilität dieser Personen zunutze zu machen.⁵⁵ Die Privaten werden dann als *Beliehene* (dh mit Staatsgewalt ausgestattete Personen und somit staatsförmig) tätig.⁵⁶ Sie stellen Behörden iSd VwVfG dar (→ § 10 Rn 24).⁵⁷ Beliehene handeln mittlerweile in so unterschiedlichen Aufgabenfeldern wie der Betreuung von Zivildienstleistenden, der förmlichen Zustellung von Schriftstücken, der Errichtung von Anlagen zur Endlagerung radioaktiver Abfälle, der Fluggastkontrolle und der Überwachung von Kasernen.⁵⁸ Die Aufgabenverantwortung und die daraus folgende, eine Rechts- und Fachaufsicht erfordernde Garantienstellung verbleiben weiterhin bei dem die Staatsgewalt übertragenden Verwaltungsträger.⁵⁹ Das Vergaberecht findet auch auf die Auswahl der Beliehenen keine Anwendung. Doch schließt dies Ausschreibungen nicht aus.⁶⁰
- 18 Von den Beliehenen sind die Ehrenbeamten, ehrenamtlich Tätigen, Verwaltungsbeauftragten (Mandatare), Verwaltungshelfer und Verwaltungskonzessionäre zu unterscheiden. Auch diese Personen werden als (besondere) Amtswalter für die Verwaltung tätig. Im Gegensatz zu den *ehrenamtlich Tätigen* (zB den Schöffen, Wahlhelfern, Gemeinderatsmitgliedern) werden die *Ehrenbeamten* (zB die Leiter freiwilliger Feuerwehren) zu besonderen Beamten ernannt.⁶¹
- 19 Ein *Verwaltungsbeauftragter* (Mandatar) handelt selbständig, aber im Namen des Verwaltungsträgers. ZB kann anderen Verwaltungsträgern, anderen Behörden (sog externes Mandat), den Bediensteten einer Behörde (die im Auftrag für den Behördenleiter unterzeichnen) oder rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Personen (etwa Anwälten, die für einen Verwaltungsträger im Prozess auftreten) – in bestimmten Grenzen – Vertretungsmacht erteilt werden. Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen bzw Zweckvereinbarungen von Gemeinden und Gemeindeverbänden haben mandatierenden Charakter, wenn einer der Beteiligten sich verpflichtet, Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchzuführen.⁶² Kein Mandat, sondern eine Delegation liegt vor, wenn die Übertragung der Aufgabe vereinbart wurde. Während delegierende Vereinbarungen schon mangels Vor-

626 ff. Für die Kodifizierung eines Privatisierungsrechts im Hinbl auf die vertragsbasierten und die institutionalisierten Public Private Partnerships *Burgi* Verh d 67. DJT, 2008, Bd I, D 92 ff.

⁵⁵ Zu den möglichen Sperrwirkungen des Art 33 IV vgl BVerwG DVBl 2006, 840 ff → JK GG Art 33/1.

⁵⁶ Vgl zB die §§ 29 II 2 StVZO, 29 III Luft VG, § 44 III BHO sowie zB Art 44 III HO Bay, §§ 44 III HO BW, 44 II HO Bbg, 44 II HO NRW.

⁵⁷ Ob sie zugleich Verwaltungsträger sind, ist umstritten. Befürwortend *Steiner* FS Koja, 1998, 603, 610; *Burgi* FS Maurer, 2001, 581, 594; abl *Stelkens* NVwZ 2004, 303 ff.

⁵⁸ Vgl zu den Nachw *Voßkuhle* VVDStRL 62 (2003) 266, 301 f.

⁵⁹ BremStGH NVwZ 2003, 81 ff.

⁶⁰ Zur Frage, ob die Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts eine Ausschreibung in diesem Falle verlangen, vgl (verneinend) *Burgi* NVwZ 2007, 383 ff.

⁶¹ Vgl zB §§ 115 BRRG, 81 ff VwVfG, 28 GO NRW.

⁶² Näher dazu (zugleich krit, jedenfalls bei langer Geltungsdauer) *Oebbecke* in: Mann/Püttner, HdbKWuP I, § 29 Rn 65 ff.

liegens eines öffentlichen Auftrags nicht dem Vergaberecht unterfallen⁶³, dürfte für mandatorische Vereinbarungen Gegenteiliges anzunehmen sein.⁶⁴

Von *Verwaltungshelfern* (→ § 10 Rn 32) wird traditionellerweise gesprochen, wenn eine Privatperson nicht selbständig nach außen tätig wird, sondern Angelegenheiten der Verwaltung im Innenverhältnis im Auftrag und nach Weisung der Behörde wahrnimmt (zB wenn sich die Polizei eines Abschleppunternehmers oder eine Gemeinde eines privaten Unternehmens für die Müllabfuhr bedient).⁶⁵ Die Aufgabenstellung der Verwaltung bleibt in solchen Fällen erhalten, die Aufgabenwahrnehmung wird aber Privaten übertragen (funktionale Privatisierung oder Erfüllungsprivatisierung). Das Verhältnis der Verwaltung zu den Verwaltungshelfern wird idR durch privatrechtlichen Vertrag gestaltet (→ § 3 Rn 57 m Fn 159).⁶⁶ Die Auswahl der Verwaltungshelfer unterfällt dem Vergaberecht. Nach Art der Einbeziehung lässt sich typischerweise zwischen vorbereitenden Verwaltungshelfern und ausführenden Verwaltungshelfern (zB Betreibern und Betriebsführern einer öffentlichen Einrichtung⁶⁷) unterscheiden. Von vorbereitender Verwaltungshilfe (statt staatlicher Bedarfsdeckung im Wege einer Auftragsvergabe an Außenstehende) sollte nur die Rede sein, wenn die in Anspruch genommenen Personen in die Verwaltung inkorporiert werden (etwa als Sachverständige einer Verwaltungskommission, als Prüfer technischer Anlagen in einem Verwaltungsverfahren oder als Entwicklungsträger bei der Vorbereitung einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme nach § 167 I BauGB).⁶⁸ In der Praxis kommt die Einbeziehung privater Dienstleistender in staatliche Verwaltungsverfahren außerordentlich häufig vor.⁶⁹ Da die Verwaltungshilfe bei Zugrundelegung der traditionellen Ansicht nur interne Bedeutung hat, würde die Heranziehung von Verwaltungshelfern nichts an der Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger ändern. Der Verwaltungshelfer dürfte nur an der Entscheidungsvorbereitung und der Ausführung der Entscheidung beteiligt werden, ihm dürfte aber nicht die Entscheidung selbst übertragen werden. Dies hat ua zur Konsequenz, dass der Gesetzesvorbehalt nicht gilt⁷⁰ und bei Schadenszufü-

20

⁶³ Str, aA OLG Naumburg NZBau 2006, 58, 60.

⁶⁴ Str, wie hier OLG Düsseldorf NZBau 2004, 398; OLG Frankfurt NZBau 2004, 692. AA zB *Burgi* NZBau 2005, 208 ff.

⁶⁵ *Maurer* Allg VwR, § 23 Rn 59 (zT abweichend von den Voraufgaben); *Ehlers* Die Erledigung von Gemeindeaufgaben durch Verwaltungshelfer, 1997, 18 ff; *Remmert* Private Dienstleistungen im staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, 259 ff, 350 ff.

⁶⁶ Zum Vorschlag, einen Kooperationsvertrag als neuen Vertragstypus in das Verwaltungsverfahrensgesetz aufzunehmen, vgl → § 3 Rn 57 m Fn 159; § 29 Rn 8 m Fn 37.

⁶⁷ Ein Betreiber errichtet und finanziert die Betriebsanlagen selbst, im Falle bloßer Betriebsführung bleibt die Verwaltung Eigentümerin und Betreiberin der Anlage. Vgl dazu auch SächsOVG SächsVBl 2005, 14 ff (auch zur Frage, ob von Verwaltungshilfe auch dann noch gesprochen werden kann, wenn der Private nach außen in rechtlich relevanter Weise in Erscheinung tritt).

⁶⁸ Zur Unterscheidung von Beratung und Zuarbeitung vgl *Heintzen* VVDStRL 62 (2003) 220, 251 ff.

⁶⁹ Vgl *Remmert* (Fn 65) 30 ff, 507 mit einer Umschreibung der Bestandsaufnahme im Baurecht, Umweltrecht, Recht der Straßenplanung, Recht der Verkehrsüberwachung, Recht der kommunalen Abgabenerhebung und Recht der Bearbeitung von Beihilfeanträgen unter Feststellung, dass 98 % aller befragten, mit Aufgaben der Bauleitplanung betrauten kommunalen Verwaltungseinheiten in Brandenburg im Planaufstellungsverfahren private Dienstleistungen in Anspruch nehmen.

⁷⁰ Gleichwohl steht es dem Gesetzgeber frei, die Verwaltungshilfe zu regeln. Vgl zB die §§ 16 I KrW-/AbfG, 18a II 3 WHG.

gungen im Außenverhältnis grundsätzlich nur die Verwaltung haftet⁷¹ (wobei die Regressbegrenzung des Art 34 S 2 GG für selbständige private Unternehmer nicht gilt⁷²). Da die Verwaltungshilfe die staatliche Verwaltung entlasten soll, stellt sich allerdings die Frage, ob dem Verwaltungshelfer nicht auch ein gewisser Entscheidungsspielraum (nicht nur im Hinblick auf die technischen Einzelheiten) zukommen kann. Die neuere Literatur hat die Frage teilweise bejaht und weitergehend angenommen, dass die Verwaltungshelfer in bestimmten (vielfach unklar bleibenden) Grenzen die Verwaltungsaufgabe selbständig mit privatrechtlichen Mitteln erfüllen dürfen (→ § 10 Rn 32).⁷³ Insb wird die Eingehung einer unmittelbaren Entgeltbeziehung zu Außenstehenden von diesen Stimmen für zulässig erachtet. Doch läge dann (zugleich) eine Verwaltungskonzession (Rn 21) in Gestalt einer Erfüllungssubstitution (Dienstleistungskonzession ersten Grades) vor. Es erscheint zweckmäßig, Verwaltungshilfe und Dienstleistungskonzessionen auseinander zu halten.⁷⁴ Die Gerichte haben eine systematische Feststellung von Park- und Halteverstößen durch private Unternehmer für nicht rechtmäßig erachtet,⁷⁵ es aber verschiedentlich zugelassen, dass Private die Berechnungsgrundlagen von Kommunalabgaben ermitteln, die Abgaben berechnen und die Abgabenbescheide ausfertigen und versenden.⁷⁶ Eine Abgabe der Entscheidungsverantwortung derart, dass beauftragte Private die Entscheidung vollständig vorbereiten und ausführen und die Verwaltungsbehörde nur der äußeren Form nach einen Verwaltungsakt erlässt, ist (auch bei gebundenen Entscheidungen) unzulässig.⁷⁷

- 21 Neuartig ist die dem Europäischen Unionsrecht entlehnte Rechtsfigur der *Dienstleistungskonzession* oder – wie man verallgemeinert auch sagen könnte – Verwaltungskonzession.⁷⁸ Unter einer Dienstleistungskonzession versteht die Vergabekoordinierungsrichtlinie der Europäischen Union Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zugleich der Zahlung des Preises besteht.⁷⁹ Das trifft etwa auf Verträge über den entgeltfreien Betrieb eines städtischen Parkplatzes gegen Übertragung des Rechts zu, die Entgelte von den Parkplatzbenutzern erheben und behalten zu dürfen.⁸⁰ Dienstleistungskonzessionen unterfallen nicht dem Vergaberecht, doch sollen es die Grundfreiheiten des Europäischen Unionsrechts wie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz nach der Rechtsprechung des EuGH der

⁷¹ Vgl BGHZ 121, 161 → JK BGB § 839/7. Dagegen wird die Halterhaftung nach § 7 StVG (und anderer Tatbestände einer Gefährdungshaftung) durch die Amtshaftung des Verwaltungsträgers nicht verdrängt (BGHZ 121, 161, 168).

⁷² BGHZ 161, 6 → JK GG Art 34/30.

⁷³ Näher dazu *Burgi* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 151 ff, 280 ff mwN.

⁷⁴ So nun auch *Burgi* Die Dienstleistungskonzession ersten Grades, 2004, 29; *Nettesheim* EWS 2007, 145, 148.

⁷⁵ Vgl BayObLG NJW 1997, 3454 f („funktionell originäre Staatsaufgabe“); KG Berlin NJW 1997, 2894 ff; *Scholz* NJW 1997, 14 ff.

⁷⁶ Vgl die Nachw bei *Remmert* (Fn 65) 98 f.

⁷⁷ Vgl ThürOVG, Beschl v 19.10.2009, Az 4 EO 26/09.

⁷⁸ Näher dazu *Rubland* Die Dienstleistungskonzession, Bd 9, 2006.

⁷⁹ Art 1 IV RL 2004/18/EG. Zur Abgrenzung s auch EuGH EuZW 2009, 612; Urt v 10.9.2009, C-206/08.

⁸⁰ Grundl EuGH, Slg 2005, I-8585 – Parking Brixen. Zur Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag anhand des Merkmals des Betriebsrisikos vgl EuGH EuZW 2009, 810 (Übernahme einer Dienstleistung, für die ein öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang besteht).

Verwaltung grundsätzlich verbieten, eine öffentliche Dienstleistungskonzession von grenzüberschreitender Bedeutung ohne Ausschreibung zu vergeben.⁸¹ Die Ausschreibung ist bisher gesetzlich nicht geregelt worden. Teilweise haben die Dienstleistungskonzessionen eine bereichsspezifische Normierung erfahren.⁸²

Die organisations-, verfahrens- und materiellrechtliche Erfassung von Dienstleistungskonzessionen steht erst am Anfang. Entscheidend ist, ob der Konzessionär Verwaltungsaufgaben oder (nur) eigene Aufgaben wahrnimmt. Dementsprechend lässt sich zwischen Dienstleistungskonzession ersten und zweiten Grades unterscheiden. Im zunächst genannten Fall liegt eine *Erfüllungssubstitution* vor, weil nur die Erledigung der Aufgabe einem Privaten (ggf auch einem anderen Verwaltungsträger) übertragen worden ist, wobei die Übertragung im Gegensatz zur Verwaltungshilfe allerdings nicht nur verwaltungsinterne Bedeutung hat. Die Dienstleistungskonzession zweiten Grades stellt eine *Verwaltungssubstitution*⁸³ dar. Der Konzessionär ersetzt das Verwaltungshandeln und begründet selbst mit den Bürgern rechtliche Beziehungen. IdR ist gerade dies gewollt. Sowohl die Vergabe der Dienstleistungskonzession als auch das Handeln des Konzessionärs unterfallen dann dem Privatrecht.⁸⁴ Weder gilt für den Konzessionär Verwaltungsprivatrecht, noch finden auf ihn die Grundsätze der Staatshaftung Anwendung.⁸⁵ Falls der Konzessionär allerdings öffentlich-rechtlich tätig werden soll, liegt in Wahrheit eine (nur auf gesetzlicher Grundlage zulässige) Beleihung vor. Mittels der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in Gestalt einer Verwaltungssubstitution könnten nahezu alle marktwerthen Leistungen der Verwaltung auf Private übertragen werden.⁸⁶ Von einer klassischen Aufgabenprivatisierung unterscheidet sich die Dienstleistungskonzession dadurch, dass die Aufgabe nur befristet aufgegeben wird und nach Fristablauf zunächst wieder in den staatlichen Bereich zurückwandert.⁸⁷ Für den Bürger können Dienstleistungskonzessionen wegen des Austausches des Partners der Rechtsbeziehungen sowie der Veränderung der Handlungsmaßstäbe erhebliche Gefahren mit sich bringen. Zwar dürften sich die (zB) aus §§ 16 II 1 KrW-/AbfG, 18a IIa 2 WHG ergebenden Anforderungen (Fachkunde, Zuverlässigkeit, Sicherstellung der übertragenen Pflichten, keine entgegenstehenden öffentlichen Interessen) verallgemeinern lassen. Auch bleibt es der Verwaltung unbenommen, den Privaten weitreichende Gemeinwohlverpflichtungen aufzuerlegen.⁸⁸ IdR dürfte sie dazu auch verpflichtet sein. Doch wirft die Realisierung einer trotz Privatisierung fortbestehenden Gewährleistungsverantwortung der Verwaltung (Rn 86) noch vielfältige Fragen auf. Anzustreben ist eine gesetzliche Regelung der Dienstleistungskonzession.

22

⁸¹ EuGH, Slg 2005, I-8585, Rn 72 – Parking Brixen; Übungsfall (Examensklausur) bei Weyd JURA 2009, 448 ff.

⁸² Vgl für den Verkehrsbereich die VO (EG) Nr 1370/2007. Näher dazu *Fehling/Niehmus* DÖV 2008, 662 ff. Zu den von den Dienstleistungskonzessionen zu trennenden Baukonzessionen vgl § 98 VI GWB.

⁸³ Näher zur Unterteilung nach erfüllungs- und verwaltungssubstituierenden Konzessionen: *Burgi* (Fn 74) 20 ff; *Ortner* Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, 2007, 64 ff, 69 mwN; *Hüser* Ausschreibungspflichten bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 2005, 88 ff, 295 ff.

⁸⁴ AA *Nettesheim* EWS 2007 145, 150.

⁸⁵ *Rubland* (Fn 78) 122 ff.

⁸⁶ *Nettesheim* EWS 2007, 145, 146.

⁸⁷ Vgl auch *Rubland* (Fn 78) 113 f.

⁸⁸ Zur Einbindung des Arbeitgebers in das Lohnsteuerverfahren vgl *G. Kirchhof* Die Erfüllungspflichtigen des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005.

- 23** Das *Zusammenwirken* der verschiedenen *Verwaltungsträger* sowie der verschiedenen Stellen (Behörden) innerhalb eines Verwaltungsträgers richtet sich nach bestimmten Strukturprinzipien, die sich überwiegend bereits dem Verfassungsrecht (insb dem Demokratieprinzip, Rechtsstaatsprinzip und den Art 83 ff GG) entnehmen lassen. So müssen alle öffentlich-rechtlichen Träger mittelbarer Staatsverwaltung mindestens einer Rechtsaufsicht unterliegen.⁸⁹ Soweit es sich um publizistische Privatrechtssubjekte (zB Eigengesellschaften) handelt, fehlt es an ausdrücklichen Aufsichtsbestimmungen. Doch bedürfen auch diese Subjekte einer effektiven Steuerung und Kontrolle (→ § 3 Rn 84).⁹⁰ Ferner müssen nicht nur Bund und Länder, sondern auch Verwaltungsträger aufeinander Rücksicht nehmen. Dies schränkt nicht die Kompetenz, sondern lediglich die Kompetenzausübung (geringfügig) ein.⁹¹ Die Binnenorganisation eines mehrgliedrig strukturierten Verwaltungsträgers ist im Grundsatz hierarchisch geordnet, weil sich die Verwaltung nur so demokratisch legitimieren lässt (Rn 26; → § 6 Rn 7) und Konflikte vermieden werden können. Die Geschäftsleitungs-, Personal- und Organisationsgewalt ist bei der Spitze angesiedelt und kann jederzeit durch generelle oder einzelfallbezogene Weisungen aktiviert werden. Kommuniziert wird auf dem Dienstweg.

III. Personal der staatlichen Verwaltung

1. Beschäftigungsverhältnisse

- 24** In der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung wurden im Jahre 2007 rund 4,5 Millionen Personen (voll- und teilzeit-)beschäftigt.⁹² Dies entspricht einem Anteil von etwa 11 % an der Gesamtzahl der Erwerbstätigen (40,8 Mio). Die öffentlichen Bediensteten teilen sich vornehmlich in zwei große Gruppen auf: die Beamten einerseits und die Angestellten bzw Arbeiter des öffentlichen Dienstes andererseits. Während die *Beamten* in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, werden die *Angestellten* und *Arbeiter* aufgrund privatrechtlicher Dienstverträge beschäftigt. Diese Unterscheidung hat sich historisch herausgebildet. Im Vergleich zu den Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes stehen die Beamten in einer besonders engen Beziehung zum Staat. Dieser soll sich gerade auch in schwierigen Zeiten auf die Beamten verlassen können. Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ haben in Art 33 V GG eine verfassungsrechtliche Absicherung erfahren. Seit der Föderalismusreform I stellt Art 33 V GG ausdrücklich klar, dass dies eine Fortentwicklung nicht ausschließt. Zu den hergebrachten Grundsätzen gehören insb das Prinzip der Einstellung auf Lebenszeit, das Leistungsprinzip, die überkommenen Beamtenpflichten (zB unparteiische und parteipolitisch neutrale Amtsführung, Einsatz der vollen Arbeitskraft, außerdienstliche Verhaltensanforderungen, Streikverbot), das Alimentationsprinzip⁹³ (Anspruch auf standesgemäße Dienst- und Versorgungsbezüge) und die Fürsorge-

⁸⁹ *Publ* in: Isensee/ders III, § 48 Rn 45; *Wächter* Kommunalrecht, 3. Aufl 1997, Rn 188.

⁹⁰ Vgl *Püttner* DVBl 1975, 353 ff; *Ehlers* DÖV 1986, 897 ff; *Spannowsky* DVBl 1992, 1072 ff; *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 258 f.

⁹¹ Zum Grundsatz der Bundestreue vgl BVerfGE 92, 203, 234, zum Grundsatz gemeindefreudlichen Verhaltens *Schmidt-Aßmann/Röhl* in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes VwR, 1 Kap Rn 25.

⁹² Statist Jb 2008, 594.

⁹³ Vgl zB BVerfGE 99, 300 → JK GG Art 33 V/14; 117, 337 → JK GG Art 33 V/16 (kein Anspruch auf Gewährung einer Ballungsraumzulage).

pflicht des Dienstherrn.⁹⁴ Die Gesetzgebungskompetenz für die Gestaltung des Beamtenrechts liegt teils beim Bund (Art 73 I Nr 8, 74 I Nr 27 GG), im Übrigen bei den Ländern. Im Einzelnen ist das Beamtenrecht insb im Bundesbeamtengesetz (BBG), Bundesbesoldungsgesetz (BBesG), Beamtenversorgungsgesetz (BeamtVG) und dem am 1.4.2009 in Kraft getretenen Beamtenstatusgesetz des Bundes⁹⁵ sowie den Landesbeamten-, -besoldungs- und -versorgungsgesetzen kodifiziert worden. Soweit der Bund in Wahrnehmung seiner früheren Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung Besoldungs- und Versorgungsvorschriften auch für die Länder und in Wahrnehmung seiner Rahmengesetzgebungskompetenz Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder über die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienste der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen erlassen hat (Beamtenrechtsrahmengesetz), gelten die Vorschriften gem Art 125a GG als Bundesrecht fort, solange die Länder keine neuen Vorschriften erlassen haben. Dagegen wird das Recht der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst in erster Linie in Tarifverträgen geregelt.⁹⁶ In ihrem materiellen Gehalt haben sich das Beamtenrecht und das Recht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes in den letzten Jahrzehnten immer mehr angenähert.⁹⁷ So sind im Beamtenrecht Regelungen für eine stärker leistungsorientierte Bezahlung (§§ 42 ff BBesG) und für Teilzeitbeschäftigungen (zB §§ 91 ff BBG; 65 ff LBG NRW) geschaffen worden. Auch setzen sich die Personalvertretungen in den Verwaltungen aus allen Beschäftigungsgruppen zusammen.⁹⁸ Nach wie vor gibt es aber einige bedeutende Unterschiede. So gilt das (grundsätzliche) *Streikrecht*⁹⁹ und die *Sozialversicherungspflicht* nur für die Angestellten und Arbeiter.¹⁰⁰ Die generelle Vergabe von Ämtern mit leitender Funktion im Beamtenverhältnis auf Zeit ist vom BVerfG als Verstoß gegen Art 33 V GG angesehen worden.¹⁰¹ Mit Ausnahme von den Ausländern, welche die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen

⁹⁴ Näher dazu *Kunig* in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes VwR, 6. Kap Rn 44.

⁹⁵ BGBl 2008 I, 10

⁹⁶ Für den Bund und die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände gilt der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), für die Tarifgemeinschaft der Länder der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) als Manteltarifvertrag. Näher dazu *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen III, § 43 Rn 83.

⁹⁷ Vgl bereits *Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts*, Bd 6, 1973, Gutachten, 111 f, 134. Der Vorschlag der Studienkommission, das Dienstrecht für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes nach einheitlichen Grundsätzen zu gestalten, ist in der Praxis nicht aufgegriffen worden. Zur grds Zulässigkeit einer Angleichung der Beamtenversorgung an die Rentenversorgung vgl BVerfG 114, 297 ff → JK GG Art 33 V/15. Krit zur Angleichung des Beamtenrechts an das Arbeitsrecht *Janssen* ZBR 2003, 113 ff.

⁹⁸ Vgl zB §§ 12 ff BPersVG.

⁹⁹ HM. Vgl statt vieler *Stern* StR I, § 11 IV 3a, b. Nach BVerfGE 88, 103, 113 ff → JK GG Art 9 III/11, darf bei einem rechtmäßigen Streik nicht der Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen angeordnet werden, solange dafür keine gesetzliche Regelung vorhanden ist; krit dazu *Isensee* DZWir 1994, 399 ff.

¹⁰⁰ Vgl aber auch § 14a BBesG (Versorgungsrücklage, die sich aus der Verminderung der Besoldungs- und Versorgungsanpassungen speist). Ferner zB BVerfG-K (DVBl 2002, 114 ff), wonach weder die Fürsorgepflicht des Dienstherrn noch das Alimentationsprinzip (Art 33 V GG) eine beitragsfreie Absicherung des Beamten gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit gebieten.

¹⁰¹ BVerfGE 121, 205. Diff. *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen III, § 43 Rn 121.

Union besitzen (→ § 5 Rn 54), dürfen grundsätzlich nur Deutsche Beamte werden,¹⁰² während für Angestellte und Arbeiter diese Beschränkung nicht gilt.

- 25 Die Wahl zwischen den beamten- und den privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen steht der Verwaltung nicht frei. Nach Art 33 IV GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe *idR* Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem *öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis* stehen. Nach wohl hM übt auch die grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung hoheitsrechtliche Befugnisse *idR* Vorschrift aus.¹⁰³ Angesichts einer vermehrten „Flucht“ der öffentlichen Hand in privatrechtliche Beschäftigungsverhältnisse – im Jahre 2007 standen zB rund 180200 voll- und teilzeitbeschäftigte Beamte ca 1,1 Mio (dh der sechsfachen Zahl) Angestellten und Arbeitern bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden gegenüber¹⁰⁴ – steht die Praxis nicht mehr in jeder Hinsicht mit den grundgesetzlichen Anforderungen in Einklang.

2. Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals

- 26 Nach Art 20 II 1 iVm Art 28 I 1 GG geht alle Staatsgewalt in Bund und Ländern vom Volke aus. Wie sich aus Art 20 II 2 GG ergibt, übt das Volk die Staatsgewalt außer durch Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung aus. Dies setzt voraus, dass das Volk einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe hat. Deren Akte müssen sich deshalb auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden.¹⁰⁵ Dies macht ua eine *personell demokratische Legitimation* der mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betrauten Amtswalter erforderlich.¹⁰⁶ Diese wird regelmäßig über das Volk bzw die vom Volk gewählte Vertretung und die Regierung oder die Minister bzw die sonstige Spitze der Exekutive hergestellt. Dagegen darf es grundsätzlich nicht außenstehenden Instanzen überlassen bleiben, darüber zu entscheiden, wer berechtigt ist, für das Volk zu sprechen. Umstritten ist, ob dies die Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals ausschließt. Um die Frage beantworten zu können, muss zwischen der personellen und der direktiven Mitbestimmung unterschieden werden.
- 27 a) *Personelle Mitbestimmung*. Diese Art der Mitwirkung bezieht sich auf die innerdienstlichen, sozialen oder persönlichen Angelegenheiten der Beschäftigten. Sie ist für das Personal in der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung in den Personalvertretungsgesetzen¹⁰⁷, für die Beschäftigten in der privatrechtlich organisierten Verwaltung im Betriebsverfassungsgesetz¹⁰⁸ geregelt. Da die diesbezüglichen Beteiligungsrechte der

¹⁰² Vgl §§ 7 I Nr 1 BBG, 4 I Nr 1 BRRG.

¹⁰³ Vgl statt vieler *Battis* in: Sachs (Fn 3) Art 33 Rn 55 ff. Näher zum Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse *Remmert* (Fn 65) 438 ff. Zur Notwendigkeit der Verbeamtung von Lehrern krit *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen III, § 43 Rn 117.

¹⁰⁴ Vgl Statist Jb 2008, 594.

¹⁰⁵ BVerfGE 83, 60, 71 f; krit *Schliesky* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 281 ff.

¹⁰⁶ Vgl auch *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn 16 ff, 23 ff; *Oebbecke* Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, 84; *Czybulka* Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, 1989, 87 ff; *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991) 329, 360 ff; *Ehlers* FS Stein, 2002, 125, 127.

¹⁰⁷ Vgl zB §§ 75 ff BPersVG.

¹⁰⁸ §§ 87 ff BetrVG 1972.

Beschäftigten im Sozialstaatsgedanken wurzeln und auf Vorstellungen zurückgehen, die auch den Grundrechtsverbürgungen der Art 1, 2 und 5 I GG zugrunde liegen,¹⁰⁹ bedarf es insoweit keiner demokratischen Legitimation. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Personal- und Betriebsräte von den jeweiligen Beschäftigten gewählt werden und in erster Linie diese Beschäftigten und nicht das Volk vertreten.¹¹⁰ Die Mitbestimmung darf sich aber nur auf innerdienstliche Maßnahmen erstrecken und nur so weit gehen, wie die spezifischen, in dem Beschäftigungsverhältnis angelegten Interessen der Angehörigen der Dienststelle sie rechtfertigen (Schutzzweckgrenze). Außerdem verlangt das Demokratieprinzip bei Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Auftrages jedenfalls, dass die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert ist (Verantwortungsgrenze).¹¹¹

b) *Direktive Mitbestimmung*. Die direkte Mitbestimmung geht erheblich über die personelle hinaus. Sie zielt auf eine Beteiligung an den staatlichen Leitungsentscheidungen ab. Darunter sind alle Entscheidungen zu verstehen, die nicht die innerdienstlichen, sozialen oder personellen Angelegenheiten, sondern die sonstigen Aufgaben des Staates betreffen (insb die Gestaltung der Außenrechtsbeziehungen zum Bürger). Diskutiert und vielfach praktiziert wird eine solche Art der Mitbestimmung zB in den wirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand¹¹² und in Richterwahlausschüssen.¹¹³ IdR wählen dann die Beschäftigten Vertreter zur Wahrnehmung ihrer Interessen in den Verwaltungsrat, den Aufsichtsrat oder ein ähnliches Leitungsgremium.¹¹⁴ Da die Beschäftigten (in ihrer Eigenschaft als Dienstnehmer) nicht das Volk sind oder dieses repräsentieren, verfügen ihre Vertreter über keine demokratische Legitimation. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen¹¹⁵ und anderer Gerichte¹¹⁶ ist eine solche Art der Mitbestimmung daher unzulässig. Dagegen wird in der Literatur vielfach eine Veto- oder Mehrheitsposition der demokratisch legitimierten Amtswalter für ausreichend gehalten.¹¹⁷ Das BVerfG ist der Auffassung, dass die verschiedenen Legitimationsformen nicht für sich Bedeutung hätten, sondern nur in ihrem Zusammenwirken einen „hinreichenden Gehalt“ bzw ein „bestimmtes Legitimationsniveau“ erreichen müssen.¹¹⁸ Die Mitbestimmung von Arbeitnehmern sei (in gewissen

28

¹⁰⁹ BVerfGE 28, 314, 323; 51, 43, 58; SächsVerfGH ZBR 2002, 37, 38.

¹¹⁰ Vgl auch *Eblers* JZ 1987, 218, 220.

¹¹¹ BVerfGE 93, 37, 70 → JK GG Art 20 II/1, das aus diesen Vorgaben ein Drei-Stufen-Modell ableitet. Vgl dazu *Eblers* Jura 1997, 180, 185 f.

¹¹² Vgl *Ossenbühl* Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1986, 37 ff; *Tettinger* Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot, 1986, 31 ff; *Nagel/Bauer* Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Verfassungsrecht, 1990, 38 ff.

¹¹³ Vgl dazu *Böckenförde* Verfassungsfragen der Richterwahl, 2. Aufl 1998, 59 ff, 71 ff.

¹¹⁴ Vgl zB § 43 I h SpkG NRW.

¹¹⁵ VerfGH NRW JZ 1987, 242 ff → JK GG Art 20 II/1. Im Wesentlichen zust *Eblers* JZ 1987, 218 ff. AA *Nagel/Bauer* (Fn 112) 52.

¹¹⁶ VerfGH Rh-Pf NVwZ-RR 1994, 665, 669 – allenfalls im sog Bagatellbereich verfassungsrechtlich hinnehmbar. Vgl ferner auch BVerwGE 106, 64 ff; HessStGH DVBl 1986, 936 ff.

¹¹⁷ *Böckenförde* in: *Isensee/Kirchhof II*, § 24 Rn 19; *Tettinger* (Fn 112) 55; *R. Schmidt* FS Knöpfle, 1996, 303 ff. Entgegen BVerfGE 47, 253, 274 → JK GG Art 28 I/1, gibt es keine unwichtigen Entscheidungen, die nicht demokratisch legitimiert sein müssen. Vielmehr bedarf nach Art 20 II 1 GG „alle“ Staatsgewalt der demokratischen Legitimation. Vgl auch *Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 376, 379.

¹¹⁸ BVerfGE 93, 37, 67 → JK GG Art 20 II/1.

Grenzen) grundsätzlich vereinbar mit dem im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundgedanken der Beteiligung Betroffener bei der Erfüllung „öffentlicher“ Aufgaben.¹¹⁹ Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Beteiligung von Beschäftigten in dieser Eigenschaft, wenn überhaupt, nur in sehr engen Grenzen zulässig. Unverzichtbar ist in jedem Falle ein Letztentscheidungsrecht der Verwaltungsspitze.¹²⁰ Das gegenwärtige Recht enthält hierfür kaum Vorkehrungen. So ermöglichen Veto-Positionen keine positiven Entscheidungen. Auf Mehrheitsverhältnisse kann es jedenfalls solange nicht ankommen, wie die Gruppendisziplin nicht rechtlich zwingend vorgeschrieben ist. ZB müssen die Mitglieder des Verwaltungs- bzw Aufsichtsrats kommunaler Unternehmen idR nach den Grundsätzen der Verhältniswahl von den Gemeinderäten bzw Kreistagen gewählt werden.¹²¹ Es sind dann „Koalitionen“ zwischen einigen von den kommunalen Vertretungen gewählten Mitgliedern und den Beschäftigtenvertretern denkbar, welche die demokratischen Mehrheitsverhältnisse in ihr Gegenteil verkehren. Nicht geklärt ist ferner, ob das Erfordernis demokratischer Legitimation unverändert für die privatrechtlich organisierten Einrichtungen und Unternehmen der Verwaltung (zB Eigengesellschaften) gilt.¹²² Verlangt man, dass jede mit der Ausübung von Staatsgewalt betraute Person demokratisch legitimiert sein muss, wäre die Inanspruchnahme der privatrechtlichen Organisationsformen unzulässig, wenn nach einfachem Gesetzesrecht (MitbestG, Montan-MitbestG, BetrVG 1952 und 1972) ein Aufsichtsrat (mit Beschäftigtenvertretern) gebildet werden muss. Nicht zu folgen ist der Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht, wonach die Mitbestimmungsregelungen für die Eigengesellschaften wegen Unvereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip nicht gelten (→ § 3 Rn 84).

- 29** Ungeachtet des dargestellten Meinungsstreits ist die Heranziehung des Sachverständes der Beschäftigten oder der Mitglieder gesellschaftlicher Gruppen jedenfalls dann mit dem Demokratieprinzip vereinbar, wenn die genannten Personen zu gemeinwohlgebundenen Amtswaltern bestellt und von einem hierzu demokratisch legitimierten Organ (statt von den Beschäftigten) individuell berufen werden.¹²³ Auch die Bindung an Vorschlagslisten gesellschaftlicher Gruppen oder an Listen von Personalversammlungen kann hingenommen werden, falls dem demokratisch legitimierten Entscheidungsorgan eine hinreichende Auswahlmöglichkeit verbleibt.¹²⁴ Deshalb ist es zB verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn § 12 II SpkG NRW vorschreibt, dass bestimmte Mitglieder des Verwaltungsrates der Sparkasse aus einem Vorschlag der Personalversammlung der Sparkasse zu wählen sind, wobei der Vorschlag mindestens die doppelte Anzahl der zu wählenden Mitglieder enthalten muss.

¹¹⁹ BVerfGE 107, 59, 98 → JK GG Art 20 III/3; BVerfG-K NVwZ 2003, 600, 601 (Gewährleistung einer funktionierenden Vertretung von Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat von Universitätskliniken); vgl auch *Britz* VerwArch 91 (2000) 418, 430 ff.

¹²⁰ Vgl *Ehlers* Jura 1997, 180, 186.

¹²¹ Vgl etwa § 71 I 3, II KV M-V; 50 IV GO NRW.

¹²² Vgl *Schenke* JZ 1991, 581, 587 f; R. *Schmidt* (Fn 117) 317 f.

¹²³ AA *Stober* Wasserverbandsrecht und Arbeitnehmermitbestimmung, 1989, 60.

¹²⁴ Vgl *Ehlers* JZ 1987, 218, 223; *Oebbecke* VerwArch 81 (1990) 349, 367 f. Krit *VerfGH Rh-Pf NVwZ-RR* 1994, 665, 677 f.

3. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen

Die Verwaltung liegt nicht allein in den Händen des Personals. Vielmehr können die Adressaten der Verwaltung an der Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben partizipieren. Unter *Partizipation* soll hier entgegen einem verbreiteten Sprachgebrauch nur diejenige Beteiligung der Bürger (Wahlberechtigten), Einwohner oder sonstigen Personen an der Verwaltung verstanden werden, die sich nicht als Ausübung von Staatsgewalt unmittelbar durch das Volk darstellt.¹²⁵ Soweit das Staatsvolk oder die Mitglieder der (sonstigen) Körperschaften des öffentlichen Rechts ihren Willen in Wahlen oder Abstimmungen äußern,¹²⁶ tritt der Souverän als Gesamtvolk oder vom Verfassungs- bzw Gesetzgeber eingesetztes Teilvolk¹²⁷ selbst in Erscheinung und wirkt nicht an Handlungen anderer mit. Hinzuweisen ist einerseits auf die Parlaments-, Kommunal- oder sonstigen Körperschaftswahlen, andererseits auf die Volksbegehren und Abstimmungen in Form von Volksentscheiden¹²⁸ oder die Beschlussfassungen der Mitgliederversammlungen einer Gemeinde¹²⁹ bzw einer Körperschaft. Soweit es den Bund angeht, soll die Einführung über Art 29, 118 GG hinausgehender plebiszitärer Elemente ungeachtet der Erwähnung von Volksabstimmungen in Art 20 II 2 GG nach hM¹³⁰ einer Verfassungsänderung bedürfen. Doch sind Volksbefragungen nach der hier vertretenen Ansicht über die ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Regelungen hinausgehend als zulässig anzusehen¹³¹, sofern dadurch nicht das Bekenntnis der Verfassung zur repräsentativen Demokratie unterlaufen und in die Kompetenzen anderer Rechtsträger eingegriffen wird.¹³²

Das *Demokratieprinzip* gebietet eine Partizipation an Verwaltungsentscheidungen idR nicht, schließt sie aber auch nicht aus.¹³³ Berühren die Verwaltungsentscheidungen

¹²⁵ Zum Begriff der Partizipation vgl *Hartisch* Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, 1975, 80 ff; *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991) 329, 371; *Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 236 f (Selbstverwaltung als Betroffenen-„Partizipation“); *Ehlers* FS Stein 125, 140 f. Anders als hier BVerfGE 111, 217 → JK GG Art 12 I/77.

¹²⁶ Vgl Art 20 II 2, 28 I 2 GG.

¹²⁷ Str, wie hier *Herzog* in: Maunz/Dürig, GG, Art 20 II Rn 56 f; *Oebbecke* VerwArch 81 (1990) 349, 356 ff; *Kabl* Die Staatsaufsicht, 2000, 487 ff; *Ehlers* FS Stein, 125, 132 f; *Pieroth* EuGRZ 2006, 330, 332; gegen einen Teilvolkcharakter von funktionalen (statt kommunalen) Selbstverwaltungskörperschaften *Böckenförde* (Fn 117) Rn 33 ff; *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991) 329, 369 ff; *Jestaedt* (Fn 117) 213 ff; *Kluth* (Fn 125) 372.

¹²⁸ Vgl zur Volksgesetzgebung in Ländern und Kommunen die Übersicht von *Hartmann* DVBl 2001, 776 ff. Zu den Grenzen von Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden vgl BayVerfGH DVBl 1998, 136 ff, *Schmitt Glaeser* DÖV 1998, 824, 828 ff; zu der landesrechtlich unterschiedlich beantworteten Frage, ob es ein Vollzugsverbot nach Einreichung bzw Einleitung eines Bürgerbegehrens gibt, vgl OVG NRW NVwZ-RR 1999, 140 (s nunmehr aber § 26 VI 6 GO NRW); zum Verhältnis von parlamentarischer Gesetzgebung und Volksgesetzgebung HVerfG DVBl 2005, 439 → JK HbgV Art 48/1; zu weiteren Rechtsproblemen (insb zur Frage eines Vollzugsverbotes nach Einreichung eines Bürgerbegehrens) BayVGH NVwZ 1998, 423 ff; *Schliesky* DVBl 1998, 169 ff; vgl auch *Jung* ZRP 2000, 440 ff.

¹²⁹ Art 28 I 4 GG.

¹³⁰ Vgl *Maurer* StR, § 7 Rn 30 ff.

¹³¹ Wie hier *Pestalozza* NJW 1981, 733, 734; *Ehlers* FS Stein, 125, 140. AA *Herzog* in: Maunz/Dürig, GG, Art 20 II Rn 45.

¹³² BVerfGE 8, 104, 115 ff.

¹³³ In Art 56 der Hamburgischen Verfassung heißt es sogar ausdrücklich: „Das Volk ist zur Mitwirkung an der Verwaltung berufen. Die Mitwirkung geschieht insbesondere durch die ehrenamtlich tätigen Mitglieder der Verwaltungsbehörden.“

Rechte einzelner, kann zwar eine Beteiligung namentlich in Gestalt einer vorherigen Anhörung (etwa nach Art des § 28 VwVfG) verfassungsrechtlich geboten sein (→ § 14 Rn 27 ff). Doch wurzeln die diesbezüglichen Beteiligungsrechte der Bürger, Einwohner und sonstigen Personen zumindest schwerpunktmäßig im Rechtsstaatsprinzip und in den Grundrechten, nicht aber im Demokratieprinzip.¹³⁴

32 Das *einfache Gesetzesrecht* kennt zahlreiche Formen der Partizipation. Als Partizipationssubjekte kommen die rechtlich Betroffenen, die Sachverständigen, die Interessenten und die Öffentlichkeit in Betracht.¹³⁵ Die Art der Beteiligung lässt sich danach systematisieren, ob dem Einzelnen die Möglichkeit gegeben wird, sich *an die Verwaltung* zu wenden, oder ob die Beteiligung *auf Seiten der Verwaltung* erfolgt. In die erste Gruppe fällt zB das Recht der Bürger, der Einwohner und uU auch der im Ausland wohnenden Ausländer,¹³⁶ sich zu Planungen und Vorhaben der Verwaltung zu äußern,¹³⁷ Fragen zu stellen (etwa in Ratssitzungen),¹³⁸ Petitionen einzureichen,¹³⁹ Einwendungen gegen ausgelegte Pläne zu erheben¹⁴⁰ oder Einwohneranträge zu stellen¹⁴¹ (mit der Folge, dass das zuständige Verwaltungsorgan binnen einer bestimmten Frist eine Angelegenheit zu erörtern und zu entscheiden hat). Auch ohne gesetzliche Verpflichtung ist eine Beteiligung am Verwaltungsverfahren grundsätzlich als zulässig und positiv zu bewerten. Der zweiten Gruppe sind die Mitwirkungshandlungen der ehrenamtlich tätigen Bürger und Ehrenbeamten (Rn 18) sowie der Einwohner und der Angehörigen gesellschaftlicher Gruppen in den Kollegialorganen der Verwaltung¹⁴² zuzurechnen. Erwähnt seien nur die Wahlhelfer,¹⁴³ sachkundigen Bürger¹⁴⁴ und sachkundigen Einwohner¹⁴⁵ in bestimmten Gemeindeausschüssen, Ausländer in den Ausländerbeiräten¹⁴⁶, zu Ehrenbeamten ernannten Bürgermeister¹⁴⁷ und Leiter freiwilliger Feuerwehren¹⁴⁸. Bei der Mitwirkung auf Seiten der Verwaltung müssen die Bürger und Einwohner bzw Angehörigen gesellschaftlicher Gruppen im Falle der Einräumung von Mitentscheidungsrechten auf das Gemeinwohl verpflichtet werden. Sie werden somit als Volksvertreter und nicht als eigennützige Individuen oder Gruppenvertreter tätig.¹⁴⁹ Schließlich muss die Heranziehung der genannten Personen sachgemäß sein und darf

¹³⁴ Vgl aber auch *Schmitt Glaeser* VVDStRL 31 (1973) 179, 209 f.

¹³⁵ *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991) 329, 371 f.

¹³⁶ BVerwGE 75, 285 ff → JK VwGO § 42 II/11; BVerwG DVBl 2009, 316.

¹³⁷ Zur Beteiligung vor Erlass von Rechtsnormen vgl §§ 3 BauGB; 7, 51 BImSchG; 58 ff BNatSchG. Rechtsvergleichend *Pünder* Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1995, 212 ff, 246 ff.

¹³⁸ Vgl zB § 23 II GO NRW.

¹³⁹ Vgl Art 17 GG.

¹⁴⁰ Vgl § 73 IV VwVfG.

¹⁴¹ Vgl etwa §§ 20b GO BW, 25 GO NRW.

¹⁴² Vgl §§ 19 ff JuSchG.

¹⁴³ Vgl zB § 6 BWO.

¹⁴⁴ ZB § 58 III GO NRW.

¹⁴⁵ ZB § 58 IV GO NRW.

¹⁴⁶ ZB § 27 GO NRW.

¹⁴⁷ Vgl etwa Art 34 II BayGO.

¹⁴⁸ § 11 FSHG NRW.

¹⁴⁹ Anderes gilt für die Mitwirkung der Erziehungsberechtigten in der Schule (vgl zB §§ 4, 10, 11 SchMG NRW). Die Heranziehung der Erziehungsberechtigten dürfte in erster Linie grundrechtlich fundiert sein.

nicht zu übermäßigen Einflussmöglichkeiten führen, weil nur eine Ergänzung, nicht eine Ersetzung der demokratisch gebotenen Legitimationsanforderung iSd formalen Strukturen zulässig ist.

IV. Zielsetzung der staatlichen Verwaltung

Die Verwaltung verfolgt äußerst unterschiedliche Zielsetzungen. Wie die anderen Staatsfunktionen auch, darf sie aber immer nur im öffentlichen Interesse tätig werden.¹⁵⁰ Die Zuständigkeiten und Kompetenzen sind dem Staat nicht um seiner selbst, sondern um der Menschen willen übertragen worden.¹⁵¹ Der Staat darf daher nur pflichtgebunden handeln. Im Gegensatz zu den Privatpersonen steht ihm gerade nicht das Recht zu, sich privatautonom zu verhalten, dh sich beliebige Ziele zu setzen.¹⁵² Dies gilt auch für die privatrechtsförmige Verwaltung (→ § 3 Rn 86). Positivrechtlich ergibt sich (insb) aus dem Rechtsstaatsprinzip iVm den Grundrechten die Notwendigkeit einer kompetenziellen Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse. So vermögen niemals andere Belange die Beschränkung der grundrechtlich garantierten Freiheiten zu legitimieren. Nach wohl hM sind daher alle (zumindest alle öffentlich-rechtlich organisierten) Träger von Staatsgewalt wegen der von vornherein begrenzten Aufgabenstellung des Staates nur *teilrechtsfähig*. Dies bedeute, dass sie auch nur innerhalb eines bestimmten, gesetzlich umschriebenen Wirkungskreises handeln können. Werden die Grenzen des Wirkungskreises überschritten, sei das Handeln schlechthin unwirksam (*ultra-vires-Prinzip*)¹⁵³. Es liege dann in Wahrheit ein Nichtakt und nicht nur ein nichtiger Akt des Staates vor.¹⁵⁴ Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Der Wirkungskreis staatlicher Rechtsträger beschränkt nur das rechtliche Dürfen, nicht das rechtliche Können.¹⁵⁵ Bei Überschreitung des Wirkungskreises gelten daher die allgemeinen Fehlerfolgen (Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit).

Statt von einem öffentlichen Interesse wird vielfach auch vom Erfordernis eines öffentlichen Zwecks (zB § 107 I GO NW) oder der Bindung an das Wohl der Allgemeinheit (etwa Art 14 III 1 GG und Art 3 S 2 BayVerf) gesprochen.¹⁵⁶ Hierbei handelt es sich

¹⁵⁰ Vgl auch Art 5 II der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen).

¹⁵¹ Die staatliche Herrschaft wird daher in der Staatslehre in Anlehnung etwa an Hobbes, Pufendorf und Locke zumeist vertragstheoretisch begründet. Der Staat wird als ein auf (fiktivem) vertraglichen Zusammenschluss der Individuen beruhendes Gebilde verstanden, das geschaffen worden ist, um bestimmte Aufgaben zu erfüllen, welche die Einzelnen oder die Gesellschaft nicht selbst wahrzunehmen vermögen. Vgl auch C. Schmitt Verfassungslehre, 9. Aufl 1993, 61 ff.

¹⁵² Ehlers Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 86 ff; Burmeister VVDStRL 52 (1993) 190, 219 f.

¹⁵³ Vgl BGHZ 20, 119, 126 ff; 52, 283, 286. Ferner: Eggert Die deutsche ultra-vires-Lehre, 1977, 56 ff; Oldiges DÖV 1989, 873 ff; Burmeister VVDStRL 52 (1993) 190, 220; vgl aber auch Wolff/Bachof/Stober VwR I, § 32 Rn 12.

¹⁵⁴ Zur Unterscheidung → vgl §§ 21 Rn 23, 22 Rn 15.

¹⁵⁵ Näher dazu Ehlers Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und die Ultra-vires-Doktrin des öffentlichen Rechts, 2000, 59 ff; Stelkens Verwaltungsprivatrecht, 2005, 64 ff (für die Privatrechtsfähigkeit jur Personen des öffentlichen Rechts).

¹⁵⁶ Vgl näher dazu Rupp Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, 1968, 116 ff; v Arnim Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, 81 ff; Link VVDStRL 48 (1990) 7, 19 ff; Isensee in: ders/Kirchhof IV, § 73 Rn 5; Schmidt-Aßmann Ordnungsidee, 146 ff.

nur um unterschiedliche Bezeichnungen für dieselbe Sache.¹⁵⁷ Die Präzisierung dieser Richtschnur für das staatliche und damit zugleich das exekutive Verhalten bereitet allerdings große Schwierigkeiten. Einigkeit besteht darüber, dass das öffentliche Interesse im Interesse aller liegen kann (wie etwa das Interesse an einer staatlichen Raumplanung oder an staatlichen Umweltschutzmaßnahmen), aber nicht muss.¹⁵⁸ Beispielsweise haben Körperschaften des öffentlichen Rechts wie etwa die Industrie- und Handelskammern und die Handwerkskammern nur die Interessen ihrer Mitglieder zu fördern.¹⁵⁹ Das Wohl des Ganzen kann somit mit dem Wohl von Teilen gleichzusetzen sein. *Bonum commune* und *bonum particulare* schließen sich nicht aus. ZB liegt die Hilfe für Obdachlose oder die Förderung eines städtischen Opernhauses im öffentlichen Interesse, mag es in Zeiten des Wohlstandes vielleicht auch nur wenige Obdachlose geben und mag nur ein kleiner Teil der Bevölkerung die Oper besuchen. Selbst das Interesse *eines* Privaten kann zum Gegenstand eines inhaltsgleichen öffentlichen Interesses werden und zB ein polizeiliches Einschreiten zum Schutz privater Rechte¹⁶⁰ oder die Enteignung zugunsten privater Industriebetriebe¹⁶¹ gebieten. Welche Maßnahmen die Verwaltung im Einzelfall zu ergreifen oder zu unterlassen hat, um dem öffentlichen Interesse zu dienen, kann ausgehend von der jeweiligen normativen Regelung nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung aller entscheidungserheblichen Gesichtspunkte festgestellt werden. In jedem Falle sind die Zielbestimmungen des unmittelbar anwendbaren Europäischen Unionsrechts, der Verfassungen von Bund und Ländern sowie des sonstigen Gesetzesrechts zu beachten. Ferner ergeben sich nicht nur aus den Staatszielbestimmungen nach Art der Art 20 I (Sozialstaatsprinzip) und 20a GG (Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Tiere) oder den landesverfassungsrechtlichen Zielbestimmungen etwa zur Pflege und Förderung von Kultur, Schule und Bildung Direktiven für alle Staatsgewalten, sondern auch aus den Grundrechten, weil diese in ihrer Eigenschaft als objektiv-rechtliche Normen, Prinzipien, Institutsgarantien¹⁶² oder Schutzpflichten nicht nur staatliches Handeln begrenzen, sondern den Staat zugleich in die Pflicht nehmen, die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen der Grundrechtsverwirklichung zu gewährleisten.

- 35 Denkbar ist, dass die Verwaltung *verschiedene öffentliche Interessen* zu verfolgen hat, die sich nicht ohne weiteres in Einklang bringen lassen. So haben Bund und Länder nach Art 109 II GG und § 1 StabilitätsgG bei ihrer Haushaltswirtschaft oder bei ihren wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten. Diese Erfordernisse (Stabilität des Preisniveaus, hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht sowie stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum) können aber miteinander in Konflikt treten. Der Staat muss versuchen, möglichst alle Erfordernisse zu optimaler Wirksamkeit ge-

¹⁵⁷ An sich haben nur Personen Ziele, Zwecke haften Gegenständen an (*Heydemann* Die Durchsetzbarkeit von Verhaltensbindungen im Recht der begünstigenden Verwaltung, 1985, 47). Doch können sich aus Zielen Zwecke ergeben und umgekehrt.

¹⁵⁸ *Martens* (Fn 2) 177 mwN.

¹⁵⁹ §§ 1 IHKG; 90 f HwO.

¹⁶⁰ BVerwGE 11, 95, 99; *Dietlein* Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl 2005, 203 ff.

¹⁶¹ BVerfGE 74, 264, 284 f → JK GG Art 14 III/5; *Schmidbauer* Enteignung zugunsten Privater, 1989, 35 ff; *Jarass* DVBl 2006, 1332 f.

¹⁶² Vgl zB Art 6, 14 GG. Näher zu den Institutsgarantien des Grundgesetzes *Mager* Einrichtungsgarantien, 2003.

langen zu lassen. Dies schließt nicht aus, dass je nach Lage der eine oder andere Gesichtspunkt stärker zu betonen ist.

UU reicht es aus, wenn die Maßnahmen der Verwaltung nur *mittelbar* im öffentlichen Interesse liegen. So dient die Erzielung von Einnahmen durch die Erhebung von Steuern¹⁶³ nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar dem öffentlichen Interesse, weil die Einnahmen zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben benötigt werden, der Endzweck also ein öffentlicher ist. Als verfassungsrechtlich¹⁶⁴ unzulässig muss dagegen eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung angesehen werden,¹⁶⁵ weil die Erzielung von Einnahmen nach der Finanzordnung des Grundgesetzes prinzipiell der Steuer vorbehalten ist.¹⁶⁶ Das *Verbot einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung* bezieht sich nur auf das ausschließliche oder primäre Gewinnstreben. Gegen eine angemessene *Gewinnmitnahme* als Nebenziel einer rechtlich legitimierten Hauptzielsetzung oder eine (sich in Grenzen haltende) Gewinnmitnahme bei Gelegenheit der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe bestehen keine rechtlichen Bedenken. Ersteres ist etwa der Fall, wenn die öffentliche Hand zum Zwecke des Erhalts von Arbeitsplätzen¹⁶⁷, zur Wettbewerbsbeeinflussung¹⁶⁸ oder zur Versorgung der Bevölkerung ein gewinnbringendes wirtschaftliches Unternehmen betreibt. Letzteres trifft zB auf die Nutzung sonst brachliegenden Wirtschaftspotentials – wie etwa die Vermietung von Werbeflächen öffentlicher Verkehrsbetriebe, die Aufnahme von Werbeanzeigen in die Theaterprogramme¹⁶⁹ sowie auf die Erhebung einer Konzessionsabgabe für die Nutzung des Straßengrundes zum Zwecke der Verlegung öffentlicher Versorgungsleitungen der Energieversorgungsunternehmen – zu.¹⁷⁰ Die Zulässigkeit einer Gewinnmitnahme ergibt sich ua aus Art 110 I GG (der die Ablieferungen von Bundesbetrieben und Sondervermögen regelt, ohne sich gegen die Erwirtschaftung solcher Überschüsse zu wenden) sowie aus dem Gemeindefiskusrecht.¹⁷¹ Die Erzielung von Gewinnen ist grundsätzlich nur zulässig, wenn die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.¹⁷²

Zu ergänzen ist, dass die Verfolgung öffentlicher Interessen *kein Monopol des Staates* oder gar der staatlichen Verwaltung ist.¹⁷³ Auch das Tätigwerden gesellschaftlicher

36

37

¹⁶³ Zum Begriff der Steuer vgl § 3 AO.

¹⁶⁴ Zum einfachen Gesetzesrecht vgl Art 87 I 2 BayGO, § 116 I 2 GO LSA.

¹⁶⁵ Str; wie hier zB *Selmer* in: Stober/Vogel (Hrsg), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, 75, 88; *Löwer* VVDStRL 60 (2001) 416, 418 ff; *Ehlers* (Fn 49) E 72 f; aA zB *Böckenförde* VVDStRL 60 (2001) 593, 594. Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht (*Gersdorf* in: v Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art 87e Rn 53; *Windthorst* in: Sachs (Fn 3) Art 87e Rn 47) schließt auch Art 87e III 1 GG eine Gemeinwohlorientierung nicht aus.

¹⁶⁶ Vgl BVerfGE 78, 232, 241; 249, 266 f; 82, 159, 178 → JK GG Art 101 I 2/5; 93, 319, 342 → JK GG Art 104 a/4; 101, 141, 147; *Vogel* in: *Isensee/Kirchhof IV*, § 87 Rn 45; *Krit zum Begriff des Steuerstaats Sacksofsky* Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 2000, 153 ff.

¹⁶⁷ AA OLG Düsseldorf GewArch 2001, 370.

¹⁶⁸ Str, vgl *Ehlers* (Fn 49) E 71.

¹⁶⁹ Vgl zur Zulässigkeit von Werbeaktionen BVerfGE 82, 29, 34 (dazu *Ehlers* JZ 1991, 231 ff). Vgl ferner OVG NRW DVBl 2004, 133, 135 f → JK GO NW § 107 VIII.

¹⁷⁰ Vgl § 1, 7 KAV. Dagegen ist der Bund nach § 50 I TKG befugt, Verkehrswege für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien unentgeltlich zu benutzen. Zur Verfassungsmäßigkeit vgl BVerfG-K NVwZ 1999, 520 ff; *krit Ehlers* in: *ders/Krebs* (Hrsg), *Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts*, 2000, 59, 88 ff.

¹⁷¹ ZB § 109 I GO NRW.

¹⁷² Vgl dazu *Ehlers* (Fn 103) 94 f; *dens* JZ 1990, 1089, 1091; *dens* DVBl 1998, 497, 498 ff.

¹⁷³ Zur Unterscheidung von öffentlichen und staatlichen Aufgaben vgl *Peters* FS H. C. Nipperdey, Bd II, 1965, 877 ff; *Bull* Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl 1977, 47 ff.

Vereinigungen oder einzelner Privater kann im öffentlichen Interesse liegen. So sprechen die Pressegesetze davon, dass die Presse insb dadurch, dass sie Nachrichten beschafft und verbreitet, Stellung nimmt, Kritik übt oder auf andere Weise an der Meinungsbildung mitwirkt, eine öffentliche Aufgabe erfüllt.¹⁷⁴ Der Staat nimmt vielfach private Unternehmen für staatliche Zwecke in seinen Dienst, verpflichtet sie zB zur Vorname von Eigensicherungsmaßnahmen gegenüber rechtswidrigen Angriffen Dritter,¹⁷⁵ zur Bestellung von betrieblichen Datenschutzbeauftragten¹⁷⁶ oder zur Erstellung von Statistiken für die staatliche Wirtschaftsplanung.¹⁷⁷ Auch freiwillig kann ein Unternehmen öffentliche Verantwortung tragen (zB über den gesetzlichen Standard hinaus Umweltschutzmaßnahmen durchführen¹⁷⁸). Schließlich ist es auch privaten Einzelpersonen möglich, im öffentlichen Interesse zu handeln, wie das Beispiel der Festnahme eines flüchtigen Straftäters durch Passanten zeigt.¹⁷⁹ Zum Zusammenwirken von Verwaltung und Privaten vgl Rn 82 ff.

V. Aufgaben der staatlichen Verwaltung

- 38** Die Zielsetzungen der staatlichen Verwaltung erlangen nur dann Bedeutung, wenn die Verwaltung eine Aufgabe zu erfüllen hat,¹⁸⁰ wobei sich aus Zielbestimmungen aber zugleich Aufgabenstellungen ergeben können. Der Aufgabenbestand der Verwaltung entscheidet maßgeblich mit über deren Reichweite und damit über die Staatsquote, während die Art der Aufgabenstellung (Rn 43 ff) präjudizielle Bedeutung für das Vorgehen der Verwaltung hat.
- 39** Die Aufgaben der staatlichen Verwaltung stellen einen Unterfall der Staatsaufgaben dar. Der Aufgabenbestand des Staates ist nur zu einem geringen Teil verfassungsrechtlich festgelegt,¹⁸¹ im Übrigen offen.¹⁸² So müssen etwa Aufgaben der Daseinsvorsorge (Rn 50) nicht notwendigerweise vom Staat respektive der staatlichen Verwaltung erbracht werden.¹⁸³ Dies kann auch durch Private geschehen.¹⁸⁴ Unter Verwaltungsaufgaben sind alle Angelegenheiten zu rechnen, welche der Verwaltung durch Rechtsnorm übertragen wurden oder welche die Verwaltung in rechtlich zulässiger Weise an sich gezogen hat, wobei es in diesem Zusammenhang unerheblich ist, ob sich die Verwaltung

¹⁷⁴ Vgl zB § 3 PresseG NRW.

¹⁷⁵ Vgl zB § 3 II Nr 3 12. BImSchV.

¹⁷⁶ § 4 f BDSG.

¹⁷⁷ ZB § 1 I LohnStaG iVm §§ 6, 10 BStatG.

¹⁷⁸ S zum Umwelt-Audit Rn 73.

¹⁷⁹ § 127 I StPO.

¹⁸⁰ Vgl *Isensee* in: ders/Kirchhof IV § 73 Rn 11; *Baer* in: Hoffmann-Riehm/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen I, § 11.

¹⁸¹ So folgt zB aus dem grds staatlichen Gewaltmonopol, dass etwa die Gewährleistung der Sicherheit und des Rechtsschutzes in weitem Umfang den staatlichen Rechtsträgern und Organen obliegt.

¹⁸² *Osterlob* VVDStRL 54 (1995) 204, 207.

¹⁸³ Vgl BVerfGE 107, 59, 93 → JK GG Art 20 III/3 *Schoch* JURA 2008, 672, 675.

¹⁸⁴ Abzulehnen ist die Entscheidung des BVerwG, wonach die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung einer materiellen Privatisierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge (im konkreten Fall Betrieb eines Weihnachtsmarktes) entgegensteht, DVBl 2009, 1382. Krit *Ehlers* DVBl 2009, 1456; *Schoch* DVBl 2009, 1533; *Winkler* JZ 2009, 1169. Zust dagegen *Schönleiter* GewArch 2009, 486.

mit den Aufgaben befassen darf oder befassen muss. Vor allem die unmittelbare Staatsverwaltung hat ein weitgehendes Aufgabenzugriffsrecht.¹⁸⁵ Ferner können sich zB die Gemeinden gem Art 28 II 1 GG „alle(r) Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ annehmen.

Von den Verwaltungsaufgaben sind die Verwaltungszuständigkeiten, Verwaltungsbefugnisse und Verwaltungskompetenzen zu unterscheiden. Die Zuständigkeit besagt nur, welcher Verwaltungsträger (Verbandszuständigkeit) oder welche Behörde (Organzuständigkeit) mit der Wahrnehmung der Aufgabe betraut worden ist (→ § 8 Rn 35). Die sachliche Zuständigkeit ist gegeben, wenn einer Behörde die Erledigung einer Sachaufgabe zugewiesen wurde. Befugnisse ermächtigen oder verpflichten die Verwaltung zum Handeln. Wird in die Grundrechte eingegriffen oder kommt dem Handeln der Verwaltung Grundrechtsrelevanz zu (→ § 2 Rn 40 ff), bedarf es einer gesetzlichen Befugnisnorm. Ansonsten ergibt sich die Ermächtigung zum Handeln bereits aus der sachlichen Zuständigkeit. Bedarf es einer Befugnisnorm, ist der Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis unzulässig.¹⁸⁶ Das gilt unabhängig davon, welcher Handlungsform sich die Verwaltung bedient (zB Verwaltungs- oder Realakt). So sagt der Umstand, dass die Polizei die Aufgabe hat, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren, noch nichts über die Berechtigung aus, gefahrenabwehrend tätig zu werden. Vielmehr bedarf es dazu einer Befugnisnorm (in Gestalt einer speziellen, standardbezogenen oder generalklauselartigen Ermächtigung). Allerdings kann sich aus einer als Aufgaben- oder Zuständigkeitsnorm formulierten Bestimmung im Wege der Auslegung ergeben, dass der Verwaltung zugleich die Befugnis zur Erledigung der Aufgaben übertragen worden ist. Sinnvariiierend wird der Begriff der Verwaltungskompetenz verwendet. Er wird teils mit der Zuständigkeit gleichgesetzt, teils als Oberbegriff für Aufgaben, Zuständigkeiten und Befugnisse verstanden.¹⁸⁷

40

VI. Maßstäbe des Verwaltungshandelns

Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ist die staatliche Verwaltung an bestimmte Maßstäbe gebunden (→ § 11), von denen hier nur die wichtigsten erwähnt werden können.¹⁸⁸ Herausragende Bedeutung kommt dem sich aus der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht (Art 20 III GG) ergebenden Erfordernis der *Rechtmäßigkeit* des Verwaltungshandelns zu (→ § 2 Rn 38 ff). Rechtsnormen müssen idR erst ausgelegt oder konkretisiert werden (→ § 2 Rn 14 ff), bevor sie angewendet werden können. Soweit Gestaltungsspielräume bestehen, muss die Verwaltung die optimale („richtige“) Lösung anstreben. Im Falle eines Ermessens ist dieses gem § 40 VwVfG unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben (Rn 60). Zu beachten sind stets das Untermaß- und Übermaßverbot (→ § 6 Rn 24), die Gleichheitsmaßstäbe sowie die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.¹⁸⁹ Ferner verpflichtet das Haushaltsrecht die Verwaltung zur *Wirt-*

41

¹⁸⁵ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 155.

¹⁸⁶ Vgl BFH NJW 2002, 2340, 2341; *Schoch* in: Schmidt-Aßmann/ders, Bes VwR, 2. Kap Rn 33.

¹⁸⁷ Vgl *Pieroth* AöR 114 (1989) 422, 433 f; *Schröder* Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, 2007, 24 ff.

¹⁸⁸ Vgl dazu auch *Achterberg* Allg VwR, § 19 Rn 4 ff.

¹⁸⁹ Zu (weiteren) Garantien der Rationalität des Verwaltungshandelns *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 84, 312.

schaftlichkeit.¹⁹⁰ Darunter ist das Gebot zu verstehen, entweder mit den gegebenen Mitteln den größtmöglichen Nutzen zu erreichen (Maximalprinzip) oder einen bestimmten Nutzen mit den geringstmöglichen Mitteln zu stiften (Minimal- oder Sparsamkeitsprinzip).¹⁹¹ Das Maximalprinzip wird auch als Effektivitäts-, das Minimalprinzip als Effizienzgebot bezeichnet.¹⁹² Die Orientierung am Wirtschaftlichkeitserfordernis kann im Bereich der Leistungsverwaltung (Rn 50) zu einer Ausschreibung (→ § 6 Rn 57) und damit ggf zu einer (vollständigen oder teilweisen) Privatisierung führen. Des Weiteren legt das Rechtsstaatsprinzip die Verwaltung ua auf die Bestimmtheit und Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns und auf die *Zukunftsvorsorge* etwa durch vorausschauende Planung (Rn 63 ff) und durch Rücksichtnahme auch auf künftige Generationen (zB Art 20a GG) fest.¹⁹³ Prozedural muss die Verwaltung grds Transparenz und Akzeptanz anstreben.

VII. Arten der staatlichen Verwaltung

- 42** Bei der Bestimmung des Begriffs der staatlichen Verwaltung ist bereits auf deren Mannigfaltigkeit hingewiesen worden. Versucht man die Fülle der verschiedenen Erscheinungsformen der Verwaltung durch Kategorisierung zu ordnen, bieten sich hierfür unterschiedliche Einteilungsschemata an.

1. Unterscheidung nach der Art der Aufgabenstellung

- 43** Einer Unterscheidung der Verwaltung nach Art der Aufgabenstellung kommt deshalb grundlegende Bedeutung zu, weil sich ohne Legalität und ggf Legitimität der jeweiligen Aufgabenstellung ein Tätigwerden der Verwaltung nicht rechtfertigen lässt. Besonders in Zeiten der Finanzarmut muss sich die Verwaltung einer Aufgabenkritik stellen und den Nachweis der Notwendigkeit einer unmittelbaren oder mittelbaren Aufgabenerfüllung erbringen. Umgekehrt können ein Marktversagen oder neuartige Problemlagen, deren sich der Markt bisher noch nicht angenommen hat, zu neuen Aufgaben oder zur Ausweitung bestehender Aufgaben der Verwaltung führen. Nach dem Tätigkeitsgehalt bzw der Art der Aufgabenstellung lässt sich insb zwischen Ordnungsverwaltung, Leistungsverwaltung, Abgabenverwaltung, Bedarfsverwaltung, Vermögensverwaltung und wirtschaftender Verwaltung unterscheiden.¹⁹⁴ Teilweise werden die planende (Rn 63) und lenkende (Rn 49)¹⁹⁵, die regulierende oder gewährleistende (Rn 86)¹⁹⁶ sowie die Risikoverwaltung (Rn 48)¹⁹⁷ gesondert genannt. Doch lassen sich die genannten Verwaltungstypen einer der genannten Aufgabenarten zuordnen
- 44** a) *Ordnungsverwaltung*. Wie der Name schon zum Ausdruck bringt, dient die Ordnungsverwaltung der Ordnung des Gemeinwesens. Teilweise schafft die Verwaltung

¹⁹⁰ Vgl §§ 7 I HOen.

¹⁹¹ Vgl *Schulze-Fielitz* VVDStRL 55 (1996) 231, 255; *Schliesky* DVBl 2007, 1453 ff; zur Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen vgl *Peters* DÖV 2001, 749 ff.

¹⁹² *Schmidt-Aßmann* Ordnungs idee, 316 f.

¹⁹³ *Achterberg* Allg VwR, § 18 Rn 14.

¹⁹⁴ Vgl auch die Einteilung bei *Wolff/Bachoff/Stober/Kluth* VwR I, § 4 Rn 4 ff.

¹⁹⁵ Vgl etwa *Stern* StR II, § 41 I 4.

¹⁹⁶ Vgl *Ruffert* AöR 124 (1999) 237, 244 ff; *Schmidt-Aßmann* Ordnungs idee, 172.

¹⁹⁷ Vgl dazu *Scherzberg* VVDStRL 63 (2004) 214 ff.

selbst die Ordnung auf gesetzlicher Grundlage (wie bei der Raumordnungsverwaltung). Überwiegend beschränkt sie sich darauf, das Handeln Privater zu beeinflussen. Unterschieden werden kann zwischen der bewahrenden und der gestaltenden Ordnungsverwaltung.

(1) Die *bewahrende Ordnungsverwaltung* zielt darauf ab, gesetzlich unerwünschte Zustände durch Aufsicht, Überwachung oder (bewahrende) Regulierung¹⁹⁸ zu verhindern oder zu beseitigen. Bei der Aufsicht respektive Überwachung geht es zumeist um Gefahrenabwehr, dh um die Abwehr einer Sachlage, die bei ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führt.¹⁹⁹ Wird die Ordnung gefährdet oder gestört, stehen der Verwaltung je nach Gesetzes- und Interessenlage unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung. ZB kann der Gesetzgeber vorschreiben, dass bestimmte Betätigungen unterbleiben sollen (etwa Zuwiderhandlungen gegen die Straßenverkehrsvorschriften). Halten sich die Rechtsunterworfenen nicht daran oder besteht die Gefahr einer Zuwiderhandlung, darf die Verwaltung reglementierend (durch Befehl und Zwang²⁰⁰) sowie sanktionierend (ZB durch Auferlegung von Geldbußen²⁰¹ oder Verhängung von Ordnungsmaßnahmen²⁰²) eingreifen. In anderen Fällen ist eine private Betätigung nur zulässig, wenn sie der Behörde zuvor angezeigt worden ist (*Anzeigevorbehalt*). Beispielsweise besteht eine Anzeigepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel²⁰³ oder für die Ausübung bestimmter Gewerbebetätigungen²⁰⁴. Die zuständige Behörde hat dann die Möglichkeit, das Vorhaben zu prüfen und ggf ein Verbot zu erlassen. Noch einen Schritt weiter geht das *präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*. In solchen Fällen ist für das Handeln eine Zulassung (zum Begriff vgl § 15 II GewO) der Verwaltung erforderlich. Die Verwaltung hat vor Ausführung der Tätigkeit zu prüfen, ob dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen. So darf der Bauherr uU erst mit dem Bauen beginnen, wenn die Behörde ihm eine Zulassung (in Form einer Baugenehmigung) erteilt hat.²⁰⁵ Die Genehmigungspflicht wendet sich nicht gegen die Betätigung als solche, sondern soll nur Rechtsverstöße rechtzeitig verhindern. Man spricht in solchen Fällen daher auch von einer bloßen Kontrollerlaubnis.²⁰⁶ Schließlich kann der Gesetzgeber auch ein unerwünschtes Verhalten grundsätzlich verbieten, die Verwaltung aber ermächtigen, in Ausnahmefällen eine Befreiung von diesem Verbot zu erteilen (*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*). Dies trifft etwa auf die Veranstaltung von Autorennen auf öffentlichen Straßen²⁰⁷, das Demonstrieren innerhalb einer Bannmeile²⁰⁸, das Führen

¹⁹⁸ Zum Sprachgebrauch vgl a Gröschner Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, 66 f.

¹⁹⁹ Vgl Schoch in: Schmidt-Aßmann/ders, Bes VwR, 2 Kap Rn 84.

²⁰⁰ Etwa nach Maßgabe des Polizei- und Ordnungsrechts oder spezialgesetzlicher Befugnisnormen.

²⁰¹ Vgl etwa §§ 21 ff StVG.

²⁰² ZB nach § 53 SchulG NRW.

²⁰³ § 14 I VersG.

²⁰⁴ § 14 I GewO.

²⁰⁵ Vgl Krebs in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes VwR, 4. Kap Rn 209 ff. Näher zur Wirkungsweise der Baugenehmigung Eblers FS Bartlspenger, 2006, 463 ff.

²⁰⁶ Maurer Allg VwR, § 9 Rn 51. Grundlegend zu den Erlaubnispflichten BVerfGE 20, 150, 154 ff; Thoma VerwArch 32 (1927) 242 ff. Vgl auch BVerfGE 52, 1, 41 ff → JK GG Art 14 I, III/3.

²⁰⁷ §§ 29 I, 46 II StVO.

²⁰⁸ § 16 I VersG iVm § 5 BefBezG ähnelt stark einem (lediglich) präventiven Verbot. Zu § 16 I VersG iVm § 1 BannmeilenG NRW vgl OVG NRW NWVBl 1994, 305 ff. Näher zum Ganzen Werner NVwZ 2000, 369 ff; Wiefelspütz NVwZ 2000, 1016 ff.

von Waffen bei öffentlichen Veranstaltungen²⁰⁹, Tätigwerden von Hebammen oberhalb von Altersgrenzen²¹⁰ oder das Bebauen von Deichen²¹¹ zu.²¹²

46 Die genannten typisierenden Unterscheidungen können erhebliche *Rechtsfolgen* nach sich ziehen. Die Verletzung einer Anzeigepflicht rechtfertigt nicht die Untersagung der Betätigung, stellt aber grundsätzlich eine Ordnungswidrigkeit oder Straftat dar.²¹³ Besteht ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, hat der Einzelne bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in aller Regel einen grundrechtlich verbürgten Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, während die Ausnahmegewilligung bei einem repressiven Verbot zumeist im Ermessen der Behörde steht. Auch für das Beweismaß und die Beweislast kann es einen Unterschied ausmachen, ob ein Verhalten grundsätzlich erlaubt oder verboten ist. Wird die Erlaubnispflicht im Falle eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt missachtet, darf die Behörde zwar die Einstellung der Tätigkeit bis zur Erlaubniserteilung fordern, wegen der bloß formellen Illegalität aber nicht die Beseitigung des bereits Geschaffenen verlangen (zB Abbruch eines ohne Baugenehmigung errichteten, im Übrigen aber im Einklang mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften stehenden Hauses).²¹⁴ Das Zuwiderhandeln gegen ein repressives Verbot führt regelmäßig zu weiterreichenden Konsequenzen. ZB dürfen verbotene Waffen sichergestellt oder unbrauchbar gemacht werden.²¹⁵

47 Anzeigepflichten, präventive Verbote und repressive Verbote greifen in die grundrechtlich geschützte Rechtssphäre ein und müssen sich daher rechtfertigen lassen. Insb muss jeweils dargelegt werden können, dass mildere Maßnahmen nicht ausreichen. Wird eine Erlaubnis bei einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verweigert, handelt es sich formell gesehen nur um die Ablehnung eines begünstigenden Verwaltungsaktes, materiell dagegen um einen Eingriff in Freiheit und Eigentum, weil die Ablehnung aus dem zunächst nur vorläufigen ein endgültiges Verbot macht.²¹⁶ Dies hat etwa zur Folge, dass der Betroffene vor Ablehnung der Erlaubnis angehört werden muss²¹⁷ und dass er bei rechtswidriger Ablehnung einen Anspruch auf Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff (→ § 45 Rn 69) hat. Insoweit unterscheiden sich auch präventives und repressives Verbot mit Vorbehalt nicht. Im Falle eines repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt hat der Einzelne ebenfalls einen grundrechtlich fundierten Anspruch (zumindest auf ermessensfehlerfreie Entscheidung). Die Ausnahmegewilligung erweitert nicht den Rechtskreis des Einzelnen, sondern begrenzt das Verbot.

²⁰⁹ § 42 I, II WaffG.

²¹⁰ Vgl BVerfGE 9, 338, 353.

²¹¹ BVerfGE 25, 112, 120.

²¹² Zur Abgrenzbarkeit von präventiven und repressiven Verboten vgl auch *Schwabe* FS Folz, 2003, 305 ff.

²¹³ Vgl § 26 Nr 2 VersG, § 146 II Nr 1 GewO.

²¹⁴ AA die hM. Vgl BVerwGE 66, 184, 186 → JK VwVfG § 28/2; *Bonk/Kallerhoff* in: *Hoppe/Bönker/dies, Öffentliches Baurecht*, 3. Aufl 2004, § 15 Rn 88; *Schoch* JURA 2005, 178, 181; *Krebs* in: *Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes VwR*, 4. Kap Rn 231.

²¹⁵ Vgl § 46 II 1, III WaffG.

²¹⁶ *Maurer* Allg VwR, § 9 Rn 52.

²¹⁷ AA die hM. Vgl BVerwGE 66, 184, 186 → JK VwVfG § 28/2; *Bonk/Kallerhoff* in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 28 Rn 27; *Kopp/Ramsauer* VwVfG, § 28 Rn 26; *Schwarz* in: *Fehling/Kastner/Warendorf, VerwR*, § 28 VwVfG Rn 11. Ausf zum Ganzen *Ehlers* Jura 1996, 617, 618 f. Vgl ferner → § 14 Rn 28.

Neben einer Gefahrenabwehr verlangen die neueren Wirtschafts- und Umweltgesetze auch eine *Gefahrenvorsorge*²¹⁸. Hierbei geht es um nachteilige Einwirkung unterhalb der Gefahrenschwelle. Das Ziel der Vorsorge ist es, eine Sicherheitszone vor der Gefahrenschwelle zu errichten, um Fälle geringerer Eintrittswahrscheinlichkeit, zeitlich und räumlich entfernterer Schädigungen sowie Summationen erfassen zu können.²¹⁹ Lassen Lebenserfahrung und wissenschaftliche Erkenntnisse keine Vorhersage über Kausalverläufe zu – was etwa bei biomedizinischen Versuchen oder der Verwendung der Gentechnik der Fall sein kann –, können erhebliche, irreversible Nachteile aber nicht ausgeschlossen werden, ist den staatlichen Gewalten die Aufgabe der *Risikosteuerung* gestellt.²²⁰ Auch wenn der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen zu treffen hat, verlangt dies der Verwaltung wegen der Ungewissheit der Lage und der Fehleranfälligkeit des Handelns hohe Steuerungskünste ab. Neben den Folgen des zu beurteilenden Geschehens müssen auch die möglichen Irrtumskosten eines Handelns bedacht werden. Der Umgang mit dem Risiko ist somit selbst risikobehaftet. Ein Restrisiko²²¹ ist hinzunehmen, wenn die Risiken der Risikosteuerung überwiegen.²²² Zusätzlich zu den Steuerungsmitteln des Ordnungsrechts kommen auch indirekte Steuerungen, etwa mittels der Zügel des Haftungsrechts, in Betracht. Vor allem aber bedarf es prozeduraler Vorgehensweisen in Gestalt einer „Risikokommunikation“ mit den Betroffenen, der Öffentlichkeit und der Wissenschaft.

(2) Anders als der auf Bewahrung sowie Verhinderung oder Beseitigung rechtswidriger Zustände angelegten bewahrenden Ordnungsverwaltung geht es der *gestaltenden Ordnungsverwaltung* darum, gesetzlich erwünschte Zustände zu erreichen. Angestrebt wird somit die Erfüllung einer positiven Zielsetzung im Wege einer *Lenkung* des Verhaltens der Privaten. Allerdings lassen sich trennscharfe Abgrenzungen zwischen bewahrender und gestaltender Ordnungsverwaltung schwer treffen. Auch werden vielfach sowohl Lenkungs- als auch Überwachungsziele verfolgt. So hat etwa die Verkehrswirtschaftsverwaltung bei der Beförderung von Personen mit Straßenbahnen oder Oberleitungsbussen im Linien- und teilweise auch im Gelegenheitsverkehr sowohl dem „Interesse einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen“ (§ 8 III 1 PBefG) und der Leistungsfähigkeit der Betreiber (§ 13 I Nr 1 PBefG) Rechnung zu tragen, als auch sicherzustellen, dass die Unternehmer zuverlässig sowie fachlich geeignet sind und der Betrieb sicher ist (§ 13 I Nr 1, 2, 3 PBefG). Die zuerst genannten Zielsetzungen intendieren eine positive Gestaltung, letztere eine Abwehr von Gefahren. Lenkende Ziele verfolgt die Verwaltung zum Teil auch bei der Anwendung des Außenwirtschafts-, des Zoll- und des für den Spannungs- und Verteidigungsfall geschaffenen Bewirtschaftungsrechts.²²³ Ferner ist zur gestaltenden Ordnungsverwaltung auch die sog Gewährleistungsverwaltung zu zählen (näher dazu Rn 85).

²¹⁸ Vgl zB Art 174 II EGV (191 II AEUV); §§ 5 I Nr 2 BImSchG; 7 II Nr 3 AtG; 1 Nr 1 GenTG. Zur verfassungsrechtlichen Verwurzelung in Art 20 GG vgl Steinberg Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, 91 ff; Murswiek in: Sachs (Fn 3) Art 20a Rn 36.

²¹⁹ Vgl Ossenbühl NVwZ 1986, 161, 163 f; Scherzberg VerwArch 84 (1993) 484, 490 f.

²²⁰ Vgl Di Fabio Risikoentscheidung im Rechtsstaat, 1994; Scherzberg VVDStRL 63 (2004) 214, 223 ff; Hoffmann-Riem DV 38 (2005) 145 ff; Schmidt-Aßmann Ordnungsidee 161 ff; Sunstein Gesetze der Angst, 2007. Gegen ein Abstellen auf die Möglichkeit eines Schadenseintritts Lepsius VVDStRL 63 (2004), 264, 277 ff.

²²¹ Vgl dazu BVerfGE 49, 89, 137; 72, 299, 315.

²²² Scherzberg VVDStRL 63 (2004) 214, 223.

²²³ Vgl Ehlers Ziele der Wirtschaftsaufsicht, 1997, 37 ff, 67 f.

- 50 b) *Leistungsverwaltung*. Die Leistungsverwaltung stellt einerseits die staatliche Infrastruktur bereit²²⁴ (insb die öffentlichen Einrichtungen wie zB die Straßen, öffentlichen Schulen, Universitäten, Krankenhäuser, Theater, Museen oder Friedhöfe) und dient der Versorgung der Bevölkerung mit Gütern und Dienstleistungen (zB Energie, Wasser, Verkehr, Telekommunikationsdienstleistungen) sowie der Beseitigung von Stoffen (etwa von Abfällen und Abwasser). Gleichzeitig kann die Leistungsverwaltung einzelne Personen (zB durch die Gewährung von Sozialhilfe, Ausbildungsförderungsdarlehen oder Wirtschaftssubventionen) gezielt begünstigen (Leistungsverwaltung im engeren Sinne). Da der Einzelne vielfach auf „Daseinsvor- und fürsorge“ (→ § 3 Rn 98) angewiesen ist, kommt der Leistungsverwaltung eine große Bedeutung zu.²²⁵ Jedoch liegt die Daseinsvor- und fürsorge nicht allein in den Händen des Staates, sondern auch in denen der Privaten. Nicht selten hat der Staat seine Erfüllungsverantwortung für die Erreichung bestimmter Zustände aufgegeben, den Privaten aber nicht allein das Handeln überlassen, sondern einen Rahmen vorgegeben und eine Auffangverantwortung für die Gewährleistung von Mindestanforderungen übernommen (Rn 84). Hierfür kommen auch die Mittel der Leistungsverwaltung in Betracht.
- 51 c) *Abgabenverwaltung*. Die Abgabenverwaltung sorgt für die Beschaffung der staatlichen Geldmittel durch Erhebung von Steuern, Gebühren, Beiträgen, Sonderabgaben, Verbandslasten, Umlagen und sonstigen Abgaben.²²⁶
- 52 d) *Bedarfsverwaltung*. Der Bedarfsverwaltung geht es darum, die persönlichen und sachlichen Mittel zu besorgen, welche die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Dazu zählt zB die Einstellung von Personen in den öffentlichen Dienst, die Heranziehung von Privaten zur Erfüllungshilfe (etwa zur Vornahme von Straßenbauarbeiten oder zum Abschleppen von Kraftfahrzeugen für die Polizei), der Ankauf von Sachen (zB von Computern für die Verwaltung, Fahrzeugen für die Feuerwehr oder militärischen Geräten für die Streitkräfte) sowie die Vergabe sonstiger öffentlicher Aufträge (etwa zur Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen zB für den Bau von Verwaltungsgebäuden). Das staatliche Einkaufsvolumen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft wurde schon vor der sog Osterweiterung auf über 1,5 Billionen Euro pro Jahr und damit auf etwa 16,3 % des Bruttoinlandsproduktes der EU geschätzt, wovon fast 300 Milliarden Euro auf die Bundesrepublik Deutschland entfallen.²²⁷ Da eine grenzüberschreitende Auftragsvergabe selten erfolgte, ist das Vergaberecht weitgehend durch Sekundärrecht der Europäischen Union²²⁸ geregelt worden (→ § 14 Rn 2, § 15 Rn 38, 49).²²⁹ Danach müssen öffentliche Aufträge ab bestimmten Schwellenwerten grundsätzlich offen – ggf gemeinschaftsweit – *ausgeschrieben* werden. Die Ausschreibung soll zu einer Öffnung der Märkte und zu einer optimalen Allokation öffentlicher Ressourcen beitragen. Da dann der Zuschlag unter Berücksichtigung von Fachkunde,

²²⁴ Ausf dazu *Faber* VwR, 4. Aufl 1995, § 5 II, 33 f.

²²⁵ Zu den tatsächlichen Erscheinungsformen sowie zu dem verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Ordnungsrahmen *Erichsen* DVBl 1983, 289 ff. Ferner zB *Krause* VVDStRL 45 (1987) 212 ff; *Ehlers* DVBl 1986, 912 ff.

²²⁶ Vgl zu den verschiedenen Abgaben *P. Kirchhof* in: *Isensee/Kirchhof* IV, § 88; *F. Kirchhof* in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, *Bes VwR* II, § 20 Rn 9 ff. Zur Notwendigkeit der Zuordnung einer Abgabe zu einer Abgabenart vgl (verneinend) *BVerfGE* 93, 319, 345 (Wasserpfennig); *BVerfGE* 113, 145 ff → *JK GG* Art 12 I/79.

²²⁷ Vgl *Dreher* in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), *GWB*, 4. Aufl 2007, Vor §§ 97 ff Rn 62 ff, 66.

²²⁸ Vgl *RL 17/2004/EG*; *RL 18/2004/EG*. S auch das (multilaterale) Übereinkommen der WTO über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994, *ABl EG* 1996 Nr C 256/2.

²²⁹ Vgl *Prieß* Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl 2005.

Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (§ 97 IV GWB) auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist (§ 97 V GWB)²³⁰, kann sich das Erfordernis einer Ausschreibung auf die Entscheidung „make or buy“ auswirken. Wenn die Gebietskörperschaft über die zu beauftragende (rechtlich selbständige) Person (zB eine Eigengesellschaft) eine Kontrolle ausübt wie über eigene Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben, nimmt die Rechtsprechung²³¹ allerdings ein vergabefreies „In-House-Geschäft“ an.²³² Das nationale Recht verlangt aus haushaltswirtschaftlichen Gründen (Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) eine prinzipielle Ausschreibung auch für Aufträge unterhalb der europäischen Schwellenwerte.²³³ Um den Rechtsschutz zu verbessern, hat die Union sog Rechtsmittelrichtlinien erlassen.²³⁴ In Deutschland unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge ab bestimmten Schwellenwerten grundsätzlich der Nachprüfung durch die Vergabekammern (§§ 100, 102 GWB). Gegen die Entscheidungen der Vergabekammer ist Beschwerde vor den OLG zulässig (§ 116 III GWB). Werden die Schwellenwerte unterschritten, kann sich der erfolglose Bewerber um einen öffentlichen Auftrag zwar auf Art 3 I GG berufen. Er muss bei Zu Grundelegung der hM²³⁵ aber nicht vor Erteilung des Zuschlags an den Konkurrenten informiert werden. Da etwaige Ansprüche auf Abschluss eines Vertrages mit Erteilung des Zuschlags untergehen, ist ein Primärrechtsschutz nicht gesichert. Das BVerfG hat dies mit dem Hinweis auf die Möglichkeit, Schadensersatz verlangen zu können, gebilligt.²³⁶ Da Schadensersatzansprüche in der Vergangenheit kaum jemals erfolgreich waren (schon weil der erfolglose Bewerber nicht nachweisen kann, dass er den Zuschlag erhalten hätte), läuft dies auf eine nicht überzeugende weitgehende Verweigerung des Rechtsschutzes hinaus. Diese Rechtslage dürfte zudem nicht vollständig mit dem Europäischen Unionsrecht vereinbar sein. Auch wenn die Rechtsmittelrichtlinien der Europäischen Union nicht einschlägig sind, ergibt sich aus den Grundfreiheiten des Unionsrechts bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz.²³⁷ Ein bloßer (noch dazu wenig Erfolg versprechender) Sekundärrechtsschutz dürfte nicht ausreichen. Zur Rechtsnatur der Vergabeentscheidung und zum Rechtsweg → § 3 Rn 95.

e) *Vermögensverwaltung*. Die Vermögensverwaltung dient der Pflege, Ausnutzung oder Verwertung der sich im Eigentum oder in der Verfügungsbefugnis des Staates befindenden Vermögensgegenstände (zB Veräußerungen nicht mehr benötigter Bücher durch die Universitätsbibliothek oder Privatisierung wirtschaftlicher Unternehmen).²³⁸ **53**

f) *Wirtschaftende Verwaltung*. Die wirtschaftende Verwaltung zeichnet sich dadurch aus, dass sie in ähnlicher Weise wie sonstige Wirtschaftssubjekte als Anbieter oder Ver- **54**

²³⁰ Zur Zulässigkeit einer Berücksichtigung auch sog vergabefremder (zB sozialer oder ökologischer) Kriterien vgl EuGH Slg 1988, 4635 Rn 37 – Beentjes; Slg 2002, I-7213 Rn 63 ff – Concordia BB Finnland Oy Ab.

²³¹ Grundlegend EuGH Slg 1999, I-8121 Rn 50 – Teckal; BGHZ 148, 55 ff. Näher dazu *Hüser* (Fn 83) 132 ff; *Pietzcker NVwZ* 2007, 1225, 1228 ff; *Eblers* in: *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg), *Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen*, 2. Aufl 2009, B Rn 40 ff.

²³² Sonderregelungen trifft Art 5 II lit a (VO) EG Nr 1370/2007.

²³³ Nach Schätzungen liegen 87 % aller Vergaben unterhalb der Schwellenwerte.

²³⁴ Vgl zuletzt die RL 2007/66/EG zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG.

²³⁵ Vgl Fn 228.

²³⁶ BVerfGE 116, 135, 149 ff → JK GG Art 20 III/43.

²³⁷ Näher dazu die Mitteilung der EG-Kommission 2006/C 179/02, Rn 2.3.3.

²³⁸ → vgl § 3 Rn 76.

teiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt in Erscheinung tritt (wie die Stadtwerke). Entgegen einer in der Literatur vertretenen, zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Verwaltung differenzierenden Ansicht²³⁹ bleibt die Verwaltung auch dann Verwaltung, wenn sie wirtschaftet.²⁴⁰ Dies hat zur Folge, dass vorbehaltlich ausdrücklich abweichender Normierung die allgemeinen Kompetenzbestimmungen (zB das Öffentlichkeitsprinzip der Gemeinden) und die Grundrechte zu beachten sind.²⁴¹ Das Schwergewicht der staatlichen Teilnahme am Wirtschaftsleben liegt heute bei den *Kommunen*.²⁴² Während die Gemeindeordnungen früher in Anlehnung an § 67 I Nr 3 DGO lediglich vorsahen, dass die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern dürfen, wenn der öffentliche Zweck nicht besser und wirtschaftlicher von einem anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann, enthalten sie heute zumeist echte (vielfach allerdings wichtige Bereiche der Daseinsvorsorge ausnehmende) Subsidiaritätsklauseln, wonach sich die Gemeinden wirtschaftlich nur betätigen respektive Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern dürfen, wenn der öffentliche Zweck „nicht ebenso gut und wirtschaftlich“ durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.²⁴³ Soweit die Wirtschaft der Verwaltung den Zweck verfolgt, unmittelbar durch ihre Leistung dem Wohl der Bürger zu dienen (etwa durch Versorgung der Bevölkerung mit Gütern oder Dienstleistungen), handelt es sich um einen Unterfall der Leistungsverwaltung (Rn 50).

- 55 g) *Rechtliche Konsequenzen*. Die Unterscheidung der verschiedenen Aufgabenarten hat nicht nur beschreibenden Charakter, sondern kann auch rechtliche Folgen nach sich ziehen. ZB werden die Ordnungs-, Leistungs- und Abgabenverwaltung grundsätzlich öffentlich-rechtlich, die Bedarfs-, Vermögens- und wirtschaftende Verwaltung grundsätzlich privatrechtlich tätig (→ § 3 Rn 78 ff). Erlässt die Ordnungsverwaltung einen begünstigenden Verwaltungsakt, der mit einer Auflage verbunden ist, widerspricht es idR nicht dem Übermaßverbot, die Auflage bei Nichterfüllung zwangsweise durchzusetzen, statt den begünstigenden Verwaltungsakt zu widerrufen. Liegt dagegen Leistungsverwaltung vor, ist die zwangsweise Durchsetzung einer Auflage zumeist unzulässig. Wird etwa eine Subvention zweckwidrig verwendet, ist die Verwaltung regelmäßig gehalten, die Subventionsgewährung rückgängig zu machen, statt die Zweckbindungen mit Zwangsmitteln (womöglich einer Ersatzvornahme) durchzusetzen.²⁴⁴

2. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Verwaltung

- 56 Nach dem Gegenstand können die vielfältigen Tätigkeitsbereiche der staatlichen Verwaltung unterschieden werden. ZB wird von Kultur-, Schul-, Sozial-, Wirtschafts-, Landwirtschafts-, Umweltschutz-, Finanz-, Bau-, Verkehrsverwaltung und dergleichen mehr gesprochen.

²³⁹ Vgl zB *Hellermann* Öffentliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 1998, 130; *Wieland* in: Henneke (Hrsg), *Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?* 1999, 193, 196 ff.

²⁴⁰ VerfGH RP NVwZ 2000, 801, 802; *Glaser* DV 41 (2008) 483, 488.

²⁴¹ Vgl *Ehlers* (Fn 231) B Rn 59 ff.

²⁴² Zu den Rechtsproblemen und Reformbestrebungen vgl *Ehlers* (Fn 49); *Jarass* Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, 2002; *dens* Reform des Kommunalwirtschaftsrechts, 2005.

²⁴³ Vgl § 102 I Nr 3 GO BW; Art 87 I Nr 4 GO Bay; 121 I Nr 3 GO Hess, 107 I 1 Nr 3 GO NRW; 85 I Nr 3 GO RP; 108 I Nr 3 KSVG Saarl; 116 I 1 Nr 3 GO LSA; 71 I Nr 4 KO Thür.

²⁴⁴ Vgl dazu *Henseler* VerwArch 77 (1986) 249, 270, 284; *Heydemann* (Fn 157) 82 ff, 99 ff.

3. Unterscheidung nach dem Verwaltungsträger

Knüpft man an den Verwaltungsträger an, lässt sich zwischen Bundes- und Landesverwaltung (→ § 7 Rn 22), ferner zwischen unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung (Rn 14 f) differenzieren. Stellt man auf die Hauptverwaltungsträger ab, sind die Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltungen zu nennen. **57**

4. Unterscheidung nach der Rechtsform des Tätigwerdens

Die Verwaltung kann sich nicht nur der Organisations- und Handlungsformen des öffentlichen Rechts, sondern in einem bestimmten Ausmaße auch derjenigen des Privatrechts bedienen (→ § 3 Rn 78 ff). Nach der Rechtsform des Tätigwerdens kann deshalb zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Verwaltung abgegrenzt werden. **58**

5. Unterscheidung nach der Modalität des Handelns

Eine weitere Unterscheidung betrifft die Art und Weise des Handelns der Verwaltung. **59** Vor allem geht es um die Frage, ob die Verwaltung eingreifend tätig wird oder nicht. Diese Differenzierung ist insofern bedeutsam, als die in Freiheit und Eigentum eingreifende Verwaltung bestimmten Anforderungen unterliegt (namentlich Bindung an das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes, an die Grundrechte und an das Übermaßverbot), die für die sonstige Verwaltung uU nicht oder nicht in der gleichen Schärfe gelten.²⁴⁵ Gebräuchlich ist die Entgegensetzung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung. Abgesehen davon, dass damit nicht sämtliches Verwaltungshandeln erfasst werden kann, gibt die Gegenüberstellung nur dann einen Sinn, wenn man die Leistungsverwaltung insoweit nicht als Aufgabenart, sondern als Instrument der Verwaltung (Verwaltungsmittel) versteht.²⁴⁶ Selbst dann ist zu beachten, dass Eingriff und Leistung bzw Belastung und Begünstigung vielfach miteinander verbunden sind. So wirken zahlreiche Verwaltungsmaßnahmen für den Adressaten sowohl begünstigend als auch belastend. Man spricht in solchen Fällen von einer *Mischwirkung*. Hinzuweisen ist etwa auf die Wasserversorgung oder Erteilung des Schulunterrichts jeweils mit Benutzungszwang, die Zwangsernährung von Häftlingen, den Erlass begünstigender Verwaltungsakte unter Beifügung einer belastenden Nebenbestimmung, die Heranziehung zu Abgaben in einer bestimmten Höhe (begünstigend, wenn sich dem Bescheid entnehmen lässt, dass nicht mehr als der angegebene Betrag bezahlt werden muss)²⁴⁷ oder die Gewährung bestimmter Geldleistungen (belastend, weil die Höhe begrenzt ist, jedenfalls wenn sie hinter dem Antrag zurückbleibt). Ferner haben Verwaltungsmaßnahmen heute immer häufiger *Doppelwirkung*, dh sie begünstigen den einen (zB Genehmigungsempfänger, Bewerber um die

²⁴⁵ Für Nichtgeltung des Übermaßverbotes in der Leistungsverwaltung zB *Erichsen* Jura 1988, 387, 388; vgl auch *Mußgnug* VVDStRL 47 (1989) 113, 126 ff; aA zB *Haverkate* Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983, 14 ff, 174 ff; *Bleckmann* JuS 1994, 177, 179.

²⁴⁶ IdS etwa *Ebsen* DVBl 1988, 883, 885; Krit *Bachof* VVDStRL 30 (1972) 193, 227 f.

²⁴⁷ Dies dürfte regelmäßig anzunehmen sein. Vgl auch BFH BStBl 1985, 562, 563; *Wernsmann* in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg), Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, 2008, § 130 AO Rn 29; *Maurer* Allg VwR § 9 Rn 49; AA BVerwGE 67, 129, 134; 79, 163, 169; *Stelkens* JuS 1984, 930, 934; *Sachs* in: Stelkens/Bonk/ders, VwVfG, § 48 Rn 123 – wonach ein Abgabenbescheid nicht den Gegenschluss rechtfertige, dass von den Betroffenen mehr als der angegebene Betrag nicht verlangt werde.

ausgeschriebene Stelle eines Beamten oder Adressaten eines Subventionsbescheides), belasten aber den anderen (etwa den Nachbarn oder Konkurrenten) und greifen uU in dessen Rechte ein.²⁴⁸ Belastung und Begünstigung bzw Eingriff und Leistung müssen nach ihren jeweils eigenen Regeln behandelt werden. Will etwa die Verwaltung einen teils begünstigenden, teils belastenden Verwaltungsakt (außerhalb des Widerspruchsverfahrens) aufheben, gelten für den begünstigenden Teil § 48 II, III und IV oder § 49 II, III und VI VwVfG, für den belastenden Teil dagegen nicht.

6. Unterscheidung nach der Intensität der Gesetzesbindung

- 60 Schließlich lässt sich danach differenzieren, in welcher Weise die Verwaltung durch das Gesetz gebunden wird. Die gesetzliche Programmierung kann relativ strikt sein, weil die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen präzise gefasst sind und die Verwaltung bei Vorliegen dieser Voraussetzungen in einem bestimmten Sinne (nach dem konditionalen Wenn-dann-Schema) tätig werden muss. Sie kann sich aber auch abschwächen, weil die Vorschriften sehr unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden²⁴⁹ bzw der Verwaltung einen Gestaltungsspielraum entweder in Form eines Beurteilungsspielraums bei der Konkretisierung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale oder in Form eines Ermessensspielraums bei der Bestimmung der Rechtsfolgen einräumen (→ § 11 Rn 15). Dies stellt keinen Freibrief dar. Vielmehr muss sich die Verwaltung stets zu derjenigen Entscheidung durchringen, die sie in Anbetracht der verbindlichen Normzwecke für die richtige bzw beste hält. *Gestaltungsspielräume* sind immer auf Optimierung angelegt.²⁵⁰ Freie Beurteilungs- oder Ermessensspielräume können im Rechtsstaat nicht anerkannt werden.²⁵¹ Der Verwaltung ist es daher nicht gestattet, sich mit der zweitbesten Lösung zufrieden zu geben. Wenn das Gesetz in § 68 I 1 VwGO Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit nebeneinander stellt, darf dies nicht dahin missverstanden werden, dass die Zweckmäßigkeitentscheidung der Verwaltung außerhalb des Rechts anzusiedeln ist. Eine zweckwidrige Verwaltungsentscheidung verstößt nicht nur gegen metajuristische Maßstäbe, sondern auch gegen den das Verwaltungshandeln regelnden Rechtsatz selbst (im Beispielsfall gegen § 68 I 1 VwGO)²⁵². Demgemäß bestimmt auch § 40 VwVfG, dass das Ermessen einer Verwaltungsbehörde entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt werden muss. Dies impliziert, dass eine zweckwidrige Entscheidung rechtswidrig ist. Mit der gewählten Terminologie (Beurteilungsspielraum, Ermessensspielraum, Zweckmäßigkeit) soll nur zum Ausdruck gebracht werden, dass die gerichtliche Kontrolldichte in solchen Fällen gemindert ist.²⁵³ Noch weniger deter-

²⁴⁸ Zum Nachbarschutz → vgl § 3 Rn 70, zum Konkurrentenschutz *Huber* Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991.

²⁴⁹ ZB den Rechtsanwender nur final programmieren, vgl → § 2 Rn 8.

²⁵⁰ Zur Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht vgl *Hoppe* DVBl 1992, 853 ff; *dens* DVBl 1994, 1033, 1034, 1037 ff; *Koch/Hendler* Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 4. Aufl 2004, § 17 Rn 31 ff, 71 ff.

²⁵¹ Dies ist heute nicht mehr umstr. Vgl etwa *W. Schmidt* Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969, 267. Vgl auch bereits *Bernatzik* Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, 41.

²⁵² Vgl *Erichsen* VwR u VwGbkt I, 88; *Krebs* (Fn 28) 79; *Rupp* (Fn 9) 210 f.

²⁵³ Ist die Richtung der Ermessensbetätigung im Gesetz vorgezeichnet, spricht das BVerwG (E 72, 1, 6; vgl aE 105, 55, 57 f; 108, 1, 17 ff) von einem intendierten Ermessen. Dies verkürzt einerseits den Handlungsspielraum der Verwaltung, entlastet diese andererseits von einer Abwägung des „Für und Wider“. Krit *Borowski* DVBl 2000, 149 ff; *Pabst* VerwArch 93 (2002),

miniert ist die Verwaltung, wenn es überhaupt keine (spezial-)gesetzlichen Handlungsanweisungen gibt (nicht-gesetzesakzessorische Verwaltung, wie zB bei der Bezeichnung von Straßen). Die Verwaltung ist dann ermächtigt, aufgrund eigener Zielvorstellungen zu entscheiden.²⁵⁴ Auch dann müssen aber stets die allgemeinen Bindungen und Grenzen (wie zB die Zuständigkeitsvorschriften oder verfassungsrechtlichen Vorgaben) beachtet werden. Es gibt somit kein Reservat exekutiven Wirkens, das völlig außerhalb der Sphäre des Rechts liegt.

VIII. Handlungsformen der Verwaltung

Die Handlungsformen der Verwaltung sind als Tore bezeichnet worden, durch welche die in ihrer Vielfalt unüberschaubare, amorphe Tätigkeit der Verwaltung in die ordnende Welt des Rechts eingeschleust wird.²⁵⁵ Mit diesen sind typische Wirkungen und Rechtsfolgen verbunden. Damit haben sie zugleich eine Bereitstellungs- und Begrenzungsfunktion.²⁵⁶ Die Verwaltung kann sich zum Tätigwerden regelnder, rechtsgeschäftsähnlicher oder tatsächlicher Handlungsformen bedienen sowie darüber hinaus Rechte ausüben oder Prozesshandlungen vornehmen.²⁵⁷ *Regelungen* sind final auf Bewirkung einer Rechtsfolge gerichtet, wobei es sich um normative Regelungen (Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften → § 20) oder einzelfallbezogene Regelungen durch Verwaltungsakt (→ § 21 Rn 24 ff), Verwaltungsvertrag (→ § 29 Rn 2), einfache verwaltungsrechtliche Willenserklärung²⁵⁸ oder innerdienstliche Anordnung handeln kann. *Rechtsgeschäftsähnliche Handlungsweisen* (zB Mahnung oder Fristsetzung) zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht nur einen tatsächlichen Erfolg bezwecken, sondern Rechtswirkungen begründen, diese aber im Gegensatz zu den finalen Rechtshandlungen unabhängig von einem darauf gerichteten Willen des Handelnden allein nach der objektiven Rechtsordnung eintreten (vgl auch → § 28 Rn 1). *Tathandlungen* der Verwaltung (zB Öffentlichkeitsarbeit, Erteilung schlichter Auskünfte, Herstellung von Straßen oder Verwaltungsvollstreckung) sind unmittelbar nur auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges gerichtet, können aber gleichwohl Rechtswirkungen nach sich ziehen (→ vgl auch § 36 Rn 1). Unter Rechtsausübungsakten ist die Geltendmachung von Ansprüchen (zB auf Herausgabe, Unterlassung oder Schadensersatz), unter Prozesshandlungen die Mitwirkung in gerichtlichen Verfahren zu verstehen. Handlungsformen können sowohl solche des Innen- als auch des Außenrechts sein. Neben den Formen des öffentlichen Rechts dürfen in einem erheblichen Ausmaße auch diejenigen des Privatrechts genutzt werden (→ § 3 Rn 35). Bedient sich die Verwaltung nicht einer regelnden Handlungsform oder eines rechtlich geregelten

540 ff; *Sachs* in: Stelkens/Bonk/ders, VwVfG, § 40 Rn 30; *Maurer* AllgVerwR, § 7 Rn 12 (→ § 10 Rn 57).

²⁵⁴ Vgl *Weitzel* Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens, zugleich ein Beitrag zur Theorie des Ermessens, 1998, 69 f, 97 f.

²⁵⁵ *Ossenbühl* JuS 1979, 681. Grundlegend bereits *O. Mayer* VwR I, 92 f. Vgl ferner *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 298. Zur Unterscheidung von Handlungs- und Rechtsformen vgl *Schuppert* Verwaltungswissenschaft, 141 ff.

²⁵⁶ Vgl *Uerpmann* BayVBl 2000, 705; *Baars* Rechtsfolgen fehlerhafter Verwaltungsvorschriften, 2009, 120 f (maschinenschriftlich).

²⁵⁷ Vgl *Ehlers* (Fn 152) 418 ff.

²⁵⁸ Vgl *Ernst* Die Verwaltungserklärung, 2008 (→ § 28). Zur Anfechtbarkeit schlichter Willenserklärungen vgl OVG Schleswig NVwZ-RR 2002, 821 → JK BauGB § 36/5.

Verfahrens, wird auch von einem informalen Verwaltungshandeln gesprochen (→ § 37 Rn 5 ff). So kann die Verwaltung vor der Drohkulisse vorhandener imperativer Regelungsinstrumente auch eine sog regulation by raised eyebrows betreiben.²⁵⁹ Die Verwaltung bedient sich vielfach neuartiger Bewirkungsmittel (zB Zielvereinbarungen, Versteigerungen, Qualitätspakte, Zertifikatehandel), die in aller Regel aber mittels der klassischen Handlungsformen (zB eines Verwaltungsaktes oder eines Vertrages) umgesetzt werden. Um die Verwaltung zu einem beschleunigten Handeln anzuhalten, wird für den Fall der Untätigkeit zunehmend ein Verwaltungshandeln fingiert. So gelten beantragte Genehmigungen nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt, wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet und der Antrag hinreichend bestimmt ist (§ 42a I 1 VwVfG).

62 Das nationale Verwaltungsrecht orientiert sich – ähnlich wie dasjenige der Europäischen Union (Art 288 AEUV) – traditionellerweise schwerpunktmäßig an den Aktivitäten und damit an den Handlungsformen der Verwaltung. Diesen kommt deshalb eine besondere Bedeutung zu, weil sie die interne Entscheidungsbildung der Verwaltung zu einem Abschluss bringen und im Falle des Erlasses von Regelungen verbindlich festlegen, was rechtens ist. Die Handlungsformen sind Steuerungsfaktoren des Verwaltungshandelns und dienen zugleich der Kontrolle.²⁶⁰ So sind das Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff VwGO, 79 f VwVfG) und die verwaltungsgerichtliche Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 42 I VwGO) ganz auf die Handlungsform des Verwaltungsaktes zugeschnitten. Doch ist die Ausrichtung an Handlungsformen insofern zu eng, als es nicht nur auf das Handeln der Verwaltung, sondern auch auf dasjenige der Bürger und sonstigen Beteiligten ankommt²⁶¹, mehrseitige, komplexe Beziehungen (wie etwa auf dem Gebiet der Sozialversicherung) nur schwer am Maßstab einer Handlungsform angemessen zur Geltung gebracht werden können und die Handlungsformen als zeitpunktbezogene Entscheidungen den prozeduralen Charakter von Rechtsbeziehungen nicht zu erfassen vermögen.²⁶² So lassen sich bei der Gestaltung andauernder Rechtsbeziehungen durch Verwaltungsakt nach der zeitlichen Staffelung idR vier verschiedene Stufen unterscheiden: von der Vorwirkung (zB Aufklärung, Auskunft, Beratung) über das Verwaltungsverfahren bis hin zum Erlass des Verwaltungsaktes und zu den Nachwirkungen (zB Erfüllung versprochener Leistungen, Duldungspflichten oder die Rechtswirkungen des sich anschließenden weiteren Verfahrens – wie etwa der Verwaltungsvollstreckung).²⁶³ Als Rechtsfigur zur generellen Erfassung der Rechtsbeziehungen innerhalb eines Rechtsträgers oder Organs, der Rechtsträger oder Organe zueinander oder des Staat-Bürger-Verhältnisses bietet sich die Kategorie des *Rechtsverhältnisses*

²⁵⁹ Vgl *Enmuschat* Infrastrukturgewährleistung durch Privatisierung und Regulierung, 2002 Habilitationsschrift, Typoskript, These 40 der Zusammenfassung. Näher zur Entformalisierung des Staatshandelns *Schoch* DV 25 (1992), 21 ff.

²⁶⁰ Vgl *Franzius* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen I, § 4 Rn 2 ff.

²⁶¹ Bei Zugrundelegung systemtheoretischer Vorstellungen stellen auch Rechtssysteme ohnehin nur Netzwerke von Kommunikationen dar. Vgl *Vesting* Jura 2001, 299, 301. Allgemein dazu *Lubmann* Soziale Systeme, 4. Aufl 1994, 191 ff.

²⁶² Zur Unterscheidung zwischen dem Zeitpunkt, in dem eine Rechtsfolge eintritt und dem Zeitraum, für den eine Rechtsfolge eintritt, vgl *Steinweg*, Zeitlicher Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes, 2006, 31 ff.

²⁶³ Vgl auch *Schoch* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg), Innovation und Flexibilität, 1994, 199 ff.

an (→ § 18 Rn 1 ff).²⁶⁴ Begrifflich ist unter einem Rechtsverhältnis die sich aus einer rechtlichen Regelung ergebende rechtliche Beziehung (zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten²⁶⁵, uU auch zwischen einer Sache und einem Rechtssubjekt²⁶⁶) zu verstehen. Verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnisse im engeren Sinne betreffen die sich aus einer Regelung für eine Person konkret ergebende Beziehung. Diese kann zB Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage nach § 43 I Alt 1 VwGO oder Anknüpfung für einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses (→ § 18 Rn 13 f) sein.²⁶⁷ Zu einem Verwaltungsrechtsverhältnis im weiteren Sinne ist der Komplex einander zweckhaft zugeordneter Sonderrechtsbeziehungen zu zählen (zB die Nutzungsverhältnisse öffentlicher Einrichtungen). Das Verwaltungsrechtsverhältnis im weiteren Sinne kann zwar ebenfalls rechtliche Bedeutung haben, vor allem aber kommt ihm eine heuristische und strukturierende Funktion zu²⁶⁸, weil es als Ordnungsmodell für eine Gesamtbetrachtung des erfassten Lebenssachverhaltes zu dienen vermag. Deshalb eignet sich das Verwaltungsrechtsverhältnis im weiteren Sinne auch als Orientierungshilfe für den Gesetzgeber. So hat man versucht, das Sozialrecht mittels des Erlasses von Sozialgesetzbüchern zu erfassen. Auf vielen anderen Rechtsgebieten – wie etwa dem Umweltrecht²⁶⁹ oder dem Informationsrecht (Rn 68 ff)²⁷⁰ – steht diese legislatorische Systematisierungsarbeit noch aus.

IX. Planende Verwaltung

Zumindest wenn es um die Bewältigung vielschichtiger Problemstellungen geht, kommt die Verwaltung regelmäßig nicht ohne *Planung* aus. Unter Planung ist das vorausschauende Setzen von Zielen und gedankliche Vorwegnehmen der zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Verhaltensweisen zu verstehen.²⁷¹ Es handelt sich somit um ein final determiniertes, methodisches Lenkungsmittel zukünftigen Geschehens.²⁷² Nach der Art der Planung lässt sich zwischen Gesamtplanungen und Fachplanungen unterscheiden. Die überörtlich räumliche Gesamtplanung erfolgt für die Bundesrepublik Deutschland auf der Grundlage des Raumordnungsgesetzes, für die Länder durch höherstufige Landesplanung und Regionalplanung.²⁷³ Zur örtlichen raumbezogenen Planung sind die Bauleitpläne (Flächennutzungspläne und Bebauungspläne) nach Maß-

²⁶⁴ Vgl *Achterberg* Allg VwR, § 20; *Ehlers* DVBl 1986, 912 ff; *Schulte* Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, 203 ff; *Gröschner* DV 30 (1997), 301 ff.

²⁶⁵ Der Begriff wird in diesem Zusammenhang im weiteren Sinne unter Einschluss der innerorganisatorischen Funktionsträger (Innenrechtssubjekte) verstanden.

²⁶⁶ Zur sog sachbezogenen Allgemeinverfügung vgl § 35 S 2 Alt 2 VwVfG.

²⁶⁷ Näher dazu *Ehlers* in: ders/Schoch, Rechtsschutz, § 25 Rn 5 f.

²⁶⁸ *Schmidt-Aßmann* Ordnungs idee, 302 f.

²⁶⁹ Der nach zahlreichen Vorläuferfassungen erarbeitete Referentenentwurf für ein UGB 2009 (vgl *Guckelberger* NVwZ 2008, 1161 ff) ist in der 16. Legislaturperiode des BT nicht mehr als Gesetz verabschiedet worden.

²⁷⁰ Dies gilt ungeachtet der Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder.

²⁷¹ *Zippelius/Würtenberger* StR, § 46 Rn 74.

²⁷² *Stern* StR II, 704; *Krit Hoppe* in: Isensee/Kirchhof IV, § 77 Rn 7.

²⁷³ Vgl *Koch/Hendler* (Fn 250) §§ 4, 5, 6; *Krebs* in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes VwR, 4. Kap Rn 34 ff.

gabe des Baugesetzbuches²⁷⁴ zu zählen. Die jeweiligen Planungen sind aufeinander abzustimmen.²⁷⁵ Die Fachpläne betreffen bestimmte Sachbereiche (zB Landschaftsplanung nach § 13 ff BNatSchG oder die Krankenhausbedarfsplanung) oder einzelne Vorhaben (zB den Bau von Gewässern nach § 31 WHG, Bundeswasserstraßen nach § 14 WaStrG, Straßen nach §§ 16 ff FStrG, Flughäfen nach § 8 LuftVG, Betriebsanlagen einer Eisenbahn nach § 18 AEG, Betriebsanlagen einer Straßenbahn nach § 28 PBefG oder die Errichtung und den Betrieb von Abfallbeseitigungsanlagen nach § 31 KrW-/AbfG).

- 64** Die Zuständigkeit für den Erlass staatlicher Pläne liegt nicht nur bei den Verwaltungsträgern. So handelt es sich bei den im Grundgesetz erwähnten Plänen – Haushaltsplan (Art 110 GG), Finanzplanung (Art 109 III GG), Planung für den Verteidigungsfall (Art 53a II GG) – um Regierungspläne, denen zum Teil der Gesetzgeber zustimmen muss. Die *Regierungsplanung* ist oftmals nicht konkretisiert worden²⁷⁶ und muss zudem von der Planung der nach Art 65 S 2 GG für ihre Geschäftsbereiche selbstverantwortlichen Minister abgegrenzt werden. Greift eine Planung in die Rechtssphäre der Bürger, des Bundes, eines Landes oder eines Selbstverwaltungsträgers (namentlich einer Gemeinde) ein, gilt der Gesetzesvorbehalt.
- 65** Ihrer Wirkungsweise nach lässt sich zwischen regelnden (*imperativen*), nicht regelnden (*indikativen*) und Leistungsgewährungen in Aussicht stellenden (*influenzierenden*) Plänen unterscheiden.²⁷⁷ Pläne können sowohl lediglich interne Bedeutung für den planenden Rechtsträger respektive die planende Behörde als auch Außenwirkung haben. So bereitet die den Verlauf einer Trasse noch nicht grundstücksgenau absteckende Linienbestimmung einer Straße nach § 16 FStrG nur die Planfeststellung der Straße vor und hat daher nur behördeninterne Relevanz.²⁷⁸ Flächennutzungspläne (§ 1 II BauGB) entfalten im Gegensatz zu den Bebauungsplänen (§ 8 I 1 BauGB) aus sich heraus keine unmittelbaren rechtlichen Bindungswirkungen gegenüber privaten Dritten.²⁷⁹ Anderes gilt aber kraft gesetzlicher Anordnung des § 35 III 3 BauGB für die dort genannten Darstellungen im Flächennutzungsplan. Dementsprechend unterliegen solche Darstellungen in analoger Anwendung des § 47 I Nr 1 VwGO der (prinzipialen) gerichtlichen Normenkontrolle.²⁸⁰
- 66** Eine besondere *Handlungsform* für den Erlass von Plänen gibt es nicht. Pläne werden zB in Form von *Parlamentsgesetzen*, Verordnungen, Satzungen (→ § 2 Rn 33 ff), Verwaltungsakten, Verwaltungsvorschriften oder internen Einzelweisungen erlassen. So handelt es sich bei dem Bebauungsplan um eine Satzung (§ 10 I BauGB²⁸¹), bei den meisten (verbindlichen) Fachplanungen dagegen um Planfeststellungsbeschlüsse (§ 74 I VwVfG) oder (in einfacher gelagerten Fällen) um Plangenehmigungen (§ 74 VI

²⁷⁴ §§ 1 ff BauGB.

²⁷⁵ Zum Anpassungsgebot vgl zB die §§ 1 IV BauGB, 78 VwVfG. Zum Gegenstromprinzip: § 1 III ROG.

²⁷⁶ Vgl *Hoppe* in: Isensee/Kirchhof IV, § 77 Rn 26.

²⁷⁷ Vgl *Ossenbühl* Verh d 50. DJT, 1974, B 25 ff, 29.

²⁷⁸ Vgl BVerwGE 48, 56, 59; 62, 342, 344 f; v *Danwitz* in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes VwR, 7. Kap Rn 25.

²⁷⁹ Vgl BVerwGE 124, 132, 141.

²⁸⁰ BVerwGE 128, 382, 384 ff → JK VwGO § 47/30; *Frenz* Jura 2008, 811.

²⁸¹ Zur Frage, ob es sich beim Bebauungsplan inhaltlich um eine Bündelung von Verwaltungsakten handelt oder – weil der Adressatenkreis zukunfts offen und damit unbestimmt ist – um eine Rechtsnorm vgl *Bönker* in: Hoppe/ders/Grotefels (Fn 214) § 3 Rn 87 ff. Zu den Stadtstaaten vgl auch § 246 Abs 2 BauGB.

VwVfG²⁸²) und damit um Verwaltungsakte. Teilweise sind Pläne austauschbar. So können Bebauungspläne den Planfeststellungsbeschluss für den Bau von Gemeindestraßen ersetzen (falls keine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist).²⁸³ Für eine konkrete Vorhabenplanung durch Parlamentsgesetz müssen wegen der Modifizierung der Gewaltenteilung, der Erschwerung des Rechtsschutzes²⁸⁴ und ggf den eignungsrechtlichen Vorwirkungen „gute Gründe“ bestehen.²⁸⁵ Das Verfahren einer rechtsverbindlichen Planung der Verwaltung ist in den gesetzlichen Bestimmungen näher geregelt worden. Erforderlich ist eine Beteiligung der betroffenen Bürger und Behörden²⁸⁶ (näher zum Ganzen für Planfeststellungsbeschlüsse → § 15 Rn 14). Inhaltlich müssen die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abgewogen werden (so § 1 VII BauGB). Der Verwaltung kommt ein Gestaltungsspielraum zu, der sich nicht von dem Verwaltungsermessen (→ § 11 Rn 10) unterscheidet.²⁸⁷ Verletzt ist das Gebot gerechter Abwägung, wenn eine Abwägung nicht stattfindet (Abwägungsausfall), in die Abwägung nicht eingestellt wurde, was nach Lage der Dinge eingestellt werden muss (Abwägungsdefizit), die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder der Ausgleich unter den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wurde, die zur objektiven Gewichtung der einzelnen Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität).²⁸⁸ Bei der Bestimmung des Rangs der Belange wird zwischen unüberwindbaren (also strikt beachtlichen) Planungsleitsätzen und besonders gewichtigen, aber überwindbaren Optimierungsgeboten unterschieden.²⁸⁹

Die Folgen fehlerhafter Planung bestimmen sich nach der Rechtsnatur des Plans. Fehlerhafte Rechtssätze sind grundsätzlich nichtig (→ § 2 Rn 115 f), fehlerhafte Verwaltungsakte grundsätzlich rechtswidrig (→ § 22 Rn 1 ff). Das BauGB differenziert für die gerichtliche Kontrolle der Sache nach zwischen Abwägungsvorgang (Ermittlung und Bewertung der wesentlichen Belange²⁹⁰, ggf Abwägungsausfall oder Abwägungsdefizit) und Abwägungsergebnis²⁹¹. Während der Abwägungsvorgang intensiv gerichtlich kontrolliert wird, ist die gerichtliche Kontrolldichte der Überprüfung des Abwägungsergebnisses gering.²⁹² Nach Möglichkeit strebt das neuere Gesetzesrecht eine

67

²⁸² Krit *Brohm* NVwZ 1991, 1025, 1027; *Ronellenfitsch* DVBl 1994, 441, 443 f.

²⁸³ Vgl § 9 I Nr 11, 127 II BauGB; 17b II FStrG.

²⁸⁴ Nach BVerfGE 70, 35, 57 → JK VwGO § 47/11, sollen ausnahmsweise in Form eines Parlamentsgesetzes beschlossene Bebauungspläne (so in Hamburg) nicht mit der Verfassungsbeschwerde, sondern mit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO angreifbar sein. Krit *Ehlers* Jura 2005, 171, 172.

²⁸⁵ Vgl BVerfGE 95, 1 ff → JK GG Art 20 II 2/2.

²⁸⁶ Vgl zB §§ 73 VwVfG, 3, 4 BauGB.

²⁸⁷ Str, wie hier *Brohm* (Fn 214) § 13 Rn 1; *Koch/Rubel/Heselhaus* Allg VwR, 3. Aufl 2003, § 5 Rn 109 ff; *Kopp/Ramsauer* VwVfG § 40 Rn 102 f.

²⁸⁸ Grundlegend BVerfGE 34, 301, 309. Vgl auch *Hoppe* DVBl 1974, 641 ff; *dens* DVBl 2003, 697 ff; *Bonk/Neumann* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG § 74 Rn 55 ff; *Kopp/Ramsauer* VwVfG § 40 Rn 109 ff. Krit *Koch/Hendler* (Fn 250) § 17 Rn 62 ff.

²⁸⁹ Vgl zu diesem (zweifelhaften) Sprachgebrauch BVerfGE 71, 162 ff.

²⁹⁰ Vgl §§ 2 IV, 214 I Nr 1 BauGB.

²⁹¹ § 214 III BauGB.

²⁹² Näher dazu BVerfGE NVwZ 2008, 899 ff; *Erbguth* Jura 2006, 9 ff; *Pieper* Jura 2006, 817 ff; *Happ* NVwZ 2007, 304 ff; *Kopp/Ramsauer* VwVfG § 74 Rn 53 f.

Planerhaltung an.²⁹³ So sind bestimmte Fehler unbeachtlich. Das gilt insb für Mängel der Abwägung, die nicht offensichtlich sind oder auf das Abwägungsergebnis keinen Einfluss gehabt haben.²⁹⁴ Beachtliche Fehler können bei Planfeststellungsbeschlüssen nur innerhalb eines Monats, bei Bebauungsplänen innerhalb von einem Jahr geltend gemacht werden.²⁹⁵ Rechtzeitig geltend gemachte beachtliche Mängel können uU nur dann zur Aufhebung (oder Nichtigkeit) eines festgestellten Plans führen, wenn sie nicht durch Planergänzung oder durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden können.²⁹⁶ Treten nicht voraussehbare Wirkungen des Vorhabens oder der festgestellten planentsprechenden Anlagen auf das Recht eines anderen erst nach Unangreifbarkeit des Plans auf, kann der Betroffene Vorkehrungen oder die Errichtung und Unterhaltung von Anlagen verlangen, welche die nachteiligen Wirkungen ausschließen.²⁹⁷ Einen Anspruch auf Planfortbestand gibt es grundsätzlich nicht, weil ein solcher Anspruch zu einer Versteinerung führen würde (→ § 46 Rn 14 ff). Doch genießen verwirklichte Vorhaben Privater Bestandsschutz und dürfen daher nur unter sehr strengen Voraussetzungen einer neuen Rechtslage angepasst werden. Auch können zum Schutz der verfassungsrechtlich geschützten Belange im Falle von Planänderungen Übergangsregelungen geboten sein. Ferner hat der Einzelne grundsätzlich keinen Anspruch auf Planbefolgung (zB darauf, dass eine Gemeinde die geplante Straße baut oder die vorgesehene Grünfläche verwirklicht²⁹⁸) oder auf Entschädigung bei Änderung, Nichteinhaltung oder Aufhebung der Planung (→ § 46 Rn 14 f). Doch kann sich im Einzelfall die Rechtslage anders darstellen.²⁹⁹ Das sehr differenzierte Planungsrecht der Verwaltung gehört im Wesentlichen zum besonderen Verwaltungsrecht und wird dort behandelt.³⁰⁰ Zum Planfeststellungsrecht vgl aber → § 46 Rn 13 ff, zum planungsbezogenen Staatshaftungsrecht → § 46 Rn 27 ff.

X. Informationelle Verwaltung

68 Nur wer hinreichend informiert ist, kann verantwortlich handeln.³⁰¹ Dies gilt für die Verwaltung und die Privaten³⁰² gleichermaßen. Dem „*Informationsverwaltungsrecht*“³⁰³ kommt deshalb in jedem Gemeinwesen eine herausragende Bedeutung zu. Für

²⁹³ Vgl die amtl Überschrift des 4. Abschn im 2. Teil des BauGB. Näher dazu *Hoppe* in: Berke-
mann ua (Hrsg), Planung und Plankontrolle, 1995, 87 ff; *Hoppe/Henke* DVBl 1997, 1407 ff;
Gaentz UPR 2001, 201 ff.

²⁹⁴ Vgl §§ 75 Ia 1 VwVfG; 214 III 2 BauGB.

²⁹⁵ Vgl §§ 70, 74 VwGO, 215 I BauGB.

²⁹⁶ Vgl § 75 Ia 2 VwVfG. Näher dazu *Henke* Planerhaltung durch Planergänzung und ergänzen-
des Verfahren, 1997.

²⁹⁷ Vgl § 75 II 2 VwVfG.

²⁹⁸ Vgl *Maurer* Allg VwR, § 16 Rn 33.

²⁹⁹ Vgl zum Bauplanungsrecht etwa die §§ 39, 41 BauGB.

³⁰⁰ Vgl zum Raumordnungs- und Bauplanungsrecht *Krebs* in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes
VwR, 4. Kap Rn 34 ff.

³⁰¹ Dies schließt die Notwendigkeit eines Handelns unter Ungewissheitsbedingungen nicht aus,
vgl Rn 48.

³⁰² Vgl auch BVerfGE 27, 71, 81 f.

³⁰³ Ein verselbständigtes Rechtsgebiet „Informationsverwaltungsrecht“ gibt es bisher nicht. Doch
lässt sich mit dem Begriff der Umgang der Verwaltung mit Informationen zusammenfassen
(*Masing* VVDStRL 63 [2004] 377, 432). Vgl auch *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 280 ff, so-
wie *Kaiser* Die Kommunikation der Verwaltung, 2009.

die Privaten ist in erster Linie entscheidend, ob sie ein Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen haben (1.). Umgekehrt stellt sich für die im Kern aus Informationsverarbeitung bestehende Verwaltung³⁰⁴ die Frage, ob sie ein Recht auf Erlangung von Informationen Privater hat (2.), ob eine Veröffentlichungspflicht der Verwaltung besteht (3.) und welchen Geheimhaltungspflichten (4.) sie unterworfen ist. Darüber hinaus bedarf die Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikationstechniken in der Verwaltung (5.) einer gesonderten Betrachtung.

1. Recht der Privaten auf Zugang zu amtlichen Informationen

Anders als die meisten Mitglieder der Europäischen Union und der westlichen Hemisphäre³⁰⁵ ging Deutschland bis vor kurzem von einer grundsätzlich nicht öffentlichen Verwaltung aus.³⁰⁶ Einen allgemein öffentlich-rechtlichen Informationsanspruch der Privaten gegen die öffentliche Verwaltung kennt das Grundgesetz bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG nicht. Art 5 I 1 Alt 2 GG schützt zwar das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren, wobei als allgemein zugänglich eine Informationsquelle anzusehen ist, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit Informationen zu verschaffen.³⁰⁷ Über die Zugänglichkeit und die Art der Zugangseröffnung soll aber derjenige entscheiden dürfen, der nach der Rechtsordnung über ein entsprechendes Bestimmungsrecht verfügt. Somit wird Art 5 I 1 GG kein Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle entnommen.³⁰⁸ Allerdings kann aus anderen Verfassungsbestimmungen ein verfassungsunmittelbarer Informationsanspruch abzuleiten sein. So geht das BVerwG davon aus, dass das Grundrecht aus Art 12 I GG einer Behörde gebieten kann, bereits im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens und damit unabhängig von einer verwaltungsverfahrenrechtlichen Beteiligtenstellung einem potentiellen Verfahrensbeteiligten Informationen zur Verfügung zu stellen, welcher dieser bedarf, um sachgerecht die Frage prüfen und entscheiden zu können, ob und in welchem Umfang er sich um eine behördliche Genehmigung bewirbt.³⁰⁹ Zudem kann sich aus dem grundrechtlichen *Untermaßverbot* (→ § 6 Rn 24) iVm den *Schutzpflichten* uU ein Anspruch auf Information über bestehende Gefährdungen des betroffenen Schutzgutes ergeben.³¹⁰ Art 21 IV der Verfassung des Landes Brandenburg normiert zwar weitergehend ein Recht auf Einsicht in die Akten und sonstige Unterlagen der Behörden und

69

³⁰⁴ *Eifert* VVDStRL 67 (2008), 286, 326.

³⁰⁵ Informationsfreiheitsgesetze gibt es in über 50 Staaten. Eine Schlüsselrolle kommt dem Freedom of Information Act der USA aus dem Jahre 1966 zu. Seit 1999 hat sich die Zahl der einschlägigen Staaten mehr als verdoppelt. Vgl BT-Drucks 15/4493 S 6.

³⁰⁶ Vgl *Wegener*, der von der Arkantradition spricht (Der geheime Staat. Arkantradition und Informationsfreiheit, 2006).

³⁰⁷ Vgl BVerfGE 27, 71, 83 f; 90, 27, 32.

³⁰⁸ BVerfGE 103, 44, 59 ff → JK GG Art 5 I/28. Krit *Kugelmann* Die informativische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, 60 ff; *Scherzberg* Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 341 ff (der aus dem Untermaßverbot des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips eine Verpflichtung des Staates herleitet, Informationssysteme so einzurichten, dass man sich tatsächlich über die wesentlichen Fragen informieren kann). Vgl auch *Wegener* (Fn 306) 475 ff; *Schoch* Jura 2008, 25, 27, 29.

³⁰⁹ Vgl BVerwGE 118, 270 ff → JK GG Art 12 I/71 (Auskunftsanspruch einer an einer Linienverkehrsgenehmigung interessierten Verkehrsgesellschaft).

³¹⁰ Als Anspruchsgrundlage kommen auch die Gewährleistungen der EMRK in Betracht. Vgl *Grabewarter* Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl 2008, § 19 Rn 10.

Verwaltungseinrichtungen des Landes und der Kommunen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Doch gilt auch dieses nur nach Maßgabe des Gesetzes.³¹¹

70 Das im *Verwaltungsverfahrensgesetz* geregelte Auskunftsrecht³¹² (§ 25) und das Akteneinsichtsrecht (§ 29) sind sowohl von Verfahrens- als auch von bestimmten Zugangsvoraussetzungen abhängig (insb Erforderlichkeit eines Bezugs zu den Rechten oder Pflichten eines Verfahrensbeteiligten oder die Geltendmachung eines rechtlichen Interesses → § 12 Rn 3). Im Falle öffentlicher Planungs- und Genehmigungsverfahren wird der Informationszugang durch Auslegungspflichten erweitert. Die Gewährung einer darüber hinausgehenden Akteneinsicht steht in solchen Fällen im Ermessen der Verwaltung, wobei ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung nur besteht, wenn berechnigte Interessen berührt werden.³¹³ Verfahrens unabhängige Informationszugangsrechte normierten in der Vergangenheit nur einige Spezialgesetze.³¹⁴

71 Das *Europäische Unionsrecht* gewährt jedem Unionsbürger sowie jeder natürlichen oder juristischen Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat vorbehaltlich gewisser Ausnahmen aufgrund entgegenstehender öffentlicher oder privater Interessen³¹⁵ ein Recht auf Zugang zu Dokumenten der Union (Art 15 III 1 AEUV). Der Antrag auf Zugang zu einem Dokument muss unverzüglich bearbeitet werden. Zudem hat jedes Organ ein Dokumentenregister sowie die Dokumente öffentlich zugänglich zu machen, wobei der Zugang in elektronischer Form gewährt werden soll.³¹⁶ Im Falle der Ablehnung kann Nichtigkeitklage (Art 263 AEUV), im Falle der Untätigkeit Untätigkeitsklage (Art 265 AEUV) erhoben werden. Einen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union bindenden allgemeinen Rechtsgrundsatz auf Zugang zu deren amtlichen Informationen hat die Rechtsprechung dem Unionsrecht bisher nicht entnommen.³¹⁷ Ebenso wenig ist bislang aus Art 10 I 2 EMRK ein Anspruch auf Eröffnung ausreichender Informationsquellen abgeleitet worden.³¹⁸ Wohl aber normiert das Unionsrecht bereichsspezifische Zugangsrechte zur amtlichen Information, insb einen Anspruch auf freien Zugang zu Umweltinformationen (Art 3 I RL 2003/4/EG). Die Umweltinforma-

³¹¹ Vgl auch III 2 der Vorschrift (Recht der Bürgerinitiativen und Verbände auf Information). Soweit die Verf der neuen Länder Auskünfte für Daten über die Umwelt begründen (Art 39 VII 2 Verf Bbg; 6 III Verf MV; 34 Verf Sachs; 6 II Verf SA; 33 Verf Thür), kommt dem heute wegen § 3 I UIG nur noch eine geringe Bedeutung zu.

³¹² Zu spezialgesetzlichen Auskunftsansprüchen vgl etwa die §§ 19 BDSG; 8, 21, 22 MRRG.

³¹³ Vgl die §§ 72 I HS 2, 73 III VwVfG, 10 III BImSchG iVm 10a 9. BImSchVO; 7 AtG iVm § 6 I AtVfV. Vgl a BVerwGE 61, 15, 22 f → JK GG Art 12 I/3; §§ 12 GBO (Grundbucheinsicht); 39 StVG (Übermittlung von Fahrzeugdaten und Halterdaten); 61 PStG (Einsicht in die Personenstandsbücher); 3 I StUG (Stasi-Unterlagen).

³¹⁴ ZB §§ 48 II 1 GO NRW (Öffentlichkeit von Ratssitzungen); 5 PresseG Bbg, 3 PresseG Hessen, 5 MedienG Saarland, 6 MedienG RhLPf, 4 I PresseG der übrigen Länder (presserechtlicher Auskunftsanspruch); 15 I Mediendienste-Staatsvertrag (Auskunftsrecht); 5 I BArchG (Nutzung v Archivgut); 3 I StUG (Stasi-Unterlagen); 21 I MRRG; 79 BGB (Vereinsregister); 9 HGB (Handelsregister).

³¹⁵ Vgl Art 255 II EGV/15 III 2 AEUV), 2 V, 4 I-III, 9 VO EG 1049/2001. Zum Nichtbestehen eines begründungsfreien Veto-Rechts der nationalen Regierung EuGH Slg 2007, I 11389 → JK 09/08, EGV Art 255/1.

³¹⁶ Vgl Art 6 ff VO EG 1049/2001.

³¹⁷ Weitergehend aber *Scherzberg* (Fn 308) 228 ff.

³¹⁸ Vgl EGMR NVwZ 1999, 57 f – Guerra → JK EMRK Art 8, 10, 50/3; krit *Marauhn* in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 4 Rn 11.

tionsrichtlinie der Europäischen Union ist durch das Umweltinformationsgesetz (UIG³¹⁹) in nationales Recht umgesetzt worden.

Die zurückhaltende Einstellung des deutschen Rechts gegen eine Transparenz der staatlichen Verwaltung wurde mittlerweile in einem erheblichen Umfang korrigiert. So sind nicht nur weitere bereichsspezifische Regelungen wie das Verbraucherinformationsgesetz (VIG³²⁰) geschaffen worden. Vielmehr haben Bund und Länder darüber hinausgehend Informationsfreiheitsgesetze (IFG) erlassen.³²¹ So garantiert § 1 IFG (des Bundes) jedermann³²² grundsätzlich einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gegenüber den Behörden des Bundes, den sonstigen öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmenden Bundesorganen und -einrichtungen sowie den zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben eingeschalteten natürlichen Personen oder juristischen Personen des Privatrechts, ohne ein rechtliches Interesse darlegen zu müssen. Die Behörde kann Auskunft erteilen, Akteneinsicht gewähren oder Informationen in sonstiger Weise zur Verfügung stellen. Begehrt der Antragsteller eine bestimmte Art des Informationszugangs, darf dieser nur aus wichtigem Grund (insb bei deutlich höherem Verwaltungsaufwand) auf andere Weise gewährt werden (§ 1 II IFG). Ein Anspruch auf Informationszugang entfällt, wenn Geheimhaltungsinteressen bestehen oder überwiegen (Rn 74 f). Besteht der Anspruch auf Informationszugang nur zum Teil, ist ihm in dem Umfang stattzugeben, in dem der Zugang ohne Preisgabe der geheimhaltungsbedürftigen Informationen oder unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand möglich ist (§ 7 II 1 IFG). Für Amtshandlungen werden Gebühren und Auslagen erhoben, es sei denn, dass es sich um die Erteilung einfacher Auskünfte handelt (§ 10 II IFG). Wird der Antrag auf Informationszugang abgelehnt, sind gegen die ablehnende Entscheidung Widerspruch und Verpflichtungsklage zulässig (§ 9 IV 1 IFG). Der Erlass der Informationsfreiheitsgesetze hat zu einem erheblichen Fortschritt geführt. Nach wie vor gibt es aber Regelungsdefizite, auch weil das IFG des Bundes grundsätzlich subsidiär gilt (§ 1 III IFG) und einen recht weiten Ausnahmekatalog enthält (§ 3 IFG).³²³

72

2. Recht der Verwaltung auf Zugang zu privaten Informationen

Um verwalten zu können, muss die Verwaltung informiert sein. Gem § 24 I VwVfG ermittelt die Behörde den *Sachverhalt von Amts wegen* und bestimmt Art und Umfang der Ermittlung, ohne an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein. Nach § 26 I VwVfG bedient sie sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Hierbei kann sie insb Auskünfte einholen, Beteiligte, Zeugen und Sachverständige anhören, Urkunden und Akten beiziehen oder den Augenschein einnehmen (→ § 14 Rn 24 f). Gem § 26 II VwVfG sollen die Verfahrensbeteiligten bei der Ermittlung des Sachver-

73

³¹⁹ Sart Nr 294. Zum Anspruch auf Zugang zu für die Zuteilung von Emissionsberechtigungen nach dem TEHG relevanten Informationen BVerwG DVBl 2009, 1576.

³²⁰ BGBl 2007 I S 2558. Zum Rechtsschutz gegen behördliche Entscheidungen nach dem VIG vgl Mühlbauer DVBl 2009, 354 ff.

³²¹ Vgl für den Bund Sart Nr 113. Zu den Gesetzen der Länder vgl den Überblick bei *Fluck* DVBl 2006, 1406, 1407 m Fn 9. Keine Informationsfreiheitsgesetze erlassen haben bisher nur die Länder BW, Bay, Hess, Nds und Sachs.

³²² Dazu zählen nicht Bürgerinitiativen.

³²³ Vgl auch *Kloepfer/v Lewinski* DVBl 2005, 1277, 1288; *Schoch* DÖV 2006, 1, 10. Zu den verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen im Vergleich s *Schomerus/Tolkmitt* DÖV 2007, 985 ff. Zum Verhältnis des § 99 I 2 VwGO zum IFG NRW s OVG NRW NWVBl 2009, 154.

halts mitwirken. Soweit gesetzlich nichts anderes vorgesehen ist, steht die Gestaltung der Mitwirkung im Ermessen der Behörde, wobei die Verfahrensbeteiligten kein Recht auf Mitwirkung haben, wohl aber einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung.³²⁴ Eine in die Grundrechtssphäre eingreifende Mitwirkungspflicht bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Wird der Erlass einer begünstigenden Verwaltungsentscheidung begehrt, trifft den Antragsteller zumindest eine Obliegenheit. So hängen etwa die Vergabe einer Subvention, die Gewährung einer Sozialleistung, die Erteilung einer Baugenehmigung oder die Anerkennung als Asylberechtigter davon ab, dass Angaben gemacht, Unterlagen eingereicht oder ggf weitere Mitwirkungslasten erfüllt werden.³²⁵ Dem Informationsbedarf der Eingriffsverwaltung wird nach Maßgabe des Fachrechts etwa durch Anzeigepflichten³²⁶, Auskunftspflichten³²⁷, die Pflicht zum persönlichen Erscheinen³²⁸ sowie durch die Befugnis zur Erhebung von Daten, zur Observation, zum verdeckten Einsatz technischer Mittel, zum Einsatz verdeckter Ermittler³²⁹ zum Betreten von Grundstücken³³⁰, zur Nachschau³³¹ sowie zur Durchsuchung von Personen, Sachen und Wohnungen³³² Rechnung getragen. Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Informationserlangung können sich aus den Grundrechten ergeben.³³³ Vergleichend kann darauf hingewiesen werden, dass auch die EU-Kommission zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben nach Maßgabe des Sekundärrechts³³⁴ – im Rahmen der grundrechtlichen Schranken – alle erforderlichen Auskünfte einholen und alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen darf (Art 284 EGV/337 AEUV).

3. Informationspflichten und -befugnisse der Verwaltung gegenüber Privaten

- 74** Eng mit dem Demokratieprinzip und teilweise auch dem Rechtsstaatsgebot verbunden ist der Grundsatz der *Öffentlichkeit*.³³⁵ Das gilt nicht nur für die Legislative (Art 42 I 1 GG) und Judikative (§ 169 VVG; Art 6 I 1 EMRK), sondern auch für die Exekutive. Tatsächlich informiert die Verwaltung die Privaten in einem weiten Umfange auch dann, wenn diese keinen Anspruch auf Zugang zu Informationen haben. Die Informationstätigkeit dient unterschiedlichen Zwecken – wie zB der Aufklärung der Bevölkerung, der Beratung der Betroffenen, der Aufgabenerfüllung und Kontrolle der Verwaltung, der Stärkung des demokratischen Charakters der Verwaltung, der Verbesserung des Vertrauens der Bürger oder der Schaffung von Akzeptanz – und reicht etwa von allgemeinen Gemeinde-Informationen über die Werbung für öffentliche Unternehmen bis zur Öffentlichkeitsarbeit eines Trägers oder Warnung der Bevölkerung vor Gefah-

³²⁴ Vgl Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 26 Rn 45.

³²⁵ Vgl zu den Beispielen §§ 3 I SubVG; 60 ff SGB I; 69 I BauO NRW; 15 AsylVfG.

³²⁶ § 14 GewO.

³²⁷ ZB § 29 I GewO; 22 I GastG; 93 AO.

³²⁸ §§ 208 S 1 Nr 1 BauGB; 17 III WPfLG.

³²⁹ Vgl zB §§ 19 ff PolG BW; 15 ff PolG NRW; Art 30 ff PAG Bay.

³³⁰ §§ 52 II BImSchG; 99 AO.

³³¹ §§ 29 II GewO; 22 II GastG.

³³² ZB §§ 29 ff PolG BW; 39 ff PolG NRW; Art 21 ff PAG Bay.

³³³ Vgl BVerfGE 120, 274 ff; 378 ff.

³³⁴ Vgl zB Art 17 ff KartellVerfO (Sart II Nr 165).

³³⁵ Vgl Scherzberg (Fn 308) 295 ff.

ren.³³⁶ Vielfach ist die Verwaltung zu einer aktiven „Informationsvorsorge“ verpflichtet. So müssen die Gemeinden die Einwohner über die bedeutsamen Angelegenheiten und die wichtigen Planungen oder Vorhaben unterrichten und den wesentlichen Inhalt der Ratsbeschlüsse der Öffentlichkeit zugänglich machen.³³⁷ Gem den §§ 7, 10 und 11 UIG müssen die informationspflichtigen Stellen des Bundes Maßnahmen ergreifen, um den Zugang zu verfügbaren Umweltinformationen zu erleichtern, die Öffentlichkeit zu unterrichten und einen Umweltzustandsbericht zu veröffentlichen. Für die Landesbehörden ergeben sich diese Pflichten aus der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie 2003/4 EG, solange eine einfachgesetzliche Regelung des Landesgesetzgebers über Umweltinformationen fehlt.³³⁸ Nach § 11 IFG sollen die Bundesbehörden Verzeichnisse führen, aus denen sich die vorhandenen Informationssammlungen und -zwecke erkennen lassen, sowie Organisations- und Aktenpläne ohne Angabe personenbezogener Daten in elektronischer Form allgemein zugänglich machen. Eine besondere Form der Informationstätigkeit stellt die Bekanntgabe von Rechtssätzen der Verwaltung und Verwaltungsakten dar (→ § 2 Rn 55, 59). Ohne Bekanntgabe sind diese Handlungsweisen der Verwaltung nicht existent. Verwaltungsakte sind dann öffentlich bekannt zu machen, wenn eine Bekanntgabe unzulässig ist (etwa weil der Adressatenkreis sehr groß oder namentlich nicht bekannt ist).³³⁹

Wenn die Verwaltung die Öffentlichkeit informiert und damit ein Grundrechtseingriff verbunden ist, bedarf das Informationshandeln einer gesetzlichen Grundlage (vgl zB § 8 IV 3 GPSG, § 69 IV AMG, § 7 I BSIG). Nach der Rspr des BVerfG soll die Bundesregierung dagegen aufgrund ihrer Aufgabe der Staatsleitung (Art. 65 GG) und ohne einfachgesetzliche Ermächtigung überall dort zur Informationsarbeit berechtigt sein, wo ihr eine gesamtstaatliche Verantwortung zukommt, die mit Hilfe von Informationen wahrgenommen werden kann (krit → § 2 Rn 45).³⁴⁰

4. Geheimhaltungspflichten der Verwaltung

Das Demokratie- und Rechtsstaatsgebot verlangt keine grenzenlose Öffentlichkeit der Verwaltung. Vielmehr können öffentliche oder private Interessen einer freien Zugänglichkeit oder einer Verbreitung amtlicher Informationen entgegenstehen. Wie sich auch aus den §§ 3 ff IFG entnehmen lässt, kommt ein Geheimnisschutz aus vier Gründen in Betracht: dem Schutz besonderer öffentlicher Belange (1), des behördlichen Entscheidungsprozesses (2), der personenbezogenen Daten (3) oder des geistigen Eigentums sowie der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (4). In den beiden zuerst genannten Fällen geht es um den Schutz staatlicher Interessen. Zu den schützenswerten *öffentlichen Belangen* gehören etwa nachteilige Auswirkungen auf internationale Beziehungen, Belange der inneren oder äußeren Sicherheit, Kontrollaufgaben der Verwaltung, vertraulich erhobene oder übermittelte Informationen sowie nachrichtendienstliche Belange.³⁴¹

³³⁶ Zur Frage, wann die Informationstätigkeit einer Regierung in die Grundrechte eingreift und einer gesetzlichen Grundlage bedarf vgl BVerfGE 105, 252; 105, 279 → JK GG Art 4 I, II/23a. Krit dazu *Murswiek* NVwZ 2003, 1 ff; *Kahl* Der Staat 43 (2004) 167 ff.

³³⁷ Vgl die §§ 23, 52 II GO NRW; 20 GO BW; 52 GO Bay.

³³⁸ *Kugelmann* NJW 2005, 3609, 3610.

³³⁹ Vgl §§ 41 III 2, 74 V VwVfG.

³⁴⁰ BVerfGE 105, 252 ff.

³⁴¹ Vgl näher dazu die Regelungen des § 3 IFG. Krit zu den einzelnen Bereichsausnahmen: *Arbeitsgemeinschaft der Informationsbeauftragten in Deutschland*, DuD 2005, 290, 292 f.

Der Schutz des *behördlichen Entscheidungsprozesses* ist jedenfalls insoweit angebracht, als es um Entwürfe zu Entscheidungen sowie Arbeiten und Beschlüsse zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung geht, soweit und solange durch die vorzeitige Bekanntgabe der Informationen der Erfolg der Entscheidung oder bevorstehender behördlicher Maßnahmen vereitelt würde.³⁴² Besonderes Gewicht kommt dem Schutz *personenbezogener Daten* zu, weil bereits das gem Art 2 I iVm Art 1 I GG garantierte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung³⁴³ einen solchen Schutz gebietet. Danach soll der Einzelne die Befugnis besitzen, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen, ua auch, um einem Einschüchterungseffekt vorzubeugen.³⁴⁴ Einfachgesetzlich schreiben die Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder vor, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig ist, soweit das Datenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.³⁴⁵ In der Regel ist der Datenschutz im Verwaltungsverfahren spezialgesetzlich geregelt worden.³⁴⁶ Nach § 30 VwVfG haben die Beteiligten im Verwaltungsverfahren einen Anspruch darauf, dass ihre Geheimnisse von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden (näher dazu → § 14 Rn 39). Die personenbezogenen Daten unterliegen einer Zweckbindung.³⁴⁷ Die Änderung des Zwecks wider Willen bedarf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Festlegung des neuen Zwecks, der dann seinerseits für die Verarbeitung verbindlich ist. Juristische Personen und teilrechtsfähige Personenvereinigungen privater Provenienz genießen zwar keinen Persönlichkeitsschutz, wohl aber einen Funktionsschutz, der insb durch die Art 14, 12, 9 und 2 I iVm 19 III GG gewährleistet wird.³⁴⁸ Ferner bedürfen das *geistige Eigentum* (insb Urheber-, Marken-, Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrechte) sowie *Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse* (dh Tatsachen, die im Zusammenhang mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb stehen, nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind und nach dem erkennbaren Willen des Inhabers sowie dessen berechtigten wirtschaftlichen Interessen geheim gehalten werden sollten³⁴⁹) des Schutzes vor einem unbefugten Offenbaren.³⁵⁰

76 Das Interesse an einem Zugang zu Daten oder einer Verbreitung von Daten muss nicht notwendigerweise im Gegensatz zu den Datenschutzinteressen der natürlichen oder juristischen Personen stehen. So ist sowohl der Verwaltung als auch den Privaten oftmals bereits mit einer *Anonymisierung* personenbezogener Daten gedient. Eine solche Anonymisierung ist im weiten Umfang rechtlich geboten. ZB ist es nicht erforderlich, dass eine Planfeststellungsbehörde im Rahmen der öffentlichen Bekanntgabe des

³⁴² § 4 I IFG. Abs 2 der Vorschrift sieht vor, dass ein Antragsteller auf Informationszugang über den Abschluss des jeweiligen Verfahrens informiert wird.

³⁴³ Grundlegend BVerfGE 65, 1 ff.

³⁴⁴ BVerfGE 113, 29, 46.

³⁴⁵ Vgl § 4 I BDSG.

³⁴⁶ Vgl zB die §§ 30, 30a AO; 35 SGB I; 67 ff SGB X; 10 II, III BImSchG; 9 I Nr 1 UEG; 10 UVPG; 9 ff PolG NRW; 9 I Nr 1 UIG; 5 JfG.

³⁴⁷ BVerfGE 65, 1, 46.

³⁴⁸ Str, vgl *Klöpper Informationsrecht*, 2002, § 3 Rn 56.

³⁴⁹ BGHSt 41, 140.

³⁵⁰ Zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 30 VwVfG vgl → § 14 Rn 39. Krit zu § 6 II IFG wegen der fehlenden Abwägungsklausel: *Arbeitsgemeinschaft der Informationsbeauftragten in Deutschland*, DuD 2005, 290, 295. Zur Unzulässigkeit von in EG-Richtlinien enthaltenen Offenlegungspflichten, die keinem gewichtigen Interesse dienen, vgl EuGH EWS 2006, 73 – ABNA; Gundel EWS 2006, 65 ff.

Planfeststellungsbeschlusses auch die Namen, Eigentumsverhältnisse oder sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse von Planbetroffenen und Einwendern offenlegt.³⁵¹ Kollidiert das Offenbarungs- mit dem Geheimhaltungsinteresse, bedarf es einer verhältnismäßigen Zuordnung der schutzwürdigen Interessen nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen und grundrechtlichen Vorgaben. Teilweise enthalten die Gesetze Regelungen darüber, welche Interessen besonders schützenswert oder nicht schützenswert sind.³⁵² Im Übrigen muss abgewogen werden, ob das Offenbarungs- oder Geheimhaltungsinteresse überwiegt.³⁵³

5. Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikationstechniken

a) *Entwicklung.* Die Verwaltung hat sich zur Informationserhebung, -verarbeitung und -nutzung seit jeher der zur Verfügung stehenden technischen Mittel (Telefon, Kfz, usw) bedient. Zu einem Quantensprung hat aber erst die heute mehr oder weniger allgemein gebräuchlich gewordene Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikationstechniken geführt.³⁵⁴ Der Einsatz von *Computern*, die Inanspruchnahme allgemeiner und spezieller Computerprogramme, die Verwendung von Datenbanken, Rechnern und sonstigen Automaten sowie die Nutzung von Datenübertragungsleitungen einschließlich des Internets wirken sich nicht nur nachhaltig auf die Aufnahme, Speicherung³⁵⁵ und Auswertung von Informationen, die verwaltungsinterne Arbeitsorganisation, die Steuerung des Verwaltungshandelns und die Zusammenarbeit innerhalb einer Behörde sowie mit Verwaltungsstellen im In- und Ausland³⁵⁶ und auf die Kontrolle³⁵⁷ der Verwaltung aus. Sie haben auch die Gestaltung der Beziehung von Verwaltung und Bürgern maßgeblich beeinflusst, weil sie für eine wesentlich aktivere Informations-„politik“ der Verwaltung³⁵⁸, eine vermehrte Partizipation der Privaten am Verwaltungsgeschehen³⁵⁹, Kommunikation iSe Informationsaustausches und Transaktion iSd Abwicklung von rechtlich verbindlichen Verwaltungsvorgängen über ein elektronisches Netz genutzt worden sind. Das Spektrum der Transaktionsvorgänge reicht etwa von der Erbringung kommunaler Dienstleistungen „on demand“ über die Zulassung von Anmeldungen per E-Mail³⁶⁰ bis hin zum Erfordernis einer elektronischen Anmeldung³⁶¹

³⁵¹ Vgl BVerfG-K DVBl 1990, 1041 f.

³⁵² Vgl etwa § 5 II u III IFG.

³⁵³ Krit zur undifferenzierten Abwägungsklausel *Masing* VVDStRL 63 (2004) 377, 402 ff, 436.

³⁵⁴ Vgl *Groß* DÖV 2001, 159 ff; *dens* VerwArch 95 (2004), 400 ff; zur Informatisierung der Verwaltung s auch *Guckelberger* VerwArch 97 (2006), 62 ff; *Britz* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen II, § 26.

³⁵⁵ ZB Dokumentierung oder Archivierung.

³⁵⁶ So zB durch die Nutzung des polizeilichen Informationssystems INPOL (vgl *Pieroth/Schlink/Kniesel* Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl 2007, § 15 Rn 23 ff) oder das von den Mitgliedstaaten der EU genutzte Schengener Informationssystem (Art 92 ff SDÜ, Sart II Nr 280).

³⁵⁷ Zu den Spezifika der Kontrolle technikerunterstützter hoheitlicher Entscheidungen U. *Stelkens* in: Hill/Schliesky (Hrsg), Herausforderung e-Government, 2009, 149 ff.

³⁵⁸ Vgl die Feststellung von *Groß* VerwArch 95 (2004) 400, 403, wonach es kaum noch Behörden gibt, die keine Internetpräsenz haben.

³⁵⁹ Etwa Eingabe von Einwendungen in einem immissionsschutzrechtlichen Verfahren oder in einem Planungsverfahren auf elektronischem Wege.

³⁶⁰ Vgl *Boehme-Neßler* NVwZ 2001, 374, 376.

³⁶¹ Vgl für die Umsatzsteuer-Voranmeldung § 18 UStG iVm der Steuerdaten-Übermittlungsverordnung vom 28.1.2003 (BGBl I 129). Zur Zollanmeldung vgl Art 1 Nr 49, 3 VO (EG) Nr 1875/2006; Art 787 ZK-DVO; § 8a ZollVO.

oder zur elektronischen Vergabe öffentlicher Aufträge³⁶². Angestoßen von Initiativen in den USA,³⁶³ orientieren sich heute sowohl die Europäische Union³⁶⁴ als auch viele Verwaltungsträger in Deutschland an der Leitvorstellung eines Electronic-Government³⁶⁵. So müssen nach Art 8 I der RL 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass alle Verfahren und Formalitäten, welche die Aufnahme oder die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit betreffen, problemlos aus der Ferne und elektronisch abgewickelt werden können.³⁶⁶

- 78** b) *Auswirkung auf die Verwaltungsorganisation.* Bei Aufkommen der elektronischen Datenverarbeitung wurde befürchtet, dass diese zu einer ebenen- und zuständigkeitsüberschreitenden Zentralisierung führen werde.³⁶⁷ Auch wenn diese Gefahr mit Verbreitung der Mikroprozessortechnik geringer geworden ist, muss darauf geachtet werden, dass die Verbands- und Organzuständigkeiten gewahrt werden. So sind etwa Kreditvergaben nach dem sparkassenrechtlichen Regionalprinzip an Personen mit Sitz oder Niederlassung außerhalb des Satzungsgebietes grundsätzlich unzulässig.³⁶⁸ Das Internet ermöglicht zwar ohne besonderen Aufwand eine Kreditvergabe an auswärtige Personen. Es stellt aber nur ein anderes Medium der Kommunikation dar und vermag nicht ein Hinwegsetzen über das Regionalprinzip zu rechtfertigen.³⁶⁹ Auch einer IT-gestützten, netzwerkartigen Koordinierung von Verwaltungsträgern sind Grenzen gesetzt. So darf die Hinwendung zum E-Government nicht durch Zusammenführung der verschiedenen Stränge bei einer Stelle dazu führen, dass die Zuständigkeitsregeln unterlaufen werden.³⁷⁰ Dementsprechend schreibt Art 6 I der RL 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) zwar den Mitgliedstaaten vor, sicherzustellen, dass Dienstleistungserbringer ihre Verfahren und Formalitäten über einheitliche Ansprechpartner abwickeln können.³⁷¹ Diese sollen aber nur als Verfahrenslotsen tätig werden.³⁷² Die Verteilung der Zuständigkeiten und Befugnisse zwischen den Behörden innerhalb der nationalen Systeme wird durch die Schaffung einheitlicher Ansprechpartner nicht berührt.³⁷³ Ebenso darf die Computertechnik nicht dazu genutzt werden, im Wege der Direktkommunikation mittels Inanspruchnahme eines Selbsteintrittsrechts Entscheidungen zu treffen, die dem Hierarchie- und Dienstwegprinzip zuwiderlaufen.³⁷⁴ Nach Art 91c GG können Bund und Länder bei Planung, Errichtung und Betrieb der

³⁶² Vgl dazu *Mosbacher* DÖV 2001, 573 ff.

³⁶³ Vgl *Gore* Creating a Government that Works Better and Costs Less, The Report of the National Performance Review, 1993, 178 ff.

³⁶⁴ Vgl das eEurope 2005-Konzept der EG-Kommission.

³⁶⁵ Näher dazu *Schliesky* (Hrsg.), eGovernment in Deutschland, 2006.

³⁶⁶ Zur Umsetzung vgl statt vieler *Schliesky* Der Landkreis 2008, 135 f.

³⁶⁷ Vgl *Eberle* Organisation der automatisierten Datenverarbeitung, 1976, 62 ff, 111 f, 139 ff.

³⁶⁸ Vgl *Stern/Nierhaus* Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, 200 f; *Raskin* Das Regionalprinzip und (neue) elektronische Vertriebswege im Retailbanking, 2001, 98 ff.

³⁶⁹ Vgl *Schepers* Internet-Banking und sparkassenrechtliches Regionalprinzip, 2003, 161 ff.

³⁷⁰ Zur arbeitsteiligen elektronischen Verwaltung vgl *Franzius* NWVBl 2009, 121, 123 ff.

³⁷¹ Allg zur Leitidee eines One-Stop-Government *Britz* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen II § 26 Rn 39 ff.

³⁷² Vgl Art 7, 8, 11 III, 21 RL 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie). Näher zur nationalen Umsetzung *Ruge* NdsVBl 2008, 305 ff.

³⁷³ So ausdrücklich Art 6 II RL 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie).

³⁷⁴ Zur grds Unzulässigkeit eines Selbsteintritts der höheren Behörde vgl *Maurer* Allg VwR, § 21 Rn 49.

für ihre Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systeme zusammenwirken.³⁷⁵

c) *Auswirkung auf das Verwaltungsverfahren und das Verwaltungsprozessrecht.* Die 79
Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder lassen seit längerem in einem weiten Umfang elektronische Verfahren zu (→ § 10 Rn 5 f). Verwaltungsverfahren sind grundsätzlich nicht formgebunden (§ 10 VwVfG). Die Generalklausel des § 3a I VwVfG verdeutlicht, dass auch die Übermittlung elektronischer Dokumente zulässig ist, soweit der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet hat. Das betrifft sowohl die Eröffnung des Verwaltungsverfahrens von Amts wegen oder auf Antrag (§ 22 VwVfG), als auch die Ermittlung des Sachverhalts (§ 24 VwVfG), zB Äußerung von Beteiligten, Sachverständigen oder Zeugen in elektronischer Form, die Anhörung der Beteiligten (§ 28 VwVfG) und anderer Behörden, die Akteneinsicht (§ 29 VwVfG), die gegenseitige Unterstützung zwischen der einheitlichen Stelle und den zuständigen Behörden (§ 71d VwVfG), Auskunftserteilung der Behörden (§§ 25 II, 71c VwVfG), die Belehrung eines Beteiligten (§ 25 S 1 VwVfG) und die Aufklärung der Allgemeinheit (vgl § 13 SGB I).³⁷⁶ Einen Zugang für die Ermittlung elektronischer Dokumente können die Behörden oder die Beteiligten auch konkludent eröffnen.³⁷⁷ Ist durch Rechtsvorschrift eine Schriftform angeordnet, kann diese – soweit nichts anderes bestimmt ist – durch die elektronische Form ersetzt werden (§ 3a II 1 VwVfG). Da dies zu Beweisproblemen führen könnte, muss das elektronische Dokument in diesem Falle mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (§§ 2 Nr 3, 5, 7 SigG) versehen werden, um eine eindeutige Identifizierung zu ermöglichen. Zulässig ist es auch, einen Verwaltungsakt auf elektronischem Wege zu erlassen (§ 37 II 1 VwVfG), wobei der Verwaltungsakt die erlassende Behörde erkennen lassen und die Unterschrift oder die Namenswiedergabe des Behördenleiters, seines Vertreters oder eines Beauftragten enthalten muss (§ 37 III 1 VwVfG). Bei berechtigtem Interesse ist der elektronische Verwaltungsakt schriftlich zu bestätigen (§ 37 II 3 VwVfG). Wird für den Verwaltungsakt die Schriftform angeordnet, darf die elektronische Form wiederum nur bei qualifizierter Signatur gewählt werden (§ 37 III 2, IV VwVfG). Wie schriftliche müssen auch elektronische oder elektronisch bestätigte Verwaltungsakte mit einer Begründung versehen werden (§ 39 I 1 VwVfG). Auch die Zugangs- und Bekanntgabefiktionen (§§ 15 S 2, 41 II 1 VwVfG) und Beglaubigungsmöglichkeiten (§ 33 IV–VI VwVfG) des Verwaltungsverfahrensgesetzes berücksichtigen die Verwendung elektronischer Dokumente. Für öffentlich-rechtliche Verträge gilt die Schriftform, soweit spezialgesetzlich nicht eine andere Form vorgeschrieben ist (§ 57 VwVfG). Streitig ist, ob über die Verweisungsnorm des § 62 S 2 VwVfG eine Urkundseinheit (§ 126 II 1 BGB) zwingend geboten ist.³⁷⁸ Bei Abschluss des Vertrages in elektronischer Form gem § 3a VwVfG wird man dies jedenfalls verneinen müssen.³⁷⁹ Für die Erhebung von Widersprüchen und verwaltungsgerichtlichen Klagen ist ebenfalls Schriftform oder Niederschrift vorgesehen (§§ 70, 81 VwGO). § 3a VwVfG ist insoweit nicht anwendbar. Ob

³⁷⁵ BGBl 2009 I, 2248. Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Regelung *Siegel NVwZ* 2009, 1128, 1129.

³⁷⁶ Vgl *Laubinger FS König*, 2004, 517 ff.

³⁷⁷ Bei Behörden wird man die konkludente Zugangseröffnung annehmen können, wenn sie in einem Schreiben oder auf ihrer Homepage eine E-Mail-Adresse angegeben haben (vgl a § 3a I 2 VwVfG NRW). Bei Privaten dürfte eine E-Mail-Adresse im Briefkopf nicht ausreichen. Vgl *Rossnagel NJW* 2003, 469, 472 f.

³⁷⁸ Vgl *BVerwGE* 96, 326, 332 ff; *Bonk* in: *Stelkens/ders/Sachs, VwVfG*, § 57 Rn 19; *Kopp/Ramsauer VwVfG* § 57 Rn 9 ff.

³⁷⁹ Vgl auch *Schmitz-Schlattmann NVwZ* 2002, 1281, 1289.

§ 55a VwGO eine elektronische Widerspruchs- und Klageerhebung zulässt, ist streitig.³⁸⁰ Die Bezugnahme des § 81 II VwGO (§ 55a II 2 VwGO) spricht dafür.³⁸¹ Allerdings setzt § 55a VwGO zum einen eine Übermittlung elektronischer Dokumente durch eine Verordnung der Bundesregierung oder einer Landesregierung voraus. Solche Verordnungen existieren nur zum Teil.³⁸² Zum anderen ist bei Dokumenten, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, eine qualifizierte elektronische Signatur oder ein anderes zugelassenes sicheres Verfahren erforderlich (§ 55a I 3, 4 VwGO). Eine Einreichung durch normales E-Mail-Schreiben reicht nicht aus.

80 Weitere elektronische Verfahrensanforderungen können sich aus dem Europäischen Unionsrecht ergeben. So ist die EU-Kommission nach Art 8 III der RL 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) ermächtigt, Durchführungsbestimmungen für den Dienstleistungsverkehr zu erlassen, um die Interoperabilität der Informationssysteme und die Nutzung der elektronischen Verfahren zwischen den Mitgliedstaaten zu erleichtern. Ferner sind die Mitgliedstaaten gehalten, dass von der Kommission zur Verfügung gestellte elektronische Amtshilfe- und Frühwarnsystem für den Austausch von Informationen zwischen den Mitgliedstaaten auf dem Dienstleistungssektor zu benutzen (Art 34 RL 2006/123/EG).

81 d) *Grenzen der Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikationstechniken.* Die elektronische Datenverarbeitung arbeitet auf der Grundlage menschlicher Programmierung. Dies bedeutet aber nicht, dass Entscheidungen und der Umgang mit dem Bürger allein der elektronischen Datenverarbeitung überlassen bleiben dürfen. Bereits bei der Sachverhaltsermittlung sind die Grenzen der Verwaltungsautomation zu beachten. Eine elektronische Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens geht zumeist mit einer verstärkten Verwendung von Mustern und Formularen einher. Dies beschwört die Gefahr einer „Anpassung“ des Sachverhalts an vorgegebene Standards herauf, um die automatisierte Verarbeitung zu gewährleisten. Jede Typisierung muss sich jedoch an dem rechtsstaatlich gebotenen Erfordernis der Einzelgerechtigkeit messen lassen.³⁸³ Schleichen sich bei der computergestützten Ermittlung des Sachverhalts oder bei der Programmierung Fehler ein, die sich auf das Ergebnis auswirken, ist das Handeln der Verwaltung rechtswidrig oder nichtig. Programmierfehler sind keine offensiblen Unrichtigkeiten, welche die Verwaltung nach § 42 VwVfG jederzeit berichtigen darf.³⁸⁴ Eine vollständige Ersetzung menschlicher Tätigkeit ist zB nicht zu beanstanden, wenn es um das Herstellen und Versenden von Telefonrechnungen, eine Verkehrsregelung durch Ampeln oder die Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen (wie Schwimmbädern) durch Schließanlagen geht, die auf den Einwurf von Geldmünzen reagieren. Nach § 6a I BDSG dürfen jedoch Entscheidungen, die für den Betroffenen eine rechtliche Folge nach sich ziehen oder ihn erheblich beeinträchtigen – von Ausnahmen abgesehen (§ 6a II BDSG) – nicht ausschließlich auf eine automatisierte Ver-

³⁸⁰ Vgl zum Meinungsstand (noch unter der Geltung des früheren § 86a VwGO, der weitgehend mit § 55a VwGO übereinstimmt) *Dietlein/Heinemann* NWVBl 2005, 53, 58.

³⁸¹ Vgl *Ehlers* in: ders/Schoch, Rechtsschutz, § 21 Rn 15.

³⁸² Vgl zum Rechtsverkehr beim BVerwG und BFH die VO v 26.11.2004 (BGBl I S 3061).

³⁸³ Vgl bereits *Scholz* BayVBl 1981, 193, 196; *Hufen* Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl 2002, Rn 64. Allgemein zu den Grenzen einer Typisierung in der Verwaltung *Isensee* Die typisierende Verwaltung, 1976, 133 ff, 140 ff.

³⁸⁴ Für den Anwendungsbereich des § 129 AO vertritt der BFH in st Rspr (vgl zB NVwZ 1985, 448) eine aA. Doch beruht diese Rspr auf einem von § 42 VwVfG abweichenden Wortlaut des § 129 AO. Vgl *Sachs* in: Stelkens/Bonk/ders, VwVfG, § 42 Rn 15 ff.

arbeitung personenbezogener Daten gestützt werden, die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dienen.³⁸⁵ Die Vorschrift hat keinen abschließenden Charakter (auch weil es nur um den Schutz personenbezogener Daten geht). Unzulässig dürfte ein Verwalten allein durch elektronische Datenverarbeitung stets sein, wenn eine Anhörung erforderlich ist, den Behörden ein Beurteilungs- respektive Ermessensspielraum zukommt oder eine Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen verlangt wird. Beispielsweise bestehen keine Bedenken, dass allein auf Veranlassung von Radarmessgeräten den Haltern von Kraftfahrzeugen bei festgestellten Geschwindigkeitsüberschreitungen automatisch ein Anhörungsbogen gem § 55 OWiG zugesandt wird. Äußert sich der Betroffene aber, muss die im Ermessen der Verwaltung liegende Entscheidung von einem Bediensteten der Behörde getroffen werden (höchstpersönliche Wertung).

XI. Administrative Steuerung und gesellschaftliche Selbstregulierung

In den verfassungsrechtlichen Grenzen bleibt es dem Staat unbenommen, Private auf gesetzlicher Grundlage durch Auferlegung öffentlich-rechtlicher Pflichten zwecks Erfüllung von Staatsaufgaben in Dienst zu nehmen. Dies ist in einem sehr weiten Umfange geschehen.³⁸⁶ Da der Bürger in einer Demokratie nicht nur Objekt hoheitlichen Waltens ist und ordnungsrechtliche Instrumente alleine nicht ausreichen, um eine Gemeinwohlverwirklichung sicherzustellen, muss der Staat daran interessiert sein, sich in weitergehendem Umfange der *Mithilfe* seiner *Bürger* zu bedienen. Dies kann etwa durch eine organisatorische Zusammenarbeit – zB in juristischen Personen des öffentlichen Rechts³⁸⁷ respektive gemischt zusammengesetzten Gesellschaften (Rn 4) – oder durch Heranziehung der Privaten als Verwaltungshelfer (Rn 20), Verwaltungskonzessionäre (Rn 21) oder Auftragnehmer geschehen. Darüber hinaus kann sich der Staat nicht nur den etwa in Stiftungen, Fördervereinen oder universitären An-Instituten³⁸⁸ zum Ausdruck kommenden Gemeinwohlsinn, sondern auch die legitimen Eigeninteressen der Bürger zunutze machen. Erhebt der Staat zB Umweltabgaben, fördert er Emissionsvermeidungen durch Gewährung von Subventionen oder führt er handelbare kostenpflichtige Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen ein³⁸⁹, kann er damit rechnen, dass dies die Bürger (Unternehmen) zu einem umweltschützenden Verhalten über das gesetzlich zwingend vorgegebene Maß hinaus veranlassen wird. Des Weiteren geht es darum, die Bürger anstelle eines Eigenhandelns der Verwaltung in die Verantwortung zu nehmen.

Wesentliche Anstöße für eine andere Verantwortungsverteilung von Staat und Gesellschaft als in der Vergangenheit kommen aus dem internationalen Recht (namentlich dem WTO-Recht) und vor allem dem Europäischen Unionsrecht. So sind Monopole und damit auch Verwaltungsmonopole³⁹⁰ wegen der grundsätzlichen Unvereinbarkeit

³⁸⁵ Zu den Ausnahmen vgl § 6a II BDSG.

³⁸⁶ Vgl die Nachweise in Rn 36; ferner *Jani* Die partielle verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme Privater zu Handlungs- und Leistungspflicht, 1992, 27 ff; zur Zulässigkeit von Erdölbevorratungspflichten vgl BVerfGE 30, 292 ff.

³⁸⁷ Vgl zur Zulässigkeit einer Mitgliedschaft Privater in Zweckverbänden zB § 4 II 2 GkG NRW sowie zur Zulässigkeit einer Beteiligung stiller Gesellschafter an Sparkassen § 21 SpG RP.

³⁸⁸ Vgl zB § 29 V HG NRW.

³⁸⁹ Vgl RL 2003/87/EG; ZuG 2012 (BGBl 2007 I S 1788).

³⁹⁰ Vgl aber auch die Art 31 EGV (37 AEUV – Handelsmonopol), 86 II EGV (106 II AEUV – Finanzmonopol).

mit den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsvorschriften nur noch selten oder Übergangsweise mit dem Europäischen Unionsrecht vereinbar.³⁹¹ Für Unternehmen³⁹², die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind (insb öffentliche Unternehmen), gelten nach Art 106 II AEUV die allgemeinen Vorschriften der Verträge, insbes die Wettbewerbsregeln, soweit deren Anwendung nicht die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Eine Begründung von besonderen und ausschließlichen Rechten zur Durchsetzung spezifisch öffentlicher Zwecke ist zwar ebenso wie die Bereitstellung von Finanzmitteln zur Abgeltung von Gemeinwohlverpflichtungen möglich, muss sich aber konkret am strengen Maßstab des Unionsrechts rechtfertigen lassen. Die Vergünstigungen dürfen nicht über die mit der anvertrauten Aufgabe verbundenen Nettokosten hinausgehen.³⁹³ Der Nachweis gilt als erbracht, wenn die Erbringung der Dienstleistung aufgrund eines fairen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens vergeben wurde (insb auf der Grundlage einer Ausschreibung). Demgemäß muss sich die staatliche Verwaltung immer häufiger dem Leistungsvergleich mit der Privatwirtschaft stellen. Mittelbar geht daher vom Gemeinschaftsrecht ein erheblicher Privatisierungsdruck aus. In die gleiche Richtung wirken Vorschriften des nationalen Rechts nach Art des § 7 I 2 BHO (Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können).³⁹⁴ Hinzu kommt, dass dem Staat immer häufiger die personellen und finanziellen Ressourcen fehlen, um die Bedürfnisse der Bevölkerung mit ausschließlich eigenen Mitteln erfüllen zu können. Dies heißt umgekehrt nicht, dass der Staat in weitem Umfang alles dem privaten Marktgeschehen überlassen muss oder darf. Auch das Europäische Unionsrecht strebt nicht nur ein System unverfälschten Wettbewerbs an,³⁹⁵ um den Binnenmarkt zu verwirklichen, sondern gleichzeitig auch eine bessere Verfügbarkeit und Qualität sowie eine Verbilligung der Leistungen der Daseinsvorsorge.³⁹⁶

³⁹¹ Nach nationalem Recht müssen sich die Monopole *va an* den Grundrechten und am Kartellrecht messen lassen. Zum Betreiben von öffentlichen Spielbanken vgl BVerfGE 102, 197 ff; BVerwGE 96, 302, 315; zum staatlichen Monopol für den Abschluss und die Vermittlung von Oddset-Wetten BVerfGE 115, 276 → JK GG Art 12 I/81; zum Branntweinmonopol BVerfGE 14, 105 ff; zum Briefmonopol BVerfGE 108, 370 ff; zur Wasserversorgung Ehlers (Fn 49) E 56 f. Allgemein zur Frage, wann der Staat zur Privatisierung von Staatsaufgaben verpflichtet ist, Weiß Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, 113 ff, 206 ff.

³⁹² Der EuGH versteht unter Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (Slg 1991, I-1979 Rn 21 – Höfner u Elser) und unter wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (Slg 2000, I-6451 Rn 75 – Pavlov). Unerheblich ist, ob eine Gewinnerzielungsabsicht besteht. Damit wird prinzipiell der gesamte Bereich erfasst, der in Deutschland der Daseinsvorsorge zugeordnet wird.

³⁹³ EuGH, Slg 2001, I-9067 Rn 32 – Ferring.

³⁹⁴ Die LHO_n enthalten zT entsprechende Vorschriften. Zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung vgl etwa § 107 V GO NRW (Marktanalyse vor Gründung oder Beteiligung an einem Unternehmen).

³⁹⁵ Der Verwaltung kann es bei der Herstellung von Wettbewerb um Optimierung (Wettbewerb als Freiheit), um instrumentelle Steuerung oder um Herstellung eines gemeinwohlpflichtigen Wettbewerbs gehen, vgl Kersten VVDStRL 69 (2010).

³⁹⁶ Vgl Art 14 AEUV. Zum Konzept der Union vgl den Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Union (2001) 598; Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Union (2002) 689. Art 14 S 2 AEUV enthält erstmalig auch eine Rechtsetzungsermächtigung der EU für die Grundsätze und Bedingungen der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

Damit es nicht zu unerwünschten Zuständen kommt, ist die Verwaltung vielfach gehalten, die Rahmenbedingungen zu bestimmen sowie Kontroll- und abgestufte Einstandspflichten zu übernehmen (Rn 86). Bedient sie sich der Mittel des öffentlichen Rechts, wird im Schrifttum von einer „hoheitlich regulierten gesellschaftlichen Selbstregulierung“ gesprochen.³⁹⁷

Das Verwaltungsrecht kennt vielfältige Formen *privater Selbsterledigung* und *Verantwortung*.³⁹⁸ So obliegt es nach vielen Gesetzen dem Antragsteller, den Sachverhalt selbst aufzuklären (zB §§ 60 ff SGB I; 6 III u IV UVPG). Nach anderen Gesetzen sind Personen zur Eigensicherung und -überwachung (zB §§ 7 II Nr 5 AtG, 19b, 20a LuftVG, 9 BDSG), zur Fremdüberwachung durch Dritte (§§ 26, 29a BImSchG, 19i WHG) sowie zur Bestellung von Betriebsbeauftragten (zB §§ 4 f BDSG, 53 BImSchG, 54 KrW-/AbfG) respektive besonderen Verantwortlichen (zB § 52a BImSchG)³⁹⁹ verpflichtet. Teilweise sind Vorabverständigungen (Scoping-Verfahren) ausdrücklich vorgesehen oder zugelassen (zB §§ 71c II VwVfG, 5 UVPG, 12 BauGB). Während im Baurecht früher für fast alle Vorhaben eine Genehmigung eingeholt werden musste, verzichtet das sog Genehmigungsfreistellungsverfahren heute vielfach auf eine obligatorische präventive Kontrolle (bis hin zur Hochhausgrenze)⁴⁰⁰ und gebietet dem Bauherrn, selbst dafür Sorge zu tragen, dass das materielle Baurecht eingehalten wird. Um die Treibhausgasemissionen zu begrenzen, hat sich der Staat auf der Grundlage des Europäischen Unionsrechts darauf beschränkt, die Emissionsmenge vorzugeben und den Emissionsausstoß der einzelnen Unternehmen nach Maßgabe gesetzlicher Regelungen dem Emissionshandel der Anlagenbetreiber mit Treibhausgasemissionszertifikaten zu überlassen.⁴⁰¹ Mitunter sind an die Stelle der präventiven Kontrolle private Sicherungsinstrumente getreten. So ist im Versicherungsaufsichtsrecht der Wegfall des präventiven Genehmigungsvorbehalts für Tarifänderungen durch eine Einführung von Aktuarien und Treuhändern kompensiert worden.⁴⁰² Wird die Abwehr der von einem Produkt ausgehenden Gefahren durch eigene Maßnahmen sichergestellt, sieht die Behörde von Warnungen oder anderen Maßnahmen der behördlichen Gefahrenabwehr ab.⁴⁰³ Im Steuerrecht hat die Anmeldung des Steuerpflichtigen die Wirkung einer finanzbehördlichen Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung und macht diese entbehrlich, sofern der Vorbehalt nicht realisiert wird.⁴⁰⁴ Ferner sollen Selbstverpflichtungen oder Selbstkontrollen nach Art des gemeinschaftsrechtlich eingeführten Um-

84

³⁹⁷ Hoffmann-Riem DÖV 1997, 433, 441 ff (Gewährleistungs-, Erfüllungs- und Auffangverantwortung).

³⁹⁸ Vgl Schmidt-Preuß VVDStRL 56 (1997) 160, 176 ff; Di Fabio ebd, 235, 242 ff; A. Faber Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001, 12 ff.

³⁹⁹ Im Außenwirtschaftsrecht hat die Bundesregierung durch Verwaltungsvorschrift zur Prüfung der Zuverlässigkeit iRd §§ 6 III Nr 3 KWKG, 3 II AWG die Benennung von Ausfuhrverantwortlichen verlangt (BAnz 1990, 6406; 1991, 545).

⁴⁰⁰ Im Einzelnen bestehen unterschiedliche landesrechtliche Regelungen. Vgl die Übersicht bei Finkelnburg/Ortloff Öffentliches Baurecht, Bd II, 5. Aufl 2005, 99 ff; ferner Ehlers, FS Bartlperger, 2006, 463 ff.

⁴⁰¹ S auch Burgi NVwZ 2004, 1162 ff. Zur Vergabe von Umweltzeichen (Blauer Engel) vgl OVG NRW NVwZ 2001, 824 → JK GG Art 12 I/59. Zur Zuordnung von Emissionshandel und Planung vgl die problematische Entscheidung des OVG NRW ZNER 2009, 284.

⁴⁰² ZB §§ 11a, 12, 12b, 70 VAG.

⁴⁰³ Vgl § 8 IV 4 GPSG.

⁴⁰⁴ Vgl statt vieler Heintzen (Fn 68) 225.

welt-Audits⁴⁰⁵, Datenschutz-Audits⁴⁰⁶, der Selbstkontrolle der Mobilfunkbetreiber⁴⁰⁷, Presse⁴⁰⁸ und des Jugendmedienschutzes⁴⁰⁹ sowie des zugelassenen Wirtschaftsbeteiligten im Zollrecht⁴¹⁰ zu einer Zurücknahme der behördlichen Kontrollen, uU einem höheren als dem gesetzlichen Standard und einem von der Öffentlichkeit und den Verbrauchern positiv aufgenommenen Gütezeichen führen. So zielt das freiwillige Umwelt-Audit darauf ab, durch innerbetriebliche Einführung, Pflege und Fortentwicklung umfassender Qualitätsmanagementsysteme und Überprüfung dieser Systeme durch einen unabhängigen, staatlich akkreditierten Gutachter den umweltschutzrelevanten Qualitätsstandard einzuhalten und kontinuierlich zu verbessern.⁴¹¹ Eine immer wichtigere Rolle spielen zudem Selbstbeschränkungsabkommen der Wirtschaft, mit denen mehr oder weniger freiwillig einem staatlichen Handeln vorgebeugt wird.⁴¹² Vielfach initiiert der Staat vor der Drohkulisse vorhandener imperativer Regelungsinstrumente solche Absprachen⁴¹³ oder beteiligt sich an ihnen. So werden Hersteller und Vertrieber von der Rücknahmepflicht für Verkaufsverpackungen nach Maßgabe der Verpackungsverordnung⁴¹⁴ freigestellt, wenn sie sich an einem System beteiligen, das flächendeckend eine regelmäßige Abholung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher oder in der Nähe des Endverbrauchers gewährleistet (§ 6 II VerpackV). Damit hat der Staat zur Schaffung der (ursprünglich wegen ihrer Monopolstellung bedenklichen) Gesellschaft „Duales System Deutschland GmbH“ beigetragen.⁴¹⁵ Schließlich bedürfen die staatlichen Sicherheits-, Gesundheits- und Umweltauflagen regelmäßig der Konkretisierung durch technische Normen. Diese werden zumeist durch private Normungsgremien auf nationaler und europäischer Ebene erlassen (zB Deutsches Institut für Normung für DIN-Normen, CEN und CENELEC für europäische Produktharmonisierung → § 5 Rn 65), wobei Staat und Europäische Union durch die Gestaltung der Rahmenbedingungen, durch personelle Mitarbeit in den Normungsgremien und durch die Entscheidung, welche Normen hoheitlich rezipiert werden, auf das Ergebnis der Normierung und ihre Umsetzung Einfluss nehmen.⁴¹⁶

⁴⁰⁵ VO 761/01/EG; UAG (BGBl 2002 I, 3490).

⁴⁰⁶ § 9a BDSG.

⁴⁰⁷ Selbstverpflichtung der Mobilfunkbetreiber „Maßnahmen zur Verbesserung von Sicherheit und Verbraucher-, Umwelt, und Gesundheitsschutz, Information und vertrauensbildende Maßnahmen beim Ausbau der Mobilfunknetze“ v 5.12.2001.

⁴⁰⁸ Zu Pressekodex und Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates vgl *Löffler/Ricker* Handbuch des Presserechts, 5. Aufl 2005, 298 ff, 305 ff.

⁴⁰⁹ § 19 II iVm 16 S 2 Nr 2 JMStV.

⁴¹⁰ Art 5a ZK. Zur EU-einheitlichen IT-gestützten Risikomanagementanalyse vgl Art 3 II ZK.

⁴¹¹ Vgl etwa *Sparwasser/Engel/Voßkuhle* Umweltrecht, 5. Aufl 2003, § 4 Rn 52 ff.

⁴¹² Dazu zB *Oebbecke* DVBl 1986, 793 ff; *Schulte* Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, 98 ff; *Knebel/Wickel/Gerhard* Selbstverpflichtungen und normeretzende Umweltverträge als Instrument des Umweltschutzes, 1999, S 291 ff; *A. Faber* (Fn 398) 12 ff, 50 ff; *Köpp* Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, 21 ff.

⁴¹³ Zur sog regulation by raised eyebrows vgl *Ennuschat* (Fn 259).

⁴¹⁴ BGBl 1998 I, 2379.

⁴¹⁵ Zu den verfassungsrechtlichen Problemen vgl *Hirschfeld* Staatlich initiierte Monopole und Verfassungsrecht – das Beispiel Verpackungsverordnung, 1997; zur Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht s EuGH, Slg 2004, I-11763 – Radlberger; Slg 2004, I-11705 – Kommission/Deutschland. Vgl auch *Fluck* DÖV 2000, 657 ff.

⁴¹⁶ Zu den vielfältigen Rechtsproblemen vgl *Di Fabio* Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996. Krit *Breulmann* Normung und Rechtsangleichung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1993.

Mit diesen und ähnlichen Verfahrensweisen geht oftmals eine Änderung des Verwaltungsauftretens einher. Statt hoheitlicher Mittel bedient sich die Verwaltung oftmals oder jedenfalls auch kooperativer, informeller (→ § 36 Rn 1) oder sonstiger nicht regelter Handlungsformen (wie zB dem Hinweis, der Empfehlung oder der Warnung⁴¹⁷). Im Falle konfliktträchtiger Verwaltungsverfahren bemüht man sich häufig um einvernehmliche Konfliktlösungen mittels Einschaltung privater Mediatoren (→ § 16 Rn 1 f), selbst wenn – wie im Planungsrecht (§ 73 VwVfG) – ohnehin ein Anhörungsverfahren vorgesehen ist. Im Umweltrecht wird das Kooperationsprinzip sogar als Leitbild der Umweltverwaltung angesehen.⁴¹⁸ Wirkt die Verwaltung mit Privaten zusammen, verpflichtet sie das Unionsrecht und (oder) nationale Recht vielfach zu einer Ausschreibung oder Wertermittlung. So müssen nicht nur öffentliche Aufträge grundsätzlich öffentlich vergeben⁴¹⁹, sondern zB auch (nicht dem Vergaberecht unterfallende) Dienstleistungskonzessionen öffentlich ausgeschrieben werden.⁴²⁰ Ferner ist im Falle einer staatlichen Zuwendung oder des Verkaufs staatlicher Grundstücke eine Ausschreibung oder Wertermittlung oberhalb gewisser Mindestbeträge geboten, um beurteilen zu können, ob eine unzulässige Beihilfe iSd Art 107 AEUV vorliegt.⁴²¹

85

Überlässt der Staat das Handeln den privaten Akteuren, ohne auf die Vorgabe eines der Selbstregulierung gesetzten Ordnungsrahmens zu verzichten, muss die Verwaltung gewährleisten, dass die Vorgabe erreicht wird. Tritt etwa an die Stelle einer ehemals vollen Verantwortung des Staates für die Erfüllung von Staatsaufgaben seine Überwachungs-, Regulierungs- und Auffangverantwortung, verwandelt sich die Verwaltung von einer leistungsgewährenden zu einer leistungsgewährleistenden.⁴²² Zur Kennzeichnung dieser Art der Verwaltung (die es etwa im öffentlichen Wirtschaftsrecht seit jeher gegeben hat) wird zunehmend von Regulierungsverwaltung oder Gewährleistungsverwaltung und dementsprechend von Regulierungsverwaltungs- oder Gewährleistungsverwaltungsrecht gesprochen.⁴²³ Als Prototyp gelten die im Wesentlichen in Umsetzung europäischer Richtlinien erlassenen Telekommunikations- und Postgesetze. Nach Art 87 f GG muss der Staat die Telekommunikations- und Postdienstleistungen zwar nicht selbst erbringen, aber flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gewährleisten.⁴²⁴ Die Verwaltung ist deshalb ua befugt, die Märkte zu definieren und zu analysieren, den Zugang zu den Netzen zu gewähren, die Entgelte zu

86

⁴¹⁷ Vgl zur Warnung vor Jugendsekten BVerfGE 105, 279 ff → JK GG Art 4 I, II/23a.

⁴¹⁸ Vgl *Kloepfer* Umweltrecht, 3. Aufl 2004, § 4 Rn 56 ff; *Hoppe/Beckmann/Kauch* Umweltrecht, 2. Aufl 2000, § 1 Rn 84 ff; *Breuer* in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes VwR, 5. Kap Rn 18.

⁴¹⁹ Vgl insb Art 2004/17/EG; RL 2004/18/EG; §§ 97 ff GWB sowie die Bestimmung der HOen (zB § 55 BHO iVm mit VOL/A und VOB/A u entspr Verwaltungsvorschriften). Auch unterhalb der europäischen Schwellenwerte gebieten die Grundfreiheiten des AEUV eine Ausschreibung bei grenzüberschreitender Bedeutung.

⁴²⁰ Grdl EuGH, Slg 2005, I-8585 Rn 72 – Parking Brixen.

⁴²¹ Vgl dazu die Grundstücksmittelteilung der EG-Kommission, ABl EG 1997 Nr C 209 S 3.

⁴²² Vgl *Bullinger* DVBl 2003, 1355, 1357.

⁴²³ Vgl *Trute* DVBl 1996, 950, 954; *Ruffert*, AöR 124 (1999), 237, 244 ff; *Fehling* Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 351 ff; *Vofskuble* (Fn 58) 307 ff; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 173 f; *Berringer* Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, 2004, 81 ff; *Schorkopf* JZ 2008, 20 ff; *Schoch* NVwZ 2008, 241 ff. Allg Fehling/Ruffert (Hrsg), Regulierungsrecht, 2010.

⁴²⁴ Zur ähnlichen Entwicklung im Informationsrecht (etwa Rundfunkrecht) vgl *Schoch* VVDStRL 57 (1998) 158, 210 f; *Trute* ebd 216, 230 ff.

genehmigen⁴²⁵ und den Unternehmen bei nicht flächendeckender, angemessener oder ausreichender Grundversorgung eine Universaldienstleistungsverpflichtung aufzuerlegen.⁴²⁶ Aufgabe der Verwaltungsrechtsdogmatik ist es, das Gewährleistungsverwaltungsrecht näher zu strukturieren. So zeichnen sich sektorübergreifende Ansätze eines Privatisierungsfolgenrechts ab.⁴²⁷ Soweit die Verwaltung netzgebunden agiert (wie zB die Energieversorgungs-, Telekommunikations- und Bahnunternehmen) und nur ein Netz zur Verfügung steht, ist den Mitbewerbern ein Mitbenutzungsrecht eingeräumt worden.⁴²⁸ Die Netzinfrastrukturverwaltung wird vor allem von der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn, teilweise aber auch von anderen Behörden, wie insb dem Bundeskartellamt, wahrgenommen (da sich Regulierungs- und Kartellrecht überschneiden respektive ergänzen⁴²⁹). Als Bausteine für ein Gewährleistungsverwaltungsrecht werden die Ergebnissicherung durch qualitative und quantitative Vorgaben für die Leistungserbringung, die Qualifikation und Auswahl privater Akteure, der Schutz der Rechte Dritter, die Sicherung notwendiger staatlicher Lenkung und Kontrolle, die Schaffung eines Systems periodischer Evaluierung und die Ausgestaltung effektiver staatlicher Rückholoptionen genannt.⁴³⁰

87 Die Verlagerung der Verantwortung auf Private ist grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch darf weder die Verfassungs- und Gesetzesbindung noch das darauf bezogene staatliche Letztentscheidungsrecht in Frage gestellt werden. Um einer Diffusion staatlicher und gesellschaftlicher Verantwortung entgegenzuwirken, muss trotz Kooperation klar zwischen Ausübung von Staatsgewalt und der „Verfolgung von Privatinteressen in Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten“⁴³¹ unterschieden werden. Auch darf der Einzelne nicht schutzlos einer gesellschaftlichen (statt staatlichen) Macht ausgeliefert werden.⁴³² Soweit die kollektive Eigenvornahme Kartellcharakter hat (wie bei den meisten Selbstbeschränkungsabkommen), müssen die kartellrechtlichen Vorgaben und Rechte Außenstehender beachtet werden. Sind marktwirtschaftliche Lösungen nicht ausreichend, muss der Staat regulierend eingreifen. Dementsprechend ist zB der verhandelte Netzzugang im Energiewirtschaftsrecht (§ 6 EnWG aF) durch einen ex ante regulierten Netzzugang (§§ 17, 20 EnWG nF) ersetzt worden.⁴³³

⁴²⁵ Zu den sehr weiten Beurteilungs- und Regulierungsermessensspielräumen der Verwaltung vgl BVerwGE 130, 39 ff; NuR 2008, 140; Ludwigs JZ 2009, 290 ff; Franzius DVBl 2009, 409 ff.

⁴²⁶ Vgl §§ 27 ff, 78 ff TKG, 11 ff, 19 ff PostG.

⁴²⁷ Vgl Franzius Der Staat 42 (2003) 493, 503.

⁴²⁸ Näher zu den Netzinfrastrukturen mit den Regulierungselementen (1) Marktzutritt, (2) Netznutzungsregime, (3) Kontrolle wirtschaftlicher Monopole durch Preisregulierung, (4) Sicherstellung sozial- und umweltverträglicher Belange, (5) Organisation der Regulierungsverwaltung Masing Verw 36 (2003) 1, 8 ff.

⁴²⁹ Vgl zB §§ 58 EnWG, 48 PostG, 123 TKG. Zu den Zuordnungsproblemen vgl auch Möschel in: Immenga/Mestmäcker (Fn 227) Anhang 1 TKG Rn 17 ff; C. Säcker Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung des deutschen und gemeinschaftlichen Kartellrechts, 2006.

⁴³⁰ Voßkuhle (Fn 58) 310 ff.

⁴³¹ Schmidt-Preuß (Fn 398) 162f.

⁴³² Di Fabio (Fn 398) 252ff.

⁴³³ Vgl dazu Röger DÖV 2004, 1025, 1033 f.

XII. Verwaltungskontrolle

Unter Kontrolle ist der (dynamische) *Vergleich* eines Soll-Wertes mit einem Ist-Wertes zu verstehen.⁴³⁴ Ziel der Verwaltungskontrolle ist es, die Rechtmäßigkeit und Sachrichtigkeit der Verwaltungsentscheidungen zu gewährleisten.⁴³⁵ Daher zielt Kontrolle auf Berichtigung ab, wenn der Ist-Wert von dem Soll-Wert abweicht. Das Hinsehen zu dem besonderen Zweck, das Objekt der Beobachtung mit irgendeinem Richtmaß in Übereinstimmung zu bringen oder zu erhalten, wird gemeinhin Aufsicht genannt.⁴³⁶ **88**

Die *Verwaltung* ist teils *Subjekt* (Kontrollleur), teils *Objekt der Kontrolle*. Nur wenn jedenfalls auch die zuletzt genannte Voraussetzung gegeben ist, erscheint es sinnvoll, von Verwaltungskontrolle zu sprechen.⁴³⁷ So folgt die Kontrolle des Handelns Privater (zB durch die Wirtschaftsaufsicht) anderen Gesetzlichkeiten als die Überwachung der Verwaltung selbst. Die Notwendigkeit einer Verwaltungskontrolle ergibt sich von Verfassungen wegen aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, der Rechtsschutzgewährleistung des Art 19 IV GG und der staatlichen Justizgewährungspflicht⁴³⁸ sowie der verfassungsrechtlichen Verankerung der Rechnungshofkontrolle⁴³⁹. **89**

Im Einzelnen lässt sich zunächst zwischen Selbst- und Fremdkontrollen der Verwaltung unterscheiden. Die *Selbstkontrolle* ist eine verwaltungs eigene Kontrolle, wobei diese derselben Behörde, einer anderen Behörde desselben Rechtsträgers oder einem anderen Verwaltungsträger (zB dem Land gegenüber der Kommunalverwaltung, dem Bund gegenüber der Landesverwaltung oder der Europäischen Union gegenüber der Bundesverwaltung) obliegen kann. So hat über einen – auch der Selbstkontrolle der Verwaltung dienenden – Widerspruch (§ 69 VwGO) zuerst die Ausgangsbehörde, sodann idR⁴⁴⁰ die nächsthöhere Behörde (§ 73 I 2 Nr 1 VwGO) zu entscheiden. Hierbei kann es sich auch um die Behörde eines anderen Rechtsträgers handeln. Unter *Fremdkontrolle* wird hier die Kontrolle durch eine andere Staatsgewalt – also das Parlament (etwa nach Maßgabe des Art 17 GG oder durch einen Untersuchungsausschuss⁴⁴¹), die Gerichtsbarkeit (namentlich die allgemeine und besondere⁴⁴² Verwaltungsgerichtsbarkeit) oder die Regierung – verstanden. Im weiteren Sinne ist zu den Fremdkontrollen auch die (nicht förmliche) Kontrolle durch die Öffentlichkeit⁴⁴³, die Medien oder andere gesellschaftliche Kräfte zu rechnen. Zwischen der Selbst- und Fremdkontrolle anzusiedeln ist die Kontrolle durch die Rechnungshöfe (oder vergleichbare Rechnungsprüfungseinrichtungen) und durch die zur Eigenüberwachung eingerichteten Beauf-

⁴³⁴ Näher zur Kontrolle *Krebs* (Fn 28); *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg) Verwaltungskontrolle, 2001; *Koch/Rubel/Heselhaus* Allg VwR § 8; *Kabl* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen III, § 47.

⁴³⁵ *Krebs* (Fn 28) 50.

⁴³⁶ Vgl die klassische Definition von *Triepel* Die Reichsaufsicht, 1917, S 111.

⁴³⁷ Vgl auch *Kabl* Die Staatsaufsicht, 2000; *Pieper* Aufsicht, 2006, 150 f, 409 ff.

⁴³⁸ Vgl BVerfGE 85, 337, 349; 107, 395, 401.

⁴³⁹ Vgl für den Bund Art 114 II GG, für die Länder (statt vieler) Art 86 II Verf NRW. So kann ein Minister seiner Verantwortung für seinen Geschäftsbereich (Art 65 S 2 GG) gegenüber Parlament und Volk nur gerecht werden, wenn er diesen zu kontrollieren vermag.

⁴⁴⁰ Vgl aber auch § 73 I 2 Nr 2, 3 VwGO.

⁴⁴¹ Vgl Art 44 GG.

⁴⁴² Dh Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit.

⁴⁴³ Näher dazu *Scherzberg* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen III, § 49.

tragen der Verwaltung (zB den Wehrbeauftragten⁴⁴⁴, den Datenschutzbeauftragten⁴⁴⁵, die Gleichstellungsbeauftragten⁴⁴⁶ oder den Bürgerbeauftragten⁴⁴⁷). Die genannten Organisationseinheiten stellen zwar keine eigene Staatsgewalt dar. Sie können auch dem zu kontrollierenden Verwaltungsträger angehören. Doch genießen sie Unabhängigkeit und haben daher mehr oder weniger eine ähnliche Distanz zu den zu kontrollierenden Verwaltungseinrichtungen wie die Fremdkontrolleure.

- 91** *Inhaltlich* kann sich die Kontrolle etwa auf den Aufbau, die innere Organisation, die allgemeine Geschäftsführung und die Personalangelegenheiten der Behörde (Dienstaufsicht⁴⁴⁸), die (gesamte) Haushalts- und Wirtschaftsführung der Verwaltung (Rechnungskontrolle⁴⁴⁹) sowie die Rechtmäßigkeit oder Zweckmäßigkeit⁴⁵⁰ respektive Recht- und Zweckmäßigkeit der Aufgabenwahrnehmung beziehen (Rechts- oder Fachaufsicht), wobei sich die Kontrollen überschneiden können.⁴⁵¹ Als *Bezugspunkt* der Kontrolle kommen vor allem das Verfahren, das persönliche Verhalten der Bediensteten, das Ergebnis der Verwaltungstätigkeit, die Zielsetzung und Zielerreichung⁴⁵² sowie der Systemzusammenhang⁴⁵³ in Betracht. *Zeitlich* kann es sich um einmalige oder wiederkehrende vorherige (präventive), begleitende oder nachträgliche (repressive), *modal* um punktuelle oder generelle (mehr oder weniger flächendeckende) Kontrollen handeln. Umfassend angelegt ist idR das bei Verwendung des Neuen Steuerungsmodells zugrunde gelegte Controlling (Rn 95). Der *Anstoß* zur Kontrolle kann selbst- oder fremdinitiiert sein. ZB wird eine Kontrolle nicht nur durch förmliche, sondern auch durch formlose Rechtsbehelfe des Bürgers (Gegenvorstellung, Aufsichtsbeschwerde, Petition⁴⁵⁴) ausgelöst. Als Instrumente der Kontrollinstanzen stehen je nach Gesetzeslage sowohl Regelungen (Genehmigungen, Beanstandungen, Aufhebungen, Anordnungen, Ersetzungen, Bestellung von Beauftragten)⁴⁵⁵ als auch sonstige Maßnahmen (zB Beratung, Förderung) zur Verfügung.
- 92** Besondere Bedeutung kommt den förmlichen Rechtsschutzkontrollen zu. Das grundsätzlich verwaltungsaktbezogene *Widerspruchsverfahren*⁴⁵⁶ stellt im Kern ein zweites Verwaltungsverfahren dar (§ 79 VwVfG⁴⁵⁷), dem gleichzeitig die Funktion eines gerichtlichen Vorverfahrens (regelmäßig für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in Gestalt der Versagungsgegenklage) zukommt (§ 68 VwGO⁴⁵⁸). Das Widerspruchsverfahren dient nicht nur dem Rechtsschutzinteresse der

⁴⁴⁴ Art 45b GG.

⁴⁴⁵ § 24 BDSG.

⁴⁴⁶ ZB § 5 GO NRW.

⁴⁴⁷ § 36 Verf MV.

⁴⁴⁸ Vgl zB § 12 LOG NRW.

⁴⁴⁹ § 42 I HGrG. Vgl dazu *Schulze-Fielitz VVDStRL 55 (1996)*, 231 ff.

⁴⁵⁰ Zum Begriff der Zweckmäßigkeit vgl Rn 59.

⁴⁵¹ Näher zu der Vielfalt der in Betracht kommenden Kontrollparameter *Eichborn/Friedrich Verwaltungsökonomie I*, 1976, 252; im Anschluss daran *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 229 f.

⁴⁵² *Ehlers DVBl 1993*, 861, 866 ff.

⁴⁵³ Vgl *Kabl* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen III, § 47 Rn 46 f.

⁴⁵⁴ Vgl Art 17 GG.

⁴⁵⁵ Vgl zu den Aufsichtsmitteln der Kommunalaufsicht *Schmidt-Aßmann/Röhl* in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes VwR 1. Kap Rn 42.

⁴⁵⁶ Vgl dazu aber auch § 126 II BBG.

⁴⁵⁷ Vgl auch §§ 347 AO; 62 SGB X.

⁴⁵⁸ Vgl auch §§ 44 FGO; 78 SGG.

Verwaltungsadressaten (ua Überprüfung nicht nur der Recht- sondern auch Zweckmäßigkeit) und der Selbstkontrolle der Verwaltung, sondern auch der Entlastung der Gerichte. Einer Nachprüfung im Widerspruchsverfahren bedarf es nicht in den in § 68 I 2 VwGO genannten Fällen. Viele Länder haben von der gesetzlichen Ermächtigung des § 68 I 2 VwGO Gebrauch gemacht und das Widerspruchsverfahren in den Ausführungsgesetzen zur Verwaltungsgerichtsordnung in weitem Umfange abgeschafft.⁴⁵⁹ Begründet wurde dies mit der Verfahrensbeschleunigung, der Kostensenkung sowie der Annahme, dass es im Widerspruchsverfahren in der Praxis ohnehin selten zu einer Änderung der bereits getroffenen Verwaltungsentscheidung kommt.⁴⁶⁰ Doch bringt eine Abschaffung des Widerspruchsverfahrens für alle Beteiligten zugleich Nachteile mit sich (zB weil eine Zweckmäßigkeitkontrolle unterbleibt, eine Korrektur selbst offensichtlicher Fehler erst im gerichtlichen Verfahren gesichert ist und die Gerichte stärker belastet werden).

Rechtsverbindlich wird die Verwaltung durch die *Gerichtsbarekeit* kontrolliert – vor allem die (allgemeine) Verwaltungsgerichtsbarkeit, aber zB auch die Verfassungsgerichte, die besonderen Verwaltungsgerichte, die ordentlichen Gerichte und die Berufungsgerichte. Die Verwaltungsgerichte entscheiden nach Maßgabe der gerichtlichen Sachentscheidungsvoraussetzungen sowohl über Außen- als auch über Innenrechtsstreitigkeiten⁴⁶¹ der Verwaltung. Mit Erfolg können die Verwaltungsgerichte grundsätzlich nur angerufen werden, wenn sich der Kläger (Antragsteller) auf ein subjektives Recht (→ § 12) bzw eine wehrfähige Innenrechtsposition berufen kann. Doch zeigt § 42 II VwGO (soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist), dass auch Interessentenklagen (Verbandsklagen) möglich sind⁴⁶², wohingegen das Gesetzesrecht bisher keine verwaltungsgerichtlichen Popularklagen kennt. Die Intensität der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle dürfte auch im internationalen Vergleich sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht nur selten ihresgleichen finden. Allerdings ist sie schwerpunktmäßig auf die Überprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit zugeschnitten, Verfahrens- und Formfehler sind teils unbeachtlich (§ 46 VwVfG), teils selbst im gerichtlichen Verfahren noch heilbar (§ 45 II VwGO). Gemindert ist die gerichtliche Kontrolldichte, wenn der Verwaltung ein normativ eingeräumter Gestaltungsspielraum (Beurteilungs- und Ermessensspielraum) zukommt (→ § 11).

XIII. Verwaltungswissenschaften

Die Organisation und Tätigkeit der Verwaltung ist Gegenstand der Verwaltungswissenschaften. Mit der Verwaltung befassen sich ganz *verschiedene Wissenschaftsdisziplinen* wie zB die Politikwissenschaft, Volkswirtschaftslehre, Betriebswirtschaftslehre⁴⁶³,

⁴⁵⁹ Vgl zB Art 15 Bay AGVwGO; §§ 16a Hess AGVwGO; 13a, b AGERStRG MV; 8a Nds AGVwGO; 6a AGVwGO NRW; 8a AGVwGO LSA.

⁴⁶⁰ Näher zum Ganzen *Kallerhoff* NWVBl 2008, 334 ff; *Dolde/Porsch* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb § 68 Rn 16 f; *Schoch* in: Ehlers/ders, Rechtsschutz, § 20 Rn 94.

⁴⁶¹ Vgl dazu *Schoch* in: Ehlers/ders, Rechtsschutz, § 28.

⁴⁶² Vgl zB §§ 8 IV, 12 HandwO; 61 BNatSchG, 1 ff URG (BGBl I 2006, 2816).

⁴⁶³ *Reichard* Betriebswirtschaftslehre der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl 1987; *Gornas/Barthel* Betriebswirtschaft in der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl 2005; *Schmidt* Betriebswirtschaftslehre und Verwaltungsmanagement, 6. Aufl 2004.

Finanzwirtschaftslehre, Soziologie⁴⁶⁴, Verwaltungsgeographie, Urbanistik, Statistik, Psychologie und Verwaltungsgeschichte⁴⁶⁵. So haben sich in der neuen Institutionsökonomik⁴⁶⁶ eine Transaktionskostentheorie, eine Theorie der ökonomischen Verfügungsrechte und eine Principal-Agent-Theorie herausgebildet⁴⁶⁷, die ebenso wie die Systemtheorie⁴⁶⁸ für die Verwaltung fruchtbar gemacht werden können. Auch die Verwaltungsrechtswissenschaft, der es um die rechtliche Ausgestaltung der Verwaltung geht (→ § 3 Rn 97 ff), kann als ein (besonders wichtiges) Teilgebiet der Verwaltungswissenschaften bezeichnet werden. Statt von Verwaltungswissenschaften wird häufig auch nur von der Verwaltungswissenschaft oder Verwaltungslehre gesprochen. Diese Begriffsbildung ist problematisch, weil eine Integration der beteiligten Disziplinen in *eine* Wissenschaft oder Lehre kaum möglich, jedenfalls bisher aber nicht verwirklicht worden ist.⁴⁶⁹ Als Einführung in die Verwaltungswissenschaften eignen sich für den Juristen die Bücher⁴⁷⁰ von *Thieme*⁴⁷¹, *Lecheler*⁴⁷², *Püttner*⁴⁷³ und *Schuppert*⁴⁷⁴, *Snellen*⁴⁷⁵, *Ziekow*⁴⁷⁶, *König*⁴⁷⁷ und *Bogumil/Jann*⁴⁷⁸.

95 Um die Verwaltung den Anforderungen der Zeit anzupassen, sind sowohl für die Binnenstruktur der Verwaltung als auch für die Gestaltung der Beziehungen zum Bürger zahlreiche Managementkonzepte entwickelt worden.⁴⁷⁹ Die größte Wirkkraft hat das von der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt) im Jahre 1993 vorgelegte sog *Neue Steuerungsmodell* (New Public Management) entfaltet, das weithin in den Kommunen und teilweise auch in der staatlichen Verwaltung

⁴⁶⁴ Vgl etwa *Mayntz* Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 4. Aufl 1997; *Rehbinder* Rechtssoziologie, 6. Aufl 2007, 209 ff.

⁴⁶⁵ Ausf dazu *Heyen* Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa, 1982; *Jeserich/Pohl/v Unruh* (Hrsg), Deutsche Verwaltungsgeschichte, 5 Bde und Registerband; *Robbers* in: *Schulze* (Hrsg), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, 1991, 153 ff; *Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 2002.

⁴⁶⁶ Grundlegend *Coase* The Nature of the Firm, *Economica* 11 (1937) 386 ff. Vgl dazu *Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl 1998, 59 ff.

⁴⁶⁷ Vgl die Angaben von *Pünder* Kommunales Haushaltsrecht im Umbruch, 2003, 16 f.

⁴⁶⁸ Immer noch grdl *Lubmann* (Fn 15).

⁴⁶⁹ Zur wissenschaftstheoretischen Einordnung vgl auch *Lubmann* (Fn 15); *König* Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft, 1970; *Ziekow* (Hrsg), Verwaltungswissenschaften und Verwaltungswissenschaft, 2003. Zu den verschiedenen Aspekten der Verwaltungswissenschaften: *König/v Oertzen/Wagener* (Hrsg), Öffentliche Verwaltung der Bundesrepublik Deutschland, 1981; *Becker/Thieme* Handbuch der Verwaltung, 1978.

⁴⁷⁰ Zur älteren Lit vgl *Ellwein* Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966; *B. Becker* Öffentliche Verwaltung, 1989.

⁴⁷¹ Verwaltungslehre, 4. Aufl 1984.

⁴⁷² Verwaltungslehre, 1988.

⁴⁷³ Verwaltungslehre, 4. Aufl 2007. Vgl a *H. Maier* Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl 1980; *Joerger/Geppert* (Hrsg), Grundzüge der Verwaltungslehre, 3. Aufl 1983.

⁴⁷⁴ Verwaltungswissenschaft, 2000.

⁴⁷⁵ Grundlagen der Verwaltungswissenschaft, 2006.

⁴⁷⁶ Entwicklungslinien in der Verwaltungspolitik, 2007.

⁴⁷⁷ Moderne öffentliche Verwaltung, 2008.

⁴⁷⁸ Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl 2009.

⁴⁷⁹ Einen Überbl über die verschiedenen, auf Delegation und die Zusammenführung von dezentraler Fach- und Ressourcenverantwortung hinauslaufenden Modelle geben *Thieme* (Fn 471) Rn 441 ff, 667 f, und *Püttner* (Fn 473) 276 ff.

praktiziert wird.⁴⁸⁰ Das Modell folgt dem Leitbild „Dienstleistungsunternehmen Verwaltung“, das Verwaltungsleistungen als „Produkte“ und die Beziehungen der Verwaltung zum Bürger als „Kundenbeziehung“ deutet. Einerseits soll es zu einer an den Verwaltungsleistungen orientierten klaren Abgrenzung zwischen der „politischen“ und administrativen Ebene kommen (zB zwischen Rat und Gemeindeverwaltung), andererseits sollen die einzelnen „Fachbereiche“ und Mitarbeiter der Verwaltung durch Zusammenführung der Fach- und Ressourcenverantwortung im Rahmen ausgehandelter Zielvorgaben (Kontrakte) und eines begleitenden Controlling Freiräume für eine kostenbewusste Selbststeuerung erhalten. Diese Art der Programmierung beruht auf zutreffenden ökonomischen Grundannahmen. Doch dürfen diese nur insoweit in der Verwaltung umgesetzt werden, als sie mit den zwingenden rechtlichen Vorgaben vereinbar sind.⁴⁸¹ ZB lassen sich die Leitungsbefugnisse der Minister für ihren Geschäftsbereich (Art 65 S 2 GG) oder die dem Rat einer Gemeinde von Verfassungen wegen und einfachgesetzlich zugewiesenen Vorbehaltsaufgaben nicht durch Kontrakte mit behördlichen Fachbereichen oder Verwaltungsmitarbeitern rechtsverbindlich beschränken (was die Gewährung tatsächlich zugestander Freiräume nicht ausschließt).⁴⁸² Auch kann in einer Demokratie nur der Bürger und nicht der Kunde Leitbild der Verwaltung sein.⁴⁸³ In neuerer Zeit sind Good Governance-Vorstellungen für Regierung und Verwaltung entwickelt worden (also für eine gute Regierung und Verwaltung). Der Gehalt dieser Vorstellung bleibt bisher zwar eher allgemein und vage⁴⁸⁴, doch hat Art 41 GRCh ein „Recht auf eine gute Verwaltung“ gegenüber den Organeinrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union ausdrücklich normiert (→ § 5 Rn 41).

Entsprechend ihrem weiten Gegenstandsbereich befassen sich die Verwaltungswissenschaften mit ganz *unterschiedlichen Fragestellungen*: etwa den Verwaltungsaufgaben, der sachlichen und personellen Organisation, der Planung, dem Vollzug und der Kontrolle, dem Einsatz der modernen Techniken, dem Umgang mit dem Bürger oder den Fragen des Büro-Alltags.⁴⁸⁵ Gegenwärtig wird – auch wegen der hohen Verschuldung des Staates, des weltweiten Standortwettbewerbs und des Nachholbedarfs in den neuen Ländern – besonders über die Privatisierung von Verwaltungsleistungen⁴⁸⁶, den weiteren Einsatz ökonomischer Instrumente, die Neuordnung von Regionen⁴⁸⁷ und großstädtischen Verdichtungsräumen⁴⁸⁸ sowie die Deregulierung, Rechts- und Verwal-

96

⁴⁸⁰ Vgl dazu den KGSt-Bericht Nr 5/1993. *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 23 ff.

⁴⁸¹ Vgl auch *Krebs* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 209 ff; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 24 ff.

⁴⁸² Vgl auch *Pünder* DÖV 1998, 63, 66 ff.

⁴⁸³ Vgl auch *Penski* DÖV 1999, 85 ff; *Janssen* ZBR 2003, 113, 119.

⁴⁸⁴ Näher dazu *Schuppert* (Hrsg) *Governance-Forschung*, 2005; *Trute/Denkhaus/Kühlers* DV 37 (2004) 451 ff; *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders, *Grundlagen I*, § 1 Rn 68 ff.

⁴⁸⁵ Zu den Merkmalen der bürokratischen Verwaltung nach wie vor grundlegend *M. Weber* *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl 1976.

⁴⁸⁶ Vgl *Schoch* DVBl 1994, 1 ff; *dens* Jura 2008, 672 ff; *Osterloh* VVDStRL 54 (1995) 204 ff; *Bauer* ebd, 243 ff; *Burgi* Verh d 67 DJT, Bd I, 2008 D 1 ff.

⁴⁸⁷ Vgl zu der unter europarechtlichen Vorzeichen geführten Diskussion etwa *Eichenberger* in: *Ossenbühl* (Hrsg), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, 1990, 17 ff; *Schink* DÖV 1992, 385 ff; *Zuleeg* DVBl 1992, 1329 ff; *Benz* VerwArch 84 (1993) 328 ff.

⁴⁸⁸ Vgl statt vieler *Kilian/Müllers* VerwArch 89 (1998) 25 ff; *Henneke* (Hrsg), *Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?*, 1999.

tungsvereinfachung und Beschleunigung von Verwaltungsvorgängen⁴⁸⁹ diskutiert. Ferner haben die kooperativen, informalen und optionalen Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung besondere Aufmerksamkeit gefunden.⁴⁹⁰ Schließlich wird zu Recht verlangt, die administrative „Regelgeheimhaltung“ durch das Prinzip der regelmäßigen Transparenz und Öffentlichkeit zu ersetzen (vgl auch Rn 75).⁴⁹¹

§ 2

Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung

- 1 Das Handeln der öffentlichen Verwaltung wird durch das *Recht* gesteuert. Das macht es erforderlich, sich mit dem Recht, den Rechtsquellen und Rechtsnormen zu befassen.

I. Recht, Rechtsquelle und Rechtsnorm

1. Begriff des Rechts

- 2 Die Vielzahl der Versuche, das Recht zu definieren¹, lässt Zweifel darüber aufkommen, ob es einen zeitlosen, für alle Kulturen gleichermaßen geltenden *Begriff des Rechts* mit identischem Inhalt gibt. Im Folgenden soll unter Recht die Gesamtheit der heteronom gesetzten oder heteronom anerkannten verbindlichen Vorgaben verstanden werden, die das menschliche Zusammenleben ordnen.
- 3 Durch die *heteronom gesetzte* oder heteronom anerkannte Verbindlichkeit unterscheidet sich das Recht von Sitte und Moral respektive von religiösen, ethischen und sozialen Anforderungen, die nur kraft autonomer Bestimmung oder Anerkennung gelten.² Jedenfalls in der westlichen Welt obliegt die Setzung des Rechts den Staaten oder supranationalen sowie ggf auch den internationalen Gemeinschaften. Dies schließt weder eine private Rechtsetzung (Rn 73) noch Gewohnheitsrecht (Rn 60) aus. Doch können die solchermaßen erzeugten Normen nur dann Rechtsgeltung beanspruchen, wenn diese Art der Rechtsetzung von den Staaten oder supranationalen (respektive internationalen) Gemeinschaften anerkannt wird. Gleiches gilt für das *ius divinum*, das – wenn man es überhaupt als Recht anerkennen will³ – als eigengeartetes Recht zu qualifizieren ist, allerdings ebenso wie moralische Gebote oder das Naturrecht vom weltlichen Recht übernommen oder in Bezug genommen und damit im Sinne der weltlichen Rechtsord-

⁴⁸⁹ Vgl zur Beschleunigungsgesetzgebung *Steiner* NVwZ 1994, 313 ff. Krit *Erbguth* JZ 1994, 477 ff.

⁴⁹⁰ Vgl nur *Hoffmann-Riem* DÖV 1997, 433 ff mwN.

⁴⁹¹ Vgl. *Scherzberg* (Fn 20); *Wegner* (Fn 306).

¹ Vgl statt vieler *Alexy* Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl 1994, 27 ff; *Zippelius* Rechtsphilosophie, 5. Aufl 2007, 3 ff; *Rüthers* Rechtstheorie, 4. Aufl 2008, Rn 48 ff; ferner *H. L. A. Hart* Recht und Moral, 1971, 14 ff.

² Vgl *Kant* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Werke in sechs Bänden, hrsg v Weischedel, Bd IV, 1983, 65 f. Die heteronome Setzung bezieht sich auf den einzelnen Menschen. Es schließt eine autonome Rechtsetzung durch Körperschaften nicht aus (Rn 56).

³ Vgl dazu *Ehlers* FS Obermayer, 1986, 275, 280 f.

nung verrechtlicht werden kann. So verweisen die Art 4 III, 38 I 2 GG auf das Gewissen und die Generalklausel der meisten Polizeigesetze auf die öffentliche Ordnung, die als Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln definiert wird, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird.⁴ Nicht zum Recht zu zählen ist ferner das sog soft law, da es weder durch gerichtliche noch durch außergerichtliche rechtsförmliche Verfahren zur Geltung gebracht werden kann.⁵

Verbindlichkeit bedeutet, dass die Anerkennung als Recht gegenüber jedermann beansprucht wird. Dies besagt nicht, dass das Recht für alle von Bedeutung sein muss. Zum einen wenden sich Rechtsbefehle oftmals nur an einen bestimmten (abgrenzbaren) Personenkreis. Zum anderen gibt es nicht nur Recht, das unbedingte Geltung beansprucht (ius cogens bzw ius strictum), sondern auch abdingbares, also dispositives Recht (ius dispositivum).⁶ Des Weiteren setzt Verbindlichkeit nicht Erzwingbarkeit oder – im Falle der Missachtung – Sanktionierbarkeit voraus.⁷ So lassen sich Innenrechtsverstöße vielfach nicht (adäquat) ahnden.⁸ Auch im Außenrechtskreis kann etwas rechtswidrig, aber straffrei⁹, nicht bußgeldbewehrt¹⁰ oder nicht korrigierbar¹¹ sein. Ferner sind Aufgabenzuweisungen an die Verwaltung nicht deshalb irrelevant, weil es an einer Befugnis der Verwaltung fehlt, in den Rechtskreis anderer einzugreifen. Selbst eine nur symbolische Gesetzgebung bleibt Rechtsetzung.¹² Schließlich besteht das Recht nicht nur aus Regelungen, dh aus der Setzung von Rechtsfolgen, sondern kann auch einen anderen Inhalt – beispielsweise nur einen empfehlenden Charakter¹³ – haben.

Seit jeher bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob das positive Recht seinen Charakter verliert, wenn es in einem unerträglichen Ausmaße in Widerspruch zur materiellen *Gerechtigkeit* tritt. Sowohl die Existenz überpositiven Rechts (Naturrechts) als auch dessen ggf in Betracht kommender Inhalt sind umstritten.¹⁴ In der Regel bedarf es eines Rekurses auf überpositives Recht schon deshalb nicht, weil das, was ein solches Recht herzugeben vermöchte, ohnehin innerstaatlich durch das Grundgesetz (insbesondere Art 1 I GG) und die Menschenrechtsgewährleistungen des Völkerrechts garantiert wird. Anders stellt sich die Rechtslage nach Regimewechseln dar, wenn es um die Beurteilung einer vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit geht. Das Bundesverfassungsgericht hat in solchen Fällen (etwa der rechtlichen Bewertung nationalsozialistischen „Unrechts“ oder der Beurteilung einer Strafbarkeit von Mauerschützen nach der Wiedervereinigung Deutschlands) einen Rückgriff auf die Radbruchsche Formel – wonach

⁴ Vgl *Schoch* in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes VwR, 2. Kap Rn 79.

⁵ *Ruffert* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen I, § 17 Rn 79.

⁶ Vgl für das Völkerrecht etwa *Ipsen* (Hrsg) Völkerrecht, 5. Aufl 2004, § 15 Rn 36 ff.

⁷ AA *Kelsen* Reine Rechtslehre, 1. Aufl 1934, 25 f.

⁸ Vgl *Ehlers* in: Henneke/Meyer (Hrsg), Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewahrung und Entwicklung, 2006, 185, 204 f.

⁹ ZB § 218a IV 1 StGB.

¹⁰ Zu der am 31.12.2008 außer Kraft getretenen Regelung des § 67 PStG (aF) vgl *Ehlers* FS Holterbach, 2001, 811 ff; *Schwab* FamRZ 2008, 1121 f.

¹¹ Etwa, weil Erledigung eingetreten ist.

¹² Vgl demgegenüber aber *Meyer* DÖV 2005, 551, 559. Vgl auch *Schmebl* ZRP 1991, 251 ff; *Enders/Lange* JZ 2006, 105, 112; *Führ* KritV 2003, 5 ff.

¹³ Vgl zB Art 288 V AEUV; zu einem gesetzlichen Beispiel: *Schneider* DÖV 1989, 26 f.

¹⁴ Zur Auslegung des Art 20 III GG (Gesetz und Recht) vgl *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg), GG, Bd II, 2. Aufl 2006, Art 20 Rn 92 ff.

das Gesetz der Gerechtigkeit zu weichen hat, wenn der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht¹⁵ – iVm den Menschenrechtspakten gebilligt.¹⁶ In der Literatur wird dies – nach der hier vertretenen Ansicht zu Recht – vielfach anders gesehen.¹⁷

2. Begriff der Rechtsquelle

- 6 Unter einer *Rechtsquelle* – im weiteren Sinne¹⁸ – ist der Entstehungs- und Geltungsgrund des Rechts zu verstehen.¹⁹ In der Literatur wird zwischen Rechtserzeugungsquellen, Rechtswertungsquellen und Rechtserkenntnisquellen unterschieden.²⁰ Mit der Bezugnahme auf die *Rechtserzeugungsquellen* wird der Blick sowohl auf die außerrechtlichen Entstehungsbedingungen des Rechts gelenkt²¹ (zB Beeinflussung durch die Wirtschaft und Religion) als auch auf den Schöpfer des Rechts (zB den Gesetzgeber beim geschriebenen Recht oder die Bevölkerung respektive Teile der Bevölkerung beim Gewohnheitsrecht). *Rechtswertungsquellen* sollen die zentralen Maßstäbe sein, anhand derer man die geltende Rechtsordnung beurteilen kann (wie Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Vernunft). Vielfach haben diese Maßstäbe heute ihren Niederschlag in den obersten Normschichten der Rechtsordnung – zB im Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes oder in den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts (Rn 29) – gefunden und stellen daher selbst Recht dar. Bei der Orientierung an *Rechtserkenntnisquellen* wird darauf abgestellt, was „Entstehungsgrund für etwas als Recht“ ist.²² So waren die Grundrechte der Europäischen Union bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon nur sehr partiell positiviert. Sie mussten deshalb erst gefunden werden, wobei die Europäische Menschenrechtskonvention und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquellen gewirkt haben (Rn 29).

3. Begriff der Rechtsnorm

- 7 Die Rechtsordnung besteht aus Rechtsnormen, welche die Sozialbereiche gestalten sollen. Wie der Begriff des Rechts (Rn 2) wird auch derjenige der Rechtsnorm in der Rechtssprache sinnvariiierend verwendet. So versteht etwa Kelsen – einen durchgängigen Stufenbau der Rechtsordnung zugrunde legend – unter Rechtsnorm sowohl generelle als auch individuelle Rechtsakte (einschließlich Richtersprüche oder Verwaltungs-

¹⁵ Vgl *Radbruch* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 2002, 11.

¹⁶ Vgl BVerfGE 3, 58, 119; 23, 98, 106 – Nationalsozialistisches Unrecht; 95, 96, 134 ff mwN – Mauerschützen; BVerfG-K NJW 2000, 1480 – Fall Krenz ua; hierzu auch EGMR NJW 2001, 3035 ff; zu den Mauerschützen vgl auch EGMR NJW 2001, 3042 ff. Zur Rspr des Internationalen Gerichtshofs für Kriegsverbrechen (im früheren Jugoslawien) vgl zB die Urteile IT-94-1-T (Rn 9) v 14.7.1997 – Tadic; IT-96-22-T (Rn 38, 70) v 29.11.1996 – Erdemovic; zum Internationalen Strafgerichtshof *Satzger* Internationales und europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 13.

¹⁷ Vgl die Referate und Diskussionen in VVDStRL 51 (1992) 9 ff.

¹⁸ Zum Begriff der Rechtsquelle im engeren Sinne vgl Rn 7.

¹⁹ *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth* VwR I § 24 Rn 2.

²⁰ Vgl *Ossenbühl* in: Erichsen/Ehlers (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl, § 5 Rn 3 ff mwN; *ders* in: Isensee/Kirchhof V § 100 Rn 1 ff. Vgl zum Ganzen auch *Park* Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, 136 f; *Röhl* Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl 2008, 519 ff.

²¹ *Ruffert* (Fn 5) § 17 Rn 1.

²² So *Ross* Theorie der Rechtsquellen, 1929, 291 f.

akte).²³ Üblicherweise wird dagegen zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung unterschieden²⁴ und somit nur eine bestimmte Art der Rechtserzeugung als *Rechtsetzung* respektive – was nur ein anderer Ausdruck ist – als Normgebung qualifiziert. Angeknüpft wird sowohl an das Subjekt der Rechtsetzung (Normgebung) als auch an die Form und den Inhalt. Im innerstaatlichen Rechtskreis werden Rechtssätze (Rechtsnormen) vor allem durch die Legislative in Gestalt von Parlamentsgesetzen erzeugt. Doch können Rechtssätze auch durch das Volk (Rn 36), die Exekutive und uU sogar die Richter (Rn 63 f) oder weitere Subjekte wie die Tarifvertragsparteien²⁵ geschaffen werden. In jedem Falle muss sich das Auftreten als Normgeber verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen. Keine Rechtsnormen sind zB allgemeine Verwaltungsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verwaltungsverträgen entwickelt worden sind, weil sie erst durch die jeweilige Einbeziehung in den Vertrag als Vertragsbestandteil rechtliche Wirkung entfalten. Ungeklärt ist, ob es einen Numerus clausus von Normen gibt (Rn 18). Anerkannt wird jedenfalls der Normcharakter von Parlamentsgesetzen, Verordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften und von Gewohnheitsrecht. In Zweifelsfällen kommt es wiederum auf die verfassungsrechtliche Beurteilung an. Inhaltlich sollen sich Rechtssätze dadurch auszeichnen, dass generell-abstrakte Regelungen getroffen werden (im Gegensatz zu Einzelfallentscheidungen). Statt von Rechtssätzen oder Rechtsnormen spricht man auch von *Gesetzen im materiellen Sinne*.²⁶ Doch wurde bereits dargelegt, dass Rechtssätze (Rechtsnormen) keine Regelung enthalten müssen (Rn 4). Auch kann die Form eines Rechtssatzes (einer Rechtsnorm) gewählt werden, obwohl die Regelung inhaltlich einen Einzelfall oder nur eine Person betrifft. Es stellt sich dann die Frage, ob auf die Form oder den Inhalt abzustellen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht muss sich der Staat an der gewählten Form festhalten lassen, mag wegen Formenmissbrauchs die Formenwahl uU auch zur Ungültigkeit des Rechtssatzes (der Rechtsnorm) führen.²⁷ Im Völkerrecht und Unionsrecht sind zum Teil andere Rechtsnormen als im innerstaatlichen Rechtskreis anerkannt (Rn 21 u 32).

4. Wirkungsweise von Rechtsnormen

Rechtsnormen sollen unmittelbar oder mittelbar ein *Verhalten regeln*, wobei mehrere Rechtssätze zusammen wirken können: zB weil eine Rechtsnorm juristische Personen in die Pflicht nimmt oder eine sachenrechtliche Regelung trifft und andere Rechtsnormen die juristische Person definieren oder an die sachenrechtliche Regelung Verhaltenskonsequenzen knüpfen. Die *Bindungswirkungen* einer Norm können je nach Funktion, Struktur, Programmierungsgehalt und Kontrolldichte sehr unterschiedlich sein (→ § 11 Rn 6). *Funktional* lässt sich zwischen Handlungs- und Kontrollnormen unterscheiden.²⁸ Jene enthalten einen Verhaltensauftrag, diese einen Kontrollmaßstab. In der Regel dient ein und dieselbe Norm sowohl der Verhaltenssteuerung als auch der

²³ Kelsen Reine Rechtslehre, 2. Aufl 1960, 73 ff.

²⁴ ZB versteht die Rspr unter einer Änderung der Rechtslage iSd § 51 I Nr 1 VwVfG nur eine Änderung der Rechtsnormen, nicht der Rechtsanwendung. Vgl Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn 96 ff; Meyer in: Henneke/Knack, VwVfG, § 51 Rn 33 ff; Kopp/Ramsauer VwVfG, § 51 Rn 30.

²⁵ Vgl BVerfGE 44, 322, 341; 94, 268, 283. Scholz Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, 15 f; ders in: Maunz/Dürig, GG, Art 9 Rn 238.

²⁶ Vgl Erichsen Jura 1995, 550; Detterbeck Jura 2002, 235.

²⁷ Vgl Pestalozza Formenmißbrauch des Staates, 1973, 107 ff.

²⁸ Vgl auch Franzius in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen I, § 4 Rn 2 ff.

Kontrolle. Inhaltlich können sich Handlungs- und Kontrollmaßnahmen entsprechen, müssen dies aber nicht. Das Verwaltungsrecht regelt primär die Steuerung des Verwaltungshandelns (vgl auch → § 3 Rn 7 f). Die Kontrolle (→ § 1 Rn 88 ff; vgl auch Rn 130 ff) knüpft daran an und überprüft – im Falle einer Rechtskontrolle – teils das Vorliegen von Handlungsunrecht (dh die Vereinbarkeit eines Tuns, Duldens oder Unterlassens mit den rechtlichen Vorgaben), teils aber auch von Erfolgsunrecht (dh die Vereinbarkeit des Ergebnisses eines Tuns, Duldens oder Unterlassens mit den rechtlichen Vorgaben).²⁹ So stellen zB die Generalemächtigungen des Polizei- und Ordnungsrechts auf den Handelnden und die Beurteilung der Gefahrenlage ex ante, nicht den Zeitpunkt der gerichtlichen Kontrolle ab³⁰ (Weil sie die Befugnis regeln, „Maßnahmen (zu) treffen, um eine Gefahr... abzuwehren“). Stellt sich im Nachhinein heraus, dass die ex ante zutreffend angenommene Gefahr nicht bestand, hat der in Anspruch Genommene aber einen Anspruch auf Entschädigung³¹, was auf eine Haftung für Erfolgsunrecht hinausläuft. *Strukturell* bestehen die Normen in der Regel aus einem Tatbestand und einer Rechtsfolge. In ihrem *Gehalt* lassen sich offene (auf Konkretisierung angelegte) und strikte Programmierungen unterscheiden.³² In der Rechtstheorie wird dies mit der Entgegensetzung von Prinzip und Regel zum Ausdruck gebracht.³³ Rechtsprinzipien werden als Finalprogramme oder Optimierungsgebote bezeichnet, die im Gegensatz zu Regeln nicht definitiven Charakter haben. Klassisches Beispiel für eine Regel ist ein konditional gefasster Rechtssatz (Wenn ..., dann ...). Während Prinzipien der Abwägung unterliegen, bedürfen Regeln grds nur der Subsumtion (Rn 15). Stellt man auf die *Kontrolldichte* ab, dh darauf, in welchem Ausmaße das Verhalten der angesprochenen Normadressaten einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt, lässt sich jedenfalls im Hinblick auf die Normen des Verwaltungsrechts zwischen Normen mit oder ohne *Gestaltungsspielraum* differenzieren.³⁴ Die Gestaltungsspielräume können die Tatbestandsseite (Beurteilungsspielraum), die Rechtsfolgenseite (Ermessensspielraum) oder beide Seiten (Kopplungsvorschriften) betreffen. Im Einzelnen gibt es zahlreiche Überlappungen (Näher dazu → § 11 Rn 10 ff). Auch wenn das Recht mehrdeutig ist oder Gestaltungsspielräume eröffnet, muss sich die Rechtsanwendung an der regulativen Idee der richtigen Entscheidung orientieren.

5. Allgemeine Rechtsgrundsätze und ihre Wirkungsweise

- 9 Der Begriff der allgemeinen Rechtsgrundsätze wird zwar vielfältig verwendet, aber selten näher erläutert.³⁵ Unter allgemeinen Rechtsgrundsätzen sollen hier *fundamentale*

²⁹ Die Unterscheidung von Handlungs- und Erfolgsunrecht stellt sich in allen Rechtsgebieten (also auch im Privatrecht und Strafrecht), wird aber in den jeweiligen Gebieten unterschiedlich gehandhabt.

³⁰ Vgl *Schoch* in: Schmidt-Aßmann/ders, Bes VwR 2. Kap Rn 88.

³¹ Grdl BGHZ 117, 303 ff.

³² Vgl *Lubmann* Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, 35 ff; *ders* Zweckbegriff und Systemrationalität, 2. Aufl 1977, 257 ff; zur normativen Offenheit auch *Höfling* Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, 92 ff.

³³ Grundlegend *Dworkin* Bürgerrechte ernst genommen, 1984, 54 ff; *Alexy* Theorie der Grundrechte, 3. Aufl 1996, 71 ff. Vgl auch *Koch/Rießmann* Juristische Begründungslehre, 1982, 97 ff; *Maitra* Regeln und Prinzipien, 2006; krit *Enderlein* Abwägung in Recht und Moral, 1992, 80 ff.

³⁴ Zum Verfassungsrecht vgl *Alexy* VVDStRL 61 (2002) 7, 15 ff.

³⁵ Vgl auch *Ossenbühl* in: FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 289, der eine babylonische Sprachverwirrung feststellt.

Rechtsnormen verstanden werden, die nicht nur für ein eng umgrenztes Rechtsgebiet gelten, sondern generelle Bedeutung haben. Vielfach wird davon ausgegangen, dass allgemeine Rechtsgrundsätze in ihrer hohen Abstraktion und ihrer Allgemeinheit nur Wegweiser, nicht unmittelbar anwendbare Normen sind. Sie bedürften im Prozess der Rechtsanwendung noch der Konkretisierung im Angesicht des jeweils zu ordnenden Sach- und Lebensbereichs.³⁶ Doch trifft dies auf viele Normen zu, deren unmittelbare Anwendbarkeit gleichwohl nicht in Frage gestellt wird. Keineswegs braucht es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen um Prinzipien, im Gegensatz zu Regeln (Rn 8), zu handeln. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind sowohl im Völkerrecht (Rn 25) als auch im Unionsrecht (Rn 29 f) und in der nationalen Rechtsordnung anerkannt.³⁷ Im Verwaltungsrecht haben sie früher eine noch größere Rolle als heute gespielt, weil das Verwaltungsverfahrenrecht (von Schleswig-Holstein abgesehen) erst im Jahre 1977 in den Verwaltungsverfahrensgesetzen, im SGB X und in der Abgabenordnung näher kodifiziert worden ist und man vorher zB die Maßstäbe, die für die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten gelten, zumeist allgemeinen Rechtsgrundsätzen entnommen hat.³⁸

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze stellen *keine eigene Kategorie* von Rechtsnormen oder Rechtsquellen dar.³⁹ Vielmehr wurzeln sie in den Rechtsnormen der unterschiedlichen Stufen, auf nationaler Ebene zB im Verfassungsrecht, einfachen Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht oder ggf auch dem Richterrecht. Sie teilen den Charakter des Rechts, dessen Ergänzung sie dienen.⁴⁰ Für eine Ableitung unmittelbar aus überpositiven Gerechtigkeitsvorstellungen⁴¹ wäre nur Raum, wenn man ein Naturrecht anerkennt (Rn 5). Es ist auch nicht anzunehmen, dass die Bestimmung des Art 20 III GG (Gesetz und Recht) das überpositive Recht in die Verfassungsrechtsordnung inkorporieren will.⁴² **10**

Die Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze bereitet dann keine Schwierigkeiten, wenn diese ausdrücklich und abschließend normiert worden sind. Ob es sinnvoll ist, in solchen Fällen von allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu sprechen, dürfte primär eine Frage der terminologischen Verständigung sein. Doch lässt sich durch den Sprachgebrauch die Ausstrahlungswirkung sowie der generelle (konkretisierungsbedürftige) Charakter zum Ausdruck bringen. Fehlt es an Normierungen der genannten Art, heißt dies noch nicht, dass es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen um ungeschriebene Rechtsnormen handelt. Vielmehr können sie *mitgeschriebene Teilelemente* abstrakt gehaltener Rechtssätze sein, die diesen im Wege der Auslegung zu entnehmen sind. So lassen sich die wichtigsten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art 28 I 1 GG) und den Grundrechten ableiten. Dies trifft insbesondere auf den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes (Rn 38), das Bestimmtheits- **11**

³⁶ So etwa *Ossenbühl* (Fn 35) 291 im Anschluss an *Esser* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl 1990, 95. Ähnlich *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* VwR I § 25 Rn 8.

³⁷ Vgl zum nationalen Recht statt vieler *Ossenbühl* (Fn 20) § 6 Rn 84 ff.

³⁸ Ob es dessen bedurfte, ist zweifelhaft, weil es um die Zuordnung von verfassungsrechtlichen Prinzipien (nämlich dem Gesetzmäßigkeitsprinzip einerseits und dem Vertrauensschutzgrundsatz andererseits) geht.

³⁹ Ebenso *Maurer* Allg VwR, § 4 Rn 29; *Ruffert* (Fn 5) § 17 Rn 97.

⁴⁰ BVerwGE 126, 388, 391.

⁴¹ Vgl dazu *Maurer* Allg VwR, § 4 Rn 33.

⁴² Vgl aber auch *Schulze-Fielitz* (Fn 14) Art 20 Rn 94.

gebot⁴³, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit⁴⁴ und Rechtssicherheit⁴⁵, den Schutz des Vertrauens⁴⁶, das Rückwirkungsverbot⁴⁷, den Folgenbeseitigungsanspruch⁴⁸ oder die Haftung für enteignungsgleiche oder enteignende Eingriffe⁴⁹ (→ § 45 Rn 62 ff.) zu.

- 12 Problematischer stellt sich die Rechtslage dar, wenn es zwar Normen gibt, diese aber nur eine partielle Regelung treffen. Dies ist etwa der Fall, wenn Regelungen des Privatrechts in das öffentliche Recht übertragen werden sollen. Es ist allgemein anerkannt, dass der in § 242 BGB positivierte Grundsatz von Treu und Glauben auch im öffentlichen Recht gilt⁵⁰ (und beispielsweise zu einer Verwirkung führen kann⁵¹). Dies lässt sich entweder mit einer analogen Anwendung der Norm im öffentlichen Recht oder damit erklären, dass § 242 BGB Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens (Rechtsgrundsatzes) ist, der als solcher auch im öffentlichen Recht unmittelbare Geltung hat. Analogien und allgemeine Rechtsgrundsätze liegen eng beieinander. Zwar schließt man im Falle eines Analogieschlusses nach Feststellung einer planwidrigen Lücke bei gleicher Interessenlage vom Besonderen auf ein Besonderes, bei der Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes dagegen vom Besonderen auf das Allgemeine.⁵² Doch kommt auch eine Analogie nur in Betracht, wenn sich die ratio legis verallgemeinern lässt, dh sich der spezielle, anzuwendende Rechtssatz wenigstens insoweit auf einen allgemeinen Rechtssatz zurückführen lässt, als er zumindest auf einen weiteren, unregelten Sachverhalt übertragbar ist.⁵³ Ein Unterschied bleibt aber insofern bestehen, als Analogien nur im jeweiligen Hoheitsbereich als zulässig angesehen werden können: anders ausgedrückt, die Schließung der Lücke der Kompetenz des Gesetzgebers zugänglich sein muss, der die analog anzuwendende Vorschrift erlassen hat.⁵⁴ Dies schließt die analoge Anwendung einer Landesbestimmung im Bundesrecht oder in einem anderen Landesrecht aus, nicht dagegen die Anwendung von Bundesrecht in einem Land (sofern der Bundesgesetzgeber befugt gewesen wäre, die Lücke zu schließen). Dagegen gelten allgemeine Grundsätze unabhängig davon, in welcher Rechtsordnung sie ihren positiven Niederschlag gefunden haben, sofern der Nachweis erbracht wird, dass sie in der anzuwendenden Rechtsordnung anerkannt werden sollen. Eine Bezugnahme des öffentlichen Rechts auf das BGB dient dann nur der inhaltlichen Verdeutlichung des ohnehin im öffentlichen Recht geltenden Rechtsgrundsatzes.⁵⁵ Ungeachtet des methodischen Vorgehens müssen in jedem Falle Vorrang und Vorbehalt des (Parlaments-)Ge-

⁴³ BVerfGE 49, 168, 181; 59, 104, 114; 62, 169, 182 f; 80, 103, 106 f.

⁴⁴ Vgl etwa einerseits BVerfGE 61, 126, 134, andererseits BVerfGE 81, 310, 338. Näher dazu *Schlink* in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd II, 2001, 445, 447.

⁴⁵ BVerfGE 13, 261, 271; 60, 253, 267.

⁴⁶ BVerfGE 13, 261, 271; 30, 392, 403 f; 50, 244, 250; 59, 128, 164 ff; 63, 215, 223 f.

⁴⁷ BVerfGE 63, 343, 356 f; 72, 200, 242 ff.

⁴⁸ *Schoch* VerwArch 79 (1988) 1.

⁴⁹ *Ehlers* VVDStRL 51 (1992) 211, 243, 246.

⁵⁰ *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 68. Aufl 2009, § 242 Rn 17; OVG NRW GewArch 2003, 331 → JK GG Art 12 I/69; BVerwG DVBl 2003, 1550 → JK VwVfG § 59 II/1; OVG NRW NWVBl 2000, 128 → JK Allg VerwR, Verwirkung/2.

⁵¹ Vgl *Ehlers* in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, Vorb § 40 Rn 103 ff.

⁵² *Canaris* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl 1983, 98; *De Wall* Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, 69 f.

⁵³ Vgl auch *Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl 1991, 384; *Esser* (Fn 36) 283; *De Wall* (Fn 52) 70; *Müller/Christensen* Juristische Methodik, Bd 1, 10. Aufl 2009, Rn 371.

⁵⁴ S *Weyreuther* DÖV 1989, 321, 326 m Fn 123.

⁵⁵ *Maurer* Allg VwR § 3 Rn 43.

setzes (Rn 38) beachtet werden. Der Vorrang schließt nicht aus, privatrechtliche Vorschriften in das öffentliche Recht zu übertragen⁵⁶ oder umgekehrt öffentlich-rechtliche Bestimmungen auf die privatrechtlich tätig werdende Verwaltung zu erstrecken (→ § 3 Rn 87 ff). Doch muss dies stets mit der Interessenlage und den getroffenen Regelungen vereinbar sein. So ist etwa für die Heranziehung der §§ 119 ff BGB im öffentlichen Recht insoweit kein Raum, als die §§ 48, 49 VwVfG Spezialregelungen für die Beseitigung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen enthalten. Auch würde zB die Zulassung einer Anfechtung des gemeindlichen Einvernehmens iSd § 36 II BauGB nach Maßgabe des § 119 BGB die Fristbestimmung des § 36 II 2 BauGB konterkarieren.⁵⁷ Die analoge Anwendung privatrechtlicher Vorschriften im öffentlichen Recht führt zumeist nur zu einer Rechtsfolgenverweisung, nicht zur Rechtsgrundverweisung.⁵⁸ Einer Lückenfüllung zu Lasten des Einzelnen⁵⁹ steht zumeist der Vorbehalt des Gesetzes entgegen. Anders als im Strafrecht (Art 103 II GG) lässt sich ein generelles Analogieverbot oder ein generelles Verbot der Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze in solchen Fällen aber nicht nachweisen (→ § 3 Rn 8). Um dem Gesetzesvorbehalt zu genügen, neigt die Rechtsprechung – um auf der sicheren Seite zu stehen – dazu, sich auf Gewohnheitsrecht (oder ggf Richterrecht) zu stützen. So stünde die Nichtübertragbarkeit des § 818 III BGB in das öffentliche Recht (→ § 35 Rn 27) einer analogen Anwendung des § 812 BGB an sich nicht entgegen. Doch geht das BVerwG davon aus, dass der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ein eigenständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage darstellt⁶⁰ (→ § 35 Rn 24). Die Berufung auf Gewohnheitsrecht respektive Richterrecht liegt um so näher, als sich im Falle einer gefestigten Rechtsprechung sowohl eine andauernde Übung als auch eine *opinio iuris* feststellen lässt (näher dazu Rn 60 f), so dass es des Rekurses auf Analogieschlüsse oder der Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze – anders als bei der Herausbildung nicht geschriebener Rechtsnormen – nicht bedarf.

Fehlt vollständig ein Anknüpfungspunkt im geschriebenen Recht, lassen sich allgemeine Rechtsgrundsätze nur aus *Gewohnheitsrecht* oder ggf aus dem *Richterrecht* herleiten. Dem kommt sowohl im Völkerrecht (Rn 24 f) als auch im Unionsrecht (Rn 29) eine erhebliche Bedeutung zu, während in der innerstaatlichen Rechtsordnung die Relevanz des ungeschriebenen Rechts wegen der immer weiter fortschreitenden Vergesetzlichung rückläufig sein dürfte.

6. Rechtsauslegung, Rechtskonkretisierung und Rechtsanwendung

Recht zielt auf Wirksamkeit ab.⁶¹ Um rechtmäßige Verwaltungsentscheidungen herbeiführen zu können, lässt sich vereinfachend zwischen Rechtsauslegung, -konkretisierung und -anwendung unterscheiden. Der *Rechtsauslegung* geht es darum, den Sinn-

⁵⁶ Ausf dazu *De Wall* (Fn 52) 53 ff.

⁵⁷ Vgl OVG Schleswig NVwZ-RR 2002, 821 → JK BauGB § 36/5.

⁵⁸ *Maurer* Allg VwR § 3 Rn 44.

⁵⁹ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Analogieschlüssen zugunsten des Bürgers im öffentlichen Recht vgl BVerfGE 25, 167, 183; 34, 269, 287; 65, 182, 190 f; 108, 150, 159 f; 111, 54, 81 f.

⁶⁰ Grundlegend BVerwGE 71, 85, 87 ff. Dagegen gibt es kein Gewohnheitsrecht des Inhalts, das öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche der Verwaltung durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden dürfen (→ § 35 Rn 31). Zur gewohnheitsrechtlichen Befugnis einer Aufrechnung im öffentlichen Recht durch Verwaltungsbehörden vgl *Ehlers* JuS 1990, 777.

⁶¹ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 2. Kap Rn 20 ff.