

de Gruyter Lehrbuch

Allgemeines Verwaltungsrecht

Herausgegeben von

Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens

bearbeitet von

Peter Badura

Dirk Ehlers

Hans-Uwe Erichsen

Ingo von Münch

Fritz Ossenbühl

Walter Rudolf

Wolfgang Rübner

Jürgen Salzwedel

9., neubearbeitete Auflage

Zitiervorschlag

z. B. Badura in Erichsen/Martens Allg. VerwR, 9. A., § 36 Rn. 2



1992

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Allgemeines Verwaltungsrecht / hrsg. von Hans-Uwe Erichsen
und Wolfgang Martens. Bearb. von Peter Badura ... – 9., neube-
arb. Aufl. – Berlin ; New York : de Gruyter, 1991.

(De-Gruyter-Lehrbuch)

ISBN 3-11-013237-0 kart.

ISBN 3-11-013238-9 Gb.

NE: Erichsen, Hans-Uwe [Hrsg.]; Badura, Peter

© Copyright 1991 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Satz und Druck: Arthur Collignon GmbH, 1000 Berlin 30.

Buchbinderei: Lüderitz & Bauer, 1000 Berlin 61

Printed in Germany

Vorwort zur neunten Auflage

Die vorgelegte Neubearbeitung des Allgemeinen Verwaltungsrechts erfaßt Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum bis Ende Juni 1991. Die durch die Deutsche Wiedervereinigung vom 3. Oktober 1990 eingetretenen Veränderungen wurden an entsprechender Stelle berücksichtigt. Ebenso wurde den sich aus der fortschreitenden Europäischen Integration ergebenden Einwirkungen auf das Verwaltungsrecht Rechnung getragen.

Für die Neuauflage konnte mit Dirk Ehlers, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, ein neuer Autor gewonnen werden. Er hat zum einen ein neues Kapitel für den Ersten Abschnitt verfaßt (Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, § 3 I). Zum anderen stammen aus seiner Feder die neu gestalteten § 1 IV (Das Personal der öffentlichen Verwaltung), § 2 II 1 (Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht), § 3 II 1 und 2 (Die Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht, Demokratie, Bundesstaat) und § 4 (Die öffentliche Verwaltung im technischen Zeitalter). Für die restlichen Ausführungen des Ersten Abschnitts zeichnet nach wie vor Ingo von Münch, Universität Hamburg, verantwortlich. Es ist geplant, daß der gesamte Erste Abschnitt ab der 10. Auflage von Dirk Ehlers übernommen wird.

In Fortsetzung und Ergänzung dieses Werkes liegt das von Ingo von Münch herausgegebene und teilweise von denselben Autoren mitverfaßte Lehrbuch „Besonderes Verwaltungsrecht“ vor, das demnächst ebenfalls in 9. Auflage erscheinen wird.

Für Anregungen und Kritik sind Autoren und Herausgeber dankbar.

Hans-Uwe Erichsen

Aus dem Vorwort zur ersten 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 Anbeginn 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, das 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. Ingo von Münch o. Professor an der Universität Hamburg	
Dr. Dirk Ehlers o. Professor an der Universität Münster	
Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat	1
Dr. Fritz Ossenbühl o. Professor an der Universität Bonn	
Die Quellen des Verwaltungsrechts	101
Dr. Hans-Uwe Erichsen o. Professor an der Universität Münster	
Das Verwaltungshandeln	179
Dr. Peter Badura o. Professor an der Universität München	
Das Verwaltungsverfahren	423
Dr. Jürgen Salzwedel o. Professor an der Universität Bonn	
Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen	515
Dr. Wolfgang Rübner o. Professor an der Universität Köln	
Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen	575
Dr. Walter Rudolf o. Professor an der Universität Mainz	
Verwaltungsorganisation	681

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXI
---------------------------------	-----

ERSTER ABSCHNITT

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

§ 1 Begriff der öffentlichen Verwaltung	1
I. Allgemeine Umschreibung des Begriffs öffentliche Verwaltung	1
II. Abgrenzung von Gesetzgebung, Regierung und Rechtsprechung	3
III. Merkmale der öffentlichen Verwaltung	5
1. Handeln im öffentlichen Interesse	6
2. Handeln durch öffentlich-rechtlich organisierte Rechtsträger	9
3. Handlungsfreiheit und Kontrolle	10
4. Handeln in verschiedenen Rechtsformen	13
IV. Das Personal der öffentlichen Verwaltung	13
§ 2 Arten der öffentlichen Verwaltung	15
I. Möglichkeiten der Unterteilung	15
II. Hoheitliche Verwaltung	17
1. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	17
2. Eingriffsverwaltung	33
3. Leistungsverwaltung	34
4. Planende Verwaltung	38
III. Fiskalische Verwaltung	39
1. Begriff der fiskalischen Verwaltung	39
2. Arten der fiskalischen Verwaltung	40
§ 3 Die Abhängigkeit des Verwaltungsrechts vom Recht der Europäischen Gemein- schaften und vom Verfassungsrecht	46
I. Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht	46
1. Der Begriff des Gemeinschaftsrechts und der Aufbau der Europäischen Gemeinschaften	47
2. Das primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht	48
3. Das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht	53
4. Der Vollzug des Gemeinschaftsrecht	57
5. Rechtsschutz	65

Inhaltsverzeichnis

II. Die Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht	65
1. Demokratie	67
2. Bundesstaat	75
3. Rechtsstaat	77
4. Sozialstaat	86
§ 4 Die Öffentliche Verwaltung im technischen Zeitalter	87
I. Der Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechniken	87
1. Die Verwendung technischer Hilfsmittel in der Verwaltung	87
2. Entwicklung der automatischen Datenverarbeitung in der Verwaltung	88
3. Die Einsatzmöglichkeiten	89
II. Auswirkungen für Verwaltung und Bürger	90
1. Veränderungen der Verwaltungsorganisation	90
2. Datenschutzrechtliche Anforderungen	91
3. Die Grenzen der Ersetzung menschlicher Tätigkeit	96
4. Verwaltungsverfahrenrechtliche und haftungsrechtliche Konsequenzen	98

ZWEITER ABSCHNITT

Die Quellen des Verwaltungsrechts

§ 5 Verwaltung und Recht	101
I. Bedeutung des Rechts für die Verwaltung	101
II. Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Verwaltung	103
§ 6 Rechtsquelle und Rechtsnorm	110
I. Der Begriff der Rechtsquelle	111
II. Der Begriff der Rechtsnorm	112
1. Der historisch-konventionelle Rechtssatzbegriff	112
2. Der rechtstheoretische Rechtssatzbegriff	113
III. Aufgabe der Rechtsquellenlehre	114
§ 7 Arten der Rechtsquellen	114
I. Verfassungsgesetze	115
II. Gesetze	116
1. Begriff des Gesetzes	116
2. Gegenwärtige Problematik der (förmlichen) Gesetze	118
3. Recht und Technik	121
4. Gesetzgebungslehre	121
5. Kodifikationsproblem	122
III. Rechtsverordnungen	123
1. Begriff und Funktion	123
2. Verhältnis von Gesetz und Verordnung	124
3. Verordnungsgeber	127
4. Verfahren	127

Inhaltsverzeichnis

IV. Verwaltungsvorschriften	129
1. Begriff und Terminologie	130
2. Typologie der Verwaltungsvorschriften	131
3. Rechtsnatur	133
4. Bindungswirkung	135
5. Rechtserzeugung	142
V. Sonderverordnungen	143
1. Begriff	143
2. Problematik	143
VI. Satzungen	146
1. Begriff und Funktion	146
2. Abgrenzung zu verwandten Rechtsquellen	147
3. Inhalt der Satzungen	149
4. Rechtserzeugung	150
VII. Gewohnheitsrecht	151
1. Die herkömmliche Lehre und Rechtsprechung	151
2. Neuere Ansätze einer Negation des Gewohnheitsrechts	153
VIII. Richterrecht	154
1. Das Problem	155
2. Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung	156
3. Lösungsansätze	158
IX. Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts	160
1. Begriff	160
2. Beispiele	161
3. Rechtsnatur	162
X. Europäisches Gemeinschaftsrecht	165
1. Grundlagen	165
2. Normschichten und Normkategorien	166
3. Fundstellen	167
XI. Völkerrecht	168
§ 8 Rangordnung der Rechtsquellen	169
I. Notwendigkeit der Rangordnung	169
II. Völkerrecht und innerstaatliches Recht	170
III. Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht	170
1. Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatliche Gesetze	170
2. Europäisches Gemeinschaftsrecht und Grundrechte	172
IV. Stufen der innerstaatlichen Rangordnung	173
§ 9 Geltungsbereich der Rechtsquellen	174
I. Zeitlicher Geltungsbereich	174
1. Inkrafttreten	174
2. Außerkrafttreten	175
3. Rückwirkung	175
4. Fortgelten vorkonstitutionellen Rechts	176
II. Räumlicher Geltungsbereich	177
III. Persönlicher Geltungsbereich	177

Inhaltsverzeichnis

DRITTER ABSCHNITT

Das Verwaltungshandeln

§ 10 Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis	179
I. Übersicht über die Handlungsformen der Verwaltung	179
II. Rechtsbindung der Verwaltung und Ermessen	180
1. Unbestimmte Rechtsbegriffe	180
2. Ermessen	186
III. Das Verwaltungsrechtsverhältnis	193
1. Die Begründung von Verwaltungsrechtsverhältnissen	197
2. Die Rechtsfähigkeit	200
3. Die verwaltungsrechtliche Handlungsfähigkeit	203
4. Der Inhalt von Verwaltungsrechtsverhältnissen	206
5. Die subjektiv-öffentlichen Rechte	210
6. Die Nachfolge im Verwaltungsrechtsverhältnis	220
7. Die Beendigung des Verwaltungsrechtsverhältnisses	223
1. Teil: Der Verwaltungsakt	227
§ 11 Bedeutung und Begriff des Verwaltungsaktes	227
I. Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung	227
II. Die einzelnen Merkmale der Definition des Verwaltungsaktes	231
1. Die Maßnahme	231
2. Die Behörde	232
3. Die Gebietsklausel	236
4. Die Regelung	238
5. Die unmittelbare Rechtswirkung nach außen	246
6. Der Einzelfall	252
§ 12 Wirksamkeit und Bindungswirkung des Verwaltungsaktes	257
§ 13 Nebenbestimmungen	261
I. Arten	261
1. Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt	261
2. Auflage und Auflagenvorbehalt	262
II. Zulässigkeit	264
§ 14 Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten	266
I. Der rechtmäßige Verwaltungsakt	267
1. Zulässigkeit der Handlungsform Verwaltungsakt	268
2. Zuständigkeit, Verfahren, Form	270
3. Inhaltliche Anforderungen	273
II. Der rechtswidrige Verwaltungsakt	278
1. Begriffliche Abgrenzung	278
2. Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit	278
3. Teilrechtswidrigkeit	281

Inhaltsverzeichnis

§ 15	Aufhebung von Verwaltungsakten durch die Verwaltung – Einführung	284
	I. Grundlagen	284
	II. Begünstigende und nicht begünstigende Verwaltungsakte	286
§ 16	Die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte	288
	I. Entwicklung und Grundstrukturen der geltenden Regelungen	288
	II. Die Rücknahme von Geld- oder Sachleistungsverwaltungsakten	291
	1. Vertrauensschutz als Bestandsschutz	291
	2. Begrenzungen des Ausschlusses der Rücknahme	295
	3. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch	296
	III. Die Rücknahme anderer begünstigender Verwaltungsakte	297
	IV. Die zeitliche Begrenzung der Rücknehmbarkeit gemäß § 48 Abs. 4 VwVfG	299
§ 17	Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte	303
	I. Notwendigkeit des Widerrufs	303
	II. Die Regelung des Widerrufs begünstigender Verwaltungsakte	304
	1. Spezialgesetzliche Regelungen	304
	2. Entwicklung und Inhalt der Regelungen der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder	305
§ 18	Die Aufhebung von Verwaltungsakten mit Drittwirkung	313
	I. Die Qualifikation von Verwaltungsakten mit Drittwirkung als begünstigende Verwaltungsakte	314
	II. Die Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte mit Drittwirkung während des Rechtsbehelfsverfahrens	315
	1. Verfassungsrechtliche Probleme des § 50 VwVfG	315
	2. Anwendungsbereich und Voraussetzungen	317
§ 19	Widerruf und Rücknahme belastender Verwaltungsakte	320
	I. Materiellrechtliche Grundsätze für Widerruf und Rücknahme belastender Verwaltungsakte	320
	1. Widerruf	320
	2. Rücknahme	321
	II. Das Wiederaufgreifen des Verfahrens	322
	1. Das Wiederaufgreifen nach § 51 VwVfG	322
	2. Das Wiederaufgreifen nach §§ 48, 49 VwVfG	326
	III. Der Rechtsschutz des Betroffenen	328
§ 20	Vollstreckung von Verwaltungsakten	330
	I. Vollstreckung von Geldforderungen	331
	II. Erzwingung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen	334

Inhaltsverzeichnis

2. Teil: Plan und Planung	339
§ 21 Gegenwärtige Bedeutung	339
§ 22 Der Plan als Handlungsform	342
§ 23 Planaufstellung, Planänderung und Plangewährleistung	347
3. Teil: Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	351
§ 23 a Die verwaltungsrechtliche Willenserklärung	351
I. Definition und Einordnung	351
II. Die Regelungen des VwVfG	353
III. Die Auslegung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen	355
IV. Die Anfechtung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen	356
§ 24 Begriff und Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrages	357
§ 25 Die Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen Recht	359
I. Die Notwendigkeit der Unterscheidung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag	359
II. Unterscheidungskriterien	360
III. Der öffentlich-rechtliche Vertrag unter Privaten	365
IV. Die Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze	365
§ 26 Der koordinationsrechtliche Vertrag	366
§ 27 Der subordinationsrechtliche Vertrag	368
I. Die Zulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vertrages	368
II. Abschlußfreiheit, Form und Verfahren	369
III. Die Freiheit inhaltlicher Gestaltung	373
IV. Der fehlerhafte subordinationsrechtliche Vertrag	378
§ 28 Vertragserfüllung und Leistungsstörungen	385
§ 29 Die Vollstreckung aus subordinationsrechtlichen Verträgen	388
§ 30 Andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	389
I. Das verwaltungsrechtliche Verwahrungsverhältnis	391
II. Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag	392
III. Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch	399
4. Teil: Handeln der Verwaltung in privatrechtlichen Formen	404
§ 31 Freiheit der Formenwahl	404
§ 32 Die Bindung der Verwaltung beim Handeln in privatrechtlichen Formen	406

Inhaltsverzeichnis

5. Teil: Der Verwaltungs-Realakt	411
§ 33 Begriff und Bedeutung	411
§ 34 Rechtliche Einordnung	412
I. Kriterien der Zuordnung zum öffentlichen Recht	412
II. Maßstäbe der Rechtmäßigkeit	416
§ 35 Das sogenannte informale Verwaltungshandeln	419

VIERTER ABSCHNITT Das Verwaltungsverfahren

§ 36 Rechtsquellen und Literatur	423
I. Rechtsquellen	423
II. Das Kodifikationsproblem	426
III. Das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)	429
IV. Ausland	431
V. Literatur	432
§ 37 Was ist das Verwaltungsverfahren?	434
I. Verwaltungsverfahren, Verwaltungsverfahrenrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht	434
II. Der Begriff des Verwaltungsverfahrens	436
III. Nichtförmliche und förmliche Verwaltungsverfahren	437
IV. Typischer Ablauf eines Verwaltungsverfahrens	438
§ 38 Die Zuständigkeit zur Entscheidung	439
I. Die Behörde	439
II. Unparteilichkeit der Amtsführung und Ausschluß wegen Befangenheit	440
III. „Partizipation“ an Verwaltungsentscheidungen	442
§ 39 Die Einleitung des Verwaltungsverfahrens	443
I. Beginn des Verfahrens von Amts wegen oder auf Antrag	443
II. Der Antrag	444
III. Antrags- und mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt	446
§ 40 Das Verfahren vor der Entscheidung	446
I. Die Beteiligten	446
II. Die Verfahrensgrundsätze	448
1. Untersuchungsgrundsatz, Mitwirkungspflicht der Beteiligten	448
2. Beweisaufnahme	449
3. Das Recht auf Gehör	450
4. Akteneinsicht	452
5. Auskunftspflicht und Beratungspflicht der Behörde	454
6. Grundsätze der Rechtsanwendung	455

Inhaltsverzeichnis

III. Die Mitwirkung anderer Behörden oder Verwaltungsträger	457
IV. Die Amtshilfe	460
§ 41 Die Entscheidung	462
I. Der Verwaltungsakt als Bescheid	462
II. Form und Inhalt des Verwaltungsaktes	463
1. Formvorschriften	463
2. Automatisierte Bescheide, Datenschutz	464
3. Begründung und Begründungszwang	470
4. Rechtsmittelbelehrung	472
5. Inhalt, Auslegung und Bestimmtheit des Verwaltungsaktes	472
6. Bekanntgabe und Zustellung des Verwaltungsaktes	475
7. Vorbescheid und Teilgenehmigung, „Stufung“ des Entscheidungsvorgangs	477
III. Bedeutung und Heilung von Verfahrensmängeln	479
1. Verfahrensmängel und Verfahrensfehler	479
2. Angreifbarkeit von Verfahrenshandlungen	480
3. Geltendmachung von Verfahrensmängeln	481
4. Heilung von Verfahrensfehlern	485
IV. Nachschieben von Gründen und Konversion	486
V. Die Bestandskraft des Verwaltungsaktes	489
1. Bestandskraft oder Rechtskraft?	489
2. Berichtigung von Verwaltungsakten	492
3. Wiederaufgreifen eines abgeschlossenen Verwaltungsverfahrens, wiederholende Verfügung und Zweitbescheid, Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten	492
§ 42 Das Planfeststellungsverfahren	496
I. Grundlagen des Planfeststellungsverfahrens	496
1. Die Planaufstellung als Rechtsinstitut des Fachplanungsrechts	496
2. Inhalt und rechtliche Bindung der Planungsentscheidung	500
II. Besonderheiten des Verfahrens	504
III. Der Planfeststellungsbeschluß	508

FÜNFTER ABSCHNITT

Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen

§ 43 Zwei Formen der Inanspruchnahme von Daseinsvorsorge	515
§ 44 Die Anstaltsnutzung	517
I. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Nutzung	517
II. Zulassung und Benutzung	521
III. Benutzung und Sonderbenutzung, Benutzungsordnung	523
IV. Rechtsschutz für die Benutzer	526
V. Benutzungsgebühren und Entgelte	528
VI. Haftung der Anstalt	531

Inhaltsverzeichnis

§ 45 Begriff der öffentlichen Sache	533
I. Öffentlich-rechtliches Regime	534
II. Widmung	535
III. Öffentliches Sachenrecht als Statusrecht	537
IV. Öffentliche Sache und Verwaltungsvermögen	538
§ 46 Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch	538
I. Beteiligte	539
II. Individuelles Recht auf Gemeingebrauch	543
III. Sondernutzungen	547
IV. Eigentum und Kontrahierungszwang	550
V. Anlieger	551
VI. Verkehrssicherungspflicht	553
VII. Enteignungsverfahren	554
§ 47 Öffentliche Sachen im Sondergebrauch	556
I. Widmung	557
II. Eigentum und Duldungspflichten	559
III. Wasserrechtliches Nachbarrecht	560
IV. Erlaubnis und Bewilligung	562
V. Rücknahme und Widerruf	563
VI. Polizeiliche Befugnisse	566
VII. Verkehrsgebrauch und wasserwirtschaftliche Benutzung	566
§ 48 Öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch	568
I. Verhältnis des Anstalts- zum Sachenrecht	569
II. Umfang der sachenrechtlichen Widmung von Anstaltsgegenständen	570
III. Schutz vor Zweckentfremdung und Mindestanforderungen an Publizität	571
IV. Notwendige Widmung	572
§ 49 Öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch	572

SECHSTER ABSCHNITT

Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen

§ 50 Einleitung	575
§ 51 Amtshaftung	582
I. Grundlagen	582
1. Geschichtliches	582
2. Geltendes Recht	584

Inhaltsverzeichnis

II. Amtshaftung wegen Verletzung von Amtspflichten im öffentlich-rechtlichen Rechtskreis	585
1. Anspruchsgegner	585
2. Begriff des Beamten	589
3. Amtspflicht gegenüber einem Dritten	590
4. Kausalität	597
5. Verschulden	597
6. Mitverschulden und Versäumung eines Rechtsmittels	600
7. Verjährung	602
8. Exkurs: Haftung im Recht der Europäischen Gemeinschaft	602
III. Amtshaftung wegen Verletzung einer Amtspflicht im privatrechtlichen Rechtskreis	603
1. Haftung des Beamten	603
2. Haftung des Dienstherrn	604
IV. Art und Höhe des Schadensersatzes	604
§ 52 Enteignung und Aufopferung	605
I. Grundlagen	605
1. Geschichtliche Entwicklung	605
2. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 7. 1981 (Naßauskiesung) und ihre Konsequenzen	611
3. Der Eigentumsschutz im Prozeß der deutschen Einigung	615
II. Rechtmäßige Enteignung im einzelnen	617
1. Zulässigkeitsvoraussetzungen	617
2. Tatbestand der Enteignung	618
3. Entschädigung	629
4. Enteignungsverfahren	633
III. Enteignungsgleicher und enteignender Eingriff	636
1. Tatbestand	637
2. Entschädigung	646
IV. Aufopferung	649
1. Tatbestand	649
2. Entschädigung	653
§ 53 Ergänzungen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsrechts	653
I. Sonderbestimmungen des Polizeirechts	654
II. Entschädigung bei Widerruf oder Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte	654
III. Soziale Entschädigung	655
IV. Schadensersatzansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen	657
V. Folgenbeseitigungsanspruch und Herstellungsanspruch	661
1. Entwicklung und Grundlagen des Folgenbeseitigungsanspruchs	661
2. Einzelheiten	664
3. Ansprüche im Umkreis des Folgenbeseitigungsanspruchs	668
4. Der Herstellungsanspruch	670

Inhaltsverzeichnis

VI. De lege lata diskutierte Ansprüche	672
1. Öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung	672
2. Plangewährleistungsanspruch	673
§ 54 Reform des Staatshaftungsrechts	674
I. Geschichte	674
II. Grundzüge des StHG vom 26. 6. 1981	677

SIEBENTER ABSCHNITT

Verwaltungsorganisation

§ 55 Grundlagen der gegenwärtigen Verwaltungsorganisation	681
I. Bedeutung der Organisation	681
II. Geschichtliche Entwicklung der Verwaltungsorganisation	683
1. Landesverwaltung	683
2. Reichsverwaltung	688
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen	689
§ 56 Organisationsrecht	693
I. Organisationsgewalt der Verwaltung	693
II. Verwaltungsträger	696
1. Unmittelbare und mittelbare staatliche Verwaltung	697
2. Juristische Personen des öffentlichen Rechts	699
3. Sonstige Verwaltungsträger	704
III. Behörden und sonstige Verwaltungsstellen	705
1. Amt und Behörde	706
2. Sonstige Verwaltungsstellen	712
IV. Institutionelle Beziehungen in der Verwaltung	713
1. Zuständigkeit	714
2. Beziehungen innerhalb eines Verwaltungsträgers	717
3. Beziehungen zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern	720
§ 57 Überblick über die Verwaltungsorganisation in Bund, Ländern und Gemeinden	721
I. Bundesverwaltung	721
1. Unmittelbare Bundesverwaltung	722
2. Bundesmittelbare Verwaltung	725
II. Landesverwaltung	727
1. Unmittelbare Landesverwaltung	727
2. Mittelbare Landesverwaltung	729
III. Kommunalverwaltung	730
1. Gemeindeverwaltung	731
2. Verwaltung der Gemeindeverbände	734
Sachverzeichnis	741

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AbfG	Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (Abfallgesetz) vom 27. 8. 1986 (BGBl. I S. 1410, ber. S. 1501)
AbgO	s. AO (1977)
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
Achterberg,	
Allg. VwR	Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 1986
Achterberg/Püttner,	
Bes. VwR	Norbert Achterberg/Günter Püttner, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, 1990
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
ähnl.	ähnlich
a. F.	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz vom 25. 6. 1969 (BGBl. I S. 582)
AG	Amtsgericht; Aktiengesellschaft; Ausführungsgesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. 12. 1976 (BGBl. I S. 3317)
AGVwGO	Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung
Allg. Teil	Allgemeiner Teil
ALR	s. PrALR
a. M.	anderer Meinung
(Amtl.) Begr.	(Amtliche) Begründung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	s. ReichsabgabenO
AO (1977)	Abgabenordnung vom 16. 3. 1976 (BGBl. I S. 613)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichtes
ApothekenG	Gesetz über das Apothekenwesen i. d. F. vom 15. 10. 1980 (BGBl. I S. 1993)
ApothG	s. ApothekenG

Abkürzungsverzeichnis

ArchivPF	Archiv für Post- und Fernmeldewesen
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) i. d. F. vom 15. 7. 1985 (BGBl. I S. 1565)
AtomG	s. AtG
AtVVV	Verordnung über das Verfahren bei der Genehmigung von Anlagen nach § 7 des Atomgesetzes (Atomrechtliche Verfahrensverordnung) i. d. F. vom 31. 3. 1982 (BGBl. I S. 411)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AuslG	Ausländergesetz vom 28. 4. 1965 (BGBl. I S. 353)
AVR	Archiv des Völkerrechts
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
AWG	Außenwirtschaftsgesetz vom 28. 4. 1961 (BGBl. I S. 481)
BABl.	Bundesarbeitsblatt
Bachof, Rspr. BVerwG I, II	Otto Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. I, 3. Auflage 1966; Bd. II 1967
BaföG	Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung (Bundesausbildungsförderungsgesetz) i. d. F. vom 6. 6. 1983 (BGBl. I S. 645, ber. S. 1680)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Battis, Allg. VwR	Ulrich Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985
BauGB	Baugesetzbuch i. d. F. vom 8. 12. 1986 (BGBl. I S. 2253)
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BaWüGO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg i. d. F. vom 3. 10. 1983 (GBl. S. 578, ber. S. 720)
BaWüVerwPr.	Baden-Württembergische Verwaltungspraxis
BaWüVwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz für Baden-Württemberg vom 21. 6. 1977 (GBl. S. 227)
Bay.	Bayern, bayerisch
BayBauO	Bayer. Bauordnung i. d. F. vom 2. 7. 1982 (GVBl. S. 419, ber. S. 1032)
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts
BayEDVG	Gesetz über die Organisation der elektronischen Datenverarbeitung im Freistaat Bayern vom 12. 10. 1970 (GVBl. S. 457)
BayGemO	s. BayGO
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung i. d. F. vom 11. 9. 1989 (GVBl. S. 585)
BayJagdG	Bayerisches Jagdgesetz vom 13. 10. 1978 (GVBl. S. 678)
BayKomZG	Bayer. Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit vom 12. 7. 1966 (GVBl. S. 218, ber. S. 314)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht

Abkürzungsverzeichnis

BayRS	Bayerische Rechtssammlung
BayStrWG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz i. d. F. vom 5. 10. 1981 (GVBl. S. 448/BayRS 94-1-I)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BayVerwGH,	
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs
BayVwVfG	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz vom 23. 12. 1976 (GVBl. S. 544)
BayWG	Bayerisches Wassergesetz i. d. F. vom 3. 2. 1988 (GVBl. S. 33)
BB	Der Betriebs-Berater
BBahnG	Bundesbahngesetz vom 13. 12. 1951 (BGBl. I S. 955)
BBankG	Bundesbankgesetz vom 26. 7. 1957 (BGBl. I S. 745)
BBauBl.	Bundesbaublatt
BBauG	Bundesbaugesetz i. d. F. vom 18. 8. 1976 (BGBl. I S. 2557, ber. BGBl. I S. 3617)
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz i. d. F. vom 21. 2. 1989 (BGBl. I S. 261)
BBG	Bundesbeamtengesetz i. d. F. vom 27. 2. 1985 (BGBl. I S. 480)
Bd.	Band
Bde.	Bände
BDSG	Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz) vom 27. 1. 1977 (BGBl. I S. 201)
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz) i. d. F. vom 29. 6. 1956 (BGBl. I S. 559)
Bem.	Bemerkung
Benda/Maihofer/ Vogel, HdbVerfR	Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983
ber.	berichtigt
Berl.	Berlin, berlinisch
BerlBauO	Bauordnung für Berlin vom 28. 2. 1985 (GVBl. S. 522)
BerlStrG	Berliner Straßengesetz vom 28. 2. 1985 (GVBl. S. 518)
BerlVwVfG	Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 8. 12. 1976 (GVBl. S. 2735)
BerlWG	Berliner Wassergesetz vom 23. 2. 1960 (GVBl. S. 133)
bes.	besonders
Bes. VwR	Besonderes Verwaltungsrecht
Betr.	Der Betrieb
betr.	betreffend
BezO	Bezirksordnung
BezVerwG	
d. amerik. Sektors	Bezirksverwaltungsgericht des amerikanischen Sektors
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs

Abkürzungsverzeichnis

BFStrG	s. FStrG
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 (RGBl. S. 195; BGBl. III 400 – 2)
BGBI.	Bundesgesetzblatt (1949/50; dann zerfallend in Teile)
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I (1951 ff.)
BGBI. II	Bundesgesetzblatt Teil II (1951 ff.)
BGBI. III	Bundesgesetzblatt Teil III (1958 ff.)
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. v. Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, 12. Auflage 1974 – 1984
BGH	Bundesgerichtshof
BGHLM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. v. Lindenmaier, Möhring u. a. (LoseblSlg.; 1951 ff.)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGSG	Gesetz über den Bundesgrenzschutz vom 18. 8. 1972 (BGBl. I S. 1834)
BHO	Bundeshaushaltsordnung vom 19. 8. 1969 (BGBl. I S. 1284)
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundesimmissionsschutzgesetz) vom 14. 5. 1990 (BGBl. I S. 880)
BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz – Bonner Kommentar – Loseblattkommentar, Stand: 61. Lieferung (Dez. 1990)
Bleckmann, EuR	Albert Bleckmann, Europarecht, 5. Aufl. 1990
BM	Bundesminister, Bundesministerium
BNotO	Bundesnotarordnung vom 24. 2. 1961 (BGBl. I S. 98)
BPersVertrG	Bundspersonalvertretungsgesetz vom 15. 3. 1974 (BGBl. I S. 693)
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
Brem.	Bremen, bremisch
BremPG	Bremisches Personalvertretungsgesetz vom 5. 3. 1974 (GBl. S. 131)
BremVwVfG	Bremisches Verwaltungsverfahrensgesetz vom 15. 11. 1976 (GBl. S. 243)
Brit. Militärregierung (Mil. Reg.)	Britische Militärregierung
Brit. Zone	Britische Zone
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) i. d. F. vom 27. 2. 1985 (BGBl. I S. 463)
BRS	Baurechtssammlung
BSeuchG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundes-Seuchengesetz) i. d. F. vom 18. 12. 1979 (BGBl. I S. 2262, ber. BGBl. 1980 I S. 151)
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSHG	Bundessozialhilfegesetz i. d. F. vom 20. 1. 1987 (BGBl. I S. 401, ber. BGBl. I S. 494)
Bsp.	Beispiel
BT	Bundestag
BT-Drs., BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages (Wahlperiode und Nummer)
Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von K. Buchholz

Abkürzungsverzeichnis

Bull, Allg. VwR	Hans Peter Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 1985
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht i. d. F. vom 12. 12. 1985 (BGBl. I S. 2229)
BVersG	Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (Bundesversorgungsgesetz) i. d. F. vom 22. 1. 1982 (BGBl. I S. 21)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz) i. d. F. vom 3. 9. 1971 (BGBl. I S. 1565)
BVG	s. BVersG
BVwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz vom 27. 4. 1953 (BGBl. I S. 157)
BW	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
BWaStrG	Bundeswasserstraßengesetz vom 2. 4. 1968 (BGBl. II S. 173)
BwBauO	Baden-Württembergische Bauordnung i. d. F. vom 28. 11. 1983 (GBl. S. 770)
BWGemO	s. BaWüGO
BWPolG	Baden-Württembergisches Polizeigesetz i. d. F. vom 16. 1. 1968 (GBl. S. 61, ber. S. 322)
BWStrG	s. BWaStrG
BWVBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt (Jg. 1956 – 1972)
BWVGH	Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof
BWVPr.	Baden-Württembergische Verwaltungspraxis
BWWG	Baden-Württembergisches Wassergesetz i. d. F. vom 1. 7. 1988 (GBl. S. 269)
bzw.	beziehungsweise
CC	Code Civil
CR	Computer und Recht
DAAD	Deutscher Akademischer Austauschdienst
DAngrVers.	Die Angestelltenversicherung
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Deutsche Bundesbahn
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Degenhart, StR I	Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 6. Aufl. 1990
dens.	denselben
ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935 (RGBl. I S. 49)
d. h.	das heißt
d. i.	das ist
Die Gemeinde (BWGZ)	Zeitschrift für die Städte und Gemeinden für Stadträte, Gemeinderäte und Ortschaftsräte, Organ des Gemeindetags Baden-Württemberg
Diss.	Dissertation
diss. op.	Sondervotum
DJT	Deutscher Juristentag

Abkürzungsverzeichnis

DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dr.	Doktor
Drews/Wacke/ Vogel/Martens, Gefahrenabwehr	Bill Drews/Gerhard Wacke/Klaus Vogel/Wolfgang Martens, Gefahrenabwehr, 9. Auflage 1986
DRiZ, DRZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DV	Die Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom) vom 25. 3. 1957 (BGBl. II S. 1014)
ebd.	ebenda
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. 1. 1877 (RGL. S. 77)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSU	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montan-Union) vom 18. 4. 1951 (BGBl. 1952 II S. 445)
EheG	Ehegesetz vom 20. 2. 1946 (= Gesetz Nr. 16 des Kontrollrats, Amts- blatt des Kontrollrats S. 77, ber. S. 294)
Einl.	Einleitung
Einschr.	Einschränkung
EisenbahnverkehrsO	Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 8. 9. 1938 (RGL. II S. 663)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
Erg.	Ergebnis; Ergänzung
Erichsen, StR u. VerfGbkrt I, II	Hans-Uwe Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl. 1982, II, 2. Aufl. 1979
EStG	Einkommensteuergesetz i. d. F. vom 7. 9. 1990 (BGBl. I S. 1898)
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Ver- waltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen (Zeitschrift)
etc.	und so weiter
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
europ.	europäisch
e. V.	eingetragener Verein
Ev.	Evangelisch
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
EVwVfG 1963	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 1964, 2. Aufl. 1968

Abkürzungsverzeichnis

EVwVfG 1970	Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (BT-Drucks. 6/1173)
EVwVfG 1973	Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (BT-Drucks. 7/910)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. 3. 1957 (BGBl. II S. 766)
Eyermann/Fröhler, VwGO	Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 9. Auflage 1988
f.	folgend; für
Faber, VwR	Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 2 Auflage 1989
Festschr.	Festschrift
FeuerbG	Gesetz über die Feuerbestattung vom 15. 5. 1934 (RGBl. I S. 380)
ff.	folgende
Fg.	Festgabe
FinVwG	Gesetz über die Finanzverwaltung i. d. F. vom 30. 8. 1971 (BGBl. I S. 1426)
FleischbeschauG	Fleischbeschaugesetz; jetzt Fleischhygienegesetz i. d. F. vom 24. 2. 1987 (BGBl. I S. 649)
Fn.	Fußnote
Forsthoff, VwR	Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Auflage 1973
Fs., FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz i. d. F. vom 8. 8. 1990 (BGBl. I S. 1714)
Fußn.	Fußnote
G	Gesetz(e)
GastG	Gaststättengesetz vom 5. 5. 1970 (BGBl. I S. 465, ber. S. 1298)
GaststättenG	s. GastG
GBl.	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung i. d. F. vom 5. 8. 1935 (RGBl. I S. 1073)
G/B/T/E, EWGV I, II	Hans von der Groeben/Hans von Boeckh/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. I und II, 3. Aufl. 1983
gem.	gemäß
GemO	Gemeindeordnung
GesBl.	s. GBl.
GeschO	Geschäftsordnung
GeschOBReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GewArch.	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung i. d. F. vom 1. 1. 1987 (BGBl. I S. 425)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl. S. 1)
ggf.	gegebenenfalls
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (Reichsministerien)
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften i. d. F. vom 12. 7. 1985 (BGBl. I S. 1502)

Abkürzungsverzeichnis

GKG	Gerichtskostengesetz i. d. F. vom 15. 12. 1975 (BGBl. I S. 3047)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
Gms-OGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes
GO	Gemeindeordnung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Grabitz, EWGV	Eberhard Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Stand: Sept. 1989
GrdStVG	Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstückverkehrsgesetz) vom 28. 7. 1961 (BGBl. I S. 1091, ber. S. 1652 u. 2000)
Grimm/Papier, StVwR NW	Dieter Grimm/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986
Gr. Sen.	großer Senat
GS	(preußische) Gesetzessammlung
GSNW	Sammlung des bereinigten Landesrechts von Nordrhein-Westfalen (bis 1956)
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz i. d. F. vom 10. 3. 1983 (BGBl. I S. 256)
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz i. d. F. vom 9. 5. 1975 (BGBl. I S. 1077)
GVNW	Gesetzes- und Ordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GVOBl.	s. GVBl.
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i. d. F. vom 20. 2. 1990 (BGBl. I S. 235)
H.	Heft
Halbbd.	Halbband
Halbs.	Halbsatz
Hamb.	Hamburg, hamburgisch
HambBauO	Hamburgische Bauordnung vom 1. 7. 1986 (GVBl. S. 183)
HambDeichOG	Hamburgisches Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse (Deichordnungsgesetz) i. d. F. vom 1. 8. 1977 (GVBl. S. 274)
HambEnteignungsG	Hamburgisches Enteignungsgesetz i. d. F. vom 11. 11. 1980 (GVBl. S. 305)
HambSOG	Hamburgisches Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vom 14. 3. 1966 (GVBl. S. 77)
HambVwVfG	Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz vom 9. 11. 1977 (GVBl. S. 333)
HambWG	Hamburgisches Wegegesetz i. d. F. vom 22. 1. 1974 (GVBl. S. 41)
HandwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) i. d. F. vom 28. 12. 1965 (BGBl. 1966 I S. 1)
Haushalts- grundsätzeG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder vom 19. 8. 1969 (BGBl. I S. 1273)
HbgEG	s. HambEnteignungsG
HdbDStR (HDSrR)	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von G. Anschütz und R. Thoma, Bd. I 1930, Bd. II 1932

Abkürzungsverzeichnis

HdbStKirchR	Handbuch des Staatskirchenrechts, hrsg. von E. Friesenhahn und U. Scheuner, 2 Bände, 1975
Hess.	Hessen, hessisch
HessBauO	Hessische Bauordnung i. d. F. vom 16. 12. 1977 (GVBl. 1978 I S. 1)
HessEG	Hessisches Enteignungsgesetz vom 4. 4. 1973 (GVBl. I S. 107)
Hesse, VerFR	Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 1990
HessGO	Hessische Gemeindeordnung i. d. F. vom 1. 4. 1981 (GVBl. I S. 66)
HessSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung i. d. F. vom 26. 6. 1990 (GVBl. I S. 197, ber. S. 534)
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HessVwVfG	Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz vom 1. 12. 1976 (GVBl. 1976 I S. 454, ber. 1977 I S. 95)
HEW	Hamburgische Elektrizitätswerke
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 (RGBl. S. 219)
HGrG	s. HaushaltsgrundsätzeG
Hinw.	Hinweis(e)
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HochSchG	Hochschulgesetz
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
ibid.	ibidem (lat. – ebenda)
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e.	im einzelnen
insbes.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. S. v.	im Sinne von
Isensee/Kirchhof, HdbStR, Bd. I – IV, VI	Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, II 1987; Bd. III 1988; Bd. IV, VI 1989
i. V. (m.)	in Verbindung (mit)
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jahrb.	Jahrbuch
Jan.	Januar
JA O Hessen	Juristische Ausbildungsordnung für Hessen vom 10. 9. 1965 (GVBl. I S. 193) aufgehoben durch Gesetz über die juristische Ausbildung (Juristenausbildungsgesetz – JAG –) vom 12. 3. 1974 (GVBl. I S. 157) i. d. F. vom 7. 11. 1985 (GVBl. I S. 212, II S. 322 – 67)
Jarass/Pieroth, GG	Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 1989
Jb.	Jahrbuch
W. Jellinek, VwR	Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1931, Neudruck 1966
JGG	Jugendgerichtsgesetz i. d. F. vom 11. 12. 1974 (BGBl. I S. 3427)
JIR	Jahrbuch für Internationales Recht
JK	Jurakartei (Juristische Ausbildung)

Abkürzungsverzeichnis

JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JURIS	Juristisches Informationssystem
JurJb.	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGe der Länder	Kommunalabgabengesetze der Länder
	Bay: i. d. F. vom 4. 2. 1977 (GVBl. S. 82)
	BW: i. d. F. vom 15. 2. 1982 (GBl. S. 57)
	Brem: vom 15. 5. 1962 (GBl. 139)
	Hess: Gesetz über kommunale Abgaben vom 17. 3. 1970 (GVBl. I S. 225)
	Nds: i. d. F. vom 5. 3. 1986 (GVBl. S. 79)
	NW: vom 21. 10. 1969 (GV NW S. 712)
	RhPf: vom 5. 5. 1986 (GVBl. S. 103)
	Sa: i. d. F. vom 15. 6. 1985 (ABl. S. 729)
	SH: i. d. F. vom 17. 3. 1978 (GVOBl. S. 71)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KGfEG	Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz i. d. F. vom 2. 9. 1971 (BGBl. I S. 1545)
KGSt	Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung
KKZ	Kommunal-Kassen-Zeitschrift
Knack, VwVfG	Hans Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Auflage 1989
KOM	Kommission
KomHdb.	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters, 3 Bde., 1956 ff.; 2. Auflage, hrsg. von Günter Püttner, 6 Bde., 1981 ff.
Komm.	Kommentar
KommSelbstVerwG	s. KSVG
Kopp, VwGO	Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Auflage 1989
Kopp, VwVfG	Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Auflage 1986
Kottenberg-Steffens, Rechtsprechung	Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Loseblattsammlung, Stand: 31. Lieferung (Sept. 1990)
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KrO	Kreisordnung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz i. d. F. vom 25. 8. 1969 (BGBl. I S. 1317)
KStG	Körperschaftssteuergesetz i. d. F. vom 10. 2. 1984 (BGBl. I S. 217)
KStZ	Kommunale Steuerzeitschrift
KSVG	Kommunalselbstverwaltungsgesetz des Saarlandes i. d. F. vom 18. 4. 1989 (ABl. S. 557)
LadenschlußG	Gesetz über den Ladenschluß vom 28. 11. 1956 (BGBl. I S. 875)
LAG	Lastenausgleichsgesetz i. d. F. vom 1. 10. 1969 (BGBl. I S. 1909)
XXX	

Abkürzungsverzeichnis

LBauO	Landesbauordnung
LBG	Landbeschaffungsgesetz vom 23. 2. 1957 (BGBl. I S. 134)
Leits.	Leitsatz
LG	Landgericht
LKO	Landkreisordnung
LOG NW	Landesorganisationsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 10. 7. 1962 (GV NW S. 421/SGV NW 2005)
LPersVG	Landespersonalvertretungsgesetz
LS	Leitsatz
LStrG RhPf.	Landesstraßengesetz für Rheinland-Pfalz i. d. F. vom 1. 8. 1977 (GVBl. S. 274)
LT	Landtag
lt.	laut
LuftVG	Luftverkehrsgesetz i. d. F. vom 14. 1. 1981 (BGBl. I S. 61)
LV	Landesverfassung
LVbO	Landschaftsverbandsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 27. 8. 1984 (GV NW S. 544)
LVwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz) i. d. F. vom 19. 3. 1979 (GVBl. S. 181)
LVwGSH	s. LVwG
LWG	Landeswassergesetz
m.	mit
v. Mangoldt/Klein, GG	Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 3 Bde.; Bd. I, 2. Auflage 1957, Bd. II, 2. Auflage 1964, Bd. III, 2. Auflage 1974
v. Mangoldt/Klein/ Starck, GG	Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage 1985
Maunz/Dürig, GG	Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, (Loseblatt-)Kommentar, Stand: 28. Lieferung (Dez. 1989)
Maunz/Zippelius, StaatsR	Theodor Maunz/Reinhold Zippelius, Deutsches Staatsrecht, Kurzlehrbuch, 27. Auflage 1988
Maunz/Zippelius, StR	s. Maunz/Zippelius, StaatsR
Maurer, Allg. VwR F. Mayer/Kopp, Allg. VwR	Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 1990 Franz Mayer/Ferdinand Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage 1985
O. Mayer, VwR I, II	Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., 3. Auflage 1924, Neudruck Bd. I 1961, Bd. II 1969
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MenschRKonv.	Konvention über Menschenrechte vom 4. 11. 1950 (BGBl. II 1952, S. 686)

Abkürzungsverzeichnis

Meyer/Borgs, VwVfG	Hans Meyer/Hermann Borgs-Maciejewski, <i>Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar</i> , 2. Auflage 1982
MRVO	Militärregierungsverordnung
I. v. Münch, Bes. VwR	Ingo v. Münch (Hrsg.), <i>Besonderes Verwaltungsrecht</i> , 8. Auflage 1988
I. v. Münch, GGK I, II, III	Ingo von Münch (Hrsg.), <i>Grundgesetz-Kommentar</i> , Bd. I, 3. Auflage 1985, Bd. II und III, 2. Auflage 1983
m. w. Hinw. m. (w.) N.	mit weiteren Hinweisen mit (weiteren) Nachweisen
Nachw.	Nachweise
Nds.	Niedersachsen, niedersächsisch
NdsBauO	Niedersächsische Bauordnung i. d. F. vom 6. 6. 1986 (GVBl. S. 157)
NdsGO	Niedersächsische Gemeindeordnung i. d. F. vom 22. 6. 1982 (GVBl. S. 229)
NdsSOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 17. 11. 1981 (GVBl. S. 347)
NdsVwVfG	Vorläufiges Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Niedersachsen vom 3. 12. 1976 (GVBl. S. 311)
NdsWG	Niedersächsisches Wassergesetz i. d. F. vom 28. 10. 1982 (GVBl. S. 425)
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
NS	Nationalsozialistisch(e)
ns.	niedersächsisch
NSEG	Niedersächsisches Enteignungsgesetz i. d. F. vom 6. 4. 1981 (GVBl. S. 83)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Rechtsprechungsreport der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NW	Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
NWBauO	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 26. 6. 1984 (GV NW S. 419)
NWGkG	Nordrhein-Westfälisches Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit i. d. F. vom 1. 10. 1979 (GV NW S. 621/SGV NW 202)
NWGemO	s. NWGO
NWGO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 13. 8. 1984 (GV NW S. 475/SGV NW 2023)
NWOBG	Nordrhein-Westfälisches Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehördengesetz) i. d. F. vom 13. 5. 1980 (GV NW S. 528/SGV NW 2060)
NWVBL	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter

Abkürzungsverzeichnis

NWVwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. 12. 1976 (GVNW S. 438/SGVNW 2010)
NWVwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 13. 5. 1980 (GVNW S. 510/SGVNW 2010)
o.	oben
o. ä.	oder ähnlichem
Obermayer, VwVfG	Klaus Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1990
OEG	Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten (Opferentschädigungsgesetz) i. d. F. vom 7. 1. 1985 (BGBl. I S. 1)
ÖR	Öffentliches Recht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
o. J.	ohne Jahr
OLG	Oberlandesgericht
Oppermann, EuR	Thomas Oppermann, Europarecht, 1991
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten i. d. F. vom 19. 2. 1987 (BGBl. I S. 602)
PartG	Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz) i. d. F. vom 3. 3. 1989 (BGBl. I S. 327)
PBeFG	Personenbeförderungsgesetz vom 8. 8. 1990 (BGBl. I S. 1690)
PersBefG	s. PBeFG
PersV	Die Personalvertretung (Zeitschrift)
POG	Polizeiorganisationsgesetz
PolG	Polizeigesetz
Pos.	Position
PostG	Gesetz über das Postwesen vom 3. 7. 1989 (BGBl. I S. 1449)
PostVerfG	Gesetz über die Unternehmensverfassung der Deutschen Bundespost (Postverfassungsgesetz) vom 8. 6. 1989 (BGBl. I S. 1026)
PostVG	Gesetz über die Verwaltung der Deutschen Bundespost (Postverwaltungsgesetz) vom 24. 7. 1953 (BGBl. I S. 676), aufgehoben durch PostVerfG vom 8. 6. 1989 (BGBl. I S. 1026)
Pr.	Preußen, preußisch
PrALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, gültig ab 1. 6. 1794
PrEG	Preußisches Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. 6. 1874 (GS S. 221)
preuß.	preußisch
PrKAG	Preußisches Kommunalabgabengesetz vom 14. 7. 1893 (GS S. 152)
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts

Abkürzungsverzeichnis

PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931 (GS S. 77)
PrVereinfEG	Preußisches Gesetz über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren vom 26. 7. 1922 (GS S. 211)
PStG	Personenstandsgesetz i. d. F. vom 8. 8. 1957 (BGBl. I S. 1126)
Püttner, Allg. VwR	Günter Püttner, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 1983
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
RAO	s. ReichsabgabenO
Rdn., Rdnr.	Randnummer
RdWWi.	Recht der Wasserwirtschaft
Redeker/v. Oertzen, VwGO	Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 9. Auflage 1988
ReichsabgabenO	Reichsabgabenordnung vom 13. 12. 1919 i. d. F. vom 22. 5. 1931 (RGBl. I S. 161)
RelKERzG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. 7. 1921 (RGBl. S. 939)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt (1871 – 1921, dann aufgeteilt in Teile I u. II)
RGBl. I	Reichsgesetzblatt, Teil I (1922 – 1945)
RGBl. II	Reichsgesetzblatt, Teil II (1922 – 1945)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHeimstG	Reichsheimstättengesetz i. d. F. vom 25. 11. 1937 (RGBl. I S. 1291)
RhPf.	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
RhPfBauO	Landesbauordnung für Rheinland-Pfalz vom 28. 11. 1986 (GVBl. S. 307)
RhPfEG	Rheinland-Pfälzisches Enteignungsgesetz vom 22. 4. 1966 (GVBl. S. 103)
RhPfGO	Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz vom 14. 12. 1973 (GVBl. S. 491)
RhPfPVG	Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz i. d. F. vom 1. 8. 1981 (GVBl. S. 179, ber. S. 232)
RhPfVwVfG	Landesgesetz über das Verwaltungsverfahren in Rheinland-Pfalz vom 23. 12. 1976 (GVBl. S. 308)
Rhld-Pf. VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Landes Rheinland-Pfalz vom 8. 7. 1957 (GVBl. S. 101)
Rhld-Pf. WG	Wassergesetz des Landes Rheinland-Pfalz vom 4. 3. 1983 (GVBl. S. 31)
RhPfZweckVG	Zweckverbandsgesetz f. Rheinland-Pfalz vom 22. 12. 1982 (GVBl. S. 476)
RiA	Das Recht im Amt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
RN, Rn., RNr.	Randnummer
ROG	Raumordnungsgesetz vom 19. 7. 1989 (BGBl. I S. 1461)
RS, Rs	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RuStAngG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. 7. 1913 (RGBl. S. 583)

Abkürzungsverzeichnis

RVO	Reichsversicherungsordnung i. d. F. des Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetzes (UVNG) vom 30. 4. 1963 (BGBl. I S. 241); Rechtsverordnung
RWE	Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerke
RWR	Recht der Wasserwirtschaft, Veröffentlichungen d. Instituts f. d. Recht der Wasserwirtschaft a. d. Universität Bonn
S.	Satz; Seite
s.	siehe
Sa	Saarland, saarländisch
Saarl. VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Saarlandes vom 27. 3. 1974 (Abl. S. 430)
SaarlWG	Wassergesetz des Saarlandes i. d. F. vom 11. 12. 1989 (Abl. S. 1641)
Sartorius	
schlesw.-holst.	Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik
LVwG	s. SHLVwG
SchlHVwG	s. SHLVwG
W. Schmidt,	
Einf. VwR	Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982
Schwarze, Eur. VwR	Jürgen Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I und II, 1988
Schweitzer/ Hummer, EuR	Michael Schweitzer/Waldemar Hummer, Europarecht, 3. Aufl. 1990
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB-AT	Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – vom 11. 12. 1975 (BGBl. I S. 3015)
SGB X	Sozialgesetzbuch, X. Buch – Verwaltungsverfahren – vom 18. 8. 1980 (BGBl. I S. 1469)
SGG	Sozialgerichtsgesetz i. d. F. vom 23. 9. 1975 (BGBl. I S. 2535)
SGVNW	Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen (Loseblatt-Sammlung; 1962 ff.)
SH	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
SHBauO	Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein vom 24. 2. 1983 (GVObI. S. 86)
SHGO	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein i. d. F. vom 11. 11. 1977 (GVObI. S. 410)
SHLVwG	s. LVwG
SHWG	Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein i. d. F. vom 17. 1. 1983 (GVObI. S. 24)
SKV	Staats- und Kommunal-Verwaltung
Slg.	Sammlung
SoforthilfeG	Gesetz zur Milderung dringender sozialer Notstände vom 8. 8. 1949 (WiGBl. S. 205) aufgehoben durch LAG vom 14. 8. 1952 (BGBl. I S. 446) i. d. F. vom 1. 10. 1969 (BGBl. I S. 1909)
SOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
sog.	sogenannt
SoldatenG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz) i. d. F. vom 19. 8. 1975 (BGBl. I S. 2273)

Abkürzungsverzeichnis

Sp.	Spalte
SPE	Sammlung schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen
StabG	s. StaG
StaG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. 6. 1967 (BGBl. I S. 582)
Statist. Jb.	Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland (hrsg. vom Statistischen Bundesamt)
StBFG	Gesetz über städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen in den Gemeinden (Städtebauförderungsgesetz) i. d. F. vom 18. 8. 1976 (BGBl. I S. 2318, ber. S. 3617) aufgehoben durch das Gesetz über das Baugesetzbuch vom 8. 12. 1986 (BGBl. I S. 2191)
Steiner, Bes. VwR Stelkens/Bonk/ Leonhardt, VwVfG	Udo Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1988 Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Klaus Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Auflage 1990
Sten. Ber.	Stenographischer Bericht
Stern, StR, Bd. I – III/1	Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, Bd. II 1980, Bd. III/1 1988
StGB	Strafgesetzbuch i. d. F. vom 10. 3. 1987 (BGBl. I S. 945, ber. S. 1160)
StGH	Staatsgerichtshof
StHG	Staatshaftungsgesetz vom 26. 6. 1981 (BGBl. I S. 553), für nichtig erklärt durch Urteil d. BVerfG v. 19. 10. 1982 (BGBl. I S. 1493)
StiftG	Stiftungsgesetz
StPO	Strafprozeßordnung i. d. F. vom 7. 4. 1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319)
StrG BW	Straßengesetz für Baden-Württemberg i. d. F. vom 26. 9. 1987 (GBl. S. 477)
StrWG NW	Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 1. 8. 1983 (GV NW S. 306 / SGV NW 91)
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVG	Straßenverkehrsgesetz vom 19. 12. 1952 (BGBl. I S. 837)
StVO	Straßenverkehrsordnung vom 16. 11. 1970 (BGBl. I S. 1565, ber. BGBl. 1977 I S. 38)
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz) vom 16. 3. 1976 (BGBl. I S. 581)
StVwR NW StVZO	s. Grimm/Papier, StVwR NW Straßenverkehrs-Zulassungsordnung i. d. F. vom 28. 9. 1988 (BGBl. I S. 1793)
SVG	Gesetz über die Versorgung für die ehemaligen Soldaten der Bundeswehr und ihre Hinterbliebenen (Soldatenversorgungsgesetz) i. d. F. vom 21. 4. 1983 (BGBl. I S. 457)
TA	Technische Anleitung
TA Luft	Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft) vom 27. 2. 1986 (GMBL. S. 95, ber. S. 202)
TierseuchG	Tierseuchengesetz i. d. F. vom 28. 3. 1980 (BGBl. I S. 386)

Abkürzungsverzeichnis

TÜV	Technischer Überwachungsverein
TVG	Tarifvertragsgesetz i. d. F. vom 25. 8. 1969 (BGBl. I S. 1323)
u.	und; unten
u. a.	und andere; unter anderem
Ule, VerwGbarkeit	Carl Hermann Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Auflage 1962
Ule, VerwprozeßR	Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozeßrecht, Studienbuch, 9. Auflage 1987
Ule/Laubinger, Verwaltungsver- fahrensrecht	Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahren- recht, 3. Auflage 1986
umf.	umfassend
unzutr.	unzutreffend
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909 (RGBl. I S. 499)
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes vom 10. 3. 1961 (BGBl. I S. 165)
v.	vom; von
VA	Verwaltungsakt
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (Jg. 1980 ff.)
VereinsG	Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts vom 5. 8. 1964 (BGBl. I S. 593)
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfR	Verfassungsrecht
Verh.	Verhandlungen
VersG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) i. d. F. vom 15. 11. 1978 (BGBl. I S. 1790)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwprozeßR	Verwaltungsprozeßrecht
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung obergericht- licher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VEW	Vereinigte Elektrizitätswerke
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGH Bad.-Württ.	Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof
VGH n. F.	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwal- tungsgerichtshofs. Neue Folge
Vgl.	vergleiche
VkBl.	Verkehrsblatt
VO	Verordnung
VOBlrZ	Verordnungsblatt für die britische Zone

Abkürzungsverzeichnis

Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung i. d. F. vom 19. 3. 1991 (BGBl. I S. 686)
VwR	Verwaltungsrecht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVfGe des Bundes und der Länder	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes vom 25. 5. 1976 (BGBl. I S. 1253) und Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder: Ba-WüVwVfG, BayVwVfG, BerlVwVfG, BremVwVfG, HambVwVfG, HessVwVfG, NdsVwVfG, NWVwVfG, RhPfVwVfG, SaVwVfG
VwVG	s. BVwVG
WaffG	Waffengesetz i. d. F. vom 8. 3. 1976 (BGBl. I S. 432)
Wallerath, Allg. VwR	Maximilian Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1985
WaStrG	s. BWaStrG
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) i. d. F. vom 23. 9. 1986 (BGBl. I S. 1529, ber. S. 1654)
WiGBL.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WiR	Zeitschrift Wirtschaftsrecht
WissHG	Gesetz über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen vom 20. 11. 1979 (GV NW S. 926/SGV NW 223)
WissR	Wissenschaftsrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	s. WPM
2. WoBauG	Zweites Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz) i. d. F. vom 11. 6. 1985 (BGBl. I S. 1284, ber. S. 1661)
Wolff/Bachof, VwR I, II, III	Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Auflage 1974, Verwaltungsrecht II, 4. Auflage 1976, Verwaltungsrecht III, 4. Auflage 1978
Wolff/Bachof/ Stober, VwR II	Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Auflage 1987
WP	Wahlperiode
WPfIG	Wehrpflichtgesetz i. d. F. vom 13. 6. 1986 (BGBl. I S. 879)
WPM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen Teil IV
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. 8. 1919 (RGBl. S. 1383)
WuV	Wirtschaft und Verwaltung
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht

Abkürzungsverzeichnis

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZPO	Zivilprozeßordnung i. d. F. vom 12. 9. 1950 (BGBl. S. 533)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
Ztschr.	Zeitschrift
Ztschr. f. Schweiz.	
Recht	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
zust.	zuständigkeitshalber
z. Z.	zur Zeit
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

ERSTER ABSCHNITT

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

Ingo von Münch
und
Dirk Ehlers

§ 1

Begriff der öffentlichen Verwaltung

I. Allgemeine Umschreibung des Begriffs öffentliche Verwaltung

„Von der Wiege bis zur Bahre: Formulare, Formulare.“ Treffender als der **1**
Volksmund mit diesem Spruch kann man die Einbindung des Menschen in
Verwaltungsvorgänge nicht beschreiben. Ein Mensch wird – vielleicht in einem
städtischen Krankenhaus – geboren: Die Geburt ist dem Standesbeamten anzu-
zeigen, der sie in das Geburtenbuch einträgt und den Geburtsschein ausstellt;
das Einwohnermeldeamt ergänzt die Meldekartei; dem Finanzamt ist Mitteilung
zu machen, damit gegebenenfalls die Steuerklasse neu festgesetzt wird; über das
Arbeitsamt erfolgt die Zahlung des Kindergeldes; die Allgemeine Ortskranken-
kasse leistet Mutterschaftshilfe. Die Liste der Berührungen mit der öffentlichen
Verwaltung wäre lang, wenn der Lebensweg eines Menschen (Schule, Arbeits-
platz, Freizeit, Altersversorgung usw.) bis hin zum Tode weitergezeichnet würde.

Neben den Sachverhalten, in denen ganz offensichtlich ein Handeln der
öffentlichen Verwaltung vorliegt, gibt es aber auch Situationen, für welche diese
Feststellung zweifelhaft sein kann: Das städtische Wasserwerk versorgt private
Haushalte mit Wasser; ein Elektrizitätswerk, dessen Aktien sich teils im Eigentum
mehrerer Städte, teils im Eigentum von Privatpersonen befinden, liefert Strom;
Straßenbahn und Bundesbahn befördern Fahrgäste; ein Bundesland kauft Blei-
stifte und Bücher für seine Universität; eine Rundfunkanstalt verkauft Sende-
zeiten für Werbung. Ist das alles öffentliche Verwaltung?

Die Frage zielt auf den *Begriff* der öffentlichen Verwaltung¹. Das Bemühen, **2**
diesen Begriff zu definieren, beschäftigt die deutsche Verwaltungsrechtswissen-

¹ Zur Geschichte der öffentlichen Verwaltung vgl. *Ellwein*, in: *König/von Oertzen/
Wagener* (Hrsg.), *Öffentliche Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1981,

schaft seit mehr als hundert Jahren². Eine Legaldefinition ist nicht vorhanden. Für *Ernst Forsthoff* ist öffentliche Verwaltung überhaupt nicht definierbar, sondern nur beschreibbar: „die Mannigfaltigkeit, in der sich die einzelnen Verrichtungen der Verwaltung ausfächern, spottet der einheitlichen Formel“³. Indessen kann nur das geregelt werden, was auch definiert werden kann. Richtig ist allerdings, daß der Begriff Öffentliche Verwaltung mehrdeutig ist⁴:

- 3 Öffentliche Verwaltung kann als Verwaltungstätigkeit (das Verwalten) verstanden werden – *öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne* (z. B. Versetzung oder Nichtversetzung eines Schülers; Verkehrsregelung durch einen Polizeibeamten; Gewährung einer Ausbildungsförderung; Ausstellung eines Reisepasses; Schließung eines Gewerbebetriebes; Erteilung einer Baugenehmigung).
- 4 Öffentliche Verwaltung kann aber auch die Einrichtungen (d. h. die Behörden) meinen, durch die verwaltet wird – *öffentliche Verwaltung im organisatorischen Sinne* (z. B. Jugendamt; Justizprüfungsamt; Gewerbeaufsichtsamt; Baubehörde; Finanzamt; Arbeitsamt; Wasser- und Schifffahrtsdirektion)⁵.
- 5 Öffentliche Verwaltung kann schließlich alle von der Verwaltung im organisatorischen Sinne ausgeübte Tätigkeiten bezeichnen, und zwar gleichgültig, ob es sich dabei um Verwaltung im materiellen Sinne handelt oder nicht – *öffentliche Verwaltung im formellen (funktionalen) Sinne* (z. B. Finanzamt erläßt Steuerbescheid; Finanzamt kauft Aktenordner; Finanzamt macht Betriebsausflug).
- 6 Am schwierigsten zu fassen ist der Begriff der öffentlichen Verwaltung *im materiellen Sinne*, da er weder – wie der Begriff der öffentlichen Verwaltung im organisatorischen Sinne – an reale organisatorische Einheiten („Zuständliches“)⁶ anknüpft, noch – wie der Begriff der öffentlichen Verwaltung im funktionalen Sinne – undifferenziert jede Tätigkeit der Verwaltungsbehörden umgreift. Nach *Hans Julius Wolff* ist öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne „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 hierfür bestellten Sachwalter des Gemeinwe-

S. 37 ff.; *Stern*, StR, Bd. II, § 41 II, IV 1–3, sowie – umfassend – *Jeserich/Pohl/v. Unruh* (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. I u. II, 1983; Bd. III, 1984; Bd. IV, 1985; Bd. V, 1986; Bd. VI, 1988.

² Zutreffend ist der Hinweis von *Stern*, StR, Bd. II, § 41 I 1, daß die Überlegungen dazu bis heute noch keinen endgültigen Abschluß gefunden haben.

³ *Forsthoff*, VwR, S. 1; vgl. dazu *Rengeling*, DVBl. 1976, 354.

⁴ Vgl. zum Folgenden *Achterberg*, Allg. VwR, § 1 Rn. 7 ff., und *Wolff/Bachof*, VwR I, § 2 IV, die über die nachstehende Aufzählung hinaus noch (nach dem Grad der Weisungsabhängigkeit) die öffentliche Verwaltung im modalen Sinne nennen; wie hier auch *Maurer*, Allg. VwR, § 1 Rn. 1–4. Kritik am materiellen Verwaltungsbegriff bei *Winkler*, *Orientierungen im öffentlichen Recht*, 1979.

⁵ Vgl. dazu unten §§ 55–57.

⁶ Ausdruck von *Forsthoff*, VwR, S. 13.

sens⁷. Diese und ähnliche⁸ Definitionen sind aber (notgedrungen) so allgemein und abstrakt geraten, daß sie kaum handhabbar sind. Statt einer positiven herrscht deshalb eine negative Begriffsbestimmung vor. So hat z. B. *Walter Jellinek*, einer der bedeutendsten Verwaltungsrechtslehrer in der Zeit der Weimarer Republik, die öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne als die „Tätigkeit des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von Rechtsetzung und Rechtsprechung“ definiert⁹. Diese als „Subtraktionsdefinition“ bezeichnete Begriffsbestimmung trifft insoweit zu, als sie die öffentliche Verwaltung von Gesetzgebung und Rechtsprechung abgrenzt, so wie dies Art. 1 Abs. 3 GG in seiner ursprünglichen Fassung („Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“) zum Ausdruck brachte.

Die Subtraktionsdefinition (Negativdefinition) ist jedoch unvollständig, da sie den ebenfalls von der Verwaltung abzugrenzenden Bereich der *Regierung* nicht erwähnt¹⁰. Zwar steht die Verwaltung der Regierung näher als der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, weshalb sich die Zusammenfassung von Verwaltung und Regierung unter dem in Art. 1 Abs. 3 GG (neue Fassung)¹¹ verwendeten Oberbegriff „vollziehende Gewalt“ rechtfertigen läßt. Aber dennoch bleiben Regierung und Verwaltung zwei voneinander unterscheidbare Tätigkeiten; richtig formuliert die Verfassung von Berlin (West): „Die vollziehende Gewalt liegt in den Händen der Regierung und der ihr nachgeordneten Verwaltung¹².“ Die klassische Subtraktionsdefinition muß also erweitert werden zu dem Leitsatz: Der Begriff der öffentlichen Verwaltung umfaßt die staatliche Tätigkeit, die nicht Gesetzgebung, Regierung oder Rechtsprechung ist.

II. Abgrenzung von Gesetzgebung, Regierung und Rechtsprechung

Das Griffige, fast Simple dieser Umschreibung verführt zu der Annahme, **8** daß das Problem der Bestimmung des Begriffs öffentliche Verwaltung damit zufriedenstellend gelöst sei. Das ist jedoch nicht der Fall, und zwar deshalb nicht, weil auch die Begriffe Gesetzgebung, Regierung und Rechtsprechung ihrerseits nicht trennscharf voneinander abgrenzbar sind.

⁷ *Wolff/Bachof*, VwR I, § 2 III. Kritisch dazu *Faber*, VwR, S. 18 ff.

⁸ Vgl. *Stern*, StR, Bd. II, § 41 I 3 b; weitere Nachw. bei *Maurer*, Allg. VwR, § 1 Rn. 7.

⁹ *Jellinek*, VwR, S. 6. Vgl. auch *O. Mayer*, VwR I, S. 7.

¹⁰ Siehe hierzu *Achterberg*, Allg. VwR, § 8; *Maurer*, Allg. VwR, § 12 Rn. 6; *Schröder*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR, Bd. III, § 67 Rn. 29 f.

¹¹ Durch 7. Gesetz zur Änderung des GG v. 19. 3. 1956 (BGBl. I, S. 111); die neue Fassung wurde in das GG eingefügt, um auch die Bundeswehr, die nicht Verwaltung im engeren Sinne ist, in Art. 1 Abs. 3 GG unterzubringen.

¹² Art. 3 Abs. 1 S. 2. – Zur Verwaltung als „eigenständiger Staatsgewalt“ vgl. auch die Hinw. bei *Schmidt-Aßmann*, VVDStRL 34 (1976), S. 221, 229.

Das Prinzip der Gewaltentrennung¹³ kann nämlich nicht dahin verstanden werden, daß hier wie in einem Küchenschrank fest umwandete Gefäße mit Zucker, Pfeffer und Salz nebeneinander stehen; denn das Gewaltentrennungsprinzip soll nicht logisch-puristischer Begrifflichkeit dienen, sondern hat eine aus geschichtlichen Erfahrungen gewachsene Funktion, die konkret von der Ausgestaltung der jeweiligen Verfassung bestimmt wird¹⁴. Dabei ist es im vorliegenden Zusammenhang gleichgültig, ob die Gewalttrennung primär als eines von mehreren Mitteln zur Sicherung der individuellen Freiheit (nämlich durch Verhinderung von Machtkonzentration) gesehen wird oder vor allem als eine Frage der sachgemäßen Bestimmung und Zuordnung der staatlichen Funktionen und der sie wahrnehmenden Organe¹⁵. Nach beiden Auffassungen sind Überschneidungen zwischen den verschiedenen Staatsgewalten möglich: für erstere solange die Durchbrechung der Gewalttrennung nicht in den Kernbereich einer anderen Gewalt eingreift¹⁶, für letztere solange das prinzipielle Verbot der Wahrnehmung oder Zuweisung von Funktionen, die der Struktur des Organs und der von ihm wahrzunehmenden Grundfunktion nicht entsprechen, eingehalten wird. Mit dem Grundsatz der Gewalttrennung sind deshalb gewisse *Verwischungen der Grenzlinie zwischen den Staatsgewalten* vereinbar. Beispiele hierfür sind die Parlamentsverwaltung (z. B. die Ausübung des Hausrechts und der Polizeigewalt durch den Bundestagspräsidenten im Bundestagsgebäude gem. Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG), die Rolle der Regierung in der Normsetzung durch Gesetzesinitiative und Ordnungsgebung und die Justizverwaltung (z. B. die Abnahme der juristischen Staatsprüfungen durch die Justizprüfungsämter)¹⁷.

- 9 Die auf der Trennung der Staatsgewalten beruhende Definition der Verwaltung ist also nur brauchbar, wenn man sich der Relativität der Gewaltentrennung und damit auch der Relativität jener Definition bewußt bleibt. Die Verwaltung läßt sich von den anderen Staatsgewalten im Sinne der Subtraktionsdefinition nur abgrenzen, wenn man auf die für Gesetzgebung, Regierung und Rechtsprechung *typischen und ihnen wesenseigenen Tätigkeiten* abstellt. Als typisch und wesenseigen wird für die Gesetzgebung „die Setzung genereller, abstrakter Rechtsnormen“¹⁸ angesehen, für die Regierung „die wesentlich vom Politischen her bestimmte Leitung der Verwaltung“¹⁹, und für die Rechtsprechung „die zu rechts-

¹³ Literaturhinweise bei *Stern*, StR, Bd. II, § 36. – Der Sprachgebrauch ist nicht einheitlich: *Hesse*, VerfR, Rn. 475 ff., verwendet den Ausdruck „Gewaltenteilung“; *Achterberg*, Allg. VwR, § 7, verwendet den Ausdruck „Funktionenordnung“.

¹⁴ *Hesse*, VerfR, Rn. 481 ff. Hierzu und zum Folgenden: *Erichsen*, StR u. VerfGbkt II, S. 98 f.

¹⁵ Im letzteren Sinne *Hesse*, VerfR, Rn. 481 ff.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 34, 52, 59 – JAO Hessen.

¹⁷ Vgl. hierzu *Achterberg*, Allg. VwR, § 9.

¹⁸ *Forsthoff*, VwR, S. 9; *Wolff/Bachof*, VwR I, § 17 II b; *Erichsen*, StR u. VerfGbkt II, S. 101 f.

¹⁹ *Forsthoff*, VwR, S. 17; *Schröder*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR, Bd. III, § 67 Rn. 30.

kräftiger Entscheidung führende rechtliche Beurteilung von Sachverhalten in Anwendung des geltenden objektiven Rechts durch ein unbeteiligtes (Staats-) Organ“²⁰. Selbst angesichts dieser Relativität bleiben noch Fragen offen; erinnert sei hier nur an die Diskussion um die Zulässigkeit sog. „Maßnahmegesetze“, d. h. auf einen konkreten Sachverhalt abgestellter Gesetze, von denen gesagt worden ist, daß sie „in ihrer logischen Struktur dem Verwaltungshandeln verwandt“ seien²¹, sowie an das *Ineinanderfließen von Regierung und Verwaltung*²². Schließlich gibt es Institutionen, deren Tätigkeit nicht von vornherein erkennbar oder nicht notwendig der Gesetzgebung, Regierung, Rechtsprechung oder Verwaltung zuzuordnen ist. Beispiele hierfür sind der Bundesrechnungshof und die Rechnungshöfe der Länder, die Bundesbank und die Landeszentralbanken, der Wehrbeauftragte des Bundestages und der in neuerer Zeit häufig diskutierte Bürgerbeauftragte (ombudsman)²³.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen: Eine begrifflich ganz saubere **10** Abgrenzung der Verwaltung von der Gesetzgebung, der Regierung und der Rechtsprechung ist nicht möglich, weil 1. auch die Organe der Gesetzgebung, der Regierung und der Rechtsprechung (wenn auch in beschränktem Umfang) echte Verwaltungstätigkeit ausüben, 2. Gesetze in Form von Maßnahmegesetzen dem Verwaltungshandeln verwandt sind, und 3. weil es Institutionen gibt, die nicht von vornherein entweder der Verwaltung zugeordnet oder von ihr abgeordnet werden können.

Die erweiterte Subtraktionsdefinition (Verwaltung ist die staatliche Tätigkeit, die nicht Gesetzgebung, Regierung und Rechtsprechung darstellt) ist also nur als Grobraster brauchbar.

III. Merkmale der öffentlichen Verwaltung

Eine positive Ausfüllung des Begriffs der öffentlichen Verwaltung wird sich **11** damit begnügen müssen, die Merkmale aufzusuchen, die das Wesen der öffentlichen Verwaltung ausmachen. Auch hier kann es sich wieder nur um die skizzenhafte Aufzeichnung einiger Hauptlinien handeln, nicht um die enzyklopädische Erfassung aller Details.

²⁰ Wolff/Bachof, VwR I, § 19 I c.

²¹ Forsthoff, VwR, S. 10. – Das BVerfG hat den Begriff des Maßnahmegesetzes für verfassungsrechtlich irrelevant erklärt (BVerfGE 25, 371, 396 – lex Rheinstahl).

²² Vgl. F. Mayer/Kopp, Allg. VwR, § 1 III; Püttner, Allg. VwR, S. 25.

²³ Vgl. auch Maurer, Allg. VwR, § 1 Rn. 6. Zu Beauftragten allg. Fuchs, „Beauftragte“ in der öffentlichen Verwaltung, 1985; speziell zu Ausländerbeauftragten: Grindel, Ausländerbeauftragte – Aufgaben und Rechtsstellung, 1984; Kempf/Uppendahl (Hrsg.), Ein deutscher Ombudsman. Der Bürgerbeauftragte in Rheinland-Pfalz, 1986.

1. Handeln im öffentlichen Interesse

- 12** Merkmal der öffentlichen Verwaltung ist zunächst, daß sie *im öffentlichen Interesse* handelt²⁴. Während Privatpersonen (und ihren Zusammenschlüssen) innerhalb der Grenzen der Privatautonomie das Recht zusteht, beliebige Ziele zu verfolgen, kommt der Verwaltung eine solche Freiheit nicht zu; denn aus dem Rechtsstaatsprinzip i. V. m. den Grundrechten ergibt sich, daß die Verwaltung für jedes Handeln einer besonderen kompetenziellen Rechtfertigung bedarf. Als ein solcher Rechtfertigungsgrund kommt dabei nur ein öffentlicher Zweck²⁵ bzw. ein öffentliches Interesse in Betracht.
- 13** Hinter der einfachen und selbstverständlich klingenden Feststellung, daß das Handeln im öffentlichen Interesse ein Merkmal der öffentlichen Verwaltung ist, verbirgt sich ein Problem von großer Schwierigkeit und verwickelter Komplexität, nämlich die Frage: Was ist im öffentlichen Interesse, was dagegen nur im privaten Interesse? Es geht hier also um die Bestimmung des Rechtsbegriffs „öffentlich“²⁶.
- 14** Der Begriff „öffentlich“ wird in zahlreichen Gesetzen verwendet. So gewährt das Versammlungsgesetz (§ 1 Abs. 1) jedermann das Recht, „öffentliche Versammlungen und Aufzüge zu veranstalten und an solchen Veranstaltungen teilzunehmen“. Nach Art. 21 Abs. 1 S. 4 GG²⁷ müssen die politischen Parteien „über die Herkunft und die Verwendung ihrer Mittel sowie über die Vermögen öffentlich Rechenschaft geben“. Die Polizei- und Ordnungsbehörden haben aufgrund der Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder die Aufgabe und Befugnis, Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird²⁸. Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind gem. § 1 Abs. 6 BauGB „die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen“. Die Errichtung eines Kernkraftwerkes darf nur genehmigt werden, wenn „überwiegende öffentliche Interessen, insbesondere im Hinblick auf die Reinhaltung des Wassers, der Luft und des Bodens, der Wahl des Standorts der Anlage nicht entgegenstehen (§ 7 Abs. 2 Nr. 6 AtomG)²⁹“.

²⁴ *Fleiner-Gerster*, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1980, sieht das entscheidende Merkmal der öffentlichen Verwaltung in der Verwirklichung des öffentlichen Interesses (S. 16).

²⁵ *Eblers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 87.

²⁶ Vgl. dazu *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969; *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, beide m. w. Hinw. Vgl. auch *Faber*, VwR, S. 389: Das Öffentliche im Verwaltungsrecht zielte ursprünglich auf die Entfeudalisierung ab.

²⁷ In der Neufassung v. 21. 12. 1983 (BGBl. 1983 I, S. 1481).

²⁸ Vgl. z. B. §§ 1, 3 BWPolG; 1, 3 HambSOG; 1, 11 NdsSOG; 1, 14 NWOBG. § 1 Abs. 1 BWPolG verlangt zusätzlich, daß die Gefahrenabwehr im öffentlichen Interesse geboten ist. Nur auf die öffentliche Sicherheit stellen die §§ 1, 10 BremPolG; 1, 8 NWPolG ab.

²⁹ Vgl. auch Art. 19 Abs. 4 GG (öffentliche Gewalt); Art. 33 Abs. 4 GG (öffentlicher Dienst); Art. 34 GG (öffentliches Amt); § 36 GewO (öffentliche Bestellung); § 1 FStrG (öffentliche Straßen); § 18 Abs. 1 NWGO (öffentliche Einrichtungen).

Die Beispiele zeigen, daß der Begriff „öffentlich“ mehrdeutig ist. Im Fall der öffentlichen Versammlungen geht es darum, daß eine unbestimmte Zahl von Personen die Möglichkeit des Zugangs hat. Nicht auf den Zugang, wohl aber auf die Wahrnehmbarkeit durch eine unbestimmte Zahl von Personen kommt es bei der Verpflichtung der politischen Parteien, über ihre Mittel und ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft abzulegen an, wobei das Parteiengesetz (§ 23 Abs. 2 S. 2) die Veröffentlichung in einer Bundestagsdrucksache vorschreibt. Das Vorliegen einer Gefahr, durch welche die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Sinne des Polizeirechts bedroht wird, ist wiederum unabhängig von Zugangsmöglichkeit und Wahrnehmbarkeit; hier geht es vielmehr um den *Schutz* von Individual- und Gemeinschaftsgütern (z. B. Unversehrtheit von Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit und Vermögen des Bürgers sowie der Einrichtungen des Staates), ohne daß es in der Regel auf Publizität ankommt. So kann die Polizei z. B. in einen abgeschlossenen, nicht einsehbaren Raum eindringen, um den Selbstmordversuch eines Geisteskranken zu vereiteln. „Öffentliche Belange“ und „öffentliche Interessen“ i. S. des Baurechts betreffen schließlich nur einen kleinen Teil der Güter, die der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unterfallen.

Jedenfalls ist der Begriff des öffentlichen Interesses von der *Ausrichtung auf das Ganze der menschlichen Gemeinschaft* geprägt. Die Verwaltung soll, um die Formulierung des Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG zu gebrauchen, dem *Wohle der Allgemeinheit* dienen, und zwar – insofern anders als die Sozialbindung des Privateigentums – nicht „zugleich“, sondern primär. Dabei kann nicht verheimlicht werden, daß die Formel „Wohl der Allgemeinheit“ terminologisch in bedenklicher Nähe zu dem in der nationalsozialistischen Zeit häufig gebrauchten und mißbrauchten „Gemeinwohl“ steht³⁰. Eine bloße Ähnlichkeit im Wortklang kann jedoch kein Grund zur Aufregung sein. Entscheidend ist vielmehr, daß die Verwaltung unter dem Grundgesetz das Allgemeinwohl nicht nach dem Motto „Du bist nichts, Dein Volk ist alles“ bestimmen kann, sondern – wie unten noch auszuführen sein wird³¹ – die Wertordnung des Grundgesetzes, insbesondere also die Grundrechte, das Demokratiegebot, das Sozialstaatsgebot und das Rechtsstaatsgebot zu erfüllen hat.

Festzuhalten ist dabei auch, daß eine Verwaltungstätigkeit nicht unbedingt im unmittelbaren Interesse oder auch nur im Interesse der Mehrzahl der Bürger in dem Sinne liegen muß, daß allen oder den meisten Bürgern direkt Schutz oder Zuwendung geleistet wird³². Hilfe für Heimatvertriebene, Obdachlose,

³⁰ Vgl. dazu *Hempfer*, Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, 1974; *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974.

³¹ Vgl. § 3 II.

³² Die öffentlichen Interessen sind also nicht mit den übereinstimmenden Interessen aller oder auch nur der meisten Rechtsgenossen gleichzusetzen; so zutreffend *W. Martens* (Fn. 26), S. 177 m. w. Hinw.

Sozialhilfeempfänger, Förderungsmaßnahmen für Landwirtschaft und Gewerbe in wirtschaftsschwachen Gebieten, Zahlung von Ausbildungshilfen an Studenten, ja selbst die Subventionierung eines Theaters, das vielleicht nur von einem winzigen Bruchteil der Bevölkerung einer Großstadt besucht wird, – alles das sind Maßnahmen zum Wohle der Allgemeinheit, weil mit der Hilfe für den einzelnen primär ein gesamtgesellschaftliches Interesse erfüllt wird. Selbst das Interesse *eines* Privaten kann zum Gegenstand eines inhaltsgleichen öffentlichen Interesses werden und z. B. ein polizeiliches Einschreiten zum Schutz privater Rechte³³ oder die Enteignung zugunsten privater Industriebetriebe³⁴ gebieten.

Welche Maßnahmen die Verwaltung im Einzelfall zu ergreifen oder zu unterlassen hat, um dem Wohle der Allgemeinheit zu dienen, kann ausgehend von der jeweiligen normativen Regelung nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles und unter Berücksichtigung aller entscheidungserheblichen Gesichtspunkte festgestellt werden („differenzierende und spezialisierende Interpretation“³⁵). In jedem Falle sind das unmittelbar anwendbare Europäische Gemeinschaftsrecht und die Verfassung (GG und die Verfassung des betreffenden Bundeslandes) zu beachten.

- 18** Die Erfüllung öffentlicher Interessen ist kein Monopol der öffentlichen Verwaltung. Unzweifelhaft handeln auch Gesetzgebung, Regierung und Rechtsprechung in Erfüllung öffentlicher Interessen. Darüber hinaus können auch gesellschaftliche Gruppen oder Instanzen öffentliche Aufgaben erfüllen (wie z. B. die Presse³⁶) oder öffentliche Verantwortung tragen (wie Unternehmen, die freiwillig Umweltschutzmaßnahmen durchführen)³⁷. Schließlich ist es auch privaten Einzelpersonen möglich, im öffentlichen Interesse tätig zu werden – wie das Beispiel der Verfolgung und Festnahme eines flüchtigen Verbrechers durch Passanten zeigt³⁸.

³³ Vgl. etwa § 1 Abs. 2 NWPolG.

³⁴ Vgl. BVerfGE 66, 248, 257; 74, 264, 284 ff.; v. Brünneck, NVwZ 1986, 425, 430; Schmidt-Aßmann, NJW 1987, 1587 ff.; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 499 ff. Für Enteignungen zugunsten Privater verlangt das BVerfG, daß eine fortdauernde Gemeinnützigkeit des Eigentumsentzuges gesichert ist.

³⁵ W. Martens, (Fn. 26), S. 199. – Zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung vgl. Thieme, in: König/v. Oertzen/Wagener (Fn. 1), S. 177 ff. Vgl. auch Wagener (Hrsg.), Zukunftsaspekte der Verwaltung, 1980.

³⁶ Vgl. etwa § 3 NWPresseG.

³⁷ Zur Unterscheidung von öffentlichen und staatlichen Aufgaben vgl. H. H. Klein, DÖV 1965, 755 ff.; Peters, in: Festschrift für H. C. Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 877 ff.; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 47 ff. Zur Indienstnahme Privater für staatliche Zwecke siehe Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl. 1984, S. 100 f.; R. Schmidt, in: Achterberg/Püttner, Bes. VwR, Bd. I, 1/1 Rn. 75 ff.

³⁸ Vgl. § 127 Abs. 1 StPO. Vgl. auch § 539 Abs. 1 Nr. 9 RVO.

2. Handeln durch öffentlich-rechtlich organisierte Rechtsträger

Die Tatsache, daß auch Private im Einzelfall im öffentlichen Interesse handeln **19** können, darf jedoch nicht den Blick auf den Regelfall verstellen, der eben gerade nicht in der Erfüllung öffentlicher Interessen durch Private liegt. Deshalb kann als weiteres Merkmal der öffentlichen Verwaltung das *Handeln durch öffentlich-rechtlich organisierte Rechtsträger* genannt werden. In der Terminologie der oben vorgenommenen allgemeinen Umschreibung bedeutet dies: Öffentliche Verwaltung im materiellen und im formellen (funktionalen) Sinne wird – im Regelfall – von öffentlicher Verwaltung im organisatorischen Sinne ausgeübt³⁹. Der Hinweis auf den Regelfall enthält zugleich die Erwähnung der möglichen Ausnahmen. Zu nennen sind einerseits die sog. Beliehenen⁴⁰, d. h. die mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestatteten Privatpersonen (Polizeibefugnisse des Flugkapitäns an Bord eines Flugzeuges oder des Feld- und Forsthüters; andere Beispiele: Bezirksschornsteinfeger, Bestattungsverein; TÜV⁴¹). Andererseits gehören hierhin die Privatrechtsträger, die ausschließlich im Eigentum der öffentlichen Hand stehen⁴². Sie dienen vielfach der Daseinsvorsorge⁴³ (z. B. Betrieb kommunaler Stadthallen oder kommunaler Verkehrsbetriebe durch städtische Gesellschaften oder Betrieb staatlicher Forschungsaufgaben durch privatrechtliche Stiftungen des Staates⁴⁴), können aber auch primär wirtschaftliche Zielsetzungen verfolgen. Nicht zur öffentlichen Verwaltung sind die juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu zählen, die in der gesellschaftlichen Sphäre wurzeln⁴⁵ (wie die korporierten Religionsgemeinschaften⁴⁶, das Bayerische Rote Kreuz und – teilweise – auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten⁴⁷). Auszuklammern sind ferner die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. Sie zeichnen sich dadurch aus, daß an ihnen neben einem Träger von Staatsgewalt auch Private beteiligt sind (so z. B. die Deutsche Lufthansa-AG, die zu knapp 70% im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland steht)⁴⁸.

³⁹ Vgl. unten §§ 55 – 57.

⁴⁰ Vgl. dazu *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff.; *Gallwas*, ebd., 211 ff.; *v. Mutius*, VerwArch. 64 (1973), 433 ff.; *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975; *Greifeld*, DÖV 1981, 906 ff., 912; *v. Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982; *Wolff/Bachof/Stober*, VwR II, § 104; ferner die Ausf. unten zu § 56 Rn. 26.

⁴¹ Vgl. *Götz/Lukes*, Zur Rechtsstruktur der Technischen Überwachungs-Vereine, 2. Aufl. 1980.

⁴² *Ehlers*, JZ 1990, 1089, 1095 f.

⁴³ Zum Begriff vgl. unten § 2 Rn. 5.

⁴⁴ Zu weiteren Beispielen vgl. *B. Becker*, ZögU 1 (1978), 1 ff.; *Dittmann*, DV 1975, 431 ff.; *Ehlers* (Fn. 25), S. 7 ff.; *Wolff/Bachof/Stober*, VwR II, § 104 a.

⁴⁵ Näher dazu *Mronz*, Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft, 1973, S. 165 ff.

⁴⁶ Vgl. *Ehlers*, ZevKR 32 (1987), 158 (165 ff.).

⁴⁷ Vgl. *Bullinger*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR, Bd. VI, § 142 Rn. 89 ff.

⁴⁸ Allerdings unterstellt das BVerfG auch die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen der Grundrechtsbindung (JZ 1990, 335). Kritisch dazu die Ausf. zu § 3 Rn. 62 a. E.

3. Handlungsfreiheit und Kontrolle

20 Merkmal der öffentlichen Verwaltung ist ferner, daß sie umfassender Leitung und Kontrolle unterliegt, jedoch *mit großem Handlungsspielraum* ausgestattet ist⁴⁹.

Leitung und Kontrolle sind dabei in weitem Sinne zu verstehen. Geleitet wird die öffentliche Verwaltung zunächst vom Gesetz, das ihr als Rahmen und Aufgabe vorgegeben und aufgegeben ist. Anders als das Parlament kann die Verwaltung Gesetze nicht ändern, und anders als die Verfassungsgerichte kann die Verwaltung Parlamentsgesetze nicht aufheben⁵⁰. Geleitet und kontrolliert wird die Verwaltung durch die ihr eigentümliche Entscheidungsfindungsstruktur, die – auch in den Formen des Kollegialprinzips oder des Teamworks – hierarchisch gebunden und der Regierung nachgeordnet ist. *Rechtsaufsicht* (d. h. Aufsicht über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns), *Fachaufsicht* (d. h. Aufsicht über die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns) und *Dienstaufsicht* (d. h. Aufsicht vornehmlich über die Erfüllung der Pflichten der einzelnen Bediensteten) mögen hier als Stichworte genügen⁵¹. Kontrolle der Verwaltung findet auch in der Form des *Rechtsschutzes des einzelnen* gegen Handlungen oder Unterlassungen der Verwaltung *durch die Gerichte* – insbesondere die Verwaltungsgerichte – statt⁵². Nicht justizförmig, aber oft nicht weniger wirksam ist die *Kontrolle durch die öffentliche Meinung*, vor allem durch die Massenmedien (Presse, Hörfunk, Fernsehen). Auch *Petitionen*⁵³ können in diesem Zusammenhang genannt werden, selbst wenn ihre Wirkung als Kontrollinstrument nicht allzu hoch veranschlagt werden kann. Daneben gibt es zahlreiche sonstige informelle individuelle Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Verwaltung, z. B. im Bereich der Schule durch Schüler, Eltern, Verbände usw. Insgesamt gesehen steht die Verwaltung unter dem ständigen Druck individueller oder organisierter Einwirkungen⁵⁴, nicht zuletzt heute auch von *Bürgerinitiativen*⁵⁵.

⁴⁹ Vgl. dazu W. Schmidt, Einf. VwR, Rn. 69 ff. Zur Verwaltungskontrolle durch Regierung und Parlament vgl. Klatt, ZBR 1986, 65 ff.

⁵⁰ Zur Geltungsprüfung vgl. Wolff/Bachof, VwR I, § 28 II, sowie unten § 3 Rn. 10, 22.

⁵¹ Vgl. zur Fach- und Dienstaufsicht die Legaldefinitionen der §§ 12, 13 NWLOG. Die obersten Behörden unterliegen ihrerseits der parlamentarischen Kontrolle. Vgl. Ehlers (Fn. 25), S. 124 ff.; Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, S. 95 ff.; Haverkate, VVDStRL 46 (1988), S. 217, 223 f.

⁵² Vgl. dazu Scholz, VVDStRL 34 (1976), S. 145 ff.; Schmidt-Aßmann, ebd., S. 221 ff.

⁵³ Zum Begriff „Petition“ vgl. BVerwG NJW 1976, 637.

⁵⁴ Vgl. dazu W. Schmidt, VVDStRL 33 (1975), S. 183 ff.; Bartlsperger, ebd., S. 221 ff.

⁵⁵ Zu Bürgerinitiativen allg. vgl. Blümel, in: Festschrift für W. Weber, 1974, S. 541; Schuppert, AöR 102 (1977), 369 ff.; W. Schmidt, JZ 1978, 293 ff.; Guggenberger, Bürgerinitiativen in der Parteiendemokratie, 1980; C. Meyer-Tasch, Die Bürgerinitiativbewegung, 1985. – Zum Begriff „Bürgerinitiative“: BGH DÖV 1979, 641, 642.

Trotz dieses Bündels von Leitung und Kontrolle bleibt der öffentlichen Verwaltung eine weite Handlungsfreiheit. Die öffentliche Verwaltung ist, worauf im Abschnitt „Die Quellen des Verwaltungsrechts“ zutreffend hingewiesen wird, eben nicht „eingeklemmt zwischen erster und dritter Gewalt“⁵⁶. **21**

Für das Verhältnis zur dritten Gewalt – insbesondere also zur Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵⁷ – ist dies offenkundig: Eine gerichtliche Kontrolle findet nur statt, wenn gerichtlicher Rechtsschutz begehrt wird („Wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter“), also nur in den Fällen, in denen das Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung auf das Äußerste gestört ist. Gemessen an der Gesamtzahl der täglich vorgenommenen Verwaltungshandlungen bilden die Fälle, die vor Gericht kommen, nur einen winzigen Bruchteil. Zwar gibt es keine genaue Statistik über die Zahl der Verwaltungshandlungen in der Bundesrepublik Deutschland, und eine solche könnte wohl auch gar nicht erstellt werden, zumal wenn man sich vor Augen hält, daß z. B. auch jede mündlich gegebene Anweisung eines Polizeibeamten und jedes Signalzeichen einer Verkehrsampel eine Verwaltungshandlung darstellt; aber anhand der bekannten Zahl der Gerichtsverfahren wird eine Schätzung nicht fehlgehen, die das Verhältnis verwaltungsrechtlicher Streitfälle zu den nicht streitigen Fällen weit unterhalb der Promille-Grenze ansetzt. Zur Veranschaulichung: Im Bezirk der Oberpostdirektion Hamburg wurden im Jahre 1990 rund 21 Mill. Fernmelderechnungen abgesandt; davon wurden 4 500 hinsichtlich der Gebührenhöhe auf Verlangen der Fernsprechteilnehmer überprüft; in 13 (!) Fällen haben Fernsprechteilnehmer den Rechtsweg beschritten. **22**

Seit einigen Jahren bahnt sich allerdings eine neue Entwicklung an. Mehr und mehr werden die Gerichte angerufen. So stieg die Zahl der Neuzugänge bei den Verwaltungsgerichten im Land Rheinland-Pfalz von 1971 bis 1980 um 250% an⁵⁸. Die Feststellung ist kaum übertrieben, „daß heute keine Ablehnung eines Asylantrages und keine Genehmigung oder Planfeststellung eines Großvorhabens rechtskräftig wird, bevor nicht alle Instanzen – und wenn es geht auch mehrfach – angerufen worden sind“⁵⁹. Einwendungen und Klagen gegen Bauvorhaben werden organisiert und gebündelt; sie führen zu der neuen Erscheinung von sog. *Massenverfahren*⁶⁰. Im Planfeststellungsverfahren gegen die Erweiterung **23**

⁵⁶ Unten § 5 Rn. 1 ff.

⁵⁷ Dazu: *Scholz*, VVDStRL 34 (1976), S. 145 ff.; *Schmidt-Aßmann*, ebd., S. 221 ff.; *Papier*, Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1979.

⁵⁸ LT Rhld.-Pf.-Drucks. 9/1775, S. 1, mit dem Hinw.: „Auch für die Zukunft dürfte wegen der umfangreichen Tätigkeit von Rechtsschutzversicherungen, als Folge des Inkrafttretens des Gesetzes über die Prozeßkostenhilfe und wegen teilweise mangelnder Akzeptanz von Rechtsnormen eine Tendenzwende nicht zu erwarten sein.“

⁵⁹ *Evers*, AÖR 105 (1980), 663.

⁶⁰ Vgl. dazu *Gerhardt/Jacob*, DÖV 1982, 345 ff.; *J. Meyer-Ladewig*, NVwZ 1982, 349 ff.; *Schmel*, Massenverfahren vor den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten, 1982; *J. Schmidt*, DVBl. 1982, 148 ff.

des Flughafens Düsseldorf wurden ca. 30 000 Einwendungen erhoben, gegen das Kernkraftwerk Wyhl ca. 100 000⁶¹.

- 24 Was das Verhältnis der öffentlichen Verwaltung zum (Parlaments-)Gesetz betrifft, so besteht hier aufgrund des Demokratiegebotes und des Rechtsstaatsgebotes eine strikte Bindung der Verwaltung an das Gesetz⁶². Dennoch führt diese Bindung weder rechtlich noch tatsächlich zum „Eingeklemmt-Sein“ der Verwaltung⁶³. Gewiß gibt es Situationen, in denen ein Gesetz so eindeutige, detaillierte und zwingende Verhaltensweisen vorschreibt, daß die öffentliche Verwaltung nur Vollzugsorgan ist. Aber dem steht die große Zahl der Situationen gegenüber, in denen das Gesetz die Verwaltung am langen Zügel laufen läßt, indem es ihr einen Beurteilungsspielraum einräumt oder ihr freistellt, *ob* sie tätig wird (Entschließungsermessen) bzw. *wie* sie tätig wird (Auswahlermessen)⁶⁴.

So hat das LG Hannover⁶⁵ – in diesem Fall allerdings wohl fälschlich – es für rechtmäßig erklärt, daß die Polizei auf Anweisung des Landesinnenministers fünf Tage lang der gewaltsamen Blockade und völligen Lahmlegung des Straßenbahn- und Omnibusverkehrs in Hannover zusah, ohne einzugreifen. Auch haben die Gerichte den Polizei- und Ordnungsbehörden hinsichtlich des Zeitpunktes der Räumung widerrechtlich besetzter Häuser einen weiten Spielraum zugestanden⁶⁶. Zwar kann die Entscheidung der Behörde, in einem bestimmten Fall nicht tätig zu werden, in einem so hohen Maße fehlerhaft sein, daß sie nicht mehr von der Entscheidungsfreiheit der Verwaltung gedeckt ist⁶⁷. Jedoch sind diese

⁶¹ Zum Einfluß der Großtechnik auf Verwaltungs- und Prozeßrecht vgl. *H. Hofmann*, UPR 1984, 73 ff.

⁶² Vgl. dazu *Stern*, StR, Bd. I, § 20 IV 4 b α , β : negative und positive Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

⁶³ Vgl. *Götz/Klein/Starck* (Hrsg.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, 1985.

⁶⁴ Zu Gestaltungsfreiheit, Beurteilungsspielraum, Ermessen und gesetzesfreien Verwaltungsakten vgl. unten § 10 Rn. 3 ff., sowie *Stern*, StR, Bd. II, § 41 III 3 β , γ ; *Badura*, in *Festschrift für Bachof*, 1984, S. 169 ff.; *Bullinger*, JZ 1984, 1001 ff.; *Brohm*, DVBl. 1986, 321 ff.

⁶⁵ DVBl. 1970, 520 ff.

⁶⁶ Vgl. VG Berlin DVBl. 1981, 785 f.; VG Freiburg VBlBW 1987, 349 ff; siehe auch *Schlink*, NVwZ 1982, 529 ff.

⁶⁷ Vgl. dazu BVerwGE 11, 95, 97 – Belästigung der Nachbarn eines Kohlen- und Fuhrgeschäfts durch Staub und Lärm; BVerwGE 37, 112, 113 – Versperrung einer Garagenausfahrt; BGH VerwRspr. 5 (1953), 319 ff. – Minen im Garten; BGH VerwRspr. 5 (1953), 832 ff. – Räuberbande; OVG Saarlouis NJW 1976, 908 – Anspruch des Nachbarn auf bauaufsichtsbehördliches Einschreiten; OVG Hamburg NJW 1977, 1254 – Pflicht der Universität zur Ermöglichung des Vorlesungsbesuches bei Vorlesungsboykott; OVG Berlin NJW 1980, 2484 – Ansprüche eines Obdachlosen auf zeitlich beschränkte polizeiliche Wiedereinweisung in gekündigte Wohnung, s. dazu *Greifeld*, JuS 1982, 819; VGH Kassel NJW 1984, 2305 – Beseitigung des Zustands der Obdachlosigkeit; OVG Lüneburg NJW 1985, 2966 u. BVerfG NJW 1987, 1096 – Errichtung einer Ampelanlage.

Fälle der Verpflichtung der Behörden zu einem bestimmten Handeln (und eines entsprechenden Anspruchs des Bürgers darauf) nicht notwendige Folge der gesetzlichen Bindung der Verwaltung an das Gesetz; eine derartige Bindung würde auch, weil das Gesetz selbst bei detaillierter Regelung abstrakt bleiben muß, der Gerechtigkeit, die sich letztlich nur am Einzelfall konkretisieren kann, widersprechen: Die Verwaltung hat vor der Gesetzgebung den Vorsprung der Betroffenennähe, d. h. der Nähe der verwalteten Person, der Nähe des verwalteten Raumes und der Nähe der verwalteten Zeit. Deshalb sind Ermessen und Beurteilungsspielraum ein Lebensgesetz der Verwaltung, und der Gesetzgeber wäre gut beraten, nicht durch perfektionistische Gesetze die Entscheidungsfreiheit der Verwaltung zu strangulieren. „Entgesetzlichung“ bedeutet nicht „Entrechtlichung“⁶⁸.

4. Handeln in verschiedenen Rechtsformen

Zu den Merkmalen der öffentlichen Verwaltung gehört schließlich, daß sie in **25** *verschiedenen Rechtsformen* tätig werden kann. Ganz überwiegend bewegt sich das Handeln der Verwaltung in der Form des öffentlichen Rechts; jedoch bedient sie sich in nicht unerheblichem Umfang auch des Privatrechts. Darauf wird noch einzugehen sein⁶⁹.

IV. Das Personal der öffentlichen Verwaltung

In der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung wurden im Jahre 1986 ca. **26** 4,6 Mill. Personen beschäftigt. Dies entspricht einem Anteil von 17,4% an der Zahl der Gesamterwerbstätigen⁷⁰. 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

⁶⁸ Zum Problem allg., insbes. auch zur sog. Deregulation, vgl. R. Voigt (Hrsg.), Gegenendenzen zur Verrechtlichung, Jb. f. Rechtssoziologie u. Rechtstheorie, Bd. 9 (1983); D. Stempel (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, Beiträge eines Forums des BMJ zur Problematik der Verrechtlichung, 1987; Laufer, „Der überregelte Staat“, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 15/87 S. 27 ff.

⁶⁹ Vgl. § 2 Rn. 58 ff.; § 3 Rn. 62.

⁷⁰ Vgl. Lecheler, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, Bd. III, § 72 Rn. 5.

Grundsätze des Berufsbeamtentums“ haben in Art. 33 Abs. 5 GG eine verfassungsrechtliche Absicherung erfahren. Zu diesen Grundsätzen gehören insbesondere das Prinzip der Anstellung auf Lebenszeit, das Leistungsprinzip, die überrkommenen Beamtenpflichten (z. B. unparteiische und parteipolitisch neutrale Amtsführung, Einsatz der vollen Arbeitskraft, außerdienstliche Verhaltensanforderungen, Streikverbot), das Alimentationsprinzip (Anspruch auf standesgemäße Dienst- und Versorgungsbezüge) und die Fürsorgepflicht des Dienstherrn⁷¹. Im einzelnen ist das Beamtenrecht insbesondere im Beamtenrechtsrahmengesetz, im Bundesbeamtengesetz und in den Beamtengesetzen der Länder kodifiziert worden. Dagegen wird das Recht der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst in Tarifverträgen (z. B. Bundesangestelltentarifvertrag) geregelt. In ihrem materiellen Gehalt haben sich das Beamtenrecht und das Recht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes in den letzten Jahrzehnten immer mehr angenähert⁷². Auch setzen sich die Personalvertretungen in den Verwaltungen aus allen Beschäftigungsgruppen zusammen⁷³. Nach wie vor gibt es aber einige bedeutende Unterschiede. So gilt das Streikrecht⁷⁴ und die Sozialversicherungspflicht nur für die Angestellten und Arbeiter⁷⁵.

- 27** Die Wahl zwischen den beamten- und den privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen steht der Verwaltung nicht frei. Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse⁷⁶ als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Angesichts einer vermehrten „Flucht“ der öffentlichen Hand in privatrechtliche Beschäftigungsverhältnisse – im Jahre 1989 standen z. B. rund 150 000 Beamten ca. 840 000 Angestellte und Arbeiter bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden gegenüber⁷⁷ – ist in vielen Fällen zweifelhaft, ob die Praxis noch mit den grundgesetzlichen Anforderungen in Einklang steht⁷⁸.

⁷¹ Vgl. dazu im einzelnen *I. v. Münch*, Bes. VwR, S. 36 ff.

⁷² Vgl. Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bericht der Kommission, 1973, S. 49. Der Vorschlag der Studienkommission, das Dienstrecht für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes nach einheitlichen Grundsätzen zu gestalten, ist in der Praxis nicht aufgegriffen worden.

⁷³ Vgl. z. B. §§ 12 ff. BPersVG.

⁷⁴ H. M. Vgl. *Stern*, StR, Bd. I, § 11 IV 3 a β.

⁷⁵ Während eines Streiks der Angestellten und Arbeiter sind die Beamten nach h. M. zur Streikarbeit und damit auch zur Verrichtung unterwertiger Arbeit auf bestreikten Arbeitnehmer-Dienstposten verpflichtet (vgl. BVerwGE 69, 208 ff.; BAG JZ 1986, 596 ff.; a. A. *Rüthers*, ArbuR 1987, 37 ff.; *Büchner*, ebd., 60 ff.).

⁷⁶ Vgl. dazu *Lecheler*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR, Bd. III, § 72 Rn. 26 ff.

⁷⁷ Vgl. Statistisches Jahrbuch 1990 für die Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 457 f.

⁷⁸ Kritisch Ehlers (Fn. 25), S. 123, mit Vorschlägen *de lege ferenda* (S. 520 ff.). Zur EG-Problematik vgl. § 3 Rn. 30.

§ 2

Arten der öffentlichen Verwaltung

I. Möglichkeiten der Unterteilung

In der allgemeinen Umschreibung des Begriffs der öffentlichen Verwaltung war bereits auf die Mehrdeutigkeit dieses Begriffs hingewiesen worden. Geburtshilfe in einem städtischen Krankenhaus, Benötigung einer Klassenarbeit in der Schule, Anschaffung von Heizöl für eine Universität, Verkehrsregelung durch Polizeibeamte usw. – alle diese Vorgänge haben einen Bezug zur öffentlichen Verwaltung, aber offensichtlich zu verschiedenen Arten der Verwaltung. An Versuchen, die verschiedenen Arten der Verwaltung in Kategorien zu unterteilen, hat es in der Verwaltungsrechtswissenschaft nicht gefehlt. Die verschiedenen Arten der Einteilung werden dabei an unterschiedliche, aber einander nicht immer ausschließende Gesichtspunkte angeknüpft, so daß insgesamt ein sich vielfältig überschneidendes Bild entsteht¹.

Zunächst kann die Unterteilung der Arten der Verwaltung an die *Organisation*, genauer: an den *Träger*, anknüpfen² – dann ergibt sich die Dreiteilung von *Bundesverwaltung*, *Landesverwaltung* und *Kommunalverwaltung*. Innerhalb der Staats(Bundes- oder Landes-)verwaltung kann weiter danach aufgefächert werden, ob sie unmittelbar durch ihre eigenen Behörden handelt (*unmittelbare Staatsverwaltung*) oder durch rechtlich verselbständigte Verwaltungseinheiten, die eigene Rechtsfähigkeit oder Teilrechtsfähigkeit besitzen (*mittelbare Staatsverwaltung*). Mittelbare Staatsverwaltung kann erfolgen durch *Körperschaften des öffentlichen Rechts*, d. h. mitgliederschaflich strukturierte Verbände (z. B. Universität; Industrie- und Handelskammer), durch rechtsfähige *Anstalten des öffentlichen Rechts*, d. h. Bestände an Sachmitteln, die in der Regel Benutzern zur Verfügung stehen (z. B. Bundesanstalt für den Güterfernverkehr, Sparkassen)³, und durch rechtsfähige *Stiftungen des öffentlichen Rechts*, d. h. einem bestimmten Zweck gewidmete Vermögensmassen (z. B. Stiftung Preußischer Kulturbesitz; Stiftung „Hilfswerk für behinderte Kinder“ [Contergan-Stiftung]; Stiftung „Mutter und Kind“).

Eine andere Möglichkeit der Unterteilung der Arten der Verwaltung stellt auf die *Rechtsform*⁴ ab: Wird die Verwaltung in der Form des *öffentlichen Rechts* tätig, so spricht man von *hoheitlicher Verwaltung*, während die in der Form des *Privatrechts* tätige Verwaltung als *fiskalische Verwaltung* bezeichnet wird.

¹ Vgl. Wolff/Bachof, VwR I, § 3.

² Vgl. dazu im einzelnen §§ 55–57; F. Mayer/F. Kopp, Allg. VwR, § 4; Eiselstein, JuS 1987, 30 ff.

³ Zur öffentlich-rechtlichen Anstalt vgl. Löwer, DVBl. 1985, 928 ff.; K. Lange, VVDStRL 44 (1986), S. 169 ff.; R. Breuer, ebd., S. 211 ff.

⁴ Vgl. dazu Wolff/Bachof, VwR I, § 23, sowie unten § 2 Rn. 58.

- 4 Wiederum eine andere Unterteilung geht von den *Verwaltungsaufgaben und der Art ihrer Erfüllung* aus: *Gefahrenabwehr* erfolgt vor allem durch *Eingriffsverwaltung* (z. B. Polizei; Ordnungsbehörden)⁵; Eingriffsverwaltung ist auch die der *Deckung des Finanzbedarfs* dienende *Abgabenverwaltung* (Finanz- und Steuerbehörden). Demgegenüber erfolgt die *Deckung des Personal- und Sachbedarfs* durch die *Bedarfsverwaltung* (auch Intendanturverwaltung genannt) nur zu einem geringen Teil im Wege des Eingriffs – die Einstellung eines Bewerbers als Beamter ist zwar ein Hoheitsakt, aber kein Eingriff, und der Kauf von Heizöl ist noch nicht einmal ein Hoheitsakt, geschweige denn ein Eingriff. *Bedarfsverwaltung im Sinne der Anschaffung der für die Verwaltungstätigkeit notwendigen Sachgüter* (sog. *Hilfsgeschäfte der Verwaltung*)⁶ liegt dagegen *nicht* vor, wenn die öffentliche Hand eine *erwerbswirtschaftliche Tätigkeit* ausübt (z. B. Verkauf von Bier aus einer landeseigenen Brauerei; Verkauf von Holz aus einem Gemeindewald)⁷. Bedarfsverwaltung und erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand haben aber – von den wenigen Ausnahmefällen abgesehen, in denen die Bedarfsverwaltung mit dem Mittel des Eingriffes tätig wird – gemeinsam, daß beide Tätigkeiten im Bereich der fiskalischen Verwaltung anzusiedeln sind.
- 5 Der *Daseinsvorsorge*, d. h. der „Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse zu sozial angemessenen Bedingungen“ (*Forsthoff*), dient die *Leistungsverwaltung* (z. B. Arbeitsvermittlung; Sozialhilfe; Wirtschaftsförderungsverwaltung), die überwiegend gewährend, aber auch – obschon in geringerem Maße – eingreifend tätig wird⁸. Neben die Leistungsverwaltung wird vereinzelt noch ein Begriff der *Lenkungsverwaltung* gestellt; Merkmal der Lenkungsverwaltung soll nicht die Befriedigung eines Bedürfnisses sein, sondern die Gestaltung, wofür als Beispiel die sozial- oder wirtschaftspolitische Subventionsgewährung genannt wird⁹. Leistungsverwaltung und Lenkungsverwaltung lassen sich jedoch im Grunde nicht trennen; auch besteht, wenn der Begriff der Leistungsverwaltung weit genug gefaßt wird, kein Bedürfnis für eine solche Unterscheidung. Nur der einzelne Verwaltungsakt kann, wenn überhaupt, als eingreifend, leistend, planend oder ordnend charakterisiert werden¹⁰.
- 6 Im traditionellen Schema der Arten der Verwaltung fand die *planende Verwaltung* (z. B. Ausarbeitung eines Stadtentwicklungsplanes in einer Stadtverwaltung) keinen Platz; die wachsende Bedeutung dieses Bereiches der Verwaltung und

⁵ Dazu unten § 2 Rn. 45 f.

⁶ Dazu unten § 2 Rn. 60; § 3 Rn. 62.

⁷ Zur Frage, ob eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit überhaupt zulässig ist, vgl. § 2 Rn. 62 f.

⁸ Dazu unten § 2 Rn. 47 ff.

⁹ *Badura*, DÖV 1966, 630. Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs- und System, 1982, S. 21 f., zur sog. verteilenden Verwaltung.

¹⁰ *Schnapp*, DÖV 1986, 812; *Wallerath*, Allg. VwR, § 2 I 2.

seine Verschiedenheit von den übrigen Arten der Verwaltung lassen es aber heute angebracht erscheinen, sie gesondert aufzuführen¹¹.

Neben den hier genannten Arten der Verwaltung wird schließlich noch nach dem Ausmaß der Bindung an das Gesetz unterschieden zwischen bestimmt gebundener, unbestimmt gebundener, ermessenfreier und frei gestaltender Verwaltung¹². Jedoch handelt es sich bei dieser Unterscheidung nicht im eigentlichen Sinne um Arten der Verwaltung.

II. Hoheitliche Verwaltung

1. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Unterteilt man die Verwaltung danach, ob sie in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form tätig wird, stellt sich zunächst die Frage, welche Bedeutung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht heute noch zukommt (a)). Zu untersuchen ist ferner, wie sich beide Rechtsgebiete auseinanderhalten lassen (b)) und wann das öffentliche, wann das private Recht gilt (c)). Schließlich sollen auch die Einwirkungen des öffentlichen und privaten Rechts aufeinander einer kurzen Betrachtung unterzogen werden (d)).

a) *Die Bedeutung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht.* Im Schrifttum ist die Ansicht vertreten worden, der Unterschied von öffentlichem und privatem Recht sei „nahezu völlig zertrümmert“ und habe seine „Existenzberechtigung verloren“¹³. So wird darauf hingewiesen, daß die Zweiteilung der Rechtsordnung auf der überholten Vorstellung einer Trennung von Obrigkeitsstaat und bürgerlicher Gesellschaft beruhe. Auch seien Rechtsgebiete wie das Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialrecht längst aus dem Privatrecht herausgewachsen, ohne deshalb dem öffentlichen Recht zugerechnet werden zu können. Dieser Ansicht kann indessen nicht gefolgt werden. Zunächst ist zu berücksichtigen, daß sich die Zweiteilung des Rechts in öffentliches und privates Recht in einem langen geschichtlichen Prozeß¹⁴ als qualitative Differenzierung innerhalb der Rechtsordnung herausgebildet hat. Sie beruht auf der Annahme, daß für den Staat prinzipiell andere Regelungen als für den einzelnen gelten müssen. An der Notwendigkeit einer Unterscheidung von Staat und Gesellschaft hat sich

¹¹ Dazu unten § 2 Rn. 56 f.

¹² Wolff/Bachof, VwR I, § 3 I e.

¹³ Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968, S. 23, 167 f. Zur Kritik der Zweiteilung des Rechts in öffentliches und privates Recht vgl. ferner van der Veen, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 681 ff.; dens., in: Festschrift für Reinhardt, 1972, S. 167 ff.; Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 75 ff.

¹⁴ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 30 ff.; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. I, 1988, S. 126 ff., 394 ff. Nach Wyduckel, JuS Publicum, 1984, S. 111 ff., ist die Zweiteilung des Rechts nicht erst in der Zeit des Absolutismus, sondern schon weit davor entstanden.

ungeachtet zahlreicher faktischer Verschränkungen rechtlich gesehen bis heute nichts geändert. So garantiert die Rechtsordnung dem Privaten eine Freiheit, die dem durch die Verfassung gebundenen Staat gerade nicht zukommt. Umgekehrt sind allein dem Staat zahlreiche Aufgaben und Befugnisse vorbehalten, damit dieser seiner Friedenssicherungsfunktion und Gemeinwohlverantwortung gerecht werden kann.

- 10** Vor allem aber knüpft das geltende Recht an die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht an. Beispielsweise hängt die Verteilung der *Gesetzgebungszuständigkeiten* davon ab, ob das „bürgerliche Recht“ (Art. 74 Nr. 1 GG) oder das öffentliche Recht betroffen ist¹⁵. Die Vorschriften des *Verwaltungsverfahrensgesetzes* gelten lediglich für die „öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit“ (§ 1 Abs. 1 VwVfG). Verwaltungsakt und verwaltungsrechtliche Verträge können schon nach ihren Legaldefinitionen nur „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ erlassen bzw. abgeschlossen werden (§§ 35, 54 VwVfG). Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche *Entgelte* unterliegen jedenfalls zum Teil anderen Anforderungen. So gilt etwa das Kostendeckungsprinzip vielfach für öffentlich-rechtliche, nicht aber für privatrechtliche Entgelte. Auch beziehen sich die Vorschriften des *Verwaltungsvollstreckungsgesetzes* lediglich auf die Vollstreckung „öffentlich-rechtlicher“ Geldforderungen (§ 1 VwVG). Eine *Baugenehmigung* oder eine *immissionsschutzrechtliche Genehmigung* ist zu erteilen, wenn dem Vorhaben „öffentlich-rechtliche Vorschriften“ nicht entgegenstehen (z. B. § 70 NWBauO; § 6 Nr. 2 BImSchG). Bestimmte *Angehörige des öffentlichen Dienstes* stehen in einem „öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis“ (Art. 33 Abs. 4 GG), andere in einem privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnis. Verletzt jemand „in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes“ (d. h. im Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Tätigwerden¹⁶) seine Amtspflicht, greift eine besondere *Staatshaftung* (Art. 34 GG), ansonsten die privatrechtliche Haftung ein. Für „öffentlich-rechtliche Streitigkeiten“ sind die *Verwaltungsgerichte* (z. B. § 40 Abs. 1 VwGO) oder *Verfassungsgerichte* (z. B. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG), für „alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ die ordentlichen Gerichte (§ 13 GVG) zuständig.

- 11** Im übrigen ist die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht auch dem *Recht der Europäischen Gemeinschaften* bekannt, wie Art. 181 EWGV oder verschiedene Richtlinien der EG¹⁷ zeigen. In diesem Rechtsgebiet kommt der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht bisher allerdings keine systemprägende Bedeutung zu. Das Gemeinschaftsrecht ist (bei Zugrundelegung der sogleich zu behandelnden Unterscheidungskriterien von öffentlichem und

¹⁵ So hat etwa das BVerfG (BVerfGE 61, 149 ff.) das Staatshaftungsgesetz des Bundes für nichtig erklärt, weil es sich nicht um eine Angelegenheit des bürgerlichen Rechts, sondern des öffentlichen Rechts gehandelt habe und dem Bund insoweit keine umfassende Regelungskompetenz zustehe.

¹⁶ Näher dazu § 51 Rn. 7 f.

¹⁷ Vgl. etwa ABl. L 210/1 v. 21. 7. 1983; ABl. C 264/22 v. 16. 10. 1989.

privatem Recht) ganz überwiegend dem öffentlichen Recht zuzuordnen, da zumindest einer der angesprochenen Adressaten in der Regel ausschließlich ein Organ der EG oder ein Mitgliedstaat ist. Auch kennt das Gemeinschaftsrecht keine ausgebauten Privatrechtsordnungen. Schließlich gibt es nur eine Gerichtsbarkeit.

b) *Die Unterscheidung der Rechtsgebiete.* Bei der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht geht es um die *Unterscheidung von Rechtssätzen*, nicht um die Qualifizierung von Rechtsverhältnissen oder Handlungsweisen¹⁸. Um die Rechtssätze dem einen oder anderen Rechtsgebiet zuweisen zu können, haben Rechtsprechung und Schrifttum eine Vielzahl von Theorien entwickelt. Im Jahre 1904 wurden bereits 17 solcher Theorien gezählt¹⁹. Heute sind etliche dazugekommen²⁰. Im wesentlichen wird aber nur über drei Theorien gestritten: nämlich die Interessen-, die Subordinations- und die Subjektstheorie. Die Gerichte haben es bisher vermieden, sich generell auf eine dieser Theorien festzulegen. Sie bedienen sich vielmehr je nach Sachverhaltsgestaltung mal des einen, mal des anderen Ansatzes²¹. Jedoch kann die Subjektstheorie als diejenige Theorie bezeichnet werden, die heute in Rechtsprechung und Schrifttum vorherrscht. Eines Eingehens auf die Theorien bedarf es nur, wenn ein Zweifelsfall gegeben ist.

Die *Interessentheorie* (die sich u. a. auf eine dem römischen Juristen Ulpian zugeschriebene Digestenstelle beruft²²) weist diejenigen Rechtssätze, die dem öffentlichen Interesse oder Allgemeininteresse dienen, dem öffentlichen Recht zu. Dagegen soll es sich um Privatrecht handeln, wenn die Rechtssätze Privat- oder Individualinteressen im Auge haben²³. Gegen diese Art der Abgrenzung spricht, daß öffentliche und individuelle Interessen keine unbedingten Gegensätze sind (wie schon die Grundrechtsbestimmungen zeigen) und sich die öffentlichen Interessen nicht hinreichend präzise definieren lassen. Die Interessentheorie wird daher – als alleiniger Ansatz für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht – kaum noch vertreten.

¹⁸ Erichsen, Jura 1982, 537 ff.; Christ, Die Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, 1984, S. 26 ff.; Ehlers (Fn. 14), S. 52 ff.

¹⁹ Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht, 1904, S. 11 ff.

²⁰ Z. B. die „Wichtigkeitstheorie“ (Püttner, Allg. VwR, S. 73), die „Traditionstheorie“ (Püttner, ebd., S. 74; Bull, Allg. VwR, Rn. 115), die „Sachwaltertheorie“ (Achterberg, Allg. VwR, § 1 Rn. 27, 30), die „Hoheitstheorie“ (Zuleeg, VerwArch. 73 [1982], 384, 393 ff.) und die „Kompetenztheorie“ (Gern, ZRP 1985, 56, 59 f.).

²¹ Kritisch zum Hin- und Herspringen der Rechtsprechung Bachof, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerwG, 1978, S. 6.

²² Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim! (Dig. 1, 1, 1, 2).

²³ Vgl. etwa BVerfGE 58, 300, 344; BVerwGE 13, 47, 49 f.; 35, 103, 106; 38, 205, 206; 47, 229, 230; 247, 250; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 40 Rn. 5; Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 40 Rn. 8; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, § 1 Rn. 55.

- 14** Nach der *Subordinationstheorie* (auch Subjektionstheorie genannt) sind Rechtssätze, die das Verhalten von Hoheitsträgern regeln, dann öffentlich-rechtlich, wenn sie ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis betreffen. Dagegen sind Rechtssätze, die sich auf ein Gleichordnungsverhältnis beziehen, dem Privatrecht zuzuordnen²⁴. Ob die Über- bzw. Unterordnung nicht Voraussetzung, sondern Folge der Anwendung öffentlichen Rechts ist, mag hier dahinstehen. Jedenfalls zeigen sich die Schwächen der Subordinationstheorie, wenn es darum geht, Rechtssätze zu klassifizieren, welche die Verwaltungsorganisation, den Abschluß von Verwaltungsverträgen, die Vornahme exekutiver Realakte (z. B. Erteilung von Auskünften oder Vornahme von Verrichtungen) oder eine Anspruchsberechtigung der Verwaltung (z. B. auf Erstattung zuviel gezahlter Gelder) regeln. Obwohl in solchen Fällen ein Über- oder Unterordnungsverhältnis nicht ersichtlich ist, besteht Übereinstimmung darüber, daß derartige Rechtssätze dem öffentlichen Recht angehören oder zumindest angehören können.
- 15** Für die *Subjektstheorie* liegt der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte der die Rechtsordnung bildenden Rechtssätze²⁵. Normen, die jedermann berechtigen und verpflichten (wie z. B. § 433 BGB), gehören dem Privatrecht an. Dagegen sind Rechtssätze, die sich an den Staat wenden (wie z. B. die Vorschriften des Polizeirechts), dem öffentlichen Recht zuzurechnen. Da sich das öffentliche Recht als Sonderrecht des Staates entwickelt hat, vermag diese Art der Abgrenzung grundsätzlich zu überzeugen. Die genaue Fassung der Subjektstheorie bereitet allerdings erhebliche Schwierigkeiten. Im wesentlichen wird die Theorie heute in einer formalen und einer materiellen Ausprägung vertreten.
- 16** Nach der üblicherweise zugrundegelegten, von H. J. Wolff entwickelten *formalen Subjektstheorie* ist öffentliches Recht „der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist“²⁶.
- 17** Fraglich ist bereits, welche Rechtsgebilde als *Träger hoheitlicher Gewalt* anzusehen sind. Geht man davon aus, daß sich Hoheitsgewalt durch die Fähigkeit zu einem Handeln nach Maßgabe öffentlichen Rechts auszeichnet, wird der zu definierende Begriff in der Definition vorausgesetzt²⁷. Auch sprechen viele

²⁴ Vgl. BVerwGE 14, 1, 4; 29, 159, 161 f.; 37, 243, 245; BGHZ 14, 222, 227; 66, 229, 233 ff.; 67, 81, 84 f., 86 f., 92; BGH NJW 1978, 1860 f. *Eyermann/Fröhler*, VwGO, § 40 Rn. 4; *Obermayer*, Grundzüge des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozeßrechts, 3. Aufl. 1988, S. 15; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Leonhardt*, VwVfG, § 1 Rn. 54.

²⁵ Zum Unterschied der sog. älteren und neueren Subjektstheorie vgl. *Wolff/Bachof*, VwR I, § 22 II c; *Bachof* (Fn. 21), S. 8; *Faber*, VwR, S. 125.

²⁶ *Wolff/Bachof*, VwR I, § 22 II c. Grundsätzlich zustimmend *Erichsen*, Jura 1982, 540 ff.; *D. Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 149 ff.

²⁷ Vgl. *Erichsen*, Jura 1982, 540. Ob es weiterhilft, stattdessen auf den Staat oder auf eine seiner Untergliederungen abzustellen (*Erichsen*, ebd.), ist allerdings ebenfalls zweifelhaft. Versteht man unter den Untergliederungen nur solche öffentlich-rechtlicher

Vorschriften des öffentlichen Rechts sowohl den Staat als auch den Bürger an. So verpflichten die Grundrechte den Staat und berechtigen den Bürger. Notwendig ist also nur, daß eines der angesprochenen Zuordnungssubjekte ausschließlich ein Träger von Staatsgewalt ist. Des weiteren entziehen sich die Organisationsnormen, die den Hoheitsträger erst konstituieren, bei dieser Fassung der Subjektstheorie der Einordnung. Am schwersten wiegt der Einwand, daß die Anknüpfung am Zuordnungssubjekt eines Rechtssatzes kein endgültiges Urteil über den Rechtscharakter des Rechtssatzes erlaubt²⁸.

Einerseits gibt es Rechtssätze, die an einen *Träger von Staatsgewalt* adressiert sind, diesen aber nur in seiner Eigenschaft *als Privatrechtssubjekt* ansprechen und deshalb dem Privatrecht angehören²⁹. So bestimmt z. B. § 24 S. 1 Nr. 2 AGB-Gesetz, daß bestimmte Vorschriften des AGB-Gesetzes auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden, keine Anwendung finden. Obwohl eines der Zuordnungssubjekte dieses Rechtssatzes eine juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, dürfte kein Zweifel daran bestehen, daß die Vorschrift privatrechtlichen Charakter hat (nur dann besteht überhaupt eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes). Ebenso sind die Tarifordnungen der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes, die deren privatrechtliche Verhältnisse regeln, dem Privatrecht zuzuordnen, obwohl die Tarifpartner der Angestellten und Arbeiter juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Keineswegs werden damit die (Außen-)Rechtsbeziehungen zwischen den juristischen Personen des öffentlichen Rechts und ihren Angestellten und Arbeitern dem öffentlichen Recht unterstellt. Es ist auch nicht ersichtlich, warum es dem Gesetzgeber verwehrt sein sollte, Sonderprivatrecht für die Träger von Staatsgewalt zu schaffen. Das Privatrecht kennt im übrigen weitere Sonderrechte (z. B. für die Kaufleute im HGB). Leugnet man die Möglichkeit, die Träger von Staatsgewalt in ihrer Eigenschaft als Privatrechtssubjekte anzusprechen, müßte man ihnen konsequenterweise auch die Fähigkeit absprechen, privatrechtlich handeln zu können³⁰. Ein solches Ergebnis stünde indessen offensichtlich im Gegensatz zum

Art, ergibt sich wiederum das Problem einer *definitio per idem*. Bezieht man auch privatrechtliche Untergliederungen ein, müßten bei Zugrundelegung der formalen Subjektstheorie Regelungen, die das Handeln von Privatrechtsträgern regeln (wie z. B. § 7 S. 1 PostG, der die Rechtsverhältnisse der privatrechtlichen Unternehmen der Bundespost dem Privatrecht unterstellt), dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.

²⁸ Vgl. dazu *Bettermann*, NJW 1977, 513, 515 f.; *Bachof* (Fn. 21), S. 9; *Zuleeg*, VerwArch. 73 (1982), 384, 403; *Ehlers* (Fn. 14), S. 58 ff.; *dens.*, DV 20 (1987), 373, 380 ff.

²⁹ Auch *Wolff* räumt diese Möglichkeit ein (vgl. *Wolff/Bachof*, VwR I, § 22 II c), allerdings ohne sie bei der Formulierung der Subjektstheorie zu berücksichtigen und ohne Kriterien zu nennen, wann der Hoheitsträger als Privatrechtssubjekt berechtigt oder verpflichtet wird.

³⁰ Eine solche Ansicht wird bisher ganz vereinzelt vertreten. Vgl. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 232 f., 270 ff., 460 ff. Vgl. auch *Burmeister*, in: *Wadle* (Hrsg.), Recht und Gesetz im Dialog, 1982, S. 105, 123.

einfachen Gesetzesrecht. Auch das Verfassungsrecht gebietet dem Staat nicht, sich ausnahmslos der Formen des öffentlichen Rechts zu bedienen. Zahlreiche Vorschriften – wie z. B. die Art. 33 Abs. 4, 34 und 93 Abs. 1 Nr. 4 GG – zeigen im Wege des Umkehrschlusses vielmehr, daß das Grundgesetz mit einem privatrechtlichen Handeln des Staates rechnet. Zudem gibt es, soweit ersichtlich, keine real existierende Rechtsordnung in der Welt, die – sofern ihr die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht überhaupt bekannt ist – den Staat dazu verpflichtet, ausnahmslos öffentlich-rechtlich tätig zu werden.

- 19 Andererseits können Rechtssätze dem öffentlichen Recht zuzurechnen sein, obwohl sie an „jedermann“ adressiert sind, also nicht speziell einen Träger von Staatsgewalt als Zuordnungsobjekt ausweisen. Dies ist der Fall, wenn ein Rechtssatz in beiden Rechtsgebieten gemeinsam gilt (wie dies etwa auf § 242 BGB zutrifft). Sind gleiche Regelungen im privaten und im öffentlichen Recht angezeigt, ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, inhaltsgleiche Normen des privaten und öffentlichen Rechts zu schaffen. Er kann es vielmehr bei einem Rechtssatz belassen. Der Rechtssatz gehört dann den beiden Rechtskreisen gemeinsam an³¹. Dieses *gemeinsame Recht* ist keine dritte Kategorie neben dem privaten und öffentlichen Recht, sondern je nach Sachzusammenhang, in dem es im Einzelfall aktuell wird, entweder dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen. So gibt § 3 AbgG dem Bewerber um einen Sitz im Bundestag einen Urlaubsanspruch zur Vorbereitung seiner Wahl. Wird der Anspruch von einem Arbeiter oder Angestellten gegen seinen privaten Arbeitgeber geltend gemacht, handelt es sich um Privatrecht. Dagegen liegt öffentliches Recht vor, wenn ein Beamter sich auf die Vorschrift beruft. Die Anhänger der formalen Subjektstheorie müßten dagegen immer Privatrecht annehmen (weil der Rechtssatz sich an „jedermann“ wendet). Da die Beurlaubung eines Beamten aber unstreitig ein Vorgang des öffentlichen Rechts ist, käme man zu dem seltsamen, mit dem Sinn der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht nicht zu vereinbarenden Ergebnis, daß aus einer privatrechtlichen Norm ein Anspruch auf ein öffentlich-rechtliches Verhalten hergeleitet wird. Als weiteres Beispiel für gemeinsames Recht sei auf § 70 Abs. 1 GewO hingewiesen. Nach dieser Vorschrift ist jedermann, der dem Teilnehmerkreis einer festgesetzten Veranstaltung angehört, nach Maßgabe der für alle Veranstaltungsteilnehmer geltenden Bestimmungen zur Teilnahme an der Veranstaltung berechtigt. Da die Norm auch private Veranstalter verpflichtet und diese nicht als Beliehene anzusehen sind, müßte sie nach der formalen Subjektstheorie dem Privatrecht zuzurechnen sein. Ist eine Kommune Veranstalterin, halten die Gerichte aber gleichwohl den Verwaltungsrechtsweg für gegeben³². Dies läßt sich damit rechtfertigen, daß sich

³¹ Vgl. die Nachw. in Fn. 24. Kritisch z. B. *Erichsen*, Jura 1982, 541; *D. Schmidt* (Fn. 26), S. 238 ff.

³² Vgl. insbesondere OVG Hamburg GewArch. 1987, 303, 304. Weitere Nachw. der Rspr. bei *Wirth*, Marktverkehr, Marktfestsetzung, Marktfreiheit, 1985, S. 211 ff. Vielfach wird auf die Zweistufentheorie abgestellt (z. B. *Siegel/Leifermann/Tettinger*, GewO,

der Teilhabeanspruch nach den Teilhabebestimmungen richten soll. Da ein privater Veranstalter nur privatrechtliche Teilhabebestimmungen aufstellen kann, ist der gegen einen solchen Veranstalter gerichtete Anspruch dem privaten Recht zuzuordnen. Handelt es sich bei der Veranstaltung dagegen um eine kommunale öffentliche Einrichtung, modifiziert § 70 Abs. 1 GewO den kommunalrechtlichen Anspruch auf Benutzung öffentlicher Einrichtungen. Dieser ist aber dem öffentlichen Recht zuzurechnen³³.

Möglicherweise gibt es weitere Fälle, in denen öffentliches Recht anzunehmen ist, obwohl der Rechtssatz keinen Träger von Staatsgewalt als Zuordnungssubjekt ausweist. Das soll nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht der Fall sein, wenn ein Rechtssatz isoliert gesehen zwar keinen Hoheitsträger ausdrücklich benennt, der Hoheitsträger aber durch einen anderen Rechtssatz, der im systematischen Zusammenhang mit dem ersten Rechtssatz steht, in diesen einbezogen und dadurch dessen Zuordnungssubjekt wird. Ein solcher Fall soll insbesondere dann vorliegen, wenn ein Hoheitsträger Garant für die Durchsetzung dieses Rechtssatzes ist³⁴. So zählen nach dieser Ansicht die Vorschriften des Straßenverkehrsrechts, die sich an jedermann wenden, deshalb zum öffentlichen Recht, weil der Staat die Einhaltung der jedermann obliegenden Pflichten überwacht und erforderlichenfalls erzwingt³⁵. Diese Auffassung läßt allerdings noch viele Fragen offen, weil der Staat zahlreiche Verstöße gegen „Jedermann-Normen“ sanktioniert, diese Normen deshalb aber nicht alle zum öffentlichen Recht gezählt werden können.

Die *materielle Subjektstheorie* versucht den Einwänden gegen ein rein formales Abstellen auf das Zuordnungssubjekt Rechnung zu tragen. Nach ihr ist öffentliches Recht die Gesamtheit jener Rechtssätze, bei denen mindestens ein Zuordnungssubjekt ein Träger von Staatsgewalt *als solcher* ist (weil er als solcher berechtigt, verpflichtet oder organisiert wird)³⁶.

Als *Träger der Staatsgewalt* sind neben dem Staat alle Organisationen anzusehen, hinter denen unmittelbar oder mittelbar allein der Staat steht. Dazu sind nicht nur alle nicht in der gesellschaftlichen Sphäre wurzelnden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sondern auch sämtliche Privatrechtssubjekte zu rechnen, deren unmittelbarer oder mittelbarer Inhaber allein der Staat ist (also z. B. Eigengesellschaften)³⁷. Private Rechtssubjekte und Privatrechtsvereini-

5. Aufl. 1988, § 70 Rn. 18; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 1989, § 70 Rn. 27; Wagner, in: Friauf, GewO, 1990, § 70 Rn. 62). Die Anwendung der Zweistufentheorie würde aber den Nachweis voraussetzen, daß § 70 Abs. 1 GewO (jedenfalls auch) öffentlich-rechtlichen Charakter hat.

³³ Vgl. Ehlers, in: Achterberg/Püttner, Bes. VwR, Bd. I, 1/2 Rn. 247 m. w. Nachw.

³⁴ Vgl. Bachof (Fn. 21), S. 13.

³⁵ Vgl. auch Barbey, WiVerw. 1978, 77, 82 ff.; W. Schmidt, Einf. VwR, Rn. 214.

³⁶ Vgl. Ehlers, DV 20 (1987), 373, 379. Ähnlich Bachof (Fn. 21), S. 20.

³⁷ Burmeister, in: Prütting (Hrsg.), Recht und Gesetz im Dialog III, 1986, S. 8; Ehlers, JZ 1987, 218, 224; Erichsen, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, 1987, S. 27. A. A. z. B. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 136 f., 141.

gungen, die von mindestens einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und einer privaten Person getragen werden, sind Träger von Staatsgewalt, wenn und soweit ihnen Staatsgewalt übertragen wurde (Beliehene)³⁸.

- 23** Ob die Rechtssätze einen Träger der Staatsgewalt *als solchen* oder als Privatrechtssubjekt ansprechen, ist den Rechtssätzen im Wege der Auslegung zu entnehmen. Hierbei kann in Zweifelsfällen auch auf die Kriterien der Subordinations- und Interessentheorie zurückgegriffen werden. Handelt es sich bei den Trägern der Staatsgewalt nicht um private Rechtssubjekte oder Personen, die in einer jedermann zur Verfügung stehenden Rechtsform organisiert worden sind (positiv ausgedrückt also um juristische Personen des öffentlichen Rechts oder Teile von ihnen), ist in der Regel davon auszugehen, daß die Träger als solche berechtigt oder verpflichtet werden. Etwas anderes gilt, wenn durch Außenrechtssatz eine Verhaltensweise geregelt wird, die sich auf die Bedarfsdeckung (z. B. Ankauf von Computern), Vermögensverwertung (z. B. Verkauf von ausrangierten Gegenständen) oder Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr (z. B. unternehmerische Tätigkeit des Staates) bezieht. Insoweit werden nur mittelbar gegenüber dem Partner der Rechtsbeziehungen öffentliche Zwecke erfüllt (z. B. liegt die Beschaffung von Sachen, welche die Verwaltung benötigt, oder die Erzielung von Einnahmen nur mittelbar im öffentlichen Interesse). Es fehlt bisher jedes Anzeichen dafür, daß der Gesetzgeber die Träger der Staatsgewalt insoweit als solche und nicht nur als Privatrechtssubjekte ansprechen will. Selbstverständlich könnte aber in Zukunft etwas anderes bestimmt werden³⁹. Abgrenzungsprobleme ergeben sich, wenn gleichzeitig mittelbar und unmittelbar öffentliche Zwecke verfolgt werden (z. B. wenn bei der Auftragsvergabe gezielt bestimmte Personenkreise bevorzugt werden sollen)⁴⁰. Wenden sich die Gesetze ausschließlich an Träger der Staatsgewalt, die in einer „Jedermann-Form“ organisiert worden sind (z. B. an Eigengesellschaften), ist im Zweifel davon auszugehen, daß die Träger auch als Jedermann (Privatrechtssubjekte) berechtigt oder verpflichtet werden sollen⁴¹. Dagegen dürften Rechtssätze, die sich an Private wenden, denen die Wahrnehmung von Staatsaufgaben im Außenverhältnis übertragen worden ist (Beliehene), diese in der Regel als solche ansprechen, also dem öffentlichen Recht angehören.

³⁸ Vgl. aber auch BVerfG JZ 1990, 335, das gemischtwirtschaftliche Unternehmen in bestimmten Fällen an die Grundrechte bindet. Näher dazu § 3 Rn. 62 a. E.

³⁹ So unterwirft z. B. die sog. Überwachungsrichtlinie der EG (RL 665/89 v. 21. 12. 1989, ABl. L 395/33 v. 30. 12. 1989) die Vergabe öffentlicher Aufträge zahlreichen Verfahrensbestimmungen (die dem Privatrecht bisher fremd sind). Es ist daher nicht ganz auszuschließen, daß dies den Gesetzgeber veranlassen könnte, einen Teil des Beschaffungswesens künftig „an das grelle Licht des öffentlichen Rechts“ (vgl. zum Ausdruck *Zuleeg*, in: Festschrift für Fröhler, 1980, S. 278) zu ziehen. In vielen Mitgliedstaaten der EG erfolgt die Auftragsvergabe öffentlich-rechtlich, z. B. Frankreich (vgl. *E. Schmitz*, Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, 1972, S. 36 ff.).

⁴⁰ Dazu *Ehlers* (Fn. 14), S. 202 ff.

⁴¹ Vgl. auch BVerwG DÖV 1990, 614 f.

c) *Die Geltung des öffentlichen und privaten Rechts.* Die Unterscheidung des öffentlichen und privaten Rechts sagt noch nichts über die *Geltung* der beiden Rechtskreise aus. Vielfach kommen für die Beurteilung von Rechtsverhältnissen, an denen die Verwaltung beteiligt ist, sowohl Bestimmungen des öffentlichen als auch des privaten Rechts in Betracht, ohne daß Klarheit darüber herrscht, welche Rechtssatzgruppe zur Anwendung gelangen soll. So nützt es wenig zu wissen, daß Art. 34 GG eine Norm des öffentlichen, § 823 BGB eine Norm des privaten Rechts ist, wenn offen bleibt, welche der beiden Normen auf die schadensverursachende Handlung anzuwenden ist. Ebenso kann nicht zweifelhaft sein, daß die §§ 54 ff. VwVfG dem öffentlichen, die §§ 433 ff. BGB dem privaten Recht angehören. Die Frage ist aber gerade, ob die einen oder anderen Vorschriften für den von der Verwaltung abgeschlossenen Vertrag maßgebend sind. Erst die Bestimmung des Geltungsbereichs der Rechtssätze entscheidet somit über die Zuordnung des Verwaltungshandelns zum öffentlichen oder privaten Recht⁴².

Entscheidend für die Qualifizierung der Verhaltensweisen ist zunächst der Normbezug. Läßt sich das Handeln nur unter einen (Außen-)Rechtssatz des öffentlichen Rechts subsumieren, ist es als öffentlich-rechtlich anzusehen. So stehen für die mit Eingriffsmitteln arbeitende Verwaltung in aller Regel nur öffentlich-rechtliche Normen zur Verfügung. Die Eingriffsverwaltung wird daher öffentlich-rechtlich tätig. Wird umgekehrt der Sachverhalt allein in einer Norm des privaten Rechts geregelt, gilt Privatrecht.

Können auf das Handeln sowohl Rechtssätze des öffentlichen als auch des privaten Rechts angewendet werden (wie in der Regel bei vertraglicher Gestaltung) oder fehlt es an speziellen sachverhaltsregelnden Normen (wie z. B. bei einer behördlichen Warnung oder Empfehlung, die sich nur auf eine Aufgaben- nicht aber auf eine Befugnisnorm stützen kann), soll der Verwaltung nach h. M. eine *Wahlfreiheit* zwischen öffentlichem und privatem Recht zustehen⁴³. Die Wahlfreiheit wird sowohl auf die Organisations- als auch auf die Handlungsformen bezogen. Hat sich die Verwaltung für eine privatrechtliche Organisationsform entschieden, soll sie hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Außenbeziehungen auf das Privatrecht festgelegt sein, bei der öffentlich-rechtlichen Organisation dagegen nicht. Für zulässig erachtet wird auch eine zweistufige Vorgehensweise (öffentlich-rechtliche Begründung und privatrechtliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen)⁴⁴.

An der These von der Wahlfreiheit der Verwaltung wird zunehmend *Kritik* geübt⁴⁵. Wer der Verwaltung Formenwahlfreiheit zugesteht, gestattet ihr bei-

⁴² Grundlegend dazu *Pestalozza*, Formenmißbrauch des Staates, 1973, S. 172 ff.

⁴³ Vgl. dazu § 31 Rn. 1 ff.

⁴⁴ Zur Zweistufentheorie vgl. § 31 Rn. 2. Zu den zahlreichen Problemen, die eine zweistufige Verfahrensweise heraufbeschwört (insbesondere zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung von erster und zweiter Stufe) *Ehlers*, *VerwArch.* 74 (1983), 112, 117.

⁴⁵ Vgl. etwa *Pestalozza* (Fn. 42), S. 167 ff.; *Ehlers* (Fn. 14), S. 66 ff.; *Kempfen*, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung, 1989, S. 91 ff.; kritisch zu letzterem *Schnapp*, *DÖV* 1990, 826 ff.

spielsweise zugleich, über die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensrechts, die Art und Weise der Haftung sowie die gerichtliche Kontrollzuständigkeit zu verfügen. Dem Sinn der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht dürfte es aber widersprechen, wenn der Verwaltung in so weitgehendem Ausmaß die Befugnis eingeräumt wird, über den Geltungsbereich des öffentlichen und privaten Rechts selbst zu befinden und sich damit nach Belieben dem eigens zu ihrer Disziplinierung geschaffenen Rechtsregime zu entziehen. Hinzu kommt, daß häufig unklar bleibt, welche Wahl die Verwaltung getroffen hat. Der Vorschlag, eine *Vermutung* für das öffentliche Recht eingreifen zu lassen, d. h. das Tätigwerden nach öffentlichem Recht zu beurteilen, „solange der Wille in privatrechtlicher Handlungsform tätig zu werden nicht in Erscheinung tritt“⁴⁶, brächte insoweit zwar Besserung. Er würde aber nichts daran ändern, daß es die Verwaltung mittels einer eindeutigen Klarstellung in der Hand hätte, die gesamte nichtspezialgesetzlich geregelte Leistungsverwaltung mit privatrechtlichen Mitteln wahrzunehmen, während sie umgekehrt berechtigt wäre, für den Kohlenkauf des Finanzamtes oder den Lebensmitteleinkauf einer Justizvollzugsanstalt die Form des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu wählen. Außerdem ist nur schwer verständlich, weshalb es bei Tathandlungen auf den Willen des Handelnden ankommen soll. Solche Handlungen sind gerade nicht final auf die Bewirkung bestimmter Rechtsfolgen gerichtet. Ihre Intention kann demnach nicht entscheidend sein.

- 28** Schließlich steht die These von der Wahlfreiheit in einem unklaren Verhältnis zu anderen Theorieansätzen der h. M. So wird etwa bei der Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen gemeinhin auf den „Gegenstand des Vertrages“ abgestellt⁴⁷, d. h. auf ein objektives Kriterium. Dieses Vorgehen ist aber mit einem subjektiven Bestimmungsrecht der Verwaltung nicht verträglich⁴⁸.
- 29** Folgt man der Kritik an der h. M., sind an die Wahl privater Organisations- und Handlungsformen strengere Anforderungen zu stellen. So muß aus Gründen der demokratischen Legitimation, der parlamentarischen Verantwortlichkeit und der Gewährleistung rechtsstaatlicher Verhältnisse jede Ausgliederung aus der Verwaltungshierarchie in Form juristisch verselbständigter Personen auf ein Gesetz zurückgeführt werden können⁴⁹. Dies gilt auch bei der Verwendung

⁴⁶ Vgl. § 25 Rn. 7; § 34 Rn. 5. Ähnlich BSG JZ 1986, 501, 503; Zuleeg, *VerwArch.* 73 (1982), 384, 397; Lange, *NVwZ* 1983, 313, 318; F. Mayer/Kopp, *Allg. VwR*, § 4 IV 4. Nach Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, *VwVfG*, § 1 Rn. 59, soll die Vermutung öffentlich-rechtlicher Tätigkeit nur eingreifen, wenn die Behörde im Rahmen ihrer hoheitlichen Kompetenzen gehandelt hat (diese Auffassung überzeugt schon deshalb nicht, weil eine Behörde nur hoheitliche Kompetenzen hat).

⁴⁷ Vgl. § 25 Rn. 2.

⁴⁸ Vgl. auch Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung*, 1974, S. 25 ff.

⁴⁹ Ossenbühl, *Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost*, 1980, S. 135; Ehlers (Fn. 14), S. 91, 156. A. A. z. B. Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof, *HdbStR*, Bd. III, § 84 Rn. 38.

privatrechtlicher *Organisationsformen*. Allerdings genügen dem Gesetzesvorbehalt grundsätzlich auch Bestimmungen, die sich darauf beschränken, die allgemeinen Voraussetzungen der Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen zu regeln (wie dies im Falle von § 65 Abs. 1 BHO und den entsprechenden Haushaltsbestimmungen der Länder zutrifft)⁵⁰. Den Kommunen wird bereits durch das verfassungsrechtlich gesicherte Selbstverwaltungsrecht (und nicht nur durch das einfache Gesetzesrecht⁵¹) das Recht der Selbstorganisation zugestanden. Dieses Recht schließt auch die Befugnis ein, sich zur Verwirklichung kommunaler Zwecke der privatrechtlichen Organisationsformen zu bedienen⁵². In jedem Falle bedarf die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen einer rechtfertigenden Begründung. Auch muß eine effektive Steuerung und Kontrolle der privatrechtlich organisierten Verwaltungsträger sichergestellt werden⁵³.

Das *Handeln* privatrechtlich organisierter Träger von Staatsgewalt (z. B. einer kommunalen GmbH) ist grundsätzlich als privatrechtlich zu qualifizieren. Dagegen gilt für öffentlich-rechtlich organisierte Träger der Staatsgewalt immer öffentliches Recht, wenn es an einer gesetzlichen Regelung fehlt oder sich das Handeln sowohl einem Rechtssatz des öffentlichen als auch des privaten Rechts zuordnen läßt und die Verwaltung nicht auf dem Gebiet der Bedarfsdeckung, Vermögensverwertung oder Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr tätig wird (insoweit Privatrecht)⁵⁴. Die Konsequenzen einer solchen Zuordnung sind beträchtlich. So müssen nicht nur Einzelmaßnahmen wie die Handlungsweisen zur Sicherung des Behördenhausrechts⁵⁵, sondern alle Maßnahmen der Leistungsverwaltung vorbehaltlich abweichender gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Regelungen dem öffentlichen Recht unterstellt werden. Zum Beispiel sind die Maßnahmen der Subventionsverwaltung grundsätzlich als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Nichts anderes kann für Realhandlungen gelten – es sei denn, daß diese in einem inneren und äußeren Zusammenhang mit der Wahrnehmung privatrechtlich zu erfüllender Aufgaben stehen. Dementsprechend unterfallen z. B. die Geruchsimmissionen kommunaler Kläranlagen oder die Geräuschbelästigungen kommunal betriebener Sportplätze dem öffentlichen Recht⁵⁶. Dagegen sind Schadenszufügungen beim Ausprobieren eines Feuerwehr-

⁵⁰ Kritischer R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, S. 528, 530.

⁵¹ Vgl. z. B. § 89 NWGO.

⁵² Erichsen (Fn. 37), S. 13.

⁵³ Näher dazu Ehlers, DÖV 1986, 897, 902 ff.

⁵⁴ Dies entspricht dem Ansatz der materiellen Subjektstheorie. Nach OVG Berlin DVBl. 1991, 584, 585, ergibt sich aus dem Treuhandgesetz und dem Einigungsvertrag, daß die Treuhandanstalt nach außen hin privatrechtlich tätig wird.

⁵⁵ Vgl. aber auch § 49 Rn. 4.

⁵⁶ Vgl. auch BVerwG DVBl. 1974, 239 f.; NJW 1984, 1982 f.; VGH München BayVBl. 1988, 241; BVerwG DÖV 1989, 675.

löschwagens zum Zwecke der Anschaffung⁵⁷ oder ehrverletzende Äußerungen eines Verwaltungsbediensteten gegenüber einem staatlichen Auftragnehmer aufgrund des engen Zusammenhangs zu den privatrechtlichen Bedarfsdeckungsgeschäften dem Privatrecht zuzuordnen⁵⁸.

- 31** Eine Wahlfreiheit der Verwaltung ist damit nicht ausgeschlossen. Doch kann es eine solche „Freiheit“⁵⁹ nur geben, wenn und soweit sie sich aus dem positiven Gesetzesrecht oder zumindest dem Gewohnheitsrecht entnehmen läßt. Dies dürfte etwa im Hinblick auf die Nutzung öffentlicher Einrichtungen der Fall sein⁶⁰. So kann den kommunalrechtlichen Bestimmungen mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden, daß die Kommunen das Recht haben sollen, die Regelung ihrer Nutzungsverhältnisse öffentlich-rechtlich, zweistufig öffentlich- und privatrechtlich oder nur privatrechtlich auszugestalten⁶¹. Soll die Zulassung zur Nutzung oder die Ausgestaltung der Nutzungsverhältnisse rechts-geschäftlich geregelt werden, ist im Zweifelsfall von privatrechtlichen Nutzungsverhältnissen auszugehen⁶². Anderes ist anzunehmen, wenn eine Satzung vorliegt oder wenn die Gewährung und Inanspruchnahme der Leistungen faktisch erfolgt (wie z. B. bei der Benutzung von Kinderspielplätzen oder Trimm-Dich-Pfaden)⁶³.
- 32** Auf den Anwendungsbereich der Rechtssätze kommt es ausnahmsweise nicht an, wenn eine *rechtsgeschäftliche* (d. h. final auf Bewirkung einer bestimmten

⁵⁷ Anderes gilt für Schadenszufügungen bei der Vorführung eines Feuerwehrwagens. Vgl. BGH MDR 1962, 803.

⁵⁸ Ehlers (Fn. 14), S. 501 ff. m. w. Nachw. Vgl. aber § 34 Rn. 4 ff.

⁵⁹ Der Ausdruck „Freiheit“ ist mißverständlich, weil den Trägern der Staatsgewalt nur pflichtgebundene Gestaltungsspielräume zustehen können.

⁶⁰ Im Ergebnis ganz h. M. Vgl. Erichsen, Jura 1986, 148, 150; Schmidt-Aßmann, in: I. v. Münch, Bes. VwR, S. 171 ff.; ferner § 44 Rn. 1.

⁶¹ Vgl. z. B. § 6 I NWKAG (Benutzungsgebühren sind für Einrichtungen unter bestimmten Voraussetzungen zu erheben, „sofern nicht ... ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird“).

⁶² A. A. die h. M., die im Zweifelsfall öffentliches Recht annimmt (vgl. statt vieler Erichsen, Jura 1982, 537, 545; Maurer, Allg. VwR, § 3 Rn. 26; Schmidt-Aßmann, in: I. v. Münch, Bes. VwR, S. 171 ff.). Da der öffentlich-rechtliche Vertrag wegen des Schriftformerfordernisses (§ 57 VwVfG) in aller Regel ausscheidet, es faktische Verträge des öffentlichen Rechts nicht gibt und ein Verwaltungsakt zumindest bei der Begründung eines Anschluß- und Benutzungszwangs, der Erhebung einer Abgabe (Gebühr) und der Zulassung eines Minderjährigen einer satzungsmäßigen Grundlage bedürfte (vgl. Ehlers, DVBl. 1986, 912, 918 f.), würde die Zugrundelegung der h. M. rechtswidrige Zustände zur Folge haben.

⁶³ A. A. die ständige Rspr. des BGH, die von der Geltung des Privatrechts ausgeht und deshalb auch für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht die privatrechtliche Haftung eingreifen läßt (es sei denn, der Träger der Staatsgewalt hat durch Organisationsentscheidung etwas anderes bestimmt). Vgl. etwa BGH VersR 1977, 817 f.; BGH NJW 1988, 2667 f.; Börner, Sportsstätten – Haftungsrecht, 1985, S. 87 f. m. w. Nachw. Siehe auch § 46 Rn. 27. Zur Kritik dieser Rspr. vgl. statt vieler Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 135.

Rechtsfolge gerichtete) *Erklärung* vorliegt, aus der sich *eindeutig* ergibt, daß sich der Handelnde nur auf das öffentliche bzw. private Recht gestützt hat. Es gilt dann das jeweils gewählte Rechtsregime⁶⁴. So ist eine mit einer Rechtsbehelfsbelehrung im Sinne der VwGO und der Androhung der Verwaltungsvollstreckung versehene Zahlungsaufforderung der Verwaltung auch dann als Verwaltungsakt einzustufen, wenn eine privatrechtliche Forderung geltend gemacht wird (die Verwaltung also gar nicht zum Erlaß einer öffentlich-rechtlichen Erklärung befugt war). Rechtmäßigkeit und Rechtsnatur einer Maßnahme müssen auseinandergehalten werden.

In keinem Falle kann ein und dieselbe Maßnahme (im Außenverhältnis) **33** *sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich* zu beurteilen sein⁶⁵. Abzulehnen ist daher die ständige Rechtsprechung des BGH, welche ein wirtschaftlich relevantes Handeln der Verwaltung auch dann dem privatrechtlichen Wettbewerbsrecht unterstellt, wenn die Verwaltung gegenüber ihren Leistungsempfängern öffentlich-rechtlich tätig wird⁶⁶. So sollen etwa private Krankenversicherungen gegenüber den Sozialversicherungsträgern einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch auf Unterlassung bestimmter öffentlich-rechtlicher Werbemaßnahmen haben. Ein privatrechtlicher Rechtssatz kann der Verwaltung aber niemals ein öffentlich-rechtliches Verhalten ge- oder verbieten.

Ferner ist für die Annahme eines *zweistufigen* öffentlich- und privatrechtlichen **34** Vorgehens von vornherein kein Raum, wenn nur eine Handlung feststellbar ist. Entgegen einer häufig vertretenen Ansicht⁶⁷ dürften z. B. die Kommunen die Nutzungsverhältnisse ihrer öffentlichen Einrichtungen in der Regel gerade nicht zweistufig ausgestaltet haben, weil über die Nutzung nur in einem Akt entschieden wird. Schaltet die Verwaltung private *Erfüllungsgesellschaften* ein, hat dies nur interne Bedeutung. Läßt etwa die Polizei durch einen privatrechtlichen Unternehmer ein im Halteverbot stehendes Fahrzeug abschleppen, entstehen nur Rechtsbeziehungen zwischen der Polizei und dem Halter des Fahrzeugs, nicht zwischen dem Unternehmer und dem Halter⁶⁸. Da das Innenverhältnis das Außenverhältnis nicht (unmittelbar) zu beeinflussen vermag, bestehen keine Bedenken dagegen, das Außenverhältnis dem öffentlichen und das Innenverhältnis dem privaten Recht zu unterstellen.

⁶⁴ Vgl. BVerwG JZ 1990, 862; *Eblers* (Fn. 14), S. 434 ff.; a. A. *Schenke*, NVwZ 1990, 1009 (1013 f.).

⁶⁵ Näher dazu und zum folgenden *Eblers* (Fn. 14), S. 178 f., 363 f., 504 ff.

⁶⁶ BGHZ 66, 229 ff.; 67, 81 ff.; 82, 375, 383; BGH NJW 1986, 2359, 2360. Kritisch *Bettermann*, DVBl. 1977, 180, 182; *Erichsen* (Fn. 37), S. 39 f.; *Schricker*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unerlaubter Wettbewerb, 2. Aufl. 1987, S. 102 ff.

⁶⁷ Vgl. nur BVerwG NJW 1990, 134 ff., 135.

⁶⁸ Vgl. OVG Münster NJW 1980, 1974; *Kottmann*, DÖV 1983, 493, 502. Schädigt der Unternehmer den Halter, hat dieser daher nur einen Amtshaftungsanspruch gegen die Polizei, nicht einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Unternehmer. A. A. BGH BayVBl. 1980, 312, 313; *Maurer*, Allg. VwR, § 25 Rn. 13.

- 35** Die Qualifikation des Verwaltungshandelns wird durch einen von den Vorstellungen des Handelnden *abweichenden Kausalverlauf* nicht beeinflusst. Zum Beispiel kann sich ein öffentlich-rechtliches Übungsschießen der Bundeswehr nicht wegen eines Querschlägers in ein privatrechtliches verwandeln⁶⁹. Ebenso behalten beamtenrechtliche Beihilfezahlungen, die dem Erben des Beihilfeberechtigten zugeflossen sind, ihren öffentlich-rechtlichen Charakter⁷⁰. In der Rechtsprechung wird vielfach versucht, zwischen Zahlungen an den vermeintlichen Berechtigten und den sonstigen Nichtberechtigten zu differenzieren. Im ersten Fall soll die Zahlung öffentlich-rechtlicher, im zweiten privatrechtlicher Natur sein⁷¹. Doch vermag diese Unterscheidung nicht zu überzeugen. Zum Beispiel unterliegt eine Sozialleistung immer öffentlich-rechtlicher Beurteilung, auch wenn der Beitrag irrtümlich auf ein fremdes Konto überwiesen wird.
- 36** In Grenzfällen bereitet die Zuordnung der Verwaltungshandlungen zum öffentlichen oder privaten Recht immer wieder Schwierigkeiten. Eine Zauberformel, die rechtslogische Gewißheit verschafft oder alle Zweifel beseitigt, gibt es nicht. Tröstlich mag sein, daß auch berufene Stellen ihre Probleme mit der Abgrenzung haben. So hat schon ein Bundesjustizminister (Dehler), der den Bundeskanzler (Adenauer) vor den Zivilgerichten auf Herausgabe des Tonbandprotokolls eines Regierungskoalitionsgespräches verklagt hat, sich vom BGH darüber belehren lassen müssen, daß sich die Streitigkeit nach öffentlichem Recht richte, also nicht die ordentlichen, sondern die Verwaltungsgerichte zuständig seien⁷². Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß auch die Entscheidung des BGH nicht korrekt war, da es sich um einen verfassungsrechtlichen Streit gehandelt haben dürfte⁷³.
- 37** d) *Die Einwirkungen des öffentlichen und privaten Rechts aufeinander*. Gilt das öffentliche oder private Recht, bedeutet dies noch nicht, daß das jeweils andere Rechtsgebiet für die Rechtsordnung ohne Bedeutung ist. Öffentliches und privates Recht stehen sich nicht wie fensterlose Monaden ohne jede Möglichkeit der Verständigung gegenüber, sondern wirken in vielfältiger Weise aufeinander ein. Im folgenden kann dies nur anhand einiger Beispiele verdeutlicht werden.
- 38** (1) *Die Einwirkungen des öffentlichen Rechts auf das Privatrecht*. Das öffentliche Recht strahlt in immer stärkerem Ausmaß auf das Privatrecht aus. Seitens der Privatrechtler ist dem öffentlichen Recht sogar vorgehalten worden, daß es eine Usurpation des Zivilrechts anstrebe⁷⁴.

⁶⁹ Vgl. auch Renck, JuS 1978, 459, 462.

⁷⁰ BVerwG DVBl. 1990, 870. A. A. VGH BW VBIBW 1989, 265; BayVGH BayVBl. 1989, 600.

⁷¹ BGHZ 71, 180 ff.; 73, 202, 203 f.; BVerwG JZ 1990, 862 f. Kritisch Bethge, NJW 1978, 1801 f.; Ehlers (Fn. 14), S. 508. Vgl. auch Maurer, JZ 1990, 863 ff.

⁷² BGH JZ 1959, 499 ff.

⁷³ Vgl. Ule, JZ 1959, 501.

⁷⁴ Vgl. Diederichsen, in: Verh. d. 56. DJT, Bd. II, 1986, L 48, 69.

Bedient sich die Verwaltung des Privatrechts, regelt dieses niemals ausschließlich das Tätigwerden der Verwaltung. Vielmehr gilt sog. *Verwaltungsprivatrecht*⁷⁵. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die Verwaltung öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, die das Privatrecht ergänzen und modifizieren. Es kann sich hierbei um Bindungen des Verfassungsrechts (insbesondere Geltung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und der Grundrechte⁷⁶) oder des Verwaltungsrechts handeln. Zum Beispiel sind Privatrechtsgeschäfte, die ohne die aufgrund der Kommunalgesetze erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde abgeschlossen werden, nach den Bestimmungen des Kommunalrechts unwirksam⁷⁷.

Darüber hinaus entfalten Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht zahlreiche weitere Wirkungen im Privatrecht. Hinsichtlich des *Verfassungsrechts* sei auf die sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte hingewiesen, d. h. auf die Ausstrahlung der Grundrechte auf die auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe des Privatrechts⁷⁸. Das *Verwaltungsrecht* kann privatrechtsbindende und indizielle Wirkungen entfalten. Im ersten Fall müssen die Vorgaben des Verwaltungsrechts im Privatrecht zwingend berücksichtigt werden, im zweiten stellen sie nur zu beachtende Anhaltspunkte dar⁷⁹.

So schreibt sich das Verwaltungsrecht vielfach ausdrücklich eine *privatrechtsgestaltende Wirkung* vor. Zum Beispiel kann eine Gemeinde durch Ausübung eines Vorkaufsrechts mittels Verwaltungsaktes gem. § 28 Abs. 2 BauGB in einen privatrechtlichen Vertrag eintreten. Im Immissionsschutzrecht (§ 14 BImSchG), Wasserrecht (§ 11 WHG) und Planungsrecht (§ 75 Abs. 2 S. 1 VwVfG) schließen bestimmte Genehmigungen und Zulassungen des öffentlichen Rechts privatrechtliche Ansprüche aus⁸⁰.

Nicht selten knüpfen ferner die *Tatbestandsmerkmale der privatrechtlichen Normen* an die Vorschriften des Verwaltungsrechts an. So stellt etwa das Umwelthaftungsgesetz auf besondere Betriebspflichten ab und definiert diese als „solche, die sich aus verwaltungsrechtlichen Zulassungen, Auflagen und vollziehbaren Anordnungen und Rechtsvorschriften ergeben, soweit sie die Verhinderung von solchen Umwelteinwirkungen bezwecken, die für die Verursachung des Schadens in Betracht kommen“⁸¹. Auch können die Regelungen des Verwaltungsrechtes Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB bzw. Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen⁸².

⁷⁵ Vgl. § 2 Rn. 66; § 32 Rn. 2.

⁷⁶ Vgl. § 3 Rn. 62; § 32 Rn. 2.

⁷⁷ Vgl. etwa § 104 Abs. 1 NWGO.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 7, 198, 205 f.; 73, 261, 269.

⁷⁹ Vgl. zu dieser Unterscheidung sowie zu den Einzelheiten *Jarass*, VVDStRL 50 (1991), 238, 250 ff.

⁸⁰ Zahlreiche weitere Beispiele bei *Ossenbühl*, DVBl. 1990, 963, 965.

⁸¹ Vgl. § 6 Abs. 3 des Gesetzes über die Umwelthaftung v. 10. 12. 1990 (BGBl. I, S. 2634).

⁸² Zu § 134 BGB vgl. *Ehlers* (Fn. 14), S. 232 f.; zu § 823 Abs. 2 BGB: *Palandt*, BGB, 50. Aufl. 1991, Rn. 140 ff.; nach *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl. 1987, S. 29, soll jede nach öffentlichem Recht rechtswidrige Wirtschaftsbetäti-

- 43** Fehlen ausdrückliche Regelungen, ist heftig umstritten, ob und ggf. inwieweit das Verwaltungsrecht als Vorgabe für das Privatrecht in Betracht kommt. In der Praxis stellt sich vor allem die Frage, ob unter den genannten Voraussetzungen öffentlich-rechtliche Planungs- und Einzelentscheidungen sowie die Standards des öffentlichen Umweltrechts (etwa TA Luft und TA Lärm)⁸³, das private Nachbarrecht und das private Immissionsschutzrecht zu beeinflussen vermögen⁸⁴. Die Zivilgerichte lehnen dies vielfach ab. So soll nach der bekannten Tennisplatz-Entscheidung des BGH⁸⁵ die Benutzung eines in einem Bebauungsplan zugelassenen Tennisplatzes privatrechtlich verhindert werden können. Da sich der BGH auf die „Besonderheiten im Einzelfall“ beruft⁸⁶, läßt sich diese Entscheidung aber gerade nicht verallgemeinern. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß außenverbindliche Planungsentscheidungen des öffentlichen Rechts wie insbesondere die Bebauungspläne auch im Privatrecht zu berücksichtigen sind. Die prinzipielle Zulässigkeit (das „Ob“) der Anlage kann dann nicht mehr privatrechtlich in Frage gestellt, die anlagentypische Nutzung nicht mehr gänzlich untersagt werden. Dagegen entscheidet das öffentliche Recht in solchen Fällen nicht abschließend über das Ausmaß der Nutzung (also das „Wie“)⁸⁷. Baugenehmigungen werden kraft ausdrücklicher Bestimmung „unbeschadet der privaten Rechte Dritter“ erteilt⁸⁸. Dies schließt aber nicht aus, ihnen insoweit Wirkung auf das Privatrecht einzuräumen, als sie Planungsentscheidungen verbindlich konkretisieren⁸⁹.
- 44** (2) *Die Einwirkungen des Privatrechts auf das öffentliche Recht.* Auch das öffentliche Recht kann ausdrücklich oder stillschweigend auf das Privatrecht verweisen. Eine ausdrückliche Verweisung stellt etwa § 62 S. 2 VwGO dar, wonach die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches unter bestimmten Vor-

gang der öffentlichen Hand zugleich sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG sein. Kritisch dazu Ehlers, JZ 1990, 1089, 1098.

⁸³ Vgl. dazu die – allerdings wegen der neuen Gesetzeslage (vgl. Fn. 81) überholte – Kuppelofenentscheidung des BGH (BGHZ 92, 143, 151).

⁸⁴ Zum Nachbarrecht vgl. *Peine*, JuS 1987, 169 ff. m. zahlr. Nachw.; zum Immissionsschutzrecht: *Marburger*, Verh. d. 56. DJT, Bd. I, 1986, C 102 ff.; *Hoppe/Beckmann*, Umweltrecht, 1989, § 2 Rn. 14 ff.; *Kloepfer*, Umweltrecht, 1989, § 4 Rn. 295 ff.

⁸⁵ BGH NJW 1983, 751 f.

⁸⁶ Das Schlafzimmer des Nachbarn befand sich 5 m vom Tennisplatz entfernt.

⁸⁷ Vgl. zum Streitstand auch *Kleinlein*, NVwZ 1982, 668 ff.; *Breuer*, DVBl. 1983, 431, 438; *Salzwedel*, UPR 1985, 210, 212 f.; *Gaentzsch*, NVwZ 1986, 601, 604 ff.; *Papier*, NVwZ 1986, 624 ff.; *ders.*, in: Koch (Hrsg.), Schutz vor Lärm, 1990, S. 129 ff.; *Vieweg*, JZ 1987, 1104 ff.; *Gerhardt*, BayVBl. 1990, 549, 553 ff.; *Jarass*, VVDStRL 50 (1991), 238, 259 ff.

⁸⁸ Vgl. z. B. § 70 Abs. 3 NWBauO.

⁸⁹ Dies ist der Fall, wenn die Baugenehmigung den Bebauungsplan vollzieht bzw. auf § 31 BauGB gestützt wird. Anders zu beurteilen sind Baugenehmigungen, die Vorhaben i. S. d. §§ 34, 35 BauGB betreffen. Vgl. *Peine*, JuS 1987, 169, 176, der allerdings – weitergehend als hier – von einer privatrechtsgestaltenden Wirkung ausgeht.

aussetzungen für öffentlich-rechtliche Verträge gelten. Stillschweigend auf das Privatrecht verweist Art. 14 Abs. 1 GG, weil das Eigentum im Sinne dieser Vorschrift nicht nur durch das öffentliche, sondern auch durch das private Recht bestimmt wird⁹⁰. Weiterhin können die Vorschriften des Privatrechts in vielen Fällen zur Auslegung und Lückenschließung im öffentlichen Recht herangezogen werden: sei es, daß sie einen allgemeinen Rechtsgedanken wiedergeben, der auch im öffentlichen Recht gilt, oder sei es, daß sie sich im Wege des Analogieschlusses in das öffentliche Recht übertragen lassen⁹¹. Vor allem gelten die Regelungen des privaten Schuldrechts häufig sinngemäß im öffentlichen Recht. Schließlich kann Privaten die Befugnis zukommen, im Wege des privatrechtlichen Vertragsabschlusses über die Übernahme oder Ausübung öffentlicher Rechte und Pflichten zu disponieren. Sie wirken damit mittelbar auf öffentlich-rechtliche Sachverhalte ein. So ist es hinzunehmen, wenn sich ein Privater in einem Abfindungsvertrag gegen Zahlung einer Geldsumme gegenüber einem anderen Privaten verpflichtet, keinen Widerspruch gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung einzulegen. Der Vertrag verstößt aber gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), wenn sich ein Träger von Staatsgewalt an der Zahlung der Geldsumme beteiligt. Gleichwohl hat der BGH in der Bergkamen-Entscheidung einen entsprechenden Vertragsschluß für wirksam gehalten⁹².

2. Eingriffsverwaltung

Auf dem Feld des öffentlichen Rechts operiert die Eingriffsverwaltung; ihr **45** Wesen liegt darin, daß hier „Subjekte öffentlicher Verwaltung einseitig verbindlich regelnd, d. h. abstrakt oder konkret verbotend, gebietend, entscheidend, Zwang androhend oder anwendend (z. B. durch Polizeibefehl, Ordnungsanordnung, Steuerbescheid und deren Durchsetzung) in die Freiheitsphäre der Verwalteten eingreifen“⁹³. Kürzer formuliert: sie ist die Verwaltung, „die mit Erlaubnisvorbehalten, Befehlen und notfalls mit Zwang in das freie Belieben der Menschen eingreift“⁹⁴. Paradebeispiele sind die *Gefahrenabwehr durch die Polizei- und Ordnungsbehörden*⁹⁵, wie sie sich insbesondere in den dem § 14 PrPVG nachge-

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 58, 300, 335 f.

⁹¹ Vgl. dazu § 7 Rn. 94; ferner: BVerwGE 71, 85, 87 ff.; *Wolff/Bachof*, VwR I, § 22 II c.

⁹² Vgl. BGH NJW 1981, 811 f.; kritisch *Frank*, Publizistik 1980, 290 ff.; *Kloepfer* (Fn. 84), § 4 Rn. 294.

⁹³ *Wolff/Bachof*, VwR I, § 23 III a.

⁹⁴ *Wolff/Bachof*, VwR I, § 3 I c 2.

⁹⁵ Vgl. dazu *Friauf*, in: I. v. Münch, Bes. VwR, S. 213 ff.; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 1988, § 5 Rn. 71 ff.; *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 1989, §§ 10 ff.; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, §§ 8 ff.; *Schenke*, in: Steiner, Bes. VwR, II Rn. 18 ff.; *Wagner*, Polizeirecht, 2. Aufl. 1985, B VI. Zu Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr vgl. *W. Martens*, DÖV 1982, 89 ff.; *Faber*, VwR, S. 209 ff.

bildeten Bestimmungen der Polizeigesetze und Ordnungsbehördengesetze, noch handgreiflicher im Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes (UZwG) und den ihm entsprechenden Gesetzen der Länder manifestiert, sowie die *Deckung des Finanzbedarfs durch die Abgaben-(Steuer-)Verwaltung*⁹⁶.

- 46** Instrument der Eingriffsverwaltung ist der *belastende Verwaltungsakt*. Eingriffsverwaltung ist stets hoheitliche Verwaltung; umgekehrt ist nicht jede hoheitliche Verwaltung Eingriffsverwaltung. Die rechtsdogmatische und praktische Bedeutung der Einordnung einer Verwaltung als Eingriffsverwaltung liegt im sog. *Vorbehalt des Gesetzes (Gesetzesvorbehalt)*. Der Vorbehalt des Gesetzes, auf den unten noch näher eingegangen wird⁹⁷, bedeutet, daß (jedenfalls) Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Derartige Eingriffe darf die Verwaltung also nicht von sich aus vornehmen, sondern nur in Anwendung eines dazu berechtigenden Gesetzes: Eingriffe in Freiheit und Eigentum sind dem Gesetz vorbehalten. Eingriffsverwaltung ist also *strikt gesetzgebunden*: nicht nur in dem Sinne, daß die Eingriffsverwaltung wie jede Verwaltung *nicht gegen* das Gesetz handeln darf, sondern auch in dem Sinne, daß ihr Handeln *nur mit* einem Gesetz möglich ist. Das Gesetz ist für die Eingriffsverwaltung also Bremse und Gaspedal zugleich: ohne Gesetz kann die Eingriffsverwaltung nicht fahren.

3. Leistungsverwaltung

- 47** Auch in der Form des öffentlichen Rechts, jedoch nicht nur in ihr, handelt die *Leistungsverwaltung* (leistende Verwaltung)⁹⁸. Die Leistungsverwaltung wird umschrieben als die Verwaltung, „die für die Lebensmöglichkeit und Lebensverbesserung der Mitglieder des Gemeinwesens sorgt, indem sie deren Interessenverfolgung durch Gewährungen unmittelbar fördert“⁹⁹. Beispiele für Handlungen der Leistungsverwaltung, die mehr und mehr an Bedeutung gewinnt, sind die Leistungen der Arbeitslosenversicherung nach dem Arbeitsförderungsgesetz (AFG), die Gewährung von Hilfen nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG),

⁹⁶ Vgl. die Hinw. bei Wolff/Bachof, VwR I, § 42.

⁹⁷ Vgl. § 2 Rn. 51; § 3 Rn. 59; § 5 Rn. 7 ff.

⁹⁸ Der Begriff der Leistungsverwaltung ist herausgearbeitet worden vor allem von Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938. Vgl. auch dens., DÖV 1959, 22 ff.; Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, 1966; ders., DÖV 1966, 624 ff.; Ossenbühl, DÖV 1971, 513 ff.; W. Martens, in: Festschrift für Hans J. Wolff, 1973, S. 429 ff. Zum Verwaltungsrecht des Leistungsstaates: Erichsen, DVBl. 1983, 289 ff. Zum Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln: Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaates, 1983. Zu den Rechtsverhältnissen in der Leistungsverwaltung: Ehlers, DVBl. 1986, 912 ff.; Hill, NJW 1986, 2602 ff.; Schnapp, DÖV 1986, 811 ff.; Krause, VVDStRL 45 (1987), S. 210 ff.

⁹⁹ Wolff/Bachof, VwR I, § 3 I b 2.

die Gewährung von Ausbildungsbeihilfen nach dem Bundesgesetz über die Ausbildungsförderung (BAföG), die Gewährung von Wirtschaftssubventionen (Grüner Plan; Filmförderung u. ä.) und die Bereitstellung von öffentlichen Krankenhäusern, Kindergärten, Museen usw.¹⁰⁰.

Instrument der Leistungsverwaltung, soweit sie in öffentlich-rechtlicher Form tätig wird, ist insbesondere der *begünstigende Verwaltungsakt*¹⁰¹. Jedoch ist Kennzeichen der Leistungsverwaltung gerade auch die *Vielfältigkeit* ihres Instrumentariums. So ist z. B. die Entscheidung über die Gewährung einer Subvention häufig ein begünstigender Verwaltungsakt, während die Abwicklung der Subvention in privatrechtlicher Form, etwa als Darlehen, erfolgen kann (sog. *Zwei-Stufen-Theorie*)¹⁰². Bei vorhandener oder drohender Massenarbeitslosigkeit spielen Subventionierungen von einzelnen Wirtschaftszweigen zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen eine erhebliche wirtschafts- und sozialpolitische Rolle¹⁰³.

Die Gewährung einer Subvention¹⁰⁴ an einen Wirtschaftszweig oder an einzelne Unternehmen und die darin liegende Begünstigung kann aber zugleich auch eine Belastung bilden – eine Belastung nämlich des konkurrierenden Wirtschaftszweiges bzw. Unternehmens (z. B. Subventionierung der Steinkohle als Konkurrent des Heizöls; Subventionierung kleiner und mittelgroßer Ölmühlen als Konkurrenten großer Ölmühlen¹⁰⁵; Subventionierung kleiner Zeitungsunternehmen als Konkurrenten größerer Zeitungsunternehmen¹⁰⁶). Die Leistung an den einen kann also einen Eingriff gegenüber einem anderen darstellen, wie

¹⁰⁰ Vgl. dazu *Gröttrup*, Die kommunale Leistungsverwaltung, 1973; zu den Spielräumen kommunaler Subventionsgewährung *Ehlers* (Hrsg.), Kommunale Wirtschaftsförderung, 1990; zu den kommunalen öffentlichen Einrichtungen *Erichsen*, Jura 1986, 148 ff.

¹⁰¹ Differenzierende Einzelheiten dazu unten in § 15 Rn. 4 ff. und § 18 Rn. 1.

¹⁰² Die Zwei-Stufen-Theorie ist entwickelt worden von *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956. Vgl. auch BVerwGE 13, 307; BayVG DVBl. 1967, 383; BGH DÖV 1969, 640; BGH NJW 1972, 210. – Kritisch zur Zwei-Stufen-Theorie *Bethge*, JR 1972, 139 ff.; *Erichsen*, VerwArch. 65 (1974), 219; *Maurer*, Allg. VwR, § 17 Rn. 11; oben Rn. 34 und unten § 31 Rn. 2. Zu den Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen allg.: *Ehlers*, VerwArch. 74 (1983), 112 ff.

¹⁰³ Vgl. dazu *Zuleeg*, in: Kittner (Hrsg.), Arbeitsmarktpolitik – ökonomische, soziale und rechtliche Grundlagen, 1982, S. 155 ff.

¹⁰⁴ Zum Begriff der Subvention vgl. die Legaldefinition der Subvention i. S. des Strafrechts in § 264 StGB i. d. F. des 1. G. zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 29. 7. 1976 (BGBl. I, S. 2034). Zu Rechtsfragen des Subventionswesens allg. vgl. *Badura*, in: I. v. Münch, Bes. VwR, S. 324 ff.; ferner *H. P. Ipsen*, VVDStRL 25 (1967), S. 257 ff.; *Zacher*, ebd., S. 308 ff.; *Bleckmann*, Subventionsrecht, 1978; *Joos*, RiA 1987, 73 ff., 97 ff.; *Stober*, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, §§ 110, 111. Zu Subventionen im Gemeinsamen Markt: § 3 Rn. 25 ff.

¹⁰⁵ Dieser Fall lag der Entscheidung in BVerwGE 6, 287 ff. zugrunde.

¹⁰⁶ Dieser Fall lag der Entscheidung des OVG Berlin DÖV 1974, 100 ff. zugrunde. Vgl. dazu auch *Schenke*, Der Staat 15 (1976), 553 ff.

überhaupt auch die Leistungsverwaltung Zwang und Eingriffe kennt. Leistungsverwaltung und Eingriffsverwaltung sind also kein strenger Gegensatz¹⁰⁷.

- 50** Eine von *Otto Bachof* vertretene Ansicht geht über diese Feststellung noch hinaus und verneint schon die Trennbarkeit: Es „lassen sich Eingriffs- (= ordnende) und Leistungsverwaltung weder nach Zwecken und Aufgaben noch nach dem Instrumentarium einigermaßen deutlich scheiden. Eine Zerlegung des Verwaltungsrechts „in zwei Teile von je ausgeprägter struktureller Eigentümlichkeit“ (*Forsthoff*) läßt sich anhand jener Unterscheidung nicht vornehmen“¹⁰⁸. Der Begriff der leistenden Verwaltung sei – ebenso wie die Begriffe Daseinsvorsorge, ordnende, lenkende, austeilende und umverteilende Verwaltung – nur ein heuristischer Begriff¹⁰⁹, aber kein Rechtsbegriff; er habe keine dogmatische und keine systematische Bedeutung¹¹⁰.
- 51** Wäre die Auffassung von der Untrennbarkeit von Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung richtig, so hätte dies eine erhebliche praktische Bedeutung, nämlich für die *Frage der Geltung des Gesetzesvorbehalts*¹¹¹. Nach bisheriger Ansicht steht die Leistungsverwaltung nicht im gleichen Maße unter dem Gesetzesvorbehalt wie die Eingriffsverwaltung: Die Gewährung von Leistungen bedarf danach – anders als Eingriffe – nicht unter allen Umständen einer gesetzlichen Grundlage¹¹²; diese ist vielmehr nur dann erforderlich, wenn durch eine Regelung „eine untrennbare Wechselbeziehung zwischen der Auferlegung von Belastungen und der Gewährung von Begünstigungen geschaffen wird“¹¹³. Im Normalfall, d. h. wenn keine solche untrennbare Wechselbeziehung zwischen Begünstigung und Belastung besteht, ist nach noch h. L. jede parlamentarische Willensäußerung (z. B. ein einfacher Parlamentsbeschluß), ja schon die bloße etatmäßige Bereitstellung der finanziellen Mittel für die Gewährung der Leistung eine hinreichende Legitimation. Erwogen werden *Ordnungsrahmen* für das Recht der Subventionen¹¹⁴ und eine lenkende *Veröffentlichung von Subventionsrichtlinien*¹¹⁵.
- 52** Es mehrten sich allerdings die Stimmen, die auch die Leistungsverwaltung dem Gesetzesvorbehalt unterwerfen wollen (sog. *Totalvorbehalt*)¹¹⁶, wobei die

¹⁰⁷ Zutreffend *Wolff/Bachof*, VwR I, § 3 I b 2, § 3 I c 2.

¹⁰⁸ *Bachof*, VVDStRL 30 (1972), S. 193, 242, 227 f.

¹⁰⁹ D. h. lediglich ein methodisch-didaktisches Hilfsmittel zur wissenschaftlichen Erkenntnisfindung (vom griechischen „heurein“ = finden).

¹¹⁰ *Bachof*, VVDStRL 30 (1972), S. 193, 242; vgl. auch *Schnapp*, SGB 1979, 201; *Ebsen*, DVBl. 1988, 883, 885 f.

¹¹¹ Vgl. dazu unten § 3 Rn. 59 und § 5 Rn. 7 ff. Speziell zur Frage des Gesetzesvorbehaltes bei Subventionen: *H. Bauer*, DÖV 1983, 53 ff.; *Jarass*, NVwZ 1984, 473 ff.

¹¹² Vgl. dazu BVerfGE 8, 155, 167 – Lastenausgleich; *W. Martens* (Fn. 98), S. 433 ff.

¹¹³ BVerwGE 6, 282 (Ölmühlen-Fall); BVerwG DÖV 1977, 606 f. (Prämie für Verpachtung eines geerbten landwirtschaftlichen Betriebes).

¹¹⁴ *Bleckmann*, in: Verh. d. 55. DJT, Bd. I, 1984, D; *Oldiges*, NJW 1984, 1927 ff.

¹¹⁵ *Schwerdtfeger*, NVwZ 1984, 486 ff.

¹¹⁶ OVG Münster DVBl. 1963, 860; weitere Hinw. in OVG Berlin DÖV 1974, 102. Vgl. auch BVerfGE 33, 303, 331, 333 f.; *Kisker*, NJW 1977, 1313 ff., 1316; *Krebs*, Vorbehalt

Bereitstellung der betreffenden finanziellen Mittel im Haushaltsplan nicht als ausreichende gesetzliche Grundlage angesehen wird¹¹⁷. Das BVerfG bezeichnet es heute bereits als „ständige Rechtsprechung, daß der Gesetzgeber verpflichtet ist, – losgelöst vom Merkmal des „Eingriffs“ – in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung ... alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“¹¹⁸ (*Wesentlichkeitstheorie*). Zur Begründung führt das BVerfG u. a. an: „Staatliches Handeln, durch das dem Einzelnen Leistungen und Chancen gewährt und angeboten werden, ist für eine Existenz in Freiheit oft nicht weniger bedeutungsvoll als das Unterbleiben eines ‚Eingriffs‘“¹¹⁹. Damit würden auch Leistungsverwaltung und Eingriffsverwaltung nicht egalisiert, weil nach Ansicht des BVerfG im Bereich der gewährenden Verwaltung (sprich: Leistungsverwaltung) „eine besondere Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“¹²⁰ (sprich: eine besonders weite Gestaltungsfreiheit) besteht.

Die Schwierigkeiten der Abgrenzung von Leistungs- und Eingriffsverwaltung zeigen sich auch dann, wenn es nicht um begünstigende Akte mit drittbelastender Doppelwirkung geht. Wie war etwa die Pockenschutzimpfung zu qualifizieren? War sie (wenn gesetzlich angeordnet und das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit berührend) Eingriffsverwaltung oder war sie (weil kostenlos und gerade zum Schutz des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit vorgenommen) Leistungsverwaltung¹²¹? Wie ist der Anschluß- und Benutzungszwang an gemeindliche Versorgungseinrichtungen (z. B. Wasserleitung, Fernwärmeversorgung) einzuordnen? Liegt hier der Schwerpunkt im Eingriff oder in der Leistung¹²²? Wie ist die Zwangsernährung eines im Hungerstreik befindlichen Untersuchungs- oder Strafgefangenen zu beurteilen? Steht hier Zwang im Vordergrund oder Gewährung¹²³? Nicht leicht einzuordnen ist auch der Bereich der Schule; sie wird traditionell als Leistungsverwaltung begriffen¹²⁴. Aber ist dies

53

des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 118 ff.; Grosser, Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit bei der Vergabe von staatlichen Wirtschaftssubventionen durch die öffentliche Hand, 1983; Achterberg, Allg. VwR, § 18 Rn. 7 ff., 29; Maurer, Allg. VwR, § 6 Rn. 13 ff.

¹¹⁷ Zu der negativ zu beantwortenden Frage, ob der einzelne aus dem Haushaltsgesetz unmittelbare Ansprüche auf Gewährung einer Subvention herleiten kann, vgl. BVerfGE 38, 121, 126.

¹¹⁸ BVerfGE 49, 89, 126; vgl. auch BVerfGE 40, 237, 249. Vgl. auch Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 316 ff.

¹¹⁹ BVerfGE 40, 237 ff., 249; dazu W. Martens, JR 1976, 193.

¹²⁰ BVerfGE 6, 77; 11, 60; 12, 166; 17, 216.

¹²¹ Vgl. dazu BVerwGE 9, 78 ff. (Der Impfwang ist inzwischen aufgehoben).

¹²² Vgl. dazu Frotscher, Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang, 1974, S. 14; zur Frage der Zulässigkeit der Einführung eines Anschluß- und Benutzungszwanges vgl. BGH NJW 1980, 2705 ff.; Haase, BB 1984, 1268 ff.

¹²³ Vgl. dazu § 101 StVollzG, sowie die Hinw. bei I. v. Münch, GGK I, Art. 2 Rn. 42.

¹²⁴ So z. B. Wolff/Bachof, VwR I, § 2.

wirklich richtig? Ist obligatorischer Sexualkundeunterricht für Zehnjährige eine Leistung oder ein Eingriff oder beides zugleich¹²⁵?

- 54** Offensichtlich gehen Leistungsverwaltung und Eingriffsverwaltung ineinander über¹²⁶. Man spricht dann von einem sog. „*Verwaltungsakt mit Mischwirkung*“¹²⁷. Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung – die typische Aufgabe der Eingriffsverwaltung – ist eben auch staatliche Leistung im weitesten Sinne¹²⁸; deshalb ist es auch folgerichtig, wenn es heute nicht mehr nur um den Anspruch des Bürgers auf Unterlassen polizeilicher Handlungen (d. h. die Abwehr von Eingriffen) geht, sondern auch ein Anspruch des Bürgers auf Tätigwerden der Polizei (also auf Gewährung) diskutiert und bejaht wird¹²⁹.
- 55** So sehr die Grenzen zwischen Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung auch fließend sein mögen, so ist doch zu bedenken, daß der größte Teil des Verwaltungshandelns sich (noch) klar und eindeutig entweder der Leistungsverwaltung oder der Eingriffsverwaltung zuordnen läßt, und daß die Unterscheidung wegen der in beiden Bereichen unterschiedlichen Maßstäbe für das Handeln des Gesetzgebers und der Verwaltungsbehörden auch (noch) sinnvoll ist. Die Durchführbarkeit dieser Unterscheidung wird sich vor dem Hintergrund der sich wandelnden Verwaltungsaufgaben und -technik ständig neuer Überprüfung aussetzen müssen.

4. Planende Verwaltung

- 56** Die Verschiebung des Schwergewichts von der Eingriffsverwaltung zur Leistungsverwaltung geht einher mit einer immer wichtiger werdenden besonderen Form der Verwaltung, nämlich der planenden Verwaltung. Die Tätigkeit der planenden Verwaltung ist ein Teil der staatlichen Planung überhaupt¹³⁰. Ziel der Planung ist „die programmierende Gestaltung eines Sachbereichs unter

¹²⁵ Vgl. dazu BVerfGE 47, 46 ff.; OVG Berlin NJW 1973, 819 ff.; OVG Hamburg DÖV 1973, 574 ff.; Evers, JZ 1973, 555 f.; Jessen, NJW 1973, 1340 ff.; Stober, DÖV 1973, 554 ff.; Oppermann, JZ 1978, 289 ff.

¹²⁶ Vgl. dazu *Beinhardt*, DVBl. 1961, 608 ff.; *v. Unruh*, DVBl. 1972, 469. Für den Bereich des Sozialrechts vgl. *Schnapp*, DÖV 1986, 811 ff.

¹²⁷ Vgl. unten § 15 Rn. 6.

¹²⁸ Zutreffend *E. Becker*, Die Leistungsaufgaben der öffentlichen Verwaltung, 1956. – Kritisch dazu, weil damit die Begriffe der Daseinsvorsorge und der Leistungsverwaltung ihren spezifischen Sinn verlieren, *Forsthoff*, VwR, S. 370 Fn. 3.

¹²⁹ Vgl. die Hinw. in § 1 Fn. 67.

¹³⁰ Zu den Begriffen „Planung“ und „Plan“ vgl. *Hoppe*, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG, Bd. I, 1976, S. 663, 665 ff.; *Maurer*, Allg. VwR, § 16; *Achterberg*, Allg. VwR, § 22 IV Rn. 159 ff. – Einzelheiten bei *Kaiser* (Hrsg.), Planung, Bd. VI, 1972; *Steiger*, in: Festschrift für H. J. Wolff, 1973, S. 385 ff.; *Ossenbühl*, in: Verh. d. 50. DJT, Bd. I, 1974, B 1 ff.; zu Strukturproblemen der planenden Verwaltung vgl. *Brohm*, JuS 1977, 500 ff.; zur Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber der planenden Verwaltung *ders.*, DÖV 1982, 1 ff.; ferner unten §§ 21 – 23.

Abwägung und Ausgleich aller betroffenen Rechte und Interessen und unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände¹³¹. Die Entwicklung der Planung zeigt die Veränderungen in der Staatstätigkeit seit der Anerkennung des Verwaltungszweckes der Daseinsvorsorge: Begann die Verwaltung zunächst lediglich als eine Art „sozialer Pannendienst“¹³² mit lediglich reaktivem Verwaltungshandeln¹³³, so geht die Entwicklung nunmehr dahin, daß der Staat „sich die Verspätung als Regelfall nicht mehr leisten kann“¹³⁴. Das bedeutet, daß frühzeitig geeignete Vorstellungen entwickelt werden müssen, um Notsituationen vorzubeugen, d. h. es muß geplant werden – Stichwort: „Planende Verwaltung als Aufgabe der Gegenwart“¹³⁵. Im *Umweltschutz* geht es heute nicht mehr nur um den Schutz vor Gesundheitsgefahren, sondern auch um die vorsorgende Planung und Verteilung der Ressourcen Wasser, Erde und Luft¹³⁶.

Die Planung wirft verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Probleme **57** auf. Die verfassungsrechtlichen Fragen beziehen sich auf das Verhältnis von Parlament und planender Exekutive¹³⁷ (Stichwort: Entmachtung des Parlaments¹³⁸). Die verwaltungsrechtlichen Fragen, z. B. zur Selbstbindung der planenden Verwaltung¹³⁹ und zur gerichtlichen Kontrolle¹⁴⁰ planender Verwaltung, sind so vielschichtig, daß sie hier nicht näher erörtert werden können. Es wird insoweit auf die späteren Ausführungen verwiesen¹⁴¹.

III. Fiskalische Verwaltung

1. Begriff der fiskalischen Verwaltung

Fiskalische Verwaltung ist Verwaltung durch den Fiskus. Die Geschichte des **58** Fiskusbegriffes, die eine Geschichte seiner Wandlungen ist, kann hier im einzel-

¹³¹ So § 42 Rn. 1. Vgl. aber § 21 Rn. 5.

¹³² *Denninger*, in: Görlitz (Hrsg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Bd. 2, 1974, S. 428.

¹³³ *Forsthoff*, *VwR*, S. 59.

¹³⁴ *Bull*, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2. Aufl. 1977, S. 424.

¹³⁵ *W. Weber*, zit. bei *Blümel*, in: *Festschrift für W. Weber*, 1974, S. 1.

¹³⁶ Dazu *Breuer*, in: I. v. Münch, *Bes. VwR*, S. 630 ff. Zum Vorsorgeprinzip *R. Schmidt/H. Müller*, *JuS* 1985, 694 ff.; *Hoppe/Beckmann* (Fn. 84), § 1 Rn. 50; *Kloepfer* (Fn. 84), § 3 Rn. 5.

¹³⁷ Dazu *Brünner*, *Politische Planung im parlamentarischen Regierungssystem*, 1978; *Graf Vitzthum*, *Parlament und Planung*, 1978; *Württemberg*, *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, 1979.

¹³⁸ Vgl. dazu *Erichsen*, *StR u. VerfGbkkt II*, S. 97 ff.; *Böckenförde*, *Der Staat* 11 (1972), 429 ff.; *Kewenig*, *DÖV* 1973, 23 ff.; *Liesegang*, *ZRP* 1972, 259 ff.; *ders.*, *DÖV* 1972, 847 ff.; *Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform* (BT-Drucks. 7/5924, Kap. 6.1); *Frowein*, *VVDStRL* 31 (1973), S. 13 ff.; *v. Münch*, *ebd.*, S. 51 ff.

¹³⁹ Vgl. dazu *Hoppe*, in: *Isensee/Kirchhof, HdbStR*, Bd. III, § 71 Rn. 126 ff.

¹⁴⁰ Vgl. dazu *Hoppe*, in: *Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG* (Fn. 111), S. 663 ff.; *Papier*, *NJW* 1977, 1714 ff.

¹⁴¹ Vgl. §§ 21 – 23, 42.

nen nicht nachgezeichnet werden¹⁴². Grob skizziert lassen sich drei Fiskustheorien festhalten¹⁴³.

Im Zeitalter des Absolutismus wurde der Fiskus zunächst als eine *neben dem obrigkeitlich handelnden Staat stehende selbständige Rechtsperson* angesehen, an die der Bürger, wenn er durch den obrigkeitlich handelnden Staat geschädigt war, sich mit finanziellen Ersatzansprüchen halten konnte. Der Bürger vermochte also zwar obrigkeitliche Eingriffe nicht zu verhindern, aber er konnte vor Gericht den Fiskus finanziell zur Rechenschaft ziehen („dulde und liquidiere“).

Für diesen Fiskusbegriff war kein Raum mehr, als man im 19. Jahrhundert begann, den Staat als eine einheitliche Rechtsperson zu begreifen. Als Fiskus verstand man nunmehr den *Staat in seiner Eigenschaft als Vermögensträger*; auch diese Konstruktion diente dem Rechtsschutz des Bürgers, weil einerseits alle Vermögensrechte dem Privatrecht zugeordnet wurden, andererseits gerichtlicher Rechtsschutz nur für privatrechtliche Streitigkeiten eröffnet war.

Heute bezeichnet man als Fiskus den *Staat* oder einen der ihm eingegliederten öffentlich-rechtlichen Verbände *in seiner Eigenschaft als Privatrechtssubjekt*, d. h. als Teilnehmer (Partner) am Privatrechtsverkehr. Der Staat geht hier, um ein Bild von *Walter Jellinek* zu gebrauchen, nicht in Uniform, sondern in Zivil¹⁴⁴.

2. Arten der fiskalischen Verwaltung

- 59** Die Verwaltung geht in Zivil bei drei Tätigkeitsarten: 1. als Bedarfsverwaltung im Sinne der Anschaffung der für die Verwaltungstätigkeit notwendigen Sachgüter, sog. Hilfsgeschäfte der Verwaltung; 2. bei erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand; 3. wenn die Verwaltung sich im Bereich der Leistungsverwaltung der Rechtsform des Privatrechts bedient¹⁴⁵.
- 60** Verhältnismäßig unproblematisch ist von diesen Fällen derjenige der *Hilfsgeschäfte der Verwaltung*, d. h. der Anschaffung der für die Verwaltungstätigkeit notwendigen Sachgüter¹⁴⁶. Es bedarf keiner Erläuterung, daß tagtäglich eine außerordentlich große Zahl von Sachgütern angeschafft werden muß, um die Verwaltungsmaschinerie am Laufen zu halten: Bücher für Universitäten, Streifen-

¹⁴² Vgl. *Ehlers* (Fn. 14), S. 76 f.

¹⁴³ Zum Folgenden vgl. *Zeidler*, VVDStRL 19 (1961), S. 221 ff.; *Forsthöff*, VwR, S. 112; *O. Mayer*, VwR I, S. 49 ff.; *Erichsen*, StR u. VerfGbkt I, S. 112 f.; *Burmeister*, DÖV 1975, 695 ff.

¹⁴⁴ *Jellinek*, VwR, S. 25. Kritik an der Fiskustheorie bei *Ehlers* (Fn. 14), S. 78; *Schacht-schneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986.

¹⁴⁵ Vgl. dazu allg.: *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten, 1980; *Ehlers* (Fn. 14), S. 74 ff.; *Krebs*, NVwZ 1985, 609 ff.; *Löwer*, DVBl. 1985, 928 ff.

¹⁴⁶ Vgl. dazu *Badura*, in: I. v. Münch. Bes. VwR, S. 344 ff.; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungs-geschäfte und Öffentliches Recht, 1977; *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungrecht, 1988.

wagen für die Polizei, Flugzeuge für die Bundeswehr, Bau einer Schule – alle diese Güterbeschaffungsvorgänge werden in Form des Privatrechts (meist durch Kauf von Waren, aber auch durch Mieten von Gebäuden und durch andere Rechtsgeschäfte nach BGB) abgewickelt. Der Staat tritt also als Käufer, Mieter oder Pächter auf¹⁴⁷, ohne allerdings Privatautonomie in Anspruch nehmen zu können¹⁴⁸. In den letzten Jahren hat sich zunehmend das Europäische Gemeinschaftsrecht der öffentlichen Auftragsvergabe angenommen¹⁴⁹.

Größere Schwierigkeiten ergeben sich für die *Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand*¹⁵⁰. Bund, Länder und Gemeinden nehmen in großem Maße am Wirtschaftsleben teil, indem sie sich als Unternehmer wirtschaftlich betätigen. Luft-hansa und Saarbergwerke AG sind Beispiele für Bundesbeteiligungen¹⁵¹. Erheblich gewachsen ist die Zahl der Bundesbeteiligungen mit der Vereinigung Deutschlands durch Beitritt der DDR zur Bundesrepublik. Die ehemals volkseigenen Kombinate, Betriebe, Einrichtungen und sonstigen juristisch verselbständigten Wirtschaftseinheiten der DDR sind in Kapitalgesellschaften umgewandelt worden, deren Anteile von der Treuhandanstalt gehalten werden – einer bundesunmittelbaren Anstalt unter der Fach- und Rechtsaufsicht des Bundesministers der Finanzen¹⁵². Die Treuhandanstalt galt Ende 1990 als der größte Konzern der Welt mit rund 8 000 Gesellschaften, 6 Mill. Beschäftigten und einem Vermögen, das auf mehrere 100 Mrd. DM geschätzt wurde¹⁵³. Allerdings sollen die Gesellschaften nicht auf Dauer gehalten, sondern privatisiert bzw. aufgegeben oder auf andere Verwaltungsrechtsträger (Länder und Kommunen) übertragen werden¹⁵⁴. Auch für die Länder und Kommunen läßt sich eine eindrucksvolle Liste von Beteiligungen aufstellen; schon seit langem ist die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand über die klassischen Regiebetriebe (Königlich Preußische Porzellanmanufaktur; Staatsforsten; Domänen; Bierbraue-

¹⁴⁷ Kritisch dazu Zuleeg, VerwArch. 73 (1982), 384 ff., 401 f.

¹⁴⁸ Dazu unten Rn. 66.

¹⁴⁹ Vgl. statt vieler Stober, in: Hoppe/Schink (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung und europäische Integration, 1990, S. 116 ff.

¹⁵⁰ Vgl. dazu H. H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985; Ehlers (Fn. 14), S. 88 f.; Stober (Fn. 104), § 45; R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, § 11. Zur Zweckbindung der gemeindlichen wirtschaftlichen Unternehmen vgl. Hidién, DÖV 1983, 1002 ff.

¹⁵¹ Die Bundesregierung verfolgt seit längerem ein Privatisierungskonzept und hat deshalb z. B. die Beteiligungen des Bundes an der Veba-AG, Viag-AG, Volkswagen-AG und Salzgitter-AG aufgegeben. Vgl. Ehlers, JZ 1990, 1089, 1099.

¹⁵² Vgl. Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens v. 17. 6. 1990, GBl. der DDR 1990, Teil I Nr. 33, S. 300; Art. 25 Einigungsvertrag v. 31. 8. 1990, BGBl. II, S. 889.

¹⁵³ Ehlers, JZ 1990, 1089, 1099.

¹⁵⁴ Zu den Rechtsproblemen vgl. z. B. VG Berlin NJW 1991, 376 ff.; Krebs, ZIP 1990, 1513 ff.

reien) hinausgewachsen; selbst als Damenstrumpfproduzent (Tilly's Strumpffabrik) hat sich der Bund schon versucht¹⁵⁵. Angesichts der ebenso vielfältigen wie umfangreichen erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ist der Formulierung zuzustimmen, die den Fiskus als „erstaunlichen Karrieremacher und Allroundman“ bezeichnet, „der es vom ‚Prügelknaben‘ zum Wirtschaftsmagnaten gebracht hat“¹⁵⁶. Die Unterscheidung der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Tätigkeit einerseits von der Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in Form der Daseinsvorsorge andererseits kann im Einzelfall schwierig sein¹⁵⁷.

- 62** Zugleich stellt sich aber die *Frage ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit*. Im Verhältnis zu den privaten nichtstaatlichen Unternehmen hat die öffentliche Hand den Vorteil, daß sie Verluste, die sie bei ihrer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit erleidet, mit Mitteln aus den öffentlichen Haushalten (sprich: den Steuereinnahmen) „ausbügeln“ kann. Diesem Startvorteil am Markt steht kein entsprechender Nachteil gegenüber; denn von der die Daseinsvorsorge verwirklichenden Leistungsverwaltung durch Bundespost, Bundesbahn und die kommunalen Versorgungsbetriebe (Gas- und Wasserversorgungsunternehmen; Verkehrsbetriebe) unterscheidet sich die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand durch das Fehlen eines besonderen öffentlichen Interesses gerade gegenüber ihren (Vertrags-)Partnern¹⁵⁸. Dies zeigt sich vor allem darin, daß die öffentliche Hand bei ihrer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit keine „sozialen Preise“ – z. B. durch Fahrpreisermäßigung für Schülerfahrkarten, durch Aufrechterhaltung des Bahnbetriebes auf unrentablen Strecken in Förderungsgebieten (früher Zonenrandgebiete genannt) usw. – zu gewähren hat. Die öffentliche Hand kann sich hier vielmehr grundsätzlich wie jeder andere Marktbewerber verhalten.
- 63** Gleichwohl lehnt es die traditionelle Ansicht ab, aus dem Verfassungsrecht Beschränkungen für die *staatliche* erwerbswirtschaftliche Tätigkeit abzuleiten, die über die für alle geltenden Beschränkungen hinausgehen¹⁵⁹. Demgegenüber verbieten nach neuerer, im Vordringen befindlicher Auffassung das Rechtsstaatsprinzip und das Bekenntnis des Grundgesetzes zum Steuerstaat ein ausschließliches Gewinnstreben des Staates. Der Staat ist danach zwar zur Gewinnmitnahme berechtigt, muß seine Teilnahme am Wirtschaftsleben aber anderweitig

¹⁵⁵ Das Unternehmen hatte als Unternehmen des Reiches im Zweiten Weltkrieg Socken für die Wehrmacht produziert und war dann gem. Art. 134 Abs. 1 GG Bundesvermögen geworden.

¹⁵⁶ Mallmann, VVDStRL 19 (1961), S. 165.

¹⁵⁷ Vgl. z. B. zur Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute (Sparkassen u. a.) OLG Hamm DVBl. 1981, 228 m. Anm. Oebbecke (zur Westdeutschen Landesbank). Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe allg.: Schuppert, VerwArch. 71 (1980), 309 ff.

¹⁵⁸ Vgl. auch Badura, in: I. v. Münch, Bes. VwR, S. 344 ff.

¹⁵⁹ Vgl. auch Emmerich (Fn. 150), S. 86 ff.; Barura, in: I. v. Münch, Bes. VwR, S. 344 ff.; ders., in: Festschrift für H. J. Schlochauer, 1981, S. 3 ff., 19 ff.