

de Gruyter Lehrbuch

Allgemeines Verwaltungsrecht

Herausgegeben von

Hans-Uwe Erichsen

Bearbeitet von

Peter Badura Fritz Ossenbühl
Dirk Ehlers Walter Rudolf
Hans-Uwe Erichsen Wolfgang Rübner
Jürgen Salzwedel

10., neubearbeitete Auflage



1995

Walter de Gruyter · Berlin · New York

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

Zitiervorschlag

z. B. Badura in Erichsen, *AllgVerwR*, 10. A., § 36 Rn. 2

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Allgemeines Verwaltungsrecht / hrsg. von Hans-Uwe Erichsen.
Bearb. von Peter Badura ... – 10., neubearb. Aufl. – Berlin ;
New York : de Gruyter, 1995
(De-Gruyter-Lehrbuch)
ISBN 3-11-014038-1 kart.
ISBN 3-11-014749-1 Gb.
NE: Erichsen, Hans-Uwe [Hrsg.]; Badura, Peter

© Copyright 1995 by Walter de Gruyter & Co., 10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Arthur Collignon GmbH, 10785 Berlin
Druck und Bindung: Kösel GmbH & Co., 87409 Kempten
Umschlaggestaltung: Hansbernd Lindemann, 10785 Berlin
Printed in Germany

Vorwort zur 10. Auflage

In der hiermit vorgelegten Neubearbeitung des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist der 1. Abschnitt nunmehr vollständig von Dirk Ehlers bearbeitet und dabei weitgehend umgestaltet sowie um bisher an anderer Stelle des Buches behandelte Themen wie etwa die Freiheit der Formenwahl und die Bindung der Verwaltung beim Handeln in privatrechtlichen Formen ergänzt worden. Der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts und seinen zunehmenden Auswirkungen auf das deutsche Verwaltungsrecht ist durch eine Ausweitung der Darstellung im 1. Abschnitt und – der sachlichen Notwendigkeit folgend – an verschiedenen anderen Stellen Rechnung getragen. Auch darüber hinaus hat es einige dem Fortschritt der Verwaltungsrechtswissenschaft Rechnung tragende inhaltliche Umschichtungen gegeben. So werden im 2., von Fritz Ossenbühl bearbeiteten Abschnitt nunmehr Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung behandelt und damit Teile des 3. Abschnitts vorgezogen. Die sich aus der Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologien ergebenden Probleme, die Fragen des Plans und der Planung sind in den 4., von Peter Badura bearbeiteten Abschnitt, die Plangewährleistung ist in dem von Wolfgang Rübner bearbeiteten 6. Abschnitt übernommen worden.

Durch diese stoffliche Neuordnung wurden eine neue Paragraphenzählung und z. T. neue Randnummern erforderlich.

In Fortsetzung und Ergänzung dieses Werkes liegt das von Eberhard Schmidt-Aßmann herausgegebene und teilweise von denselben Autoren mitverfaßte Lehrbuch Besonderes Verwaltungsrecht vor, das zum gleichen Zeitpunkt in 10. Auflage erscheint.

Für Anregung und Kritik sind Autoren und Herausgeber dankbar.

Münster, im Dezember 1994

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 Übersetzung 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. 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 Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung	111
Dr. Hans-Uwe Erichsen o. Professor an der Universität Münster Das Verwaltungshandeln	205
Dr. Peter Badura o. Professor an der Universität München Das Verwaltungsverfahren	415
Dr. Jürgen Salzwedel o. Professor an der Universität Bonn Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen	521
Dr. Wolfgang Rübner o. Professor an der Universität Köln Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen	581
Dr. Walter Rudolf o. Professor an der Universität Mainz Verwaltungsorganisation	683
Sachverzeichnis	743

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur XXV

ERSTER ABSCHNITT

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

§ 1	Staatliche Verwaltung	2
	I. Der Begriff der staatlichen Verwaltung	3
	1. Staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne	3
	2. Staatliche Verwaltung im materiellen Sinne	4
	3. Staatliche Verwaltung im formellen Sinne	8
	II. Die Organisation der staatlichen Verwaltung	8
	III. Das Personal der staatlichen Verwaltung	10
	1. Die verschiedenen Beschäftigungsverhältnisse	10
	2. Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals	11
	3. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen	14
	IV. Zielsetzung und Grundsätze der staatlichen Verwaltung	16
	1. Verfolgung öffentlicher Interessen	16
	2. Grundsätze des Verwaltungshandelns	19
	V. Arten der staatlichen Verwaltung	20
	1. Unterscheidung nach der Art der Aufgabenstellung	20
	2. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Verwaltung	23
	3. Unterscheidung nach dem Verwaltungsträger	23
	4. Unterscheidung nach der Rechtsform des Tätigwerdens	23
	5. Unterscheidung nach der Modalität des Handelns	23
	6. Unterscheidung nach der Intensität der Gesetzesbindung	24
	VI. Verwaltungswissenschaften	25
§ 2	Verwaltungsrecht	27
	I. Begriff des Verwaltungsrechts	27
	II. Arten des Verwaltungsrechts	28
	III. Das Verwaltungsrecht als Teilgebiet des öffentlichen Rechts	30
	1. Die Notwendigkeit einer Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	30
	2. Die Unterscheidung der Rechtsgebiete	31

3. Die Geltung des öffentlichen und des privaten Rechts	39
4. Einzelfälle	49
5. Grenzfälle	53
6. Die Einwirkungen des öffentlichen und privaten Rechts aufeinander	53
IV. Das Verwaltungsprivatrecht	57
1. Das Tätigwerden der Verwaltung in privatrechtlichen Formen	57
2. Die öffentlich-rechtliche Bindung der Verwaltung beim Han- deln in Privatrechtsform	60
3. Der Rechtsweg im Falle einer öffentlich-rechtlichen Bindung der privatrechtlichen Verwaltung	64
V. Verwaltungsrechtswissenschaft	65
1. Grundlegung und Ausformung	65
2. Reform des Verwaltungsrechts	67
§ 3 Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht	68
I. Europäische Union und Europäische Gemeinschaften	69
1. Das Verhältnis von Europäischer Union und Europäischen Gemeinschaften	69
2. Der Aufbau der Europäischen Gemeinschaft	70
II. Das Gemeinschaftsrecht	72
1. Der Begriff des Gemeinschaftsrechts	72
2. Das primäre und das sekundäre Gemeinschaftsrecht	73
III. Die Mitwirkung der Mitgliedstaaten an der Setzung des Gemein- schaftsrechts	82
IV. Das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht . .	83
1. Das Rangverhältnis	83
2. Der verbleibende Spielraum des Staates	86
3. Geltung des Gemeinschaftsrechts in den neuen Ländern	87
V. Die Transformation des Gemeinschaftsrechts	87
VI. Der exekutive Vollzug des Gemeinschaftsrechts	89
1. Der gemeinschaftseigene Vollzug	89
2. Der mitgliedstaatliche Vollzug	91
VII. Der Rechtsschutz	98
§ 4 Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht	99
I. Allgemeines	99
II. Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für das Verwaltungsrecht	102
1. Demokratie	102

Inhaltsverzeichnis

2. Bundesstaat	104
3. Rechtsstaatlichkeit	106
4. Weitere Verfassungsaufträge	110

ZWEITER ABSCHNITT

Rechtsquellen und Rechtsbindungen
der Verwaltung

§ 5 Rechtsquelle und Rechtsnorm	113
I. Der Begriff der Rechtsquelle	113
II. Der Begriff der Rechtsnorm	114
1. Der historisch-konventionelle Rechtssatzbegriff	114
2. Der rechtstheoretische Rechtssatzbegriff	115
III. Aufgabe der Rechtsquellenlehre	116
§ 6 Arten der Rechtsquellen	116
I. Grundsätzliche Bemerkungen	116
II. Verfassungsgesetze	117
III. Gesetze	119
1. Begriff des Gesetzes	119
2. Gegenwärtige Problematik der (förmlichen) Gesetze	121
3. Recht und Technik	123
4. Gesetzgebungslehre	123
5. Kodifikationsproblem	124
IV. Rechtsverordnungen	125
1. Begriff und Funktion	125
2. Verhältnis von Gesetz und Verordnung	126
3. Ordnungsgeber	128
4. Verfahren	129
V. Verwaltungsvorschriften	130
1. Begriff und Terminologie	131
2. Typologie der Verwaltungsvorschriften	132
3. Rechtsnatur	134
4. Bindungswirkung	135
5. Rechtserzeugung	142
VI. Sonderverordnungen	142

VII. Satzungen	143
1. Begriff und Funktion	143
2. Abgrenzung zu verwandten Rechtsquellen	145
3. Inhalt der Satzungen	147
4. Rechtserzeugung	148
VIII. Gewohnheitsrecht	148
1. Die herkömmliche Lehre und Rechtsprechung	148
2. Neuere Ansätze einer Negation des Gewohnheitsrechts	150
IX. Richterrecht	151
1. Das Problem	152
2. Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung	153
3. Lösungsansätze	154
X. Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts	157
1. Begriff	157
2. Beispiele	157
3. Rechtsnatur	158
XI. Europäisches Gemeinschaftsrecht	160
1. Grundlagen	161
2. Normschichten und Normkategorien	161
3. Fundstellen	163
XII. Völkerrecht	163
§ 7 Rangordnung der Rechtsquellen	165
I. Notwendigkeit der Rangordnung	165
II. Völkerrecht und innerstaatliches Recht	165
III. Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht	165
1. Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatliche Gesetze	166
2. Europäisches Gemeinschaftsrecht und Grundrechte	167
IV. Stufen der innerstaatlichen Rangordnung	168
§ 8 Geltungsbereich der Rechtsquellen	169
I. Zeitlicher Geltungsbereich	169
1. Inkrafttreten	169
2. Außerkrafttreten	169
3. Rückwirkung	170
4. Fortgelten vorkonstitutionellen Rechts	171
II. Räumlicher Geltungsbereich	171
III. Persönlicher Geltungsbereich	172

Inhaltsverzeichnis

§ 9	Rechtsbindungen der Verwaltung	172
	I. Bedeutung des Rechts für die Verwaltung	172
	II. Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Verwaltung	174
§ 10	Rechtliche Gebundenheit und Ermessen der Verwaltung	181
	I. Intensität und Modalitäten der Gesetzesbindung	181
	1. Strenge Gesetzesbindung	181
	2. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln	182
	3. Rechtsfolgebestimmung durch die Verwaltung	183
	4. Rechtsbindung der Verwaltung und richterliche Kontrolle	183
	II. Das Verwaltungsermessen	184
	1. Begriff	184
	2. Ermessensausübung	185
	3. Ermessensfehler	187
	4. Selbstbindung und Ermessensreduzierung	188
	5. Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung	189
	III. Der unbestimmte Rechtsbegriff	190
	1. Begriff und Beispiele	190
	2. Das doppelte Problem	191
	3. Entwicklungen und gegenwärtiger Stand	194
	IV. Kombination von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen	201
	1. Koppelungsvorschriften	202
	2. Planungsnormen	203

DRITTER ABSCHNITT

Das Verwaltungshandeln

§ 11	Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis	207
	I. Übersicht über die Handlungsformen der Verwaltung	207
	II. Das Verwaltungsrechtsverhältnis	208
	1. Die Begründung von Verwaltungsrechtsverhältnissen	213
	2. Die Rechtsfähigkeit	215
	3. Die verwaltungsrechtliche Handlungsfähigkeit	219
	4. Der Inhalt von Verwaltungsrechtsverhältnissen	222
	5. Die subjektiv-öffentlichen Rechte	225
	6. Die Nachfolge im Verwaltungsrechtsverhältnis	235
	7. Die Beendigung des Verwaltungsrechtsverhältnisses	237

1. Teil: Der Verwaltungsakt	
§ 12 Bedeutung und Begriff des Verwaltungsaktes	241
I. Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung	241
II. Die einzelnen Merkmale der Definition des Verwaltungsaktes	246
1. Die Maßnahme	246
2. Die Behörde	247
3. Die Gebietsklausel	250
4. Die Regelung	252
5. Die unmittelbare Rechtswirkung nach außen	259
6. Der Einzelfall	266
§ 13 Wirksamkeit und Bindungswirkung des Verwaltungsaktes	270
§ 14 Nebenbestimmungen	274
I. Arten	274
1. Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt	275
2. Auflage und Auflagenvorbehalt	275
II. Zulässigkeit	277
§ 15 Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten	279
I. Der rechtmäßige Verwaltungsakt	280
1. Zulässigkeit der Handlungsform Verwaltungsakt	281
2. Zuständigkeit, Verfahren, Form	283
3. Inhaltliche Anforderungen	286
II. Der rechtswidrige Verwaltungsakt	291
1. Begriffliche Abgrenzung	291
2. Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit	291
3. Teilrechtswidrigkeit	294
§ 16 Aufhebung von Verwaltungsakten durch die Verwaltung – Einföhrung	297
I. Grundlagen	297
II. Begünstigende und nicht begünstigende Verwaltungsakte	298
§ 17 Die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte	301
I. Entwicklung und Grundstrukturen der geltenden Regelungen	301
II. Die Rücknahme von Geld- oder Sachleistungsverwaltungsakten	304
1. Vertrauensschutz als Bestandsschutz	304
2. Begrenzungen des Ausschlusses der Rücknahme	308
3. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch	309

Inhaltsverzeichnis

III. Die Rücknahme anderer begünstigender Verwaltungsakte	310
IV. Die zeitliche Begrenzung der Rücknehmbarkeit gemäß § 48 Abs. 4 VwVfG	312
§ 18 Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte	317
I. Notwendigkeit des Widerrufs	317
II. Die Regelung des Widerrufs begünstigender Verwaltungsakte . . .	318
1. Spezialgesetzliche Regelungen	318
2. Entwicklung und Inhalt der Regelungen der Verwaltungsver- fahrensgesetze des Bundes und der Länder	318
§ 19 Die Aufhebung von Verwaltungsakten mit Drittwirkung	326
I. Die Qualifikation von Verwaltungsakten mit Drittwirkung als be- günstigende Verwaltungsakte	326
II. Die Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte mit Drittwir- kung während des Rechtsbehelfsverfahrens	328
1. Verfassungsrechtliche Probleme des § 50 VwVfG	328
2. Anwendungsbereich und Voraussetzungen	329
§ 20 Widerruf und Rücknahme belastender Verwaltungsakte	332
I. Materiellrechtliche Grundsätze für Widerruf und Rücknahme belastender Verwaltungsakte	332
1. Widerruf	332
2. Rücknahme	333
II. Das Wiederaufgreifen des Verfahrens	334
1. Das Wiederaufgreifen nach § 51 VwVfG	334
2. Das Wiederaufgreifen nach §§ 48, 49 VwVfG	337
III. Der Rechtsschutz des Betroffenen	339
§ 21 Vollstreckung von Verwaltungsakten	341
I. Vollstreckung von Geldforderungen	342
II. Erzwingung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen . .	345
2. Teil: Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	
§ 22 Die verwaltungsrechtliche Willenserklärung	350
I. Definition und Einordnung	350
II. Die Regelungen des VwVfG	352
III. Die Auslegung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen	354
IV. Die Anfechtung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen . . .	355

§ 23 Begriff und Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrages	356
§ 24 Die Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen Recht	358
I. Die Notwendigkeit der Unterscheidung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag	358
II. Unterscheidungskriterien	358
III. Der öffentlich-rechtliche Vertrag unter Privaten	363
IV. Die Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze	364
§ 25 Der koordinationsrechtliche Vertrag	365
§ 26 Der subordinationsrechtliche Vertrag	366
I. Die Zulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vertrages	366
II. Abschlußfreiheit, Form und Verfahren	367
III. Die Freiheit inhaltlicher Gestaltung	371
IV. Der fehlerhafte subordinationsrechtliche Vertrag	377
§ 27 Vertragserfüllung und Leistungsstörungen	384
§ 28 Die Vollstreckung aus subordinationsrechtlichen Verträgen	387
§ 29 Andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	387
I. Das verwaltungsrechtliche Verwahrungsverhältnis	389
II. Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag	391
III. Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch	398
3. Teil: Der Verwaltungs-Realakt	
§ 30 Begriff und Bedeutung	403
§ 31 Rechtliche Einordnung	404
I. Kriterien der Zuordnung zum öffentlichen Recht	404
II. Maßstäbe der Rechtmäßigkeit	407
§ 32 Das informale Verwaltungshandeln	411

VIERTER ABSCHNITT

Das Verwaltungsverfahren

§ 33 Grundlagen und Rechtsquellen	417
I. Die Gewährleistung rechtsstaatlichen Gesetzesvollzugs durch das Verwaltungsverfahren	417
1. Die Aufgaben des Staates, die Verwaltungszwecke und die Rechte des Einzelnen	417
2. Verwaltungsverfahren, Verwaltungsverfahrenrecht und Allge- meines Verwaltungsrecht	420
II. Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts	421
1. Bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung, Rechtsquellen	421
2. Das Kodifikationsproblem	425
3. Das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)	427
III. Rechtsstaatliche Grundsätze	429
1. Rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren	429
2. Grundrechtsschutz durch Verfahren	430
IV. Ausland	431
V. Literatur	432
§ 34 Verwaltungshandeln und Verwaltungsverfahren	433
I. Der Begriff des Verwaltungsverfahrens	433
II. Nichtförmliche und förmliche Verwaltungsverfahren	435
III. Komplexe Verwaltungsverfahren	436
IV. Informations- und Kommunikationstechnologie	439
V. Datenschutz	441
§ 35 Die Subjekte des Verwaltungsverfahrens :	444
I. Die Behörde	444
II. Unparteilichkeit der Amtsführung und Ausschluß wegen Befan- genheit	446
III. Die Beteiligten	447
IV. „Partizipation“ an Verwaltungsentscheidungen	449
§ 36 Die Einleitung des Verwaltungsverfahrens	450
I. Beginn des Verfahrens von Amts wegen oder auf Antrag	450
II. Der Antrag	451
III. Antrags- und mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt	453

§ 37 Das Verfahren vor der Entscheidung	453
I. Die Verfahrensgrundsätze	453
1. Untersuchungsgrundsatz, Mitwirkungslast der Beteiligten . . .	453
2. Beweisaufnahme	455
3. Das Recht auf Gehör	456
4. Akteneinsicht	458
5. Auskunft- und Beratungspflicht der Behörde	460
6. Grundsätze der Rechtsanwendung	461
II. Die Mitwirkung anderer Behörden oder Verwaltungsträger	463
III. Die Amtshilfe	466
§ 38 Die Entscheidung	467
I. Der Verwaltungsakt als Bescheid	467
II. Form und Inhalt des Verwaltungsaktes	469
1. Formvorschriften	469
2. Automatisierte Bescheide	470
3. Begründung und Begründungszwang	471
4. Rechtsmittelbelehrung	472
5. Inhalt, Auslegung und Bestimmtheit des Verwaltungsaktes . .	473
6. Bekanntgabe und Zustellung des Verwaltungsaktes	475
7. Vorbescheid und Teilgenehmigung, „Stufung“ des Entschei- dungsvorgangs	478
III. Bedeutung und Heilung von Verfahrensmängeln	480
1. Verfahrensmängel und Verfahrensfehler	480
2. Angreifbarkeit von Verfahrenshandlungen	482
3. Geltendmachung von Verfahrensmängeln	482
4. Heilung von Verfahrensfehlern	487
IV. Nachschieben von Gründen und Konversion	488
V. Die Bestandskraft des Verwaltungsaktes	490
1. Bestandskraft oder Rechtskraft?	490
2. Berichtigung von Verwaltungsakten	493
3. Wiederaufgreifen des Verfahrens, erneute Sachentscheidung .	494
§ 39 Planung	497
I. Rechtsformen und Verfahren planender Verwaltung	497
1. Planungsgewalt und Gewaltenteilung	497
2. Das Recht der raumbezogenen Planung	499
3. Planung durch Gesetz und aufgrund Gesetzes	502
II. Vorhabenbezogene Fachplanung	503
1. Das Rechtsinstitut der Planfeststellung	503
2. Planungsaufgabe, rechtsstaatliche Bindung der planerischen Gestaltungsfreiheit	507

III. Das Planfeststellungsverfahren	511
1. Besonderheiten des Verfahrens	511
2. Planfeststellungsbeschuß	513

FÜNFTER ABSCHNITT

Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen

§ 40 Zwei Formen der Inanspruchnahme von Daseinsvorsorge	522
§ 41 Die Anstaltsnutzung	524
I. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Nutzung	524
II. Zulassung und Benutzung	528
III. Benutzung und Sonderbenutzung, Benutzungsordnung	530
IV. Rechtsschutz für die Benutzer	532
V. Benutzungsgebühren und Entgelte	535
VI. Haftung der Anstalt	537
§ 42 Begriff der öffentlichen Sache	539
I. Öffentlich-rechtliches Regime	540
II. Widmung	541
III. Öffentliches Sachenrecht als Statusrecht	543
IV. Öffentliche Sache und Verwaltungsvermögen	544
§ 43 Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch	544
I. Beteiligte	545
II. Individuelles Recht auf Gemeingebrauch	549
III. Sondernutzungen	553
IV. Eigentum und Kontrahierungszwang	556
V. Anlieger	557
VI. Verkehrssicherungspflicht	558
VII. Enteignungsverfahren	560
§ 44 Öffentliche Sachen im Sondergebrauch	561
I. Widmung	562

II. Eigentum und Duldungspflichten	564
III. Wasserrechtliches Nachbarrecht	566
IV. Erlaubnis und Bewilligung	567
V. Rücknahme und Widerruf	568
VI. Polizeiliche Befugnisse	571
VII. Verkehrsgebrauch und wasserwirtschaftliche Benutzung	571
§ 45 Öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch	573
I. Verhältnis des Anstalts- zum Sachenrecht	574
II. Umfang der sachenrechtlichen Widmung von Anstaltsgegenständen	575
III. Schutz vor Zweckentfremdung und Mindestanforderungen an Publizität	576
IV. Notwendige Widmung	577
§ 46 Öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch	577

SECHSTER ABSCHNITT

Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen

§ 47 Einleitung	582
§ 48 Amtshaftung und Beamtenhaftung	585
I. Grundlagen	585
1. Geschichtliches	585
2. Geltendes Recht	586
II. Amtshaftung wegen Verletzung von Amtspflichten im öffentlich-rechtlichen Rechtskreis	587
1. Anspruchsgegner	587
2. Begriff des Beamten	591
3. Amtspflicht gegenüber einem Dritten	592
4. Kausalität	599
5. Verschulden	600
6. Mitverschulden und Versäumung eines Rechtsmittels	603

Inhaltsverzeichnis

7. Verjährung	604
8. Exkurs: Haftung nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft	604
III. Amtshaftung wegen Verletzung einer Amtspflicht im privatrechtlichen Rechtskreis	606
1. Haftung des Beamten	606
2. Haftung des Dienstherrn	607
IV. Art und Höhe des Schadensersatzes	607
§ 49 Enteignung und Aufopferung	609
I. Grundlagen	609
1. Wurzeln des Enteignungs- und Aufopferungsrechts	609
2. Enteignung und Aufopferung unter der Weimarer Reichsverfassung	610
3. Fortentwicklung unter dem Grundgesetz	611
II. Die Enteignung	614
1. Tatbestand der Enteignung	614
2. Zulässigkeit der Enteignung	615
3. Entschädigung	617
4. Enteignungsverfahren	621
III. Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung	623
1. Grundsätzliches	623
2. Die Abgrenzung von entschädigungspflichtiger und entschädigungslos zulässiger Inhaltsbestimmung	624
3. Entschädigung	629
4. Rechtsweg	629
5. Salvatorische Klauseln	630
IV. Der enteignungsgleiche Eingriff	632
1. Grundsätzliches	632
2. Tatbestand des enteignungsgleichen Eingriffs	634
3. Entschädigung	639
4. Vorrang des Primärrechtsschutzes und Mitverschulden	642
V. Der enteignende Eingriff	643
VI. Aufopferung	647
1. Tatbestand	647
2. Entschädigung	651
§ 50 Ergänzungen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsrechts	651
I. Sonderbestimmungen des Polizeirechts	652

II. Entschädigung bei Widerruf oder Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte	652
III. Soziale Entschädigung	653
IV. Schadensersatzansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen	654
V. Folgenbeseitigungsanspruch und Herstellungsanspruch	658
1. Entwicklung und Grundlagen des Folgenbeseitigungsanspruchs	658
2. Einzelheiten	661
3. Ansprüche im Umkreis des Folgenbeseitigungsanspruchs . . .	665
4. Der Herstellungsanspruch	667
VI. Das Staatshaftungsrecht in den neuen Bundesländern	669
VII. Planungsgewährleistung	673
VIII. Öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung	675
§ 51 Reform des Staatshaftungsrechts	676
I. Geschichte	676
II. Grundzüge des StHG vom 26. 6. 1981	679

SIEBENTER ABSCHNITT

Verwaltungsorganisation

§ 52 Grundlagen der gegenwärtigen Verwaltungsorganisation	684
I. Bedeutung der Organisation	684
II. Geschichtliche Entwicklung der Verwaltungsorganisation	685
1. Landesverwaltung	686
2. Reichsverwaltung	690
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen	691
§ 53 Organisationsrecht	695
I. Organisationsgewalt der Verwaltung	695
II. Verwaltungsträger	698
1. Unmittelbare und mittelbare staatliche Verwaltung	699
2. Juristische Personen des öffentlichen Rechts	701
3. Sonstige Verwaltungsträger	705
III. Behörden und sonstige Verwaltungsstellen	707
1. Amt und Behörde	708
2. Sonstige Verwaltungsstellen	713

Inhaltsverzeichnis

IV. Institutionelle Beziehungen in der Verwaltung	715
1. Zuständigkeit	715
2. Beziehungen innerhalb eines Verwaltungsträgers	718
3. Beziehungen zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern	721
§ 54 Überblick über die Verwaltungsorganisation in Bund, Ländern und Gemeinden	722
I. Bundesverwaltung	722
1. Unmittelbare Bundesverwaltung	722
2. Bundesmittelbare Verwaltung	726
II. Landesverwaltung	727
1. Unmittelbare Landesverwaltung	728
2. Mittelbare Landesverwaltung	730
III. Kommunalverwaltung	730
1. Gemeindeverwaltung	732
2. Verwaltung der Gemeindeverbände	734
Sachverzeichnis	743

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- | | |
|--|--|
| Achterberg, Allg. VwR | Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986 |
| Achterberg/Püttner,
Bes. VwR I, II | Norbert Achterberg/Günter Püttner, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I 1990; Bd. II 1992 |
| Anschütz/Thoma,
HdbDStR (HDStR) | Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. I 1930, Bd. II 1932 |
| Bachof, Rspr.
BVerwG. I, II | Otto Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. I, 3. Aufl. 1966; Bd. II, 1967 |
| Badura, StR | Peter Badura, Staatsrecht, 1986 |
| Battis, Allg. VwR | Ulrich Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985 |
| Benda/Maihofer/Vogel,
HdbVerfR,
(2. Aufl. 1994) | Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl. 1983; 2. Aufl. 1994 |
| Bender, StHR, 2. Aufl. | Bernd Bender, Staatshaftungsrecht, Schadensersatz, Entschädigungs- und Folgenbeseitigungspflichten aus hoheitlichem Unrecht, 2. Aufl. 1974 |
| Bender, StHR, 3. Aufl. | Bernd Bender, Staatshaftungsrecht, 3. völlig neu bearbeitete Auflage auf der Grundlage des Staatshaftungsrechts 1981 |
| Bettermann/Neumann/
Nipperdey/Scheuner,
Grundrechte I 1, 2; II;
III 1, 2; IV 1, 2 | Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 1, 1. u. 2. Halbbd., hrsg. v. Karl August Bettermann, Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey, 1966/67; Bd. 2, hrsg. v. Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 2. Aufl. 1968; Bd. 3, 1. u. 2. Halbbd., hrsg. v. Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, 1958/59; Bd. 4 1. Halbbd., hrsg. v. Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 1960; 2. Halbbd., hrsg. v. Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, 1962 |
| BGB-RGRK | Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, hrsg. v. Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, 12. Aufl. 1974–1987 |
| BGHLM | Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, hrsg. v. Lindenmaier, Möhring u. a.; Loseblattsammlung 1951 ff. |
| BK | Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: 71. Lieferung (Juli 1993) |
| Bleckmann, EuR | Albert Bleckmann, Europarecht, 5. Aufl. 1990 |
| Bull, Allg. VwR | Hans Peter Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1993 |
| Degenhart, StR I | Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 8. Aufl. 1992 |
| Drews/Wacke/Vogel/
Martens, Gefahrenabwehr | Bill Drews/Gerhard Wacke/Klaus Vogel/Wolfgang Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986 |
| Erichsen, StR u.
VerfGbkt I, II | Hans-Uwe Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit Bd. I, 3. Aufl. 1982; Bd. II, 2. Aufl. 1979 |
| Eyer mann/Fröhler, VwGO | Erich Eyer mann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 9. Aufl. 1988 |
| Faber, VwR | Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1992 |

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- | | |
|--|--|
| Forsthoff, VwR | Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973 |
| Grabitz, EWGV | Eberhard Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Stand: Sept. 1992 |
| Grabitz/Hilf, EU | Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Stand: März 1994 |
| Grimm/Papier,
StVwR NW | Dieter Grimm/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986 |
| v. d. Groeben/Thiesing/
Ehlermann,
EWGV I, II, III, IV | Hans v. d. Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. I–IV, 4. Aufl. 1991 |
| HdbStKirchR I, II | Ernst Friesenhahn/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts, 2 Bände, 1975 |
| Herzog u. a., EvStL | Roman Herzog/Hermann Kunst/Klaus Schlaich/Wilhelm Schneemelcher (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl. 1987 |
| Hesse, VerFR | Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl. 1993 |
| Isensee/Kirchhof I–VII | Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, II 1987, Bd. III 1988, Bd. VI 1989, Bd. IV 1990, Bd. V, VII 1992 |
| Jarass/Pieroth, GG | Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 2. Aufl. 1992 |
| W. Jellinek, VwR | Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, Neudruck 1966 |
| Knack, VwVfG | Hans-Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1993 |
| Kopp, VwGO | Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Aufl. 1992 |
| Kopp, VwVfG | Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl. 1991 |
| Kottenberg-Steffens,
Rechtsprechung | Albert v. Mutius (Hrsg.), Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Loseblattsammlung, Stand: 33. Lieferung (Mai 1994) |
| v. Mangoldt/Klein,
GG I, II, III | Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 1957; Bd. II, 2. Aufl. 1964; Bd. III, 2. Aufl. 1974 |
| v. Mangoldt/Klein/Starck,
GG | Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 1985 |
| Maunz/Dürig, GG | Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Ruppert Scholz/Peter Lerche/Hans-Jürgen Papier/Albrecht Randelshofer/Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundgesetz, (Loseblatt-)Kommentar, Stand: Dez. 1992 |
| Maunz/Zippelius,
StaatsR (StR) | Theodor Maunz/Reinhold Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 28. Aufl. 1991 |
| Maurer, Allg. VwR | Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1994 |
| F. Mayer/Kopp, Allg. VwR | Franz Mayer/Ferdinand Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1985 |
| O. Mayer, VwR I, II | Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., 3. Aufl. 1924, Neudruck Bd. I 1961, Bd. II 1969 |

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- | | |
|---|---|
| Meyer-Borgs, VwVfG | Hans Meyer/Hermann Borgs-Maciejewski, <i>Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar</i> , 2. Aufl. 1982 |
| I. v. Münch, GGK II, III | Ingo von Münch (Hrsg.), <i>Grundgesetz-Kommentar</i> , Bd. II und III, 2. Aufl. 1983 |
| I. v. Münch/Kunig, GGK I | Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), <i>Grundgesetz-Kommentar</i> , Bd. I, 4. Aufl. 1992 |
| I. v. Münch/Schmidt-Aßmann, Bes. VwR Obermayer, VwVfG | Ingo von Münch/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), <i>Besonderes Verwaltungsrecht</i> , 9. Aufl. 1992
Klaus Obermayer, <i>Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz</i> , 2. Aufl. 1990 |
| Oppermann, EuR | Thomas Oppermann, <i>Europarecht</i> , 1991 |
| Ossenbühl, StHR | Fritz Ossenbühl, <i>Staatshaftungsrecht</i> , 4. Aufl. 1991 |
| Peters, HkWP | Hans Peters (Hrsg.), <i>Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis</i> , 3 Bde., 1956 ff. |
| Püttner, HkWP | Günter Püttner (Hrsg.), <i>Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis</i> , 2. Aufl., 6 Bde. 1981 ff. |
| Püttner, Allg. VwR | Günter Püttner, <i>Allgemeines Verwaltungsrecht</i> , 6. Aufl. 1983 |
| Redeker/v. Oertzen, VwGO | Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, <i>Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar</i> , 11. Aufl. 1994 |
| Schmitt Glaeser, VwPrR | Walter Schmitt Glaeser, <i>Verwaltungsprozeßrecht</i> , mitbegründet von Otto Tschira, 12. Aufl. 1993 |
| Schwarze, Eur. VwR I, II | Jürgen Schwarze, <i>Europäisches Verwaltungsrecht</i> , Bd. I und II, 1988 |
| Schweitzer/Hummer, EuR | Michael Schweitzer/Waldemar Hummer, <i>Europarecht</i> , 4. Aufl. 1993 |
| Statist. Jb. | Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland (hrsg. vom Statistischen Bundesamt) |
| Steiner, Bes. VwR | Udo Steiner, <i>Besonderes Verwaltungsrecht</i> , 4. Aufl. 1992 |
| Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG | Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs, <i>Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar</i> , 4. Aufl. 1993 |
| Stern, StR I, II, III/1, III/2 | Klaus Stern, <i>Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland</i> , Bd. I, 2. Aufl. 1984, Bd. II 1980, Bd. III/1 1988, Bd. III/2 1994 |
| Ule, VerwGbarkeit | Carl Hermann Ule, <i>Verwaltungsgerichtsbarkeit</i> , 2. Aufl. 1962 |
| Ule, VerwprozeßR | Carl Hermann Ule, <i>Verwaltungsprozeßrecht</i> , Studienbuch, 9. Aufl. 1987 |
| Ule/Laubinger, VwVfR | Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, <i>Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar</i> , 3. Aufl. 1986 |
| Wallerath, Allg. VwR | Maximilian Wallerath, <i>Allgemeines Verwaltungsrecht</i> , 4. Aufl. 1992 |
| Wolff/Bachof VwR I, II, III | Hans J. Wolff/Otto Bachof, <i>Verwaltungsrecht</i> , Bd. I, 9. Aufl. 1974, Bd. II, 4. Aufl. 1976, Bd. III, 4. Aufl. 1978 |
| Wolff/Bachof/Stober, VwR I, II | Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, <i>Verwaltungsrecht</i> Bd. I, 10. Aufl. 1994; Bd. II, 5. Aufl. 1987 |

Bezüglich der übrigen Abkürzungen wird auf Hildebert Kirchner, *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 4. Aufl. 1993 verwiesen.

ERSTER ABSCHNITT

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

Dirk Ehlers

Gliederung

	Rn.
§ 1 Staatliche Verwaltung	1–47
I. Der Begriff der staatlichen Verwaltung	3–13
1. Staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne	4
2. Staatliche Verwaltung im materiellen Sinne	5–12
3. Staatliche Verwaltung im formellen Sinne	13
II. Die Organisation der staatlichen Verwaltung	14–16
III. Das Personal der staatlichen Verwaltung	17–24
1. Die verschiedenen Beschäftigungsverhältnisse	17–18
2. Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals	19–21
3. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen	22–24
IV. Zielsetzung und Grundsätze der staatlichen Verwaltung	25–30
1. Verfolgung öffentlicher Interessen	25–29
2. Grundsätze des Verwaltungshandelns	30
V. Arten der staatlichen Verwaltung	31–45
1. Unterscheidung nach der Art der Aufgabenstellung	31–40
2. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Verwaltung	41
3. Unterscheidung nach dem Verwaltungsträger	42
4. Unterscheidung nach der Rechtsform des Tätigwerdens	43
5. Unterscheidung nach der Modalität des Handelns	44
6. Unterscheidung nach der Intensität der Gesetzesbindung	45
VI. Verwaltungswissenschaften	46–47
§ 2 Verwaltungsrecht	1–88
I. Begriff des Verwaltungsrechts	1– 6
II. Arten des Verwaltungsrechts	7– 9
III. Das Verwaltungsrecht als Teilgebiet des öffentlichen Rechts	10–68
1. Die Notwendigkeit einer Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	10–13
2. Die Unterscheidung der Rechtsgebiete	14–30
3. Die Geltung des öffentlichen und des privaten Rechts	31–50
4. Einzelfälle	51–59
5. Grenzfälle	60
6. Die Einwirkungen des öffentlichen und privaten Rechts aufeinander	61–68

IV. Das Verwaltungsprivatrecht	69–84
1. Das Tätigwerden der Verwaltung in privatrechtlichen Formen	69–74
2. Die öffentlich-rechtliche Bindung der Verwaltung beim Handeln in Privatrechtsform	75–83
3. Der Rechtsweg im Falle einer öffentlich-rechtlichen Bindung der privatrechtlichen Verwaltung	84
V. Verwaltungsrechtswissenschaft	85–88
1. Grundlegung und Ausformung	85–87
2. Reform des Verwaltungsrechts	88
§ 3 Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht	1–56
I. Europäische Union und Europäische Gemeinschaften	2–10
1. Das Verhältnis von Europäischer Union und Europäischen Gemein- schaften	2– 3
2. Der Aufbau der Europäischen Gemeinschaft	4–10
II. Das Gemeinschaftsrecht	11–27
1. Der Begriff des Gemeinschaftsrechts	11
2. Das primäre und das sekundäre Gemeinschaftsrecht	12–27
III. Die Mitwirkung der Mitgliedstaaten an der Setzung des Gemein- schaftsrechts	28–29
IV. Das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht	30–35
1. Das Rangverhältnis	30–33
2. Der verbleibende Spielraum des Staates	34
3. Geltung des Gemeinschaftsrechts in den neuen Ländern	35
V. Die Transformation des Gemeinschaftsrechts	36–37
VI. Der exekutive Vollzug des Gemeinschaftsrechts	38–54
1. Der gemeinschaftseigene Vollzug	39–42
2. Der mitgliedstaatliche Vollzug	43–54
VII. Der Rechtsschutz	55–56
§ 4 Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht	1–24
I. Allgemeines	1– 5
II. Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für das Verwaltungsrecht	6–24
1. Demokratie	7– 9
2. Bundesstaat	10–16
3. Rechtsstaatlichkeit	17–23
4. Weitere Verfassungsaufträge	24

§ 1

Staatliche Verwaltung

- 1 „Von der Wiege bis zur Bahre: Formulare, Formulare“. Treffender als mit diesem Spruch kann die Einbindung des Bürgers in Verwaltungsvorgänge nicht beschrieben werden. Ein Mensch kommt in der Regel von der Geburt (vielleicht

in einem staatlichen Krankenhaus) bis zum Tode (etwa in einem kommunalen Altersheim) mit der Verwaltung in Berührung. So löst schon die Geburt zahlreiche Verwaltungsvorgänge aus (beispielsweise Eintragung der Geburt in das Geburtenbuch durch den Standesbeamten, Zahlung von Kindergeld, u. U. Gewährung von Entbindungsgeld, Änderung der Steuerklasse). Verfolgt man den Lebensweg weiter, zeigt sich, wie sehr der Einzelne auf die Verwaltung angewiesen bzw. ihr ausgeliefert ist. Man denke nur an den Besuch kommunaler Kindergärten, staatlicher Schulen und Universitäten oder die Benutzung öffentlicher Straßen. Die Verwaltung greift sogar über Leben und Tod hinaus. Z. B. genießt schon der nasciturus öffentlich-rechtlichen Versicherungsschutz¹, während der Tod für die Verwaltung verschiedene Nachwirkungen hat. So muß die Verwaltung eine ordnungsgemäße Bestattung auf einem Friedhof ermöglichen und den Hinterbliebenen ggf. Pensions- oder Rentenansprüche auszahlen.

Wird die Polizei zur Gefahrenabwehr tätig, eine Steuerschuld durch das Finanzamt beigetrieben, einem Baubewerber eine Baugenehmigung erteilt, einem Gewerbetreibenden die Ausübung des Gewerbes untersagt oder einem Arbeitslosen Arbeitslosenhilfe überwiesen, kann nicht ernsthaft zweifelhaft sein, daß ein Handeln der staatlichen Verwaltung vorliegt. In anderen Fällen ist dies indessen nicht eindeutig. So stellt sich die Frage, ob auch die Wehrübungen der Bundeswehr, der Ankauf von Computern für eine Kreisverwaltung, die Bereitstellung von Verkehrsleistungen durch die Deutsche Bahn AG, die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser und Strom durch eine teils städtische, teils sich im Anteilseigentum von Privaten befindende Gesellschaft oder die Ausstrahlung der Sportschau durch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt etwas mit staatlicher Verwaltung zu tun haben. Jede Darstellung des Verwaltungsrechts kommt daher nicht umhin, ihren Gegenstand – die *staatliche Verwaltung* – zu definieren. **2**

I. Der Begriff der staatlichen Verwaltung

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

1. Staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne

Jede Organisation bedarf einer Verwaltung. Hier interessiert nur die *staatliche* Verwaltung, nicht die Verwaltung privater Organisationen. Im Schrifttum wird fast durchweg von öffentlicher Verwaltung gesprochen. Indessen ist der Begriff des „Öffentlichen“ mehrdeutig² und sollte daher möglichst vermieden werden. **4**

¹ Vgl. dazu BVerfGE 45, 376 ff.

² Vgl. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 22 ff.; Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 22 ff.

Unter staatlicher *Verwaltung im organisatorischen Sinne* ist die Gesamtheit der Verwaltungsträger und ihrer Untergliederungen (z. B. in Organe, Behörden und Ämter) zu verstehen, sofern sie vom Staat getragen und in der Hauptsache materiell verwaltend tätig werden (Rn. 5 ff.). Als Träger von Staatsgewalt sind alle Organisationen anzusehen, hinter denen unmittelbar oder mittelbar allein der Staat steht. Dazu zählen vor allem alle *juristischen Personen des öffentlichen Rechts* (Rn. 15), es sei denn, daß sie (wie die sog. korporierten Religionsgemeinschaften³ oder das Bayrische Rote Kreuz⁴) in der gesellschaftlichen Sphäre wurzeln. Ferner gehören hierher sämtliche *Privatrechtssubjekte*, deren Inhaber ausschließlich eine oder mehrere der zuvor genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wie z. B. Bund, Länder oder Kommunen, sind⁵. Erwähnung verdienen insbesondere die Eigengesellschaften, d. h. diejenigen Gesellschaften, deren Anteilseigentum unmittelbar oder mittelbar ganz und nicht nur teilweise in den Händen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts liegt. Privatrechtsvereinigungen, die von mindestens einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und einer Privatperson getragen werden, und private Rechtssubjekte sind nur Träger von Staatsgewalt, wenn und soweit ihnen Staatsgewalt übertragen wurde⁶. Man spricht in solchen Fällen von *Beliehenen* (Rn. 15).

2. Staatliche Verwaltung im materiellen Sinne

- 5 Unter Verwaltung im materiellen Sinne wird diejenige Staatstätigkeit verstanden, welche die Wahrnehmung von *Verwaltungsaufgaben* zum Gegenstand hat. Die Verwaltungsaufgaben werden in der Lehre teils positiv, teils negativ bestimmt. In Betracht kommt auch eine Kombination beider Ansätze.
- 6 a) *Positive Begriffsbestimmung*. Die positiven Umschreibungen beschränken sich in der Regel darauf, einzelne typische Merkmale der Verwaltung hervorzuheben. So wird abgestellt auf die konkret-individuelle Normgebung in Abhängigkeit von Weisungen vorgesetzter Behörden (*Kelsen*⁷), die Verwirklichung des gesetzgeberischen Willens (*Fleiner*⁸) bzw. der Staatszwecke für den Einzelfall

³ Vgl. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV. Zum Sinngehalt des Körperschaftsstatus vgl. *v. Mangoldt/Klein/v. Campenhausen*, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 14, 3. Aufl. 1991, Art. 140 Rn. 154.

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

⁵ Vgl. auch *Burmeister*, in: *Prütting* (Hrsg.), Recht und Gesetz im Dialog III, 1986, S. 7 f.; *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.

⁶ A. A. wohl BVerfG JZ 1990, 335, das gemischtwirtschaftliche Unternehmen in bestimmten Fällen an die Grundrechte bindet. Krit. dazu § 2 Rn. 82.

⁷ Reine Rechtslehre, 1934, S. 80, 2. Aufl. 1960, S. 240.

⁸ *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 205; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, 1965, S. 135.

(*Peters*⁹), die Lösung konkreter Aufgaben gemäß den Rechtsnormen oder innerhalb ihrer Schranken (*G. Jellinek*¹⁰), den Einsatz hoheitlicher Mittel (*Giese*¹¹), die geleitete, richtungserhaltende, geführte Tätigkeit (*Achterberg*¹²), die soziale Gestaltung im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts (*Forsthoff*¹³), die Herstellung verbindlicher Entscheidungen (*Luhmann*¹⁴) oder die planmäßige Tätigkeit öffentlichen Gemeinwesens zur Gestaltung und Gewährleistung des sozialen Zusammenlebens, wobei diese Tätigkeit in ihren Zielen, Zwecken, Aufgaben und Befugnissen durch die Rechtsordnung und innerhalb dieser durch die politischen Entscheidungen der Regierung bestimmt und begrenzt wird (*Bachof*¹⁵). Nach *Stern* bedeutet Verwaltung im materiellen Sinne die den Organen der vollziehenden Gewalt und bestimmten diesen zuzurechnenden Rechtssubjekten übertragene eigenverantwortliche ständige Erledigung der Aufgaben des Gemeinwesens durch konkrete Maßnahmen in rechtlicher Bindung nach (mehr oder weniger spezifiziert) vorgegebener Zwecksetzung¹⁶. Am anspruchsvollsten ist die Definition von *H. J. Wolff*. Unter öffentlicher Verwaltung im materiellen Sinne soll danach die mannigfaltige, konditional oder nur zweckbestimmte, also insofern fremdbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt entscheidend ausführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Sachwalter des Gemeinwesens zu verstehen sein¹⁷. Selbst bei dieser Definition ist zweifelhaft, ob alle Merkmale der Verwaltung erfaßt werden und ob sich diese Merkmale von denen sonstiger Staatsfunktionen hinreichend unterscheiden lassen. Die Begriffsbestimmung ist so abstrakt geraten, daß sie praktisch kaum handhabbar ist. Festzuhalten ist daher, daß es eine trennscharfe Definition der Verwaltung im materiellen Sinne nicht gibt. Sie wird sich auch in Zukunft nicht entwickeln lassen, weil die Mannigfaltigkeit, in der sich die einzelnen Verrichtungen der Verwaltung ausfächern, der einheitlichen Formel spottet¹⁸.

b) *Negative Begriffsbestimmung*. Zumeist begnügt sich die Verwaltungsrechtslehre in Anschluß an *Otto Mayer*¹⁹ und *W. Jellinek*²⁰ mit einer negativen Begriffsbestimmung der Verwaltung (im materiellen Sinne). Danach ist Verwal-

⁹ Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 5 ff.; Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965, S. 7.

¹⁰ *Jellinek*, Staatslehre, 3. Aufl. 1960, S. 610.

¹¹ Allg. VwR, 3. Aufl. 1952, S. 6.

¹² Allg. VwR, § 8 Rn. 7.

¹³ VwR, S. 6.

¹⁴ Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966, S. 67. Zur Entscheidungsfähigkeit der Verwaltung vgl. auch *Thieme*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 1984, Rn. 8 f. Krit. dazu *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1994, Rn. 12.

¹⁵ EvStL, Bd. IV, 3. Aufl. 1987, Sp. 3828.

¹⁶ StR, Bd. II, § 41 I 3 (S. 738).

¹⁷ *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 2 Rn. 19.

¹⁸ *Forsthoff*, VwR, S. 1. Kritisch zum materiellen Verwaltungsbegriff auch *G. Winkler*, Orientierungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 21 f.

¹⁹ VwR I, S. 7. Vgl. auch *Fleiner* (Fn. 8), S. 4 f.

²⁰ VwR, S. 5 f.

tung diejenige Staatstätigkeit, die nicht Gesetzgebung und Rechtsprechung ist. Diese Art der Definition wirft aber ebenfalls erhebliche Probleme auf.

- 8 Zunächst führt die „Substraktionsmethode“ nur dann zu eindeutigen Ergebnissen, wenn sich die übrigen Staatsfunktionen Gesetzgebung und Rechtsprechung ihrerseits exakt definieren lassen. Dies ist indessen nicht der Fall. Zwar spricht Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG davon, daß die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Damit bekennt sich das Grundgesetz aber nicht zu einer strikten Gewaltenteilung²¹. So darf das *Parlament* nicht nur Gesetze im materiellen Sinne erlassen (d. h. abstrakt-generelle Regelungen), sondern auch lediglich formelle Gesetze (d. h. Einzelfallgesetze wie das grundsätzlich nur den staatlichen Innenrechtskreis betreffende Haushaltsgesetz oder die sog. Maßnahmegesetze)²². Dem Inhalt nach handelt es sich in solchen Fällen eher um verwaltende Tätigkeit. Ferner ist dem Deutschen Bundestag nicht nur die Gesetzgebung, sondern z. B. auch die Wahl des Bundespräsidenten (Art. 54 GG), des Bundeskanzlers (Art. 63 GG) sowie die Kontrolle der Regierung²³ übertragen worden. Der Präsident des Bundestages darf Hausverbote aussprechen (Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG), ein parlamentarischer Untersuchungsausschuß Beweiserhebungen vornehmen (Art. 44 Abs. 2 GG) und ein Bundestagsabgeordneter sich an der Wahl der Bundesrichter beteiligen (Art. 95 Abs. 2 GG). Umgekehrt ist die *vollziehende Gewalt* an der Gesetzgebung beteiligt (Art. 76 Abs. 1, 113 Abs. 1 GG) und ermächtigt, selbst bestimmte Gesetze – etwa Rechtsverordnungen – zu erlassen (Art. 80 GG). Die *Gerichte* werden nicht nur rechtsprechend tätig, sondern führen auch verschiedene Register, wie etwa das Handelsregister (§ 8 HGB), organisieren die juristischen Staatsprüfungen (z. B. § 4 JAG NW) und dürfen bestimmte „Justizverwaltungsakte“ (§ 23 Abs. 1 EGGVG) erlassen. Das BVerfG spricht daher davon, daß nur der Kernbereich der einzelnen Gewalten absolut geschützt sei²⁴. Wo dieser Kernbereich beginnt, bleibt eine offene Frage²⁵.
- 9 Weiter kann es Staatstätigkeiten geben, die weder zur Gesetzgebung und Rechtsprechung noch zur Verwaltung gehören. So spricht das Grundgesetz in Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG mit Bedacht nicht von Verwaltung, sondern von vollziehender Gewalt. Dieser Begriff wird als der weitere angese-

²¹ Dies ergibt sich schon daraus, daß es sich um ein bloßes Rechtsprinzip handelt (vgl. z. B. BVerfGE 2, 302, 319; 3, 225, 247 f.; 9, 268, 280; 30, 1, 27 f.). Im Gegensatz zu Regeln haben Prinzipien aber nicht ausschließlich definitiven Charakter. Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 75 f. Zur Frage, ob sich dem Grundgesetz ein Verwaltungsvorbehalt entnehmen läßt vgl. *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135 ff.; *Schnapp*, ebd., S. 172 ff.; *Kuhl*, Der Kernbereich der Exekutive, 1993, S. 141 ff.

²² Zur Zulässigkeit vgl. BVerfGE 25, 371, 396; 36, 383, 400.

²³ Vgl. dazu statt vieler *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 120 ff.; *Achterberg*, Parlamentsrecht, 1984, § 18, S. 410 ff.; *Steffani*, in: *Schneider/Zeh* (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 49, S. 1325 ff.; *Schröder*, in: *Isensee/Kirchhof II*, § 51 Rn. 49.

²⁴ BVerfGE 9, 268, 280; 30, 1, 28; 34, 52, 59.

²⁵ *Hesse*, VerFR, § 13 Rn. 478.

hen²⁶. Zur vollziehenden Gewalt, d. h. zur Exekutive, gehört auch der von der Verwaltung abzugrenzende Bereich der *Regierung*²⁷. Dementsprechend heißt es beispielsweise in Art. 3 Abs. 1 S. 2 der Verfassung von Berlin: Die vollziehende Gewalt liegt in den Händen der Regierung und der ihr nachgeordneten Verwaltung. Zur vollziehenden Gewalt, nicht zur Verwaltung, ist ferner die militärische Kommandogewalt der Bundeswehr zu zählen²⁸. Auch gibt es *andere exekutive Betätigungen*, die sich nicht ohne weiteres der Verwaltung zurechnen lassen, wie z. B. die Kontrolle der Rechnungshöfe, des Wehrbeauftragten und der staatlichen Datenschutzbeauftragten, die Währungsentscheidungen der Deutschen Bundesbank und das Handeln der sog. Mediatoren bzw. Bürgerbeauftragten, die zwischen Verwaltung und Bürger vermitteln sollen²⁹.

Schließlich ist die negative Definition der Verwaltung (im materiellen Sinne) **10** insofern unbefriedigend, als sie die Verwaltung als etwas „Übriggebliebenes“ darstellt, was der Bedeutung dieser überaus mächtigen Staatsfunktion nicht gerecht wird.

c) *Kombinierte Begriffsbestimmung*. Angesichts dieser Aporie empfiehlt es **11** sich, die verschiedenartigen Ansätze zu kombinieren. Eine erste Orientierung vermittelt die Substraktionsmethode. Abzustellen ist auf die typischen Merkmale der anderweitigen Staatsfunktionen. Als kennzeichnend für die Gesetzgebung wird die Setzung generell-abstrakter Rechtsnormen angesehen. Unter Rechtsprechung ist die zu rechtskräftiger Entscheidung führende rechtliche Beurteilung von Sachverhalten in Anwendung des geltenden objektiven Rechts durch ein unbeteiligtes Staatsorgan zu verstehen, das auf gesetzlicher Grundlage in sachlicher und personeller Unabhängigkeit tätig wird³⁰. Die Regierung im materiellen Sinne zeichnet sich durch ihre staatsleitende, richtungsgebende und führende Tätigkeit³¹, die militärische Kommandogewalt durch die Ausbildung und Führung

²⁶ Bei Beratung des Art. 20 GG im Parlamentarischen Rat wurde statt des ursprünglich vorgesehenen Begriffes der „Verwaltung“ der Terminus „vollziehende Gewalt“ bevorzugt, weil auch die Regierung einbezogen werden sollte (*Dr. Dehler*, JöR NF 1, 1951, 200). Durch Gesetz vom 19.3.1956 (BGBl. I S. 111) ist der Begriff „Verwaltung“ in Art. 1 Abs. 3 GG durch den der vollziehenden Gewalt ersetzt worden, um die Bindung der Bundeswehr an die Grundrechte sicherzustellen.

²⁷ H. M. Vgl. statt vieler *Achterberg*, Allg. VwR, § 8 Rn. 1 ff.; *Schröder*, in: *Isensee/Kirchhof III*, § 67 Rn. 1 ff. Krit. *Frotscher*, Regierung als Rechtsbegriff, 1975, S. 173 ff., wonach es nicht gerechtfertigt sei, die Bestimmungs- und Leitungsbefugnisse der Exekutive in einem Teilbereich durch eine besondere Funktion „Regierung“ herauszustellen.

²⁸ H. M. Vgl. *Wolff/Bachof*, VwR I, § 2 III a (S. 12); *Stern*, StR II, § 42 I 5 (S. 851 f.). A. A. v. *Unruh*, VVDStRL 26 (1968), 167.

²⁹ Vgl. dazu *Grindel*, Ausländerbeauftragte – Aufgaben und Rechtsstellung, 1964; *Kempf/Uppendahl* (Hrsg.), Ein deutscher Ombudsmann. Der Bürgerbeauftragte in Rheinland-Pfalz, 1986; *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 1990.

³⁰ Ähnlich *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 20 Rn. 44. Vgl. auch zu den Merkmalen der Rechtsprechung BVerfGE 18, 241, 253 f.; 26, 186, 195; 27, 312, 320; 27, 355, 361 f.; 48, 300, 323.

³¹ *Achterberg*, Allg. VwR, § 8 Rn. 2; *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 20 Rn. 25.

einer militärischen Macht aus. Im Zweifelsfall ist ergänzend auf die genannten positiven Merkmale der Verwaltung zurückzugreifen, wobei in Anlehnung an Stern vor allem auf die eigenverantwortliche Erledigung der Aufgaben des Gemeinwesens durch konkrete Maßnahmen in rechtlicher Bindung nach (mehr oder weniger spezifiziert) vorgegebener Zwecksetzung abzustellen ist.

- 12** d) *Rechtliche Verbindlichkeit*. Die relativ große Unschärfe des Begriffes der Verwaltung im materiellen Sinne kann solange hingenommen werden, als an die Begriffsbestimmung keine Rechtsfolgen geknüpft sind. Stellen die verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen Bestimmungen auf das Vorliegen einer Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne ab, ist der Begriff je nach Gesetz eigenständig zu bestimmen. Es ist durchaus denkbar, daß der gesetzliche Begriff der Verwaltung im materiellen Sinne unterschiedlich verwendet wird. Wenn etwa Art. 3 Verf. NW von einer Dreiteilung der Gewalten spricht und neben der Gesetzgebung und Rechtsprechung nur die Verwaltung erwähnt, die in den Händen der Landesregierung, der Gemeinden und Gemeindeverbände liegt, so wird damit die gesamte Regierungstätigkeit miterfaßt. Dagegen bezieht der Begriff „Verwaltungstätigkeit“ im Sinne des § 1 Abs. 1 VwVfG gerade nicht die Tätigkeit der Regierung im materiellen Sinne mit ein³².

3. Staatliche Verwaltung im formellen Sinne

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

II. Die Organisation der staatlichen Verwaltung

- 14** Die Erledigung der staatlichen Verwaltungsaufgaben obliegt Verwaltungsträgern, d. h. rechtsfähigen oder teilrechtsfähigen Subjekten. Originärer Verwaltungsträger ist der als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts (also juristische Person³³) organisierte Staat in Gestalt von Bund oder Land. Man spricht in solchen Fällen von *unmittelbarer Staatsverwaltung*. Schwerpunktmäßig wird diese von den Ländern wahrgenommen, weil der Bund nur dann verwaltend tätig werden darf, wenn er durch das Grundgesetz hierzu ermächtigt worden ist (wie z. B. durch Art. 87 GG). Auch die Ausführung der Bundesgesetze obliegt regelmäßig den Ländern, entweder als eigene Angelegenheit (Art. 83, 84 GG) oder im Auftrage des Bundes (Art. 85 GG). Wie alle anderen juristischen

³² H. M. Vgl. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 1 Rn. 96. Vgl. auch BVerfG NJW 1983, 1725, 1726. A. A. *Schnapp*, AöR 108 (1983), 137, 138.

³³ Kritisch dazu *Böckenförde*, in: FS Wolff, 1973, S. 269, 274 ff.

Personen werden auch Bund und Länder durch bestimmte Organe tätig. Diese werden jedenfalls dann, wenn sie Außenzuständigkeiten der Verwaltung nach Maßgabe öffentlichen Rechts wahrzunehmen haben, Behörden genannt (§ 12 Rn. 10). Während es auf der Bundesebene normalerweise nur eine, höchstens zwei Behördeninstanzen gibt (insbesondere die Bundesministerien und Bundesoberbehörden³⁴) verfügen die Flächenstaaten über oberste Behörden (Ministerpräsidenten, Landesminister), Oberbehörden (die wie die Landeskriminalämter einer obersten Behörde unmittelbar unterstehen und für das gesamte Land zuständig sind), Mittelbehörden (die wie die Regierungspräsidenten einer obersten Landesbehörde unmittelbar unterstehen und für einen Teil des Landes zuständig sind) und untere Verwaltungsbehörden (z. B. Finanzämter)³⁵.

Die staatliche Verwaltung kann statt dessen auch auf verselbständigte (dezentralisierte) Verwaltungsträger übertragen werden. Es liegt dann eine *mittelbare Staatsverwaltung* vor. Die Träger der mittelbaren Staatsverwaltung können öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sein. Als öffentlich-rechtliche Organisationsformen haben sich die *Körperschaft*, *Anstalt* und *Stiftung des öffentlichen Rechts* herausgebildet. Im Gegensatz zur Anstalt ist die Körperschaft mitgliederschaflich organisiert (§ 53 Rn. 11). Die Körperschaftsmitglieder wählen entweder unmittelbar ihren Vorstand oder eine Vertretung, die ihrerseits den Vorstand bestellt. Unter Stiftungen des öffentlichen Rechts sind mit einem öffentlich-rechtlichen Status versehene Vermögensmassen zu verstehen, die von einem Stifter einem bestimmten Zweck gewidmet sind³⁶. Die bedeutsamsten Träger der mittelbaren Staatsverwaltung sind die als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Gemeinden und Kreise. Neben den *Organisationsformen* des öffentlichen Rechts dürfen – in bestimmten Grenzen – auch diejenigen *des Privatrechts* in Anspruch genommen werden. Am häufigsten kommt die Form der GmbH und der Aktiengesellschaft vor. Vor allem die Kommunen führen einen Großteil ihrer öffentlichen Einrichtungen (z. B. Stadthallen, Museen oder Theater) und Wirtschaftsbetriebe als Eigengesellschaften. Keine Verwaltungsträger stellen nach dem Gesagten (Rn. 4) die gemischt zusammengesetzten Gesellschaften dar (also diejenigen Gesellschaften, an denen neben der öffentlichen Hand auch Privatpersonen beteiligt sind). Schließlich darf der Staat durch oder aufgrund Gesetzes Private mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben und der Ausübung öffentlich-rechtlicher Handlungsbefugnisse betrauen, um die eigene Verwaltungsapparatur zu entlasten und sich die Sachkunde und Flexibilität dieser Personen zunutze zu machen. Die Privaten werden dann als *Beliehene* (d. h. mit Staatsgewalt ausgestattete Personen) tätig. Da sie selbständig im eigenen Namen handeln, treten sie als Verwaltungsträger in Erscheinung. Zugleich stellen sie Behörden i. S. d. Verwaltungsverfahrensgesetze dar (§ 12 Rn. 14). 15

³⁴ Vgl. zu den Ministerien Art. 65 S. 2, zu den Bundesoberbehörden Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG.

³⁵ Vgl. etwa §§ 3 ff. LOG NW.

³⁶ Vgl. auch die Legaldefinition des § 46 LVwG SH. Ferner Art. 1 Abs. 2 BayStG. Näher dazu § 53 Rn. 20.

- 16 Das *Zusammenwirken der verschiedenen Verwaltungsträger* sowie der verschiedenen Stellen (Behörden) innerhalb eines Verwaltungsträgers richtet sich nach bestimmten Strukturprinzipien, die sich überwiegend bereits dem Verfassungsrecht (insbesondere dem Demokratieprinzip, Rechtsstaatsprinzip und den Art. 83 ff. GG) entnehmen lassen. So müssen alle Träger mittelbarer Staatsverwaltung mindestens einer Rechtsaufsicht unterliegen³⁷. Soweit es sich um publizistische Privatrechtssubjekte (z. B. Eigengesellschaften) handelt, fehlt es an ausdrücklichen Normen. Doch bedürfen auch diese Subjekte einer effektiven Steuerung und Kontrolle³⁸. Die nähere Ausgestaltung der Verwaltungsorganisation wird ausführlich in den §§ 52 ff. beschrieben.

III. Das Personal der staatlichen Verwaltung

1. Die verschiedenen Beschäftigungsverhältnisse

- 17 In der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung wurden Mitte 1992 rund 6,7 Millionen Personen beschäftigt³⁹. Dies entspricht einem Anteil von etwa 18% an der Zahl der Gesamterwerbstätigen. Die öffentlichen Bediensteten teilen sich vornehmlich in zwei große Gruppen auf: die Beamten einerseits und die Angestellten bzw. Arbeiter des öffentlichen Dienstes andererseits. Während die *Beamten* in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, werden die *Angestellten* und *Arbeiter* aufgrund privatrechtlicher Dienstverträge beschäftigt. Diese Unterscheidung hat sich historisch herausgebildet. Im Vergleich zu den Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes stehen die Beamten in einer besonders engen Beziehung zum Staat. Dieser soll sich gerade auch in schwierigen Zeiten auf die Beamten verlassen können. Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentum“ haben in Art. 33 Abs. 5 GG eine verfassungsrechtliche Absicherung erfahren. Zu diesen Grundsätzen gehören insbesondere das Prinzip der Einstellung auf Lebenszeit, das Leistungsprinzip, die übernommenen Beamtenpflichten (z. B. unparteiische und parteipolitisch neutrale Amtsführung, Einsatz der vollen Arbeitskraft, außerdienstliche Verhaltensanforderungen, Streikverbot), das Alimantationsprinzip (Anspruch auf standesgemäße Dienst- und Versorgungsbezüge) und die Fürsorgepflicht des Dienstherrn⁴⁰. 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 Arbeitneh-

³⁷ *Andrick*, JA 1987, 546 f.; *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof III*, § 59 Rn. 203; *Waechter*, Kommunalrecht, 1993, Rn. 188.

³⁸ Vgl. *Püttner*, DVBl. 1975, 353 ff.; *Ehlers*, DÖV 1986, 897 ff.; *Spannowsky*, DVBl. 1992, 1072 ff.; *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 258 f.

³⁹ Statist. Jb. 1993, 1994, S. 552.

⁴⁰ Näher dazu *Kunig*, in: *I. v. Münch/Schmidt-Aßmann*, Bes. VwR, 6. Abschnitt Rn. 44.

mer des öffentlichen Dienstes in den letzten Jahrzehnten immer mehr angenähert⁴¹. Auch setzen sich die Personalvertretungen in den Verwaltungen aus allen Beschäftigungsgruppen zusammen⁴². Nach wie vor gibt es aber einige bedeutende Unterschiede. So gilt das *Streikrecht*⁴³ und die *Sozialversicherungspflicht* nur für die Angestellten und Arbeiter⁴⁴. Sieht man von den Ausländern, welche die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der europäischen Gemeinschaft besitzen, ab (§ 3 Rn. 53), dürfen grundsätzlich nur Deutsche Beamte werden⁴⁵, während für die Angestellten und Arbeiter diese Beschränkung nicht gilt.

Die Wahl zwischen den beamten- und den privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen steht der Verwaltung nicht frei. Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe *in der Regel* Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem *öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis* stehen. Nach h.M. übt auch die Leistungsverwaltung hoheitsrechtliche Befugnisse i. S. d. Vorschrift aus⁴⁶. Angesichts einer vermehrten „Flucht“ der öffentlichen Hand in privatrechtliche Beschäftigungsverhältnisse – im Jahre 1992 standen z. B. rund 169 000 voll- und teilzeitbeschäftigte Beamte ca. 1,73 Mio. (d. h. mehr als der zehnfachen Zahl von) Angestellten und Arbeitern bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden gegenüber⁴⁷ – ist in vielen Fällen zweifelhaft, ob die Praxis noch mit den grundgesetzlichen Anforderungen in Einklang steht⁴⁸.

2. Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals

Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt **19** in Bund und Ländern vom Volke aus. Wie sich aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ergibt, übt das Volk die Staatsgewalt außer durch Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung aus. Dies setzt voraus, daß das Volk einen effektiven Einfluß auf die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe hat. Deren Akte müssen sich deshalb auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden⁴⁹. Dies macht u. a. eine *personell demokratische Legitimation*

⁴¹ Vgl. Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. 6, 1973, Gutachten, S. 111 f., 134. Der Vorschlag der Studienkommission, das Dienstrecht für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes nach einheitlichen Grundsätzen zu gestalten, ist in der Praxis nicht aufgegriffen worden.

⁴² Vgl. z. B. §§ 12 ff. BPersVG.

⁴³ H. M. Vgl. statt vieler *Stern*, StR I, S. 11 IV 3 a b.

⁴⁴ Nach BVerfGE 88, 103, 113 ff., darf bei einem rechtmäßigen Streik nicht der Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen angeordnet werden, solange dafür keine gesetzliche Regelung vorhanden ist. Krit. dazu *Isensee*, DZWIR 1994, 399 ff.

⁴⁵ Vgl. §§ 7 Abs. 1 Nr. 1 BBG, 4 Abs. 1 Nr. 2 BRRG.

⁴⁶ *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 122; *Lecheler*, in: *Isensee/Kirchhof III*, § 72 Rn. 37; *Isensee*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, HdbVerfR, § 32 Rn. 56.

⁴⁷ Vgl. Statist. Jb. 1993, 1994, S. 552.

⁴⁸ Krit. *Ehlers* (Fn. 46), S. 123, mit Vorschlägen de lege ferenda (S. 520 f.).

⁴⁹ BVerfGE 83, 60, 71 f.

der mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betrauten Amtswalter erforderlich⁵⁰. Diese wird regelmäßig über das Volk bzw. die vom Volk gewählte Vertretung und die Regierung oder die Minister bzw. die sonstige Spitze der Exekutive hergestellt. Dagegen darf es grundsätzlich nicht außenstehenden Instanzen überlassen bleiben, darüber zu entscheiden, wer berechtigt ist, für das Volk zu sprechen. Umstritten ist, ob dies die Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals ausschließt. Um die Frage beantworten zu können, muß zwischen der personellen und der direktiven Mitbestimmung unterschieden werden.

20 Die *personelle Mitbestimmung* bezieht sich auf die innerdienstlichen, sozialen oder persönlichen Angelegenheiten der Beschäftigten. Sie ist für das Personal in der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung in den Personalvertretungsgesetzen⁵¹, für die Beschäftigten in der privatrechtlich organisierten Verwaltung im Betriebsverfassungsgesetz⁵² geregelt. Da die diesbezüglichen Beteiligungsrechte der Beschäftigten im Sozialstaatsgedanken wurzeln und auf Vorstellungen zurückgehen, die auch den Grundrechtsverbürgungen der Art. 1, 2 und 5 Abs. 1 GG zugrunde liegen⁵³, bedarf es insoweit keiner demokratischen Legitimation. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Personal- und Betriebsräte von den jeweiligen Beschäftigten gewählt werden und in erster Linie diese Beschäftigten und nicht das Volk vertreten⁵⁴.

21 Die *direktive Mitbestimmung* geht erheblich über die personelle hinaus. Sie zielt auf eine Beteiligung an den staatlichen Leitungsentscheidungen ab. Darunter sind alle Entscheidungen zu verstehen, die nicht die innerdienstlichen, sozialen oder personellen Angelegenheiten, sondern die sonstigen Aufgaben des Staates betreffen (insbesondere die Gestaltung der Außenrechtsbeziehungen zum Bürger). Diskutiert und vielfach praktiziert wird eine solche Art der Mitbestimmung z. B. in den wirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand⁵⁵, den Richterwahlausschüssen⁵⁶ sowie den Theatern⁵⁷ und Museen⁵⁸. In der Regel wählen dann die Beschäftigten Vertreter zur Wahrnehmung ihrer Interessen in den Ver-

⁵⁰ Vgl. auch *Oebbecke*, Weisungs- und Unterrichtsfreiräume in der Verwaltung, 1986, S. 84; *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof I*, § 22 Rn. 16; *Czybulka*, Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, 1989, S. 87 ff.; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 329, 360 ff.

⁵¹ Vgl. z. B. §§ 75, 76 BPersVG.

⁵² §§ 87 ff. BetrVG 1972.

⁵³ BVerfGE 28, 314, 323; 51, 43, 58. Vgl. auch *Schenke*, JZ 1991, 581, 582; *dens.*, Die Personalvertretung 1992, 289, 292.

⁵⁴ Vgl. auch *Ehlers*, JZ 1987, 218, 220.

⁵⁵ Vgl. *Ossenbühl*, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1986, S. 37 ff.; *Tettinger*, Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot, 1986, S. 31 ff.; *Ehlers*, JZ 1987, 218 ff.; *Nagel/Bauer*, Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Verfassungsrecht, 1990, S. 38 ff.

⁵⁶ Vgl. dazu *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974.

⁵⁷ Vgl. VG Berlin DVBl. 1979, 470 m. Anm. *Röper*; *Kunig*, DÖV 1982, 765 f.; *Ossenbühl*, DÖV 1983, 788 ff.; *Oebbecke* (Fn. 50), S. 192 ff.

⁵⁸ Vgl. *H. P. Ipsen*, DVBl. 1982, 112 ff.; *Oebbecke* (Fn. 50), S. 201 ff.

waltungsrat, den Aufsichtsrat oder ein ähnliches Leitungsgremium⁵⁹. Da die Beschäftigten (in ihrer Eigenschaft als Dienstnehmer) nicht das Volk sind oder dieses repräsentieren, verfügen ihre Vertreter über keine demokratische Legitimation. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen ist eine solche Art der Mitbestimmung daher unzulässig⁶⁰. Dagegen wird in der Literatur vielfach eine Veto- oder Mehrheitsposition der demokratisch legitimierten Amtswalter für ausreichend gehalten⁶¹. Den Vorzug dürfte die zuerst genannte Ansicht verdienen, da „alle“ Staatsgewalt und nicht nur ein Teil der Staatsgewalt der demokratischen Legitimation bedarf⁶². Eine Veto-Position ermöglicht keine positiven Entscheidungen. Auf Mehrheitsverhältnisse kann es jedenfalls solange nicht ankommen, wie die Gruppendisziplin nicht rechtlich zwingend vorgeschrieben ist. So müssen die Mitglieder des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrats kommunaler Unternehmen in der Regel nach den Grundsätzen der Verhältniswahl von den Gemeinderäten bzw. Kreistagen gewählt werden⁶³. Es sind dann „Koalitionen“ zwischen einigen von den kommunalen Vertretungen gewählten Mitgliedern und den Beschäftigtenvertretern denkbar, welche die demokratischen Mehrheitsverhältnisse in ihr Gegenteil verkehren. Folgt man der hier vertretenen Ansicht⁶⁴, schließt dies eine Heranziehung des Sachverständes der Beschäftigten oder der Mitglieder gesellschaftlicher Gruppen nicht aus, sofern diese zu gemeinwohlgebundenen Amtswaltern bestellt und von einem hierzu demokratisch legitimierten Organ (statt von den Beschäftigten) individuell beru-

⁵⁹ Vgl. z. B. §§ 6 Nr. 1 c, 7 Abs. 1 Nr. 1 EigBG Bl.; 68 PersVG Bremen; 104 a NdsPersVG; 68 HessPersVG; 93 Abs. 3 GO NW.

⁶⁰ VerfGH NW JZ 1987, 242 ff. Im wesentlichen zustimmend *Ehlers*, JZ 1987, 218 ff. A. A. *Nagel/Bauer* (Fn. 55), S. 52.

⁶¹ *K. Ipsen*, DÖV 1971, 469, 474; *Bieback*, Die Mitwirkung der Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung, 1983, S. 45 ff.; *Tettinger* (Fn. 55), S. 55; *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof I*, § 22 Rn. 19. Vgl. auch BVerfGE 83, 60, 72, 74, wonach nur ein bestimmtes Legitimationsniveau erforderlich ist. Habe die Aufgabe eines Amtsträgers einen besonders geringen Entscheidungsgehalt, so möge dafür eine demokratische Legitimation ausreichen, bei der einzelne Legitimationselemente zurücktreten.

⁶² A. A. BVerfGE 47, 253, 274, wonach es unwichtige Entscheidungen gibt, die nicht demokratisch legitimiert sein müssen. Krit. dazu *Oebbecke* (Fn. 50), S. 83; *Ehlers*, JZ 1987, 219; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 329, 367; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 376, 379; *ders.*, Der Staat 32 (1993), 29, 33.

⁶³ Vgl. etwa §§ 35 Abs. 4, 55 Abs. 3 GO NW.

⁶⁴ Ob die hier herausgestellten Grundsätze auch für die privatrechtlich organisierten Unternehmen gelten, ist zweifelhaft. Alle Unternehmen in Privatrechtsform unterliegen ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse der Mitbestimmung nach Maßgabe des MitbestG, Montan-MitbestG, BetrVG 1952 und BetrVG 1972. Teilweise gelten Sonderregelungen (für die Post vgl. § 10 der Satzung der Deutschen Post AG, Anhang zu § 11 II des Postumwandlungsgesetzes, BGBl. I 1994, S. 2340). Würde man die genannten Grundsätze auch auf diese genannten Unternehmen anwenden, wäre das Ausweichen der öffentlichen Hand in das Privatrecht verfassungswidrig. Vgl. zum Meinungsstand *Ehlers* (Fn. 46), S. 124 ff.; *ders.*, JZ 1987, 218, 224 ff.; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 136 f., 141; *Schenke*, JZ 1991, 581, 587 f.

fen werden⁶⁵. Auch die Bindung an Vorschlagslisten gesellschaftlicher Gruppen oder an Listen von Personalversammlungen kann in den hier erwähnten Beispielfällen hingenommen werden, falls dem demokratisch legitimierten Entscheidungsorgan eine hinreichende Auswahlmöglichkeit verbleibt⁶⁶. Deshalb ist es z. B. verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn § 10 Abs. 2 SpkG NW vorschreibt, daß bestimmte Mitglieder des Verwaltungsrates der Sparkasse aus einem Vorschlag der Personalversammlung der Sparkasse zu wählen sind, wobei der Vorschlag mindestens die doppelte Anzahl der zu wählenden Mitglieder enthalten muß.

3. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen

- 22** Die Verwaltung liegt nicht allein in den Händen des Personals. Vielmehr können die Adressaten der Verwaltung an der Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben partizipieren. Unter *Partizipation* soll hier nur diejenige Beteiligung der Bürger (Wahlberechtigten), Einwohner oder sonstigen Personen an der Verwaltung verstanden werden, die sich nicht als Ausübung von Staatsgewalt unmittelbar durch das Volk darstellt⁶⁷. Soweit das Staatsvolk oder die Mitglieder der (sonstigen) Körperschaften des öffentlichen Rechts ihren Willen in Wahlen oder Abstimmungen äußern⁶⁸, tritt der Souverän selbst in Erscheinung und wirkt nicht an Handlungen anderer mit. Hinzuweisen ist einerseits auf die Parlaments-, Kommunal- oder sonstigen Körperschaftswahlen, andererseits auf die Abstimmungen in Form von Volksbegehren und Volksentscheiden⁶⁹ oder die Beschlußfassung der Mitgliederversammlungen einer Gemeinde⁷⁰ bzw. einer Körperschaft. Auch allgemeine Volksbefragungen (nicht nur repräsentative Meinungsumfragen) fallen in diesen Bereich. Sie sind zwar verfassungsrechtlich im Grundgesetz nicht vorgesehen, aber zulässig⁷¹, sofern dadurch nicht das Bekenntnis der Verfassung zur repräsentativen Demokratie unterlaufen und in die Kompetenzen anderer Rechtsträger eingegriffen wird⁷².

⁶⁵ A. A. *Stober*, Wasserverbandsrecht und Arbeitnehmermitbestimmung, 1989, S. 60.

⁶⁶ Vgl. *Ehlers*, JZ 1987, 218, 223; *Oebbecke*, VerwArch. 81 (1990), 349, 367 f.

⁶⁷ Zum Begriff der Partizipation vgl. *Hartisch*, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, 1975, S. 80 ff.; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 329, 371.

⁶⁸ Vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 S. 2 GG.

⁶⁹ Vgl. etwa Art. 68 Verf. NW. Zu den Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden vgl. z. B. §§ 21 GO BW, 26 GO NW.

⁷⁰ Art. 28 Abs. 1 S. 4 GG.

⁷¹ Str. Wie hier *Pestalozza*, NJW 1981, 733, der in der Volksbefragung ein demokratisches Minimum sieht. A. A. z. B. *Krause*, in: *Isensee/Kirchhof II*, S. 325 ff.; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 II Rn. 45.

⁷² Vgl. BVerfGE 8, 104, 115 ff., wonach die Zuständigkeit der Bundesorgane zu ausschließlichen eigenverantwortlichen Bewältigung einer Sachaufgabe schon dann beeinträchtigt wird, wenn die Länder die Bundesorgane durch den in einer von ihnen angeordneten amtlichen Volksbefragung liegenden politischen Druck zwingen wollen, die von ihnen getroffene Sachentscheidung zu ändern (wie bei einer Volksbefragung über Atomwaffen).

Das *Demokratieprinzip* steht einer Partizipation an Verwaltungsentscheidungen positiv gegenüber⁷³, gebietet eine solche in aller Regel aber nicht zwingend. Berühren die Verwaltungsentscheidungen Rechte einzelner, kann zwar eine Beteiligung namentlich in Gestalt einer vorherigen Anhörung verfassungsrechtlich geboten sein (§ 37 Rn. 10). Doch wurzeln die diesbezüglichen Beteiligungsrechte der Bürger, Einwohner und sonstigen Personen zumindest schwerpunktmäßig im Rechtsstaatsprinzip und in den Grundrechten, nicht aber im Demokratieprinzip⁷⁴. **23**

Das *einfache Gesetzesrecht* kennt zahlreiche Formen der Partizipation. Als Partizipationssubjekte kommen die rechtlich Betroffenen, die Sachverständigen, die Interessenten und die Öffentlichkeit in Betracht⁷⁵. Die Art der Beteiligung läßt sich danach systematisieren, ob dem einzelnen die Möglichkeit gegeben wird, sich *an die Verwaltung* zu wenden, oder ob die Beteiligung *auf Seiten der Verwaltung* erfolgt. In die erste Gruppe fällt z. B. das Recht der Bürger, der Einwohner und u. U. auch der im Ausland wohnenden Ausländer⁷⁶, sich zu Planungen und Vorhaben der Verwaltung zu äußern⁷⁷, Fragen zu stellen (etwa in Ratssitzungen)⁷⁸, Petitionen einzureichen⁷⁹, Einwendungen gegen ausgelegte Pläne zu erheben⁸⁰ oder Einwohneranträge zu stellen⁸¹ (mit der Folge, daß das zuständige Verwaltungsorgan binnen einer bestimmten Frist eine Angelegenheit zu erörtern und zu entscheiden hat). Der zweiten Gruppe sind die Mitwirkungshandlungen der ehrenamtlich tätigen Bürger und Ehrenbeamten⁸² sowie der Einwohner und der Angehörigen gesellschaftlicher Gruppen in den Kollegialorganen der Verwaltung⁸³ zuzurechnen. Erwähnt seien nur die Wahlhelfer⁸⁴, sachkundigen Bürger⁸⁵ und sachkundigen Einwohner⁸⁶ in bestimmten Gemeindeausschüssen, Ausländer in den Ausländerbeiräten⁸⁷, ehrenamtlichen Bürgermeister⁸⁸ und Leiter freiwilliger Feuerwehren⁸⁹. Bei der Mitwirkung auf Seiten der Verwaltung müssen die Bürger und Einwohner bzw. Angehörigen gesellschaftlicher Gruppen **24**

⁷³ In Art. 56 der Hamburgischen Verfassung heißt es sogar ausdrücklich: „Das Volk ist zur Mitwirkung an der Verwaltung berufen. Die Mitwirkung geschieht insbesondere durch die ehrenamtlich tätigen Mitglieder der Verwaltungsbehörden. ...“

⁷⁴ Vgl. aber auch *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), 179, 209 f.

⁷⁵ *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 329, 371 f.

⁷⁶ BVerwGE 75, 285 ff.

⁷⁷ Vgl. etwa § 3 Abs. 1 2. Halbs. BauGB.

⁷⁸ Vgl. § 24 GO NW.

⁷⁹ Vgl. Art. 17 GG, § 24 GO NW.

⁸⁰ Vgl. § 73 Abs. 4 VwVfG.

⁸¹ Vgl. etwa §§ 20 b GO BW, 25 GO NW.

⁸² Vgl. z. B. §§ 177 BBG, 115 BRRG, 81 ff. VwVfG, 28 GO NW.

⁸³ Vgl. §§ 9, 9 a GjS.

⁸⁴ Vgl. z. B. die §§ 6 BWO, 2 Abs. 6 KWG NW.

⁸⁵ § 58 Abs. 4 GO NW.

⁸⁶ § 58 Abs. 3 GO NW.

⁸⁷ § 27 GO NW.

⁸⁸ Art. 34 Abs. 2 BayGO.

⁸⁹ § 8 FSHG.

in jedem Falle auf das Gemeinwohl verpflichtet werden. Sie werden somit als Volksvertreter und nicht als eigennützige Individuen oder Gruppenvertreter tätig⁹⁰. Schließlich muß die Heranziehung der genannten Personen sachgemäß sein und darf nicht zu übermäßigen Einflußmöglichkeiten führen.

IV. Zielsetzung und Grundsätze der staatlichen Verwaltung

1. Verfolgung öffentlicher Interessen

- 25** Die Verwaltung verfolgt äußerst unterschiedliche Zielsetzungen. Wie die anderen Staatsfunktionen auch, darf sie aber immer nur im öffentlichen Interesse tätig werden⁹¹. Die Zuständigkeiten und Kompetenzen sind dem Staat nicht um seiner selbst, sondern um der Menschen willen übertragen worden⁹². Der Staat darf daher nur pflichtgebunden handeln. Im Gegensatz zu den Privatpersonen steht ihm gerade nicht das Recht zu, sich privatautonom zu verhalten, d. h. sich beliebige Ziele zu setzen⁹³. Dies gilt auch für die privatrechtsförmige Verwaltung (§ 2 Rn. 77). Positivrechtlich ergibt sich (insbesondere) aus dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. den Grundrechten die Notwendigkeit einer kompetenziellen Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse. So vermögen niemals andere Belange die Beschränkung der grundrechtlich garantierten Freiheiten zu legitimieren. Nach h.M. sind daher alle (zumindest alle öffentlich-rechtlich organisierten) Träger von Staatsgewalt wegen der von vornherein begrenzten Aufgabenstellung des Staates nur *teilrechtsfähig*. Dies bedeutet, daß sie auch nur innerhalb eines bestimmten, gesetzlich umschriebenen Wirkungskreises handeln können. Werden die Grenzen des Wirkungskreises überschritten, ist das Handeln schlechthin unwirksam (*ultra-vires-Prinzip*⁹⁴). Es liegt dann in Wahrheit ein Nichtakt und nicht nur ein nichtiger Akt des Staates vor⁹⁵. Nach einer neueren Lehre soll allerdings in bestimmten Fällen der Vertrauensschutz Dritter (z. B. des Vertragspartners der

⁹⁰ Anderes gilt für die Mitwirkung der Erziehungsberechtigten in der Schule (vgl. z. B. §§ 4, 11 SchMG NW). Die Heranziehung der Erziehungsberechtigten dürfte in erster Linie grundrechtlich fundiert sein und sich im übrigen aus dem Selbstverwaltungsgedanken legitimieren lassen.

⁹¹ Vgl. z. B. *Fleiner/Gerster*, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1980, S. 16.

⁹² Die staatliche Herrschaft wird daher in der Staatslehre in Anlehnung etwa an *Hobbes*, *Pufendorf* und *Locke* zumeist vertragstheoretisch begründet. Der Staat wird als ein auf (fiktiven) vertraglichen Zusammenschluß der Individuen beruhendes Gebilde verstanden, das geschaffen worden ist, um bestimmte Aufgaben zu erfüllen, welche die einzelnen oder die Gesellschaft nicht selbst wahrzunehmen vermögen.

⁹³ *Ehlers* (Fn. 46), S. 86 ff.; *Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), S. 190, 219 f.

⁹⁴ Vgl. BGHZ 20, 119, 126 ff.; 52, 283, 286. Ferner: *Eggert*, Die deutsche ultra-vires-Lehre, 1977, S. 56 ff.; *v. Mutius*, JuS 1977, 99, 101; *Ehlers* (Fn. 46), S. 235 f.; *Oldiges*, DÖV 1989, 873 ff.; *Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), 190, 220; *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 32 Rn. 9 – teilweise mit Einschränkungen.

⁹⁵ Zur Unterscheidung vgl. §§ 10 Rn. 15, 15 Rn. 21.

Verwaltung) Vorrang gegenüber dem Schutz der öffentlich-rechtlichen Kompetenzordnung haben⁹⁶.

Statt von einem öffentlichen Interesse wird vielfach auch vom Erfordernis eines öffentlichen Zwecks (z. B. § 88 Abs. 1 GO NW) oder der Bindung an das Wohl der Allgemeinheit (etwa Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 3 S. 2 BayVerf.) gesprochen⁹⁷. Hierbei handelt es sich nur um unterschiedliche Bezeichnungen für dieselbe Sache. Die Präzisierung dieser Richtschnur für das staatliche und damit zugleich das exekutive Verhalten bereitet allerdings große Schwierigkeiten. Einigkeit besteht darüber, daß das öffentliche Interesse im Interesse aller liegen kann (wie etwa das Interesse an einer staatlichen Raumplanung oder an staatlichen Umweltschutzmaßnahmen), aber nicht muß⁹⁸. Beispielsweise haben die Körperschaften des öffentlichen Rechts wie etwa die Ärzte-, Industrie- und Handels- oder Handwerkskammern die Interessen ihrer Mitglieder zu fördern⁹⁹. Das Wohl des Ganzen kann somit das Wohl seiner Teile einschließen. *Bonum commune* und *bonum particulare* schließen sich nicht aus. Z. B. liegt die Hilfe für Obdachlose oder die Förderung eines städtischen Opernhauses im öffentlichen Interesse, mag es in Zeiten des Wohlstandes vielleicht auch nur wenige Obdachlose geben und nur ein kleiner Teil der Bevölkerung die Oper besuchen. Selbst das Interesse *eines* Privaten kann zum Gegenstand eines inhaltsgleichen öffentlichen Interesses werden und z. B. ein polizeiliches Einschreiten zum Schutz privater Rechte¹⁰⁰ oder die Enteignung zugunsten privater Industriebetriebe¹⁰¹ gebieten. Welche Maßnahmen die Verwaltung im Einzelfall zu ergreifen oder zu unterlassen hat, um dem öffentlichen Interesse zu dienen, kann ausgehend von der jeweiligen normativen Regelung nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung aller entscheidungserheblichen Gesichtspunkte festgestellt werden. In jedem Falle sind das unmittelbar anwendbare europäische Gemeinschaftsrecht, die Verfassung von Bund und Ländern sowie das sonstige Gesetzesrecht zu beachten.

Denkbar ist, daß die Verwaltung *verschiedene öffentliche Interessen* zu verfolgen hat, die sich nicht ohne weiteres in Einklang bringen lassen. So haben Bund und Länder nach § 1 Stabilitätsg bei ihren wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu be-

⁹⁶ Vgl. etwa *Fritz*, Vertrauensschutz im Privatrechtsverkehr mit Gemeinden, 1983, S. 226 ff., 272 f.; *K. Schmidt*, AcP 184 (1984), S. 529 ff. Vgl. auch *Boujong*, WiVer 1979, 48, 61; *Ehlers* (Fn. 46), S. 236.

⁹⁷ Vgl. näher dazu *Rupp*, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, 1968, S. 116 ff.; *v. Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 82 ff.; *Link*, VVDStRL 48 (1990), 7, 19 ff.; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof III*, § 57 Rn. 2.

⁹⁸ *Martens* (Fn. 2), S. 177 m.w.N.

⁹⁹ §§ 82, 91 HwO.

¹⁰⁰ BVerwGE 11, 95, 99; *Dreuw/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 402 ff.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 204 ff.

¹⁰¹ BVerfGE 74, 264, 285. Näher dazu *Schmidbauer*, Enteignung zugunsten Privater, 1989, S. 35 ff.

achten. Diese Erfordernisse (Stabilität des Preisniveaus, hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht sowie stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum) können aber miteinander in Konflikt treten. Der Staat muß versuchen, möglichst alle Erfordernisse zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen. Dies schließt nicht aus, daß je nach Lage der eine oder andere Gesichtspunkt stärker zu betonen ist.

- 28** U. U. reicht es aus, wenn die Maßnahmen der Verwaltung nur *mittelbar* im öffentlichen Interesse liegen. So dient die Erzielung von Einnahmen durch die Erhebung von Steuern¹⁰² nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar dem öffentlichen Interesse, weil die Einnahmen zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben benötigt werden, der Endzweck also ein öffentlicher ist. Als unzulässig muß dagegen eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung angesehen werden¹⁰³, weil die Erzielung von Einnahmen nach der Finanzordnung des Grundgesetzes prinzipiell der Steuer vorbehalten ist¹⁰⁴. Das *Verbot einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung* bezieht sich nur auf das ausschließliche oder primäre Gewinnstreben. Gegen eine angemessene *Gewinnmitnahme* als Nebenziel einer rechtlich legitimierten Hauptzielsetzung oder eine (sich in Grenzen haltende) Gewinnmitnahme bei Gelegenheit der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe bestehen keine rechtlichen Bedenken¹⁰⁵. Ersteres ist etwa der Fall, wenn die öffentliche Hand zum Zwecke des Erhalts von Arbeitsplätzen ein gewinnbringendes wirtschaftliches Unternehmen betreibt oder den Straßengrund für die Verlegung von öffentlichen Versorgungsleitungen der Energieversorgungsunternehmen gegen Erhebung einer sog. Konzessionsabgabe zur Verfügung stellt. Letzteres trifft etwa auf die Nutzung sonst brachliegenden Wirtschaftspotentials – wie etwa die Vermietung von Werbeflächen öffentlicher Verkehrsbetriebe und die Aufnahme von Werbeannoncen in die Telefonbücher – zu¹⁰⁶. Die Zulässigkeit einer Gewinn-

¹⁰² Zum Begriff der Steuer vgl. § 3 AO.

¹⁰³ Str. Wie hier Ehlers (Fn. 46), S. 92 ff.; Püttner (Fn. 5), S. 128 ff., 161; Stober, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, § 45 IV 4; Wolff/Bachof/Stober, VwR I, § 23 Rn. 11. A. A. etwa Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 86 ff.; Dickersbach, WiVerw 1983, 187, 202; Jarass, Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl. 1984, § 16 II; R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, § 11 I 1 c (der der öffentlichen Zwecksetzung sogar jeden normativen Gehalt abspricht). Vgl. auch § 65 Abs. 1 Nr. 1 der HOen (wonach sich der Staat an privatrechtlichen Unternehmen nur beteiligen darf, wenn ein „wichtiges Interesse“ vorliegt) sowie die kommunalrechtlichen Wirtschaftsbestimmungen nach Art des § 107 Abs. 1 GO NW (wonach sich eine Gemeinde nur wirtschaftlich betätigen darf, wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert). Greift Art. 90 EGV ein, sind die öffentlichen Unternehmen grundsätzlich auf ein System des unverfälschten Wettbewerbs festgelegt.

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 78, 241, 266 f.; Vogel, in: Isensee/Kirchhof I, § 27 Rn. 74; dens., FS Geiger, 1989, S. 518, 529.

¹⁰⁵ Vgl. auch Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, 1967, S. 70, 72; Kirchhof, Verwalten durch „mittelbares Einwirken“, 1977, S. 364 f. Krit. Seeger, DÖV 1972, 253, 261; Ipsen, DÖV 1974, 721, 732.

¹⁰⁶ Vgl. BVerwGE 82, 29, 34.

mitnahme ergibt sich u. a. aus Art. 110 Abs. 1 GG, der die Ablieferungen von Bundesbetrieben und Sondervermögen regelt, ohne sich gegen die Erwirtschaftung solcher Überschüsse zu wenden. Die Erzielung von Gewinnen ist prinzipiell aber nur insoweit zulässig, als dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird¹⁰⁷.

Zu ergänzen ist, daß die Verfolgung öffentlicher Interessen *kein Monopol des Staates* oder gar der staatlichen Verwaltung ist¹⁰⁸. Auch das Tätigwerden gesellschaftlicher Vereinigungen oder einzelner Privater kann im öffentlichen Interesse liegen. So sprechen die Pressegesetze davon, daß die Presse insbesondere dadurch, daß sie Nachrichten beschafft und verbreitet, Stellung nimmt, Kritik übt oder auf andere Weise an der Meinungsbildung mitwirkt, eine öffentliche Aufgabe erfüllt¹⁰⁹. Der Staat nimmt vielfach private Unternehmen für staatliche Zwecke in seinen Dienst, verpflichtet sie z. B. zur Vornahme von Eigensicherungsmaßnahmen gegenüber rechtswidrigen Angriffen Dritter¹¹⁰, zur Bestellung von betrieblichen Datenschutzbeauftragten¹¹¹ oder zur Erstellung von Statistiken für die staatliche Wirtschaftsplanung¹¹². Auch freiwillig kann ein Unternehmen öffentliche Verantwortung tragen (z. B. über den gesetzlichen Standard hinaus Umweltschutzmaßnahmen durchführen). Schließlich ist es auch privaten Einzelpersonen möglich, im öffentlichen Interesse zu handeln, wie das Beispiel der Festnahme eines flüchtigen Straftäters durch Passanten zeigt¹¹³.

2. Grundsätze des Verwaltungshandelns

Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ist die staatliche Verwaltung an bestimmte Grundsätze gebunden, von denen hier nur die wichtigsten erwähnt werden können¹¹⁴. Herausragende Bedeutung kommt dem sich aus der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) ergebenden Erfordernis der *Rechtmäßigkeit* des Verwaltungshandelns zu. Hierauf wird in den verschiedenen Abschnitten dieses Lehrbuches näher eingegangen (vgl. insbesondere § 9 Rn. 1 ff.). Soweit die Bindung an das Recht noch Raum für alternative Verhaltensweisen läßt (§ 1 Rn. 45), muß sich die Verwaltung an der Zweckmäßigkeit orientieren. Ferner verpflichtet sie das Haushaltsrecht zur *Wirtschaftlichkeit*¹¹⁵. Darunter ist das Gebot zu verstehen, entweder mit den gegebenen Mitteln den größtmöglichen Nutzen zu erreichen (Maximalprinzip) oder einen

¹⁰⁷ Vgl. dazu Ehlers (Fn. 46), S. 94 f.; dens., JZ 1990, 1089, 1091.

¹⁰⁸ Zur Unterscheidung von öffentlichen und staatlichen Aufgaben vgl. Peters, FS H. C. Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 877 ff.; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 47 ff.

¹⁰⁹ Vgl. z. B. § 3 PresseG NW.

¹¹⁰ Vgl. z. B. § 3 Abs. 2 Nr. 3 BImSchG.

¹¹¹ § 36 Abs. 1 BDSG.

¹¹² Z. B. § 1 Abs. 1 LohnStaG i. V. m. §§ 6, 10 BStatG.

¹¹³ § 127 Abs. 1 StPO.

¹¹⁴ Vgl. dazu auch Achterberg, Allg. VwR, § 19 Rn. 4 ff.

¹¹⁵ Vgl. §§ 7 Abs. 1 HOen.

bestimmten Nutzen mit den geringstmöglichen Mitteln zu stiften (Minimal- oder Sparsamkeitsprinzip)¹¹⁶. Die *Zukunftsvorsorge* verpflichtet die Verwaltung insbesondere zu einer vorausschauenden Planung, die *Berechenbarkeit* des Verwaltungshandelns zu einem klaren Verhalten, das sich an dem aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbaren Bestimmtheitsgrundsatz ausrichtet¹¹⁷.

V. Arten der staatlichen Verwaltung

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

1. Unterscheidung nach der Art der Aufgabenstellung

- 32** Nach dem Tätigkeitsgehalt bzw. der Art der Aufgabenstellung läßt sich zwischen Ordnungsverwaltung, Leistungsverwaltung, Abgabenverwaltung, Bedarfsverwaltung, Vermögensverwaltung und wirtschaftende Verwaltung unterscheiden. Teilweise wird auch noch die planende und lenkende Verwaltung gesondert genannt¹¹⁸. Indessen ist Planung und Lenkung kein Selbstzweck, sondern einer der genannten Aufgabenarten zugeordnet und damit deren Unterfall.
- 33** a) *Ordnungsverwaltung*. Wie der Name schon zum Ausdruck bringt, dient die Ordnungsverwaltung der Ordnung des Gemeinwesens. Teilweise schafft die Verwaltung selbst die Ordnung auf gesetzlicher Grundlage (wie bei der Raumordnungsverwaltung). Überwiegend beschränkt sie sich darauf, die Einhaltung der gesetzlich geregelten Ordnung zu überwachen. Wird die Ordnung gefährdet oder gestört, stehen der Verwaltung je nach Gesetzes- und Interessenlage unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung. Z. B. kann der Gesetzgeber vorschreiben, daß bestimmte Betätigungen unterbleiben sollen (etwa Zuwiderhandlungen gegen die Straßenverkehrsvorschriften). Halten sich die Rechtsunterworfenen nicht daran oder besteht die Gefahr einer Zuwiderhandlung, darf die Verwaltung reglementierend (durch Befehl und Zwang¹¹⁹) sowie sanktionierend (durch Auferlegung von Geldbußen¹²⁰) eingreifen. In anderen Fällen ist eine Betätigung nur zulässig, wenn sie der Behörde zuvor angezeigt worden ist (*Anzeigevorbehalt*). Beispielsweise besteht eine Anzeigepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel¹²¹ oder für die Ausübung bestimmter Gewerbebetätigungen¹²².

¹¹⁶ Vgl. *Grupp*, DÖV 1983, 661, 662; *v. Mutius*, VVDStRL 42 (1983), 149, 177; *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 185.

¹¹⁷ *Achterberg*, Allg. VwR, § 18 Rn. 14.

¹¹⁸ Vgl. etwa *Stern*, StR II, § 41 I IV (S. 747).

¹¹⁹ Vgl. § 44 StVO.

¹²⁰ Vgl. § 44 Abs. 1 StVO i. V. m. §§ 36, 37 OWiG.

¹²¹ § 14 Abs. 1 VersG.

¹²² § 14 Abs. 1 GewO.

Die zuständige Behörde hat dann die Möglichkeit, das Vorhaben zu prüfen und ggf. ein Verbot zu erlassen. Noch einen Schritt weiter geht das *präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*. In solchen Fällen prüft die Verwaltung vor Ausführung der Tätigkeit, ob dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen. So darf der Bauherr regelmäßig erst mit dem Bauen beginnen, wenn die Behörde ihm eine Erlaubnis erteilt hat¹²³. Die Erlaubnispflicht wendet sich nicht gegen die Betätigung als solche, sondern soll nur Rechtsverstöße rechtzeitig verhindern. Man spricht in solchen Fällen daher auch von einer bloßen Kontrollerlaubnis¹²⁴. Schließlich kann der Gesetzgeber auch ein unerwünschtes Verhalten schlechthin verbieten, die Verwaltung aber ermächtigen, in Ausnahmefällen eine Befreiung von diesem Verbot zu erteilen (*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*). Dies trifft etwa auf das Herstellen und Vertreiben bestimmter Waffen¹²⁵ oder das Demonstrieren innerhalb der Bannmeile vor den Parlamenten¹²⁶ zu.

Die genannten typisierenden Unterscheidungen haben erhebliche *Folgen*. **34** Besteht etwa ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, hat der Einzelne bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen grundrechtlich verbürgten Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, während die Ausnahmebewilligung bei einem repressivem Verbot regelmäßig im Ermessen der Behörde steht. Wird die Kontrollerlaubnis bei präventiven Verböten verweigert, handelt es sich formell gesehen nur um die Ablehnung eines begünstigenden Verwaltungsaktes, materiell dagegen um einen Eingriff in Freiheit und Eigentum, weil die Ablehnung aus dem zunächst nur vorläufigen ein endgültiges Verbot macht¹²⁷. Dies hat etwa zur Folge, daß der Betroffene vor Ablehnung der Erlaubnis angehört werden muß¹²⁸ und daß er bei rechtswidriger Ablehnung einen Anspruch auf Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff (§ 49 Rn. 55 ff.) hat. Liegt ein repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vor, ist die Ausgangslage eine andere, weil die Ausnahmebewilligung den Rechtskreis des einzelnen erweitert, ihre Ablehnung also regelmäßig keinen grundrechtlichen Eingriff darstellt¹²⁹. Die Verletzung einer Anzeigepflicht rechtfertigt nicht die Untersagung der Betätigung, stellt aber grundsätzlich eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit dar¹³⁰. Wird die Erlaubnispflicht im Falle eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt mißachtet, darf die Behörde zwar die Einstellung der Tätigkeit bis zur Erlaubniserteilung fordern, wegen der bloß formellen Illegalität aber nicht die Beseitigung des bereits

¹²³ Vgl. etwa § 60 Abs. 1 BauO NW.

¹²⁴ Maurer, Allg. VwR, § 9 Rn. 51.

¹²⁵ § 37 Abs. 1 und Abs. 3 WaffG.

¹²⁶ Vgl. § 1 BannmeilenG. Siehe dazu OVG NW, NWVBl. 1994, 305 ff.

¹²⁷ Maurer, Allg. VwR, § 9 Rn. 52.

¹²⁸ Zur Frage, was unter einem Eingriffsakt i. S. d. § 28 Abs. 1 VwVfG zu verstehen ist, vgl. § 37 Rn. 12

¹²⁹ Dies muß nicht bedeuten, daß eine Anhörung entbehrlich ist, weil unter Eingriffsakt i. S. d. § 28 Abs. 1 VwVfG auch jeder belastende Verwaltungsakt verstanden werden könnte. Vgl. Kopp, VwVfG, § 28 Rn. 10; a. A. z. B. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 28 Rn. 13 m.w.N.

¹³⁰ Vgl. § 26 Nr. 2 VersG, § 146 Abs. 2 Nr. 1 GewO.

Geschaffenen verlangen (z. B. Abbruch eines ohne Baugenehmigung errichteten, im übrigen aber im Einklang mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften stehenden Hauses¹³¹). Das Zuwiderhandeln gegen ein repressives Verbot führt regelmäßig zu weiterreichenden Konsequenzen. Z. B. dürfen verbotene Waffen sicher gestellt und grundsätzlich auch eingezogen (vernichtet) werden¹³².

- 35** b) *Leistungsverwaltung*. Die Leistungsverwaltung stellt einerseits die staatliche Infrastruktur bereit¹³³ (insbesondere die öffentlichen Einrichtungen wie z. B. die Straßen, öffentlichen Schulen, Universitäten, Krankenhäuser, Theater sowie Museen) und begünstigt andererseits einzelne Personen (z. B. durch die Gewährung von Sozialhilfe, Ausbildungsförderungsdarlehen oder Wirtschaftssubventionen).
- 36** c) *Abgabenverwaltung*. Die Abgabenverwaltung sorgt für die Beschaffung der staatlichen Geldmittel durch Erhebung von Steuern, Gebühren, Beiträgen, Sonderabgaben, Verbandslasten, Umlagen und sonstigen Abgaben¹³⁴.
- 37** d) *Bedarfsverwaltung*. Der Bedarfsverwaltung geht es darum, die persönlichen und sachlichen Mittel zu besorgen, welche die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Dazu zählt z. B. die Einstellung von Personen in den öffentlichen Dienst, die Heranziehung von Privaten zur Erfüllungshilfe (etwa zur Vornahme von Straßenbauarbeiten oder zum Abschleppen von Kraftfahrzeugen für die Polizei), der Ankauf von Sachen (z. B. Computer für die Verwaltung, Fahrzeuge für die Feuerwehr) sowie die Vergabe sonstiger öffentlicher Aufträge (etwa zur Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen).
- 38** e) *Vermögensverwaltung*. Die Vermögensverwaltung dient der Pflege, Ausnutzung oder Verwertung der sich im Eigentum oder in der Verfügungsbefugnis des Staates befindenden Vermögensgegenstände (z. B. Veräußerungen nicht mehr benötigter Bücher durch die Universitätsbibliothek oder Privatisierung wirtschaftlicher Unternehmen durch die Treuhandanstalt).
- 39** f) *Wirtschaftende Verwaltung*. Die wirtschaftende Verwaltung zeichnet sich dadurch aus, daß sie in ähnlicher Weise wie sonstige Wirtschaftssubjekte als Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt in Erscheinung tritt (z. B. als Industrieunternehmen wie die Saarbergwerke AG oder als Reisebüro wie das Amtliche Bayerische Reisebüro GmbH).
- 40** g) *Rechtliche Konsequenzen*. Die Unterscheidung der verschiedenen Aufgabenarten hat nicht nur beschreibenden Charakter, sondern kann auch rechtliche Folgen nach sich ziehen. Z. B. werden die Ordnungs-, Leistungs- und Abgabenverwaltung grundsätzlich öffentlich-rechtlich, die Bedarfs-, Vermögens- und wirtschaftende Verwaltung grundsätzlich privatrechtlich tätig (§ 2 Rn. 28, 46). Erläßt die Ordnungsverwaltung einen begünstigenden Verwaltungsakt, der mit einer Auflage verbunden ist, widerspricht es i. d. R. nicht dem Übermaßverbot,

¹³¹ Vgl. BVerwGE 19, 162; BVerwG DÖV 1978, 413; OVG NW NWVBl. 1987, 19 ff.

¹³² Vgl. § 37 Abs. 5 WaffG.

¹³³ Ausführlich dazu *Faber*, VwR, §§ 5 II, 31 ff.

¹³⁴ Vgl. zu den verschiedenen Abgaben *P. Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof IV*, § 88, S. 87 ff.; *F. Kirchhof*, in: *Achterberg/Püttner*, Bes. VwR II, Kap. 6/2, Rn. 149 ff.; *dens.*, NVwZ 1987, 1031, 1033 ff.; *Ehlers/Achelpöbler*, NVwZ 1993, 1025, 1026 ff.

die Auflage bei Nichterfüllung zwangsweise durchzusetzen, statt den begünstigenden Verwaltungsakt zu widerrufen. Liegt dagegen Leistungsverwaltung vor, ist die zwangsweise Durchsetzung einer Auflage zumeist unzulässig. Wird etwa eine Subvention zweckwidrig verwendet, ist die Verwaltung regelmäßig gehalten, die Subventionsgewährung rückgängig zu machen, statt die Zweckbindungen mit Zwangsmitteln (womöglich Ersatzvornahme) durchzusetzen¹³⁵.

2. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Verwaltung

Nach dem Gegenstand können die vielfältigen Tätigkeitsbereiche der staatlichen Verwaltung unterschieden werden. Z. B. wird von Kulturverwaltung, Schulverwaltung, Sozialverwaltung, Wirtschaftsverwaltung, Landwirtschaftsverwaltung, Umweltschutzverwaltung, Finanzverwaltung, Bauverwaltung, Verkehrsverwaltung und dergleichen mehr gesprochen. **41**

3. Unterscheidung nach dem Verwaltungsträger

Knüpft man an den Verwaltungsträger an, läßt sich zwischen Bundes- und Landesverwaltung, ferner zwischen unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung (Rn. 14 f.) differenzieren. Stellt man auf die Hauptverwaltungsträger ab, sind die Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltungen zu nennen. **42**

4. Unterscheidung nach der Rechtsform des Tätigwerdens

Die Verwaltung kann sich nicht nur der Organisations- und Handlungsformen des öffentlichen Rechts, sondern in einem bestimmten Ausmaße auch derjenigen des Privatrechts bedienen (§ 2 Rn. 69 ff.). Nach der Rechtsform des Tätigwerdens kann deshalb zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Verwaltung abgegrenzt werden. **43**

5. Unterscheidung nach der Modalität des Handelns

Eine weitere Unterscheidung betrifft die Art und Weise des Handelns der Verwaltung. Vor allem geht es um die Frage, ob die Verwaltung eingreifend tätig wird oder nicht. Diese Differenzierung ist insofern bedeutsam, als die in Freiheit und Eigentum eingreifende Verwaltung bestimmten Anforderungen unterliegt (namentlich Bindung an das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes, an die Grundrechte und an das Übermaßverbot), die für die sonstige Verwaltung u. U. nicht oder nicht in der gleichen Schärfe gelten¹³⁶. Belieb ist die Entgegensetzung von **44**

¹³⁵ Vgl. dazu *Henseler*, *VerwArch.* 77 (1986), 249, 270, 284; demnächst *Heydemann*, *Die Durchsetzbarkeit von Verhaltensbindungen im Recht der begünstigenden Verwaltung*, 1995.

¹³⁶ Für Nichtgeltung des Übermaßverbotes in der Leistungsverwaltung z. B. *Ericksen*, *Jura* 1988, 387, 388; *Mußgnug*, *VVDStRL* 47 (1989), 113, 126 ff.; a. A. z. B. *Haverkate*, *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, 1983, S. 14 ff., 174 ff.; *Bleckmann*, *JuS* 1994, 177, 179.

Eingriffs- und Leistungsverwaltung. Abgesehen davon, daß damit nicht sämtliches Verwaltungshandeln erfasst werden kann, gibt die Gegenüberstellung nur dann einen Sinn, wenn man die Leistungsverwaltung insoweit nicht als Aufgabenart, sondern als Instrument der Verwaltung (Verwaltungsmittel) versteht¹³⁷. Selbst dann ist zu beachten, daß Eingriff und Leistung bzw. Belastung und Begünstigung vielfach miteinander verbunden sind. So wirken zahlreiche Verwaltungsmaßnahmen für den Adressaten sowohl begünstigend als auch belastend. Man spricht in solchen Fällen von einer *Mischwirkung*. Hinzuweisen ist etwa auf die Wasserversorgung oder Erteilung des Schulunterrichts jeweils mit Benutzungszwang, die Zwangsernährung von Häftlingen, den Erlaß begünstigender Verwaltungsakte unter Beifügung einer belastenden Nebenbestimmung, die Heranziehung zu Abgaben in einer bestimmten Höhe (begünstigend insofern, als nicht mehr als der angegebene Betrag bezahlt werden muß)¹³⁸ oder die Gewährung bestimmter Geldleistungen (belastend, weil die Höhe begrenzt ist und vielleicht hinter dem Antrag zurückbleibt). Ferner haben Verwaltungsmaßnahmen heute immer häufiger *Doppelwirkung*, d. h. sie begünstigen den einen (z. B. Genehmigungsempfänger, Bewerber um die ausgeschriebene Stelle eines Beamten oder Adressaten eines Subventionsbescheides), belasten aber den anderen (etwa den Nachbarn oder Konkurrenten) und greifen u. U. in dessen Rechte ein. Belastung und Begünstigung bzw. Eingriff und Leistung müssen nach ihren jeweils eigenen Regeln behandelt werden. Will etwa die Verwaltung einen teils begünstigenden, teils belastenden Verwaltungsakt (außerhalb des Widerspruchsverfahrens) aufheben, gelten für den begünstigenden Teil des § 48 Abs. 2, 3, 4 und 6 sowie § 49 Abs. 2 und 5 VwVfG, für den belastenden Teil dagegen nicht.

6. Unterscheidung nach der Intensität der Gesetzesbindung

- 45 Schließlich läßt sich danach differenzieren, in welcher Weise die Verwaltung durch das Gesetz gebunden wird. Die gesetzliche Programmierung kann relativ strikt sein, weil die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen präzise gefaßt sind und die Verwaltung bei Vorliegen dieser Voraussetzungen in einem bestimmten Sinne (nach dem konditionalen Wenn-dann-Schema) tätig werden muß. Sie kann sich aber auch abschwächen, weil die Vorschriften sehr unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden¹³⁹ bzw. der Verwaltung einen Gestaltungsspielraum entweder in Form eines Beurteilungsspielraums bei der Konkretisierung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale oder in Form eines Ermessensspielraums bei der Bestim-

¹³⁷ I. d. S. etwa *Ebsen*, DVBl. 1988, 883, 885. Krit. *Bachof*, VVDStRL 30 (1972), 193, 227; *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 3 Rn. 6.

¹³⁸ Vgl. auch BFH BStBl. 1985, 562, 563; FG Berlin EFG 1986, 474; FG BW EFG 1986, 532; FG Köln EFG 1986, 213. A. A. BVerwGE 67, 129, 134; *Stelkens*, JuS 1984, 930, 934 – wonach ein Abgabebescheid nicht den Gegenschluß rechtfertigt, daß von den Betroffenen mehr als der angegebene Betrag nicht verlangt werden solle.

¹³⁹ Z. B. den Rechtsanwender nur final programmieren. Vgl. etwa § 16 Abs. 1 S. 1 BBankG, wonach die Bundesbank „zur Beeinflussung des Geldumlaufs und der Kreditgewährung“ eine sog. Mindestreserven-Politik betreiben darf.

mung der Rechtsfolgen einräumen (§ 10 Rn. 3 ff.). Dies stellt keinen Freibrief dar. Vielmehr muß sich die Verwaltung stets zu derjenigen Entscheidung durchringen, die sie in Anbetracht der verbindlichen Normzwecke für die richtige bzw. beste hält. *Gestaltungsspielräume* sind immer auf Optimierung angelegt¹⁴⁰. Freie Beurteilungs- oder Ermessensspielräume können im Rechtsstaat nicht anerkannt werden¹⁴¹. Der Verwaltung ist es daher nicht gestattet, sich mit der zweitbesten Lösung zufriedenzugeben. Wenn das Gesetz in § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit nebeneinander stellt, darf dies nicht dahin mißverstanden werden, daß die Zweckmäßigkeitentscheidung der Verwaltung außerhalb des Rechts anzusiedeln ist. Eine zweckwidrige Verwaltungsentscheidung verstößt nicht nur gegen metajuristische Maßstäbe, sondern auch gegen den das Verwaltungshandeln regelnden Rechtssatz selbst (im Beispielsfall gegen § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO)¹⁴². Demgemäß bestimmt auch § 40 VwVfG, daß das Ermessen einer Verwaltungsbehörde entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt werden muß. Dies impliziert, daß eine zweckwidrige Entscheidung rechtswidrig ist. Mit der gewählten Terminologie (Beurteilungsspielraum, Ermessensspielraum, Zweckmäßigkeit) soll nur zum Ausdruck gebracht werden, daß sich die gerichtliche Kontrolldichte in solchen Fällen mindert. Noch weniger determiniert ist die Verwaltung, wenn es überhaupt keine (spezial-)gesetzlichen Handlungsanweisungen gibt. Auch dann müssen aber stets die allgemeinen Bindungen und Grenzen (wie z. B. die Zuständigkeitsvorschriften oder verfassungsrechtlichen Vorgaben) beachtet werden¹⁴³. Es gibt somit kein Reservat exekutiven Wirkens, das völlig außerhalb der Sphäre des Rechts liegt.

VI. Verwaltungswissenschaften

Die Organisation und Tätigkeit der Verwaltung ist Gegenstand der Verwaltungswissenschaften. Mit der Verwaltung befassen sich ganz *verschiedene Wissenschaftsdisziplinen* wie z. B. die Politikwissenschaft, Volkswirtschaftslehre, Betriebswirtschaftslehre¹⁴⁴, Finanzwirtschaftslehre, Soziologie¹⁴⁵, Verwaltungsgeo-

¹⁴⁰ Zur Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht vgl. *Hoppe*, DVBl. 1992, 853 ff.; *dens.*, DVBl. 1994, 1033, 1034, 1037 ff.

¹⁴¹ Dies ist heute nicht mehr umstritten. Vgl. etwa *W. Schmidt*, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969, S. 267. Vgl. auch bereits *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S. 41.

¹⁴² Vgl. *Söll*, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, 1973, S. 119; *Erichsen*, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl. 1984, S. 88; *Krebs* (Fn. 23), S. 79; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl. 1991, S. 210 f.

¹⁴³ Vgl. auch *Maurer*, Allg. VwR, § 1 Rn. 25.

¹⁴⁴ *Thiemeyer*, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, 1975; *Eichhorn/Friedrich*, Verwaltungsökonomie I, 1977; *Eichhorn* (Hrsg.), Betriebswirtschaftslehre, Erkenntnisse zur Regierung, Verwaltung und öffentlichen Unternehmen, 1985; *Reichard*, Betriebswirtschaftslehre der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl. 1987; *Gornas/Beyer*, Betriebswirtschaft in der öffentlichen Verwaltung, 1991.

¹⁴⁵ Vgl. etwa *Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 1978.

graphie, Urbanistik, Statistik, Psychologie und Verwaltungsgeschichte¹⁴⁶. Auch die Verwaltungsrechtswissenschaft, der es um die rechtliche Ausgestaltung der Verwaltung geht (§ 2 Rn. 85 ff.), kann als ein (besonders wichtiges) Teilgebiet der Verwaltungswissenschaften bezeichnet werden. Statt von Verwaltungswissenschaften wird häufig auch nur von der Verwaltungswissenschaft gesprochen. Die Justizausbildungsgesetze benutzen den Ausdruck „Verwaltungslehre“¹⁴⁷. Diese Begriffsbildung ist problematisch, weil eine Integration der beteiligten Disziplinen in eine Wissenschaft oder Lehre kaum möglich, jedenfalls bisher aber nicht verwirklicht worden ist¹⁴⁸. Als Einführung in die Verwaltungswissenschaften eignen sich für Juristen die Bücher von *Ellwein*¹⁴⁹ und *B. Becker*¹⁵⁰ sowie vor allem von *Thieme*¹⁵¹, *Lecheler*¹⁵² und *Püttner*¹⁵³. Fallorientiert ist die Darstellung von *Knöpfle/Thieme*¹⁵⁴.

- 47 Entsprechend ihrem weiten Gegenstandsbereich befassen sich die Verwaltungswissenschaften mit ganz *unterschiedlichen Fragestellungen*: etwa den Verwaltungsaufgaben, der sachlichen und personellen Organisation, der Planung, dem Vollzug und der Kontrolle, dem Einsatz der modernen Techniken, dem Umgang mit dem Bürger oder den Fragen des Büro-Alltags¹⁵⁵. Gegenwärtig wird – auch wegen der hohen Verschuldung des Staates, des weltweiten Standortwettbewerbs und des Nachholbedarfs in den neuen Ländern – besonders über die Privatisierung von Verwaltungsleistungen¹⁵⁶, den Einsatz von Managementkon-

¹⁴⁶ Ausführlich dazu *Heyen*, Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa, 1982; *Jeserich/Pohl/v. Unruh* (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, 5 Bd. und Registerband (1983–1988); *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 2 Bd., 1988, 1992; *Robbers*, Europäische Verwaltungsgeschichte, in: *Schulze*, Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, 1991, S. 153 ff.

¹⁴⁷ Vgl. etwa § 5 Abs. 3 Nr. 5 JAPO BW.

¹⁴⁸ Zur wissenschaftstheoretischen Einordnung vgl. auch *Luhmann*, Theorie der Verwaltungswissenschaft, Bestandsaufnahme und Entwurf, 1966; *König*, Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft, 1970. Zu den verschiedenen Aspekten der Verwaltungswissenschaften: *König/v. Oertzen/Wagener* (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung der Bundesrepublik Deutschland, 1981; *Becker/Thieme*, Handbuch der Verwaltung, 1978.

¹⁴⁹ Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966.

¹⁵⁰ Öffentliche Verwaltung, 1988.

¹⁵¹ *Thieme* (Fn. 14).

¹⁵² *Verwaltungslehre* 1988.

¹⁵³ *Verwaltungslehre*, 2. Aufl. 1989. Vgl. auch *H. Maier*, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 1980; *Juergen/Geppert* (Hrsg.), Grundzüge der Verwaltungslehre, 3. Aufl. 1983.

¹⁵⁴ *Verwaltungslehre – Einführung und Fälle*, 2. Aufl. 1984.

¹⁵⁵ Zu den Merkmalen der bürokratischen Verwaltung nach wie vor grundlegend *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1976.

¹⁵⁶ Vgl. dazu statt vieler *Däubler*, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, S. 74; *Gromoll*, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Untersucht am Beispiel kommunaler Dienstleistungen, 1982, S. 23 ff.; *Schoch*, Privatisierung der Abfallentsorgung, 1992, S. 23 ff.; *dens.*, DVBl. 1994, 1 ff.

zepten¹⁵⁷, die Neuordnung von Regionen¹⁵⁸ sowie die Deregulierung, Rechts- und Verwaltungsvereinfachung¹⁵⁹ und Beschleunigung von Verwaltungsvorgängen¹⁶⁰ diskutiert.

§ 2

Verwaltungsrecht

I. Begriff des Verwaltungsrechts

Der Begriff des Verwaltungsrechts kann in einem weiten oder engen Sinne **1** verwendet werden. Bei *weiter Begriffsbildung* läßt sich unter Verwaltungsrecht die Summe der Rechtssätze verstehen, welche die Verwaltung organisieren oder von der Verwaltung zu beachten sind. Üblicherweise wird der *Begriff* des Verwaltungsrechts *enger* gefaßt. Das Verwaltungsrecht kann dann als die Gesamtheit der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtssätze des öffentlichen Rechts definiert werden, die entweder die staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne konstituieren oder gerade die Tätigkeit der staatlichen Verwaltung (im organisatorischen Sinne) regeln, mit Ausnahme der Vorschriften anderer Rechtsordnungen, des Verfassungsrechts, des Staatsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts. Im folgenden wird dieser Begriff des Verwaltungsrechts zugrunde gelegt. Im einzelnen bedeutet dies folgendes:

Das Verwaltungsrecht ist ein Teilgebiet des *öffentlichen Rechts* (Rn. 10 ff.). **2** Da sich die staatliche Verwaltung auch der Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts bedienen darf (Rn. 33 ff.), regelt es nur einen Teil der Erscheinungsformen und Aktivitäten der Verwaltung.

Zuordnungssubjekt des Verwaltungsrechts ist die staatliche Verwaltung. Dies **3** heißt nicht, daß sich das Verwaltungsrecht nur an die *Verwaltung* wendet. Die meisten Rechtssätze des Verwaltungsrechts regeln die Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger (Privaten), sprechen also auch letztere an, aber eben nur im Verhältnis zur Verwaltung. So berechtigen die meisten Vorschriften

¹⁵⁷ Einen Überblick über die verschiedenen, auf Delegation hinauslaufenden Modelle findet sich bei *Thieme* (Fn. 14), S. 43 ff., und *Püttner* (Fn. 153), S. 273 ff. Zu dem heute am meisten diskutierten Tilburger Modell vgl. *Blume*, in: *Banner/Reichard* (Hrsg.), *Kommunale Managementkonzepte in Europa*, 1993, S. 143 ff.

¹⁵⁸ Vgl. zu der unter europarechtlichen Vorzeichen geführten Diskussion etwa *Borchmann*, DÖV 1990, 879 ff.; *Knemeyer*, DVBl. 1990, 449 ff.; *Eichenberger*, in: *Ossenbühl* (Hrsg.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, 1990, S. 17 ff.; *Schink*, DÖV 1992, 385 ff.; *Schweitzer/Fixsen*, Jura 1992, 579 ff.; *Zuleeg*, DVBl. 1992, 1329 ff.; *Benz*, VerwArch. 84 (1993), 328 ff.

¹⁵⁹ Vgl. etwa *Helmrich*, in: *Beschränkung des staatlichen Einflusses in der Wirtschaft*, 1993, S. 41 ff.

¹⁶⁰ Vgl. zu den Beschleunigungsgesetzen *Steiner*, NVwZ 1994, 313 ff. Krit. *Erbguth*, JZ 1994, 477 ff.

des Polizeirechts die Verwaltung zum Einschreiten und verpflichten die Bürger, den Anordnungen der Verwaltung Folge zu leisten. Da es sich beim Zuordnungsobjekt um *staatliche* Verwaltung handeln muß, scheiden jene Rechtsgebiete des öffentlichen Rechts aus, die sich an andere Verwaltungsträger (etwa die öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgemeinschaften) oder sonstige Rechtssubjekte (wie z. B. die an jedermann adressierten Vorschriften des Strafrechts oder des Zivil- und Strafprozeßrechts) wenden.

- 4 Die staatliche Verwaltung kann auch durch das *Völkerrecht* oder *europäische Gemeinschaftsrecht* (§ 3 Rn. 38 ff.) gesteuert werden. Ob deren Rechtssätze dem öffentlichen Recht angehören, mag dahinstehen. Jedenfalls muß es sich beim Verwaltungsrecht um Rechtssätze des staatlichen Rechts handeln.
- 5 Nicht zum Verwaltungsrecht gehört das auf einer höheren Stufe der Normpyramide angesiedelte (formelle) *Verfassungsrecht* und das *Staatsrecht*, mag es auch – wie etwa die Grundrechte, Art. 35 Abs. 1 GG oder die Art. 83 ff. GG – für die Verwaltung von größter Bedeutung sein. Unter Verfassungsrecht wird hier das im Grundgesetz und in den Landesverfassungen kodifizierte Recht, unter Staatsrecht das Recht der obersten Staatsorgane verstanden (unabhängig davon, ob es in den Verfassungen oder – wie das Wahlrecht und die Geschäftsordnungen der Regierungen und Parlamente – außerhalb derselben geregelt worden ist¹).
- 6 Auszuklammern ist schließlich das *Verwaltungsprozeßrecht*, weil es sich in erster Linie um Justizrecht handelt.

II. Arten des Verwaltungsrechts

- 7 Das Verwaltungsrecht läßt sich in vielfältiger Weise untergliedern. Z. B. kann zwischen dem Organisations- und dem Verhaltensrecht, dem Innen- und Außenrecht, dem formellen und materiellen Recht sowie dem allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht unterschieden werden. Das *Organisationsrecht* bezieht sich auf die Verwaltung als Institution, das *Verhaltensrecht* auf die Entscheidungstätigkeit. Während das (u. a. durch Verwaltungsvorschriften geregelte) *Innenrecht* zumindest unmittelbar nur verwaltungsinterne Bedeutung hat², betrifft das *Außenrecht* die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zum Bürger. Das *formelle Verwaltungsrecht* regelt die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns in formeller Hinsicht (insbesondere die Zuständigkeit, das korrekte Verfahren und die Form des Handelns), das *materielle Verwaltungsrecht* das Inhaltliche. Besondere Bedeutung kommt im vorliegenden Zusammenhang der Differenzierung von allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht zu, da im folgenden nur auf den zuerst genannten Rechtsstoff eingegangen wird.

¹ Zur Abgrenzung von Verfassungsrecht und Staatsrecht vgl. auch *Stein*, Staatsrecht, 14. Aufl. 1993, § 1 V.

² Zum Innenrecht gehört etwa die Beaufsichtigung der unteren Verwaltungsbehörden durch die höheren oder die Regelung der Amtspflichten der Beamten.

Das *allgemeine Verwaltungsrecht* umfaßt diejenigen Verwaltungsrechtsnormen, die grundsätzlich für die gesamte Verwaltung maßgebend sind. Dazu gehört etwa das Verwaltungsorganisationsrecht, das Verwaltungsverfahrensrecht, das Recht der öffentlich-rechtlichen Handlungsformen, das Recht der Anstaltsnutzung, das öffentliche Sachenrecht, das Verwaltungsvollstreckungsrecht und das Staatshaftungsrecht. Das allgemeine Verwaltungsrecht ist für die öffentlich-rechtlich tätig werdenden Bundesbehörden in dem *Verwaltungsverfahrensgesetz* des Bundes³, für die Landesbehörden in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder kodifiziert worden. Für die Finanz- und Sozialverwaltung gelten die – weithin inhaltsgleichen – Vorschriften der Abgabenordnung⁴ und des SGB X (sog. „Drei-Säulen-Konzept“⁵). Die verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen betreffen nicht nur das Verfahren (Amtshilfe, Verfahrensgrundsätze, Fristen, Beglaubigung, formelles Verwaltungsverfahren, ehrenamtliche Tätigkeit, Ausschüsse), sondern auch und vor allem das materielle Verwaltungsrecht (Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag, Planfeststellung). Einzelne Verfahrensabschnitte sind in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen und den Verwaltungszustellungsgesetzen normiert worden. Daneben sind noch die Landesorganisations- bzw. Landesverwaltungsgesetze zu erwähnen. Die genannten Gesetze sind lückenhaft und enthalten auch zusammengenommen keine vollständige Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts. Beispielsweise fehlt es an allgemein gehaltenen Regelungen über die Realakte der Verwaltung oder über die Rechtsnachfolge im öffentlichen Recht. Teilweise lassen sich wichtige Rechtsfiguren – wie das Übermaßverbot, die Selbstbindung der Verwaltung, der Vertrauensschutz des Bürgers oder der Anspruch der Grundrechtsinhaber auf Unterlassung bzw. zur (Folgen-)Beseitigung rechtswidriger Eingriffe der Verwaltung in Freiheit und Eigentum – unmittelbar dem Verfassungsrecht entnehmen (§ 4 Rn. 20 ff.). In anderen Fällen kann mit Analogieschlüssen gearbeitet werden. Schließlich gibt es allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts, die kraft Gewohnheitsrechts gelten (§ 6 Rn. 91). Z. B. dürfte der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch (§ 29 Rn. 19f.), soweit er nicht ausdrücklich geregelt ist, gewohnheitsrechtlich fundiert sein. Auch wird das Haftungsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs (§ 49 Rn. 55ff.) teilweise auf Gewohnheitsrecht gestützt⁶.

Das *besondere Verwaltungsrecht* umfaßt das Recht der einzelnen Tätigkeitsbereiche der Verwaltung. Zu nennen sind etwa das Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umweltrecht usw.

³ Zur Abgrenzung von Bundes- und Landesrecht vgl. § 1 Abs. 1–3 (B-)VwVfG, zur Frage, wann das (Bundes- oder Landes-)VwVfG überhaupt anwendbar ist, § 1 Abs. 1 (keine inhaltsgleichen oder entgegenstehenden Bestimmungen), § 2 (keine Ausnahmen), § 1 Abs. 1 (öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit) und § 9 (Ausrichtung auf Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichen Vertrag).

⁴ §§ 78 ff. AO.

⁵ Vgl. dazu *Leonhardt*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, Einl. Rn. 50. Krit. zu den Abweichungen des SGB X, die überwiegend nicht auf sozialrechtlichen Besonderheiten, sondern auf Überlegungen beruhen, die auch für das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz gelten könnten, Ule, *VSSR* 8 (1980), 283 ff.

⁶ Vgl. *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 632; *Ossenbühl*, *StHR*, S. 185 f.

III. Das Verwaltungsrecht als Teilgebiet des öffentlichen Rechts

1. Die Notwendigkeit einer Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht

- 10** Im Schrifttum ist die Ansicht vertreten worden, der Unterschied von öffentlichem und privatem Recht sei „nahezu völlig zertrümmert“ und habe seine „Existenzberechtigung verloren“⁷. So wird darauf hingewiesen, daß die Zweiteilung der Rechtsordnung auf der *überholten Vorstellung einer Trennung* von Obrigkeitsstaat und bürgerlicher Gesellschaft beruhe. Auch träten im öffentlichen und privaten Recht häufig die gleichen Problemstellungen auf (z. B. Schutzbedürftigkeit einzelner vor staatlicher oder gesellschaftlicher Macht). Ferner habe sich die ursprüngliche Andersartigkeit von öffentlichem und privatem Recht stark relativiert. So seien Rechtsgebiete wie das Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialrecht längst aus dem Privatrecht herausgewachsen, ohne deshalb dem öffentlichen Recht zugerechnet werden zu können.
- 11** Dieser Ansicht kann in Übereinstimmung mit der h.L.⁸ nicht gefolgt werden. Zunächst ist zu berücksichtigen, daß sich die Zweiteilung des Rechts in öffentliches und privates Recht in einem langen geschichtlichen Prozeß⁹ 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 ungeachtet zahlreicher faktischer Verschränkungen rechtlich gesehen bis heute nichts geändert. So werden die Träger von Staatsgewalt nicht in Wahrnehmung menschlicher Freiheit, sondern in Ausübung von Kompetenzen tätig¹⁰. Während die Privatpersonen grundsätzlich Privatautonomie genießen, ist jedes staatliche Handeln auf Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck angewiesen (§ 1 Rn. 25 ff.). Dementsprechend unterliegt der Staat nach dem Grundgesetz prinzipiell anderen Anforderungen als der einzelne. Z. B. binden das Demokratie-, Rechtsstaats-, Gesetzmäßigkeits- und Sozialstaatsprinzip ebenso wie die Grundrechte nur den Staat, nicht die sonstigen Rechtssubjekte. Andererseits gebietet es die Friedenssicherungsfunktion und Gemeinwohlverantwortung des Staates, diesem besondere Befugnisse vorzubehalten (z. B. Steuern zu erheben oder polizeiliche Verfügungen zu erlassen). Es ist daher nach wie vor

⁷ *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 1968, S. 23, 167 f. Vgl. zur Kritik auch *Kelsen*, AöR 31 (1913), 53, 75 ff.; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 75 ff.; *dens.*, FS Rittner, 1991, S. 69 ff.; *van der Veen*, FS Nipperdey, Bd. 2, 1965, S. 681 ff.; *dens.*, FS Reinhardt, 1972, S. 167 ff.

⁸ Vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 42 ff.; *D. Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 23 ff.; *Kempfen*, Formenwahlfreiheit der Verwaltung, 1989, S. 5 ff.

⁹ Vgl. *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, 1988, S. 126 ff., 394 ff. Nach *Wyduckel*, JuS 1984, 111 ff. ist die Zweiteilung des Rechts nicht erst in der Zeit des Absolutismus, sondern schon weit davor entstanden.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 61, 62, 101; 68, 193, 206; *Bethge*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG, 1985, S. 67 f.

sachgerecht, zwischen dem öffentlichen Recht als dem „Amtsrecht“ des Staates¹¹ und dem Privatrecht als dem „Jedermannsrecht“ zu unterscheiden.

Vor allem aber knüpft das *geltende Recht* an die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht an. Dies gilt bereits für das *Verfassungsrecht*. Beispielsweise hängt die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit davon ab, ob das bürgerliche Recht (Art. 74 Nr. 1 GG) oder das öffentliche Recht berührt ist. Gem. Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Personen zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (statt in einem privatrechtlichen Arbeits- oder Angestelltenverhältnis) stehen. Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes, d. h. im Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Tätigwerden (§ 48 Rn. 7), die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, richtet sich die Haftung nach Art. 34 GG, ansonsten nach Privatrecht. Vor allem aber unterscheiden die *einfachgesetzlichen Bestimmungen* zwischen dem öffentlichen und privaten Recht. So gelten die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes lediglich für die „öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit“ (§ 1 Abs. 1 VwVfG). Verwaltungsakt und verwaltungsrechtliche Verträge können schon nach ihrer Legaldefinition nur „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ erlassen bzw. abgeschlossen werden (§§ 35, 54 VwVfG). Die Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes beziehen sich u. a. 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 BauO NW, 6 Nr. 2 BImSchG). Für „öffentlich-rechtliche Streitigkeiten“ sind grundsätzlich die Verwaltungsgerichte (§ 40 Abs. 1 VwGO) oder Verfassungsgerichte (z. B. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG), für die „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ grundsätzlich die ordentlichen Gerichte (§ 13 GVG) zuständig.

Im übrigen ist die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht auch dem Recht der *Europäischen Gemeinschaften* bekannt, wie Art. 181 EGV oder verschiedene Richtlinien der EG¹² zeigen. In diesem Rechtsgebiet kommt der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht bisher allerdings keine systemprägende Bedeutung zu. Überträgt man die für die Unterscheidung des öffentlichen und privaten Rechts auf der nationalen Ebene entwickelten Kriterien der Subjektstheorie (Rn. 17 ff.) sinngemäß auf die EG-Ebene, müßte das Gemeinschaftsrecht ganz überwiegend dem öffentlichen Recht zugeordnet werden, weil zumindest einer der in den EG-Rechtssätzen angesprochenen Adressaten in aller Regel ausschließlich die Gemeinschaft oder ein Mitgliedstaat ist. Privatrechtlich zu qualifizieren wären im wesentlichen nur EG-Verordnungen, die ausschließlich Privatrechtssubjekte berechtigen und verpflichten.

2. Die Unterscheidung der Rechtsgebiete

Bei der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht geht es um die Unterscheidung von *Rechtssätzen*, nicht um die Qualifizierung von Rechtsver-

¹¹ Wolff/Bachof, VwR I, § 23 II c.

¹² Vgl. etwa ABl. L 210/1 v. 21.7.1983; ABl. C 264/22 v. 16.10.1989.

hältnissen oder Handlungsweisen. 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 gezählt¹³. Heute sind etliche dazugekommen¹⁴. 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 Ansatzes oder verzichten ganz auf die Heranziehung allgemeiner Abgrenzungskriterien¹⁵. Alles in allem scheint in der Rechtsprechung nach wie vor die Subordinationstheorie am verbreitetsten zu sein, während im Schrifttum die Subjektstheorie vorherrscht.

- 15 a) *Die Interessentheorie*. Wie schon der Name zum Ausdruck bringt, unterscheidet die Interessentheorie öffentliches und privates Recht nach Art der Interessen, die durch einen Rechtssatz geschützt werden. Sie weist diejenigen Rechtssätze, die dem *öffentlichen Interesse* oder Allgemeininteresse dienen, dem öffentlichen Recht zu. Dagegen soll es sich um Privatrecht handeln, wenn die Rechtssätze dem Schutz von *Privat- oder Individualinteressen* zu dienen bestimmt sind¹⁶. Gegen diese Art der Abgrenzung spricht, daß öffentliche und private Interessen keine unbedingten Gegensätze sind, der Schutz individueller Interessen auch im öffentlichen Interesse liegen kann (wie die Grundrechtsbestimmungen zeigen) und sich die öffentlichen Interessen nicht hinreichend präzise definieren lassen¹⁷. Die Interessentheorie wird daher – als alleiniger Ansatz für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht – kaum noch vertreten.

¹³ Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht, 1904, S. 11 ff.

¹⁴ So die sog. „Wichtigkeitstheorie“ (Püttner, Allg. VwR, S. 73 f.), wonach wichtige, das ganze soziale Leben oder Grundfragen betreffende Regelungen als öffentlich-rechtlich und weniger wichtige Detailregelungen als privatrechtlich anzusehen sind. Die meisten neueren Ansätze beziehen sich allerdings nicht auf die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, sondern auf die Geltung. Vgl. Rn. 41 ff.

¹⁵ Krit. zum Hin- und Herspringen der Rechtsprechung Bachof, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerwG, 1978, S. 1, 6.

¹⁶ Vgl. etwa BVerfGE 58, 300, 344; BVerwGE 13, 47, 49 f.; 47, 229, 230; 247, 250. Aus dem Schrifttum (z. T. in Kombination mit anderen Theorien) Bross, VerwArch. 79 (1988), 97, 100; Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, § 40 Rn. 5; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 40 Rn. 8; Kissel, GVG, 2. Aufl. 1993, § 13 Rn. 16; Möllgaard, in: Knack, VwVfG, § 1 Rn. 3.1; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 55. Die Interessentheorie beruft sich u. a. auf eine dem römischen Juristen Ulpian zugeschriebene Digestenstelle: 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). Eine besondere Variante der Interessentheorie vertritt Achterberg, Allg. VwR, § 1 Rn. 27. Danach ist öffentliches Recht die Summe der Rechtsnormen, die Rechtsverhältnisse determinieren, in denen zumindest eines der an ihnen beteiligten Rechtssubjekte aufgrund eines weiteren, es hierzu legitimierenden Rechtsverhältnisses als Sachwalter des Gemeinwohls auftritt (zust. Kasten/Rapsch, NVwZ 1986, 708, 710). Krit. dazu Ehlers, Verw. 20 (1987), 373, 380.

¹⁷ Zur Kritik der Interessentheorie vgl. etwa Erichsen, Jura 1982, 537, 538 f.; D. Schmidt (Fn. 8), S. 86 ff.; Ipsen/Koch, JuS 1992, 809, 810.

b) *Die Subordinationstheorie.* Nach der Subordinationstheorie (auch Subjektionstheorie genannt) sind Rechtssätze, die das Verhalten von Hoheitsträgern regeln, dann öffentlich-rechtlich, wenn sie ein *Über- bzw. Unterordnungsverhältnis* betreffen¹⁸. Diese Theorie setzt sich verschiedenen Einwänden aus¹⁹. Sie läßt zunächst offen, was unter Hoheitsträgern zu verstehen ist. Da es auch im Privatrecht Über- und Unterordnung gibt – wie etwa die Hausrechtsmaßnahmen oder arbeitsrechtlichen Anweisungen zeigen²⁰ – kommt es jedoch auf diese Frage an. Weiterhin kann unter der Herrschaft des Grundgesetzes ein vorrechtliches Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen dem Staat und dem Einzelnen nicht mehr anerkannt werden²¹. Stellt man dagegen darauf ab, daß das Über- bzw. Unterordnungsverhältnis erst durch Rechtssätze konstituiert wird, dürfte die Über- bzw. Unterordnung erst die Folge der Anwendung öffentlichen Rechts sein, also nicht zur Begründung des öffentlich-rechtlichen Charakters der Rechtssätze herangezogen werden können²². Vor allem aber gibt die Subordinationstheorie auf viele Fragen keine Antwort. Sie orientiert sich ausschließlich am Staat-Bürger-Verhältnis und vermag daher z. B. keine Aussagen über die Einstufung des Organisationsrechts zu treffen. Ferner hilft sie nicht weiter, wenn ein Verhältnis der Gleichordnung vorliegt, wie z. B. bei vertraglicher Gestaltung. Früher ist in solchen Fällen Privatrecht angenommen worden. Heute ist anerkannt, daß ein solcher Schluß unzulässig ist²³. Schließlich versagt die Subordinationstheorie etwa bei der Qualifizierung exekutiver Realakte (z. B. der Erteilung von Auskünften oder Vornahme von Verrichtungen) oder bestimmter Anspruchsberechtigungen der Verwaltung (z. B. den Anspruch, auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherungen).

c) *Die Subjektstheorie.* Für die Subjektstheorie liegt der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Verschiedenheit der *Zuordnungssubjekte* der die Rechtsordnung bildenden Rechtssätze. 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 Steuer- oder Polizeirechts), dem öffentlichen Recht zuzurechnen. Da sich das

¹⁸ Vgl. GmS-OGB BGHZ 97, 312, 314; 102, 280, 283 – Kombination mit Subjektstheorie; 108, 284, 286; BVerwGE 14, 1, 4; 37, 243, 245; BGHZ 14, 222, 227; 66, 229, 233 ff.; *Obermayer*, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 3. Aufl. 1988, S. 15; *Kopp*, VwGO, § 40 Rn. 11; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 1 Rn. 54.

¹⁹ Vgl. zur Kritik etwa *Erichsen*, Jura 1982, 537, 539 f.; *Zuleeg*, VerwArch. 73 (1982), 384, 391 f.; *Ehlers* (Fn. 8), S. 55 ff.; *D. Schmidt* (Fn. 8), S. 95 ff.

²⁰ Der Vorschlag von *Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 1994, § 11 Rn. 20, die Subordinationstheorie durch eine Verbindlichkeitstheorie zu ersetzen und eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit dann anzunehmen, wenn es um Grund oder Reichweite einseitig verbindlicher Entscheidungen des Staates oder anderer Körperschaften geht, hilft deshalb nicht entscheidend weiter.

²¹ *Ehlers*, DVBl. 1986, 912, 913; *Schnapp*, DÖV 1986, 811, 813.

²² Vgl. zu dem Vorwurf des Zirkelschlusses statt vieler *Erichsen*, Jura 1982, 537, 539.

²³ GmS-OGB BGHZ 97, 312, 314; 108, 284, 286.

öffentliche Recht als Amts- bzw. Sonderrecht des Staates entwickelt hat²⁴, 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.

- 18** (1) *Formale Subjektstheorie.* Nach der üblicherweise zugrunde gelegten, von *H. J. Wolff* entwickelten Subjektstheorie ist öffentliches Recht „der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist“²⁵. *Erichsen* definiert das öffentliche Recht als die Gesamtheit jener Rechtssätze, bei denen zumindest ein Zuordnungssubjekt ausschließlich der Staat oder eine seiner Untergliederungen ist²⁶. Gegen die *Wolffs*che Fassung der Subjektstheorie lassen sich eine Reihe von Einwendungen erheben. Ein Teil dieser Einwendungen betrifft auch die von *Erichsen* vorgeschlagene Abgrenzung.
- 19** (a) Stellt man auf die „Träger hoheitlicher Gewalt“ als *Zuordnungssubjekt* ab, ist fraglich, welche Rechtsgebilde hierunter zu verstehen sind. Geht man davon aus, daß sich die Hoheitsgewalt durch die Fähigkeit zu einem Handeln nach Maßgabe öffentlichen Rechts auszeichnet, wird der zu definierende Begriff in der Definition vorausgesetzt. Werden unter Hoheitsträgern die rechtlich notwendigen Subjekte verstanden, in dem Sinne, daß diese Subjekte stets durch Rechtssatz oder aufgrund Rechtssatzes durch Staatsakt errichtet sein müssen²⁷, läßt sich dem entgegenhalten, daß auch Privatrechtssubjekte durch Rechtssatz²⁸ oder sonstigen Staatsakt²⁹ errichtet werden können. Hebt man mit *Erichsen* auf den Staat oder seine Untergliederungen ab und versteht man unter Untergliederungen nur solche öffentlich-rechtlicher Art, ergibt sich wiederum das Problem einer definitio per idem. Bezieht man auch privatrechtliche Untergliederungen ein, müßten Vorschriften, die das Handeln von Privatrechtsträgern regeln, dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.
- 20** (b) Ferner berücksichtigt die *Wolffs*che Fassung der Subjektstheorie nicht, daß die meisten Vorschriften des öffentlichen Rechts sowohl den Staat als auch den

²⁴ Vgl. etwa *Leuthold*, Annalen des deutschen Reiches, 1884, 321, 346; *O. Mayer*, VwR I, S. 15; *Wolff*, AöR 76 (1950/51), 205, 208 ff.

²⁵ *Wolff/Bachof*, VwR I, § 22 II c (S. 99). Ganz oder grundsätzlich zustimmend z. B. *Menger*, FS *Wolff*, 1973, S. 160 ff.; *Pestalozza*, Formenmißbrauch des Staates, 1973, S. 173 f.; *Stern*, StR I, S. 6 f.; *Meyer/Borgs*, VwVfG, § 1 Rn. 5; *Lange*, NVwZ 1983, 313, 316; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 85; *D. Schmidt* (Fn. 8), S. 147 ff.; *Wieland*, Die Konzessionsabgaben, Zur Belastung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erlaubnisse mit Abgaben, 1991, S. 334; *Ipsen/Koch*, JuS 1992, 809 (812 f.); *Scherzberg*, JuS 1992, 205, 206; *Kopp*, VwGO, § 40 Rn. 11; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 1 Rn. 56. Vgl. auch *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 22 Rn. 26.

²⁶ *Jura* 1982, 537, 540.

²⁷ *Wolff/Bachof*, VwR I, § 22 II c (S. 99 f.).

²⁸ So z. B. die Deutsche Bahn AG (BGBl. I 1993, S. 2386) oder die Deutsche Post AG, Deutsche Postbank AG und Deutsche Telekom AG (BGBl. I 1994, S. 2340).

²⁹ Z. B. verdanken wirtschaftliche Vereine gem. § 22 BGB ihre Rechtsfähigkeit einer staatlichen Verleihung.

einzelnen ansprechen (wie z. B. die Grundrechte). Notwendig ist also nur, daß *eines* der angesprochenen *Zuordnungssubjekte* ausschließlich ein Träger von Staatsgewalt ist.

(c) Des weiteren entziehen sich die *Organisationsnormen*, die den Hoheitsträger erst konstituieren, bei der Wolffschen Fassung der Subjektstheorie der Einordnung. **21**

(d) Am schwersten wiegt der Einwand, daß die Anknüpfung an das Zuordnungssubjekt eines Rechtssatzes kein endgültiges Urteil über den Rechtscharakter des Rechtssatzes erlaubt. So gibt es Rechtssätze, die an einen Träger von Staatsgewalt adressiert sind, diesen aber nur in seiner Eigenschaft als Privatrechtssubjekt ansprechen. Dies heißt nicht, daß der Staat seine Rechtssubjektivität dem Privatrecht verdankt und dem Privaten gleichgestellt werden darf (Rn. 74 ff.). Vielmehr soll mit dem Begriff Privatrechtssubjektivität nur zum Ausdruck gebracht werden, daß der *Staat Zurechnungssubjekt der Rechtssätze des Privatrechts* sein kann. So besteht kein Zweifel daran, daß Vorschriften, welche die privatrechtlich organisierten Träger von Staatsgewalt (z. B. Eigengesellschaften) berechtigen oder verpflichten – etwa die Deutsche Bahn AG –, dem Privatrecht zuzuordnen sind. Weshalb dies anders sein sollte, wenn nur das privatrechtliche Handeln öffentlich-rechtlich organisierter Träger von Staatsgewalt geregelt wird, ist nicht ersichtlich. Z. B. leitet § 116 SGB X privatrechtliche Ansprüche auf staatliche Leistungsträger über. An dem Rechtscharakter der Ansprüche ändert sich dadurch nichts. Durch die Tarifordnungen der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes werden die privatrechtlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer öffentlich-rechtlicher Dienstherrn geregelt. Vor Umwandlung des Sondervermögens Deutsche Bundespost in Unternehmen privater Rechtsform bestimmte § 7 S. 1 PostG³⁰, daß die durch die Inanspruchnahme der Einrichtungen des Postwesens entstehenden Rechtsbeziehungen privatrechtlicher Natur sind. Alle genannten Vorschriften wenden (bzw. wandten) sich an einen öffentlich-rechtlich organisierten Träger von Staatsgewalt, betreffen (bzw. betrafen) diesen aber nur in seiner Stellung als Privatrechtssubjekt. Solche Vorschriften gehören dem Privatrecht an³¹. **22**

(e) Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht können ferner Rechtssätze **23** auch dann dem öffentlichen Recht zuzurechnen sein, wenn sie „an jedermann“ adressiert sind, also nicht speziell einen Träger von Staatsgewalt als Zuordnungssubjekt 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 oder öffentlichen Rechts zu

³⁰ I. d. F. der Bekanntmachung v. 3.7.1989 (BGBl. I S. 1449).

³¹ Auch *Wolff* räumt diese Möglichkeit ein (vgl. *Wolff/Bachof*, VwR I, § 22 II c, S. 101), allerdings ohne dies bei der Formulierung der Subjektstheorie zu berücksichtigen und ohne Kriterien zu nennen, wann der Hoheitsträger als Privatrechtssubjekt berechtigt oder verpflichtet wird. A. A. *Ericksen*, Jura 1982, 537, 541, der auch die hier angesprochenen Rechtssätze dem öffentlichen Recht zuordnet. Vgl. auch BVerwG NJW 1994, 1169 f. (Erklärungen eines Sozialhilfeträgers nach § 554 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 2. Alt. BGB sind zivilrechtlicher Natur) einerseits, BVerwG NJW 1994, 2968 f. (Mietkostenübernahmeerklärung) andererseits.

schaffen. Er kann es vielmehr bei einem Rechtssatz belassen. Der Rechtssatz gehört dann beiden Rechtskreisen gemeinsam an³². Dieses *gemeinsame Recht* ist keine dritte Kategorie neben dem privaten und dem 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 sich der Rechtssatz 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.

- 24 Als weitere Beispiele für gemeinsames Recht sei auf die Vorschriften der *Gefährdungshaftung* hingewiesen. Nimmt ein Beamter oder sonstiger Angehöriger des öffentlichen Dienstes in Ausübung einer hoheitsrechtlichen Tätigkeit am Straßenverkehr teil, wird er öffentlich-rechtlich tätig³³. Nichts anderes trifft auf eine Gemeinde zu, die Abwässer in ein Gewässer einleitet³⁴. Wird in Ausübung der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit in rechtswidriger und schuldhafter Weise ein Schaden verursacht, greift die Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) ein. Gleichzeitig kommen aber die Bestimmungen der §§ 7 StVG, 22 Abs. 1 WHG zum Zuge, die eine Gefährdungshaftung normieren. Da die §§ 7 StVG, 22 Abs. 1 WHG jedermann berechtigen und verpflichten, müßten sie bei Zugrundelegung der formalen Subjektstheorie zum Privatrecht gezählt werden. Das hätte zur Konsequenz, daß für ein und dieselbe (rechtswidrige und schuldhafte) öffentlich-rechtliche Handlung sowohl öffentlich-rechtlich (nach den Grundsätzen der Amtshaftung) als auch privatrechtlich (nach §§ 7 Abs. 1 StVG, 22 Abs. 1 WHG) gehaftet würde, der Geschädigte also sowohl einen öffentlich-rechtlichen als auch einen privatrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz besäße. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, gehören die Vorschriften dem gemeinsamen Recht an. Wird öffentlich-rechtlich gehandelt, richtet sich auch die Gefährdungshaftung nach öffentlichem Recht³⁵.

³² Grundlegend *Bettermann*, NJW 1977, 513, 515 f.; *ders.*, DVBl. 1977, 180, 183; *Bachof* (Fn. 15), S. 11 f. Vgl. ferner *Ehlers* (Fn. 8), S. 60. Ablehnend z. B. *Erichsen*, Jura 1982, 537, 541; *D. Schmidt* (Fn. 8), S. 238 ff.; *Kopp*, VwGO, § 40 Rn. 11.

³³ Vgl. BGHZ 29, 38, 40; 42, 176, 179; BGH DÖV 1979, 865; NJW 1993, 1258, 1259.

³⁴ BVerwG NJW 1974, 817, 818; BGH NJW 1984, 615, 617; *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2. Aufl. 1987, Rn. 770; *Gieseke/Wiedemann/Czychowski*, Wasserhaushaltsgesetz, 6. Aufl. 1992, § 18 a Rn. 14.

³⁵ A. A. im Hinblick auf § 22 Abs. 1 WHG z. B. *Breuer* (Fn. 34), Rn. 780; *Gieseke/Wiedemann/Czychowski* (Fn. 34), § 22 Rn. 3, 29 (jeweils ohne Problematisierung). Nach h. M. sind nicht nur Amtshaftungsansprüche, sondern auch Ansprüche auf Schadensersatz aus Gefährdungshaftung gegen die öffentliche Hand gem. § 40 Abs. 2 S. 1. 3. Alt. VwGO vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen (BVerwGE 75, 362,

(f) Möglicherweise gibt es weitere Fälle, in denen öffentliches Recht anzunehmen ist, obwohl der Rechtssatz keinen Träger von Staatsgewalt als Zuordnungssubjekt ausweist. Dies soll nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht der Fall sein, wenn ein Rechtssatz isoliert gesehen zwar keinen Träger von Staatsgewalt ausdrücklich benennt, der Träger 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 liege insbesondere dann vor, wenn ein Träger von Staatsgewalt Garant für die Durchsetzung dieses Rechtssatzes ist³⁶. 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 erzwingt³⁷. Diese Auffassung erscheint allerdings sehr zweifelhaft, weil der Staat zahlreiche Verstöße gegen „Jedermann-Normen“ sanktioniert, diese Normen deshalb aber nicht alle zum öffentlichen Recht gezählt werden können.

(2) *Materielle Subjektstheorie*. Den Einwänden gegen ein rein formales Abstellen auf das Zuordnungssubjekt versucht die materielle Subjektstheorie Rechnung zu tragen. Nach ihr ist öffentliches Recht die Gesamtheit jener Rechtssätze, bei denen zumindest ein Zuordnungssubjekt Träger von Staatsgewalt als *solcher* ist (weil er als solcher berechtigt, verpflichtet oder organisiert wird³⁸). Diesem Ansatz ist nach der hier vertretenen Auffassung zu folgen.

Als *Träger der Staatsgewalt* sind neben dem Staat alle Organisationen anzusehen, hinter denen unmittelbar oder mittelbar allein der Staat steht. Wie schon ausgeführt wurde, kann es sich hierbei auch um privatrechtlich organisierte Einrichtungen handeln, während private Rechtssubjekte und Privatrechtsvereinigungen, die nur teilweise von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts getragen werden (z. B. gemischtwirtschaftliche Unternehmen), lediglich dann als Träger von Staatsgewalt anzusehen sind, wenn und soweit ihnen im Wege der Beileihung oder in anderer Weise Staatsgewalt übertragen wurde (§ 1 Rn. 4).

Ob die Rechtssätze einen Träger von Staatsgewalt *als solchen* oder als Privatrechtssubjekt ansprechen, ist den Rechtssätzen im Wege der Auslegung zu entnehmen. Handelt es sich bei den Trägern von Staatsgewalt um *juristische Perso-*

364; *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, § 40 Rn. 43; *Hufen*, Fn. 20, § 11 Rn. 92). Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, da § 40 Abs. 2 S. 1 3. Alt. VwGO eine Pflichtverletzung voraussetzt, während die Gefährdungshaftung auch bei ordnungsgemäßem Verhalten eintritt. Allerdings greift bei einer Kumulation von Amtshaftung und Gefährdungshaftung § 17 Abs. 2 GVG ein, so daß das Zivilgericht auch über die Gefährdungshaftung mitentscheiden darf.

³⁶ *Bachof* (Fn. 15), S. 13.

³⁷ Für öffentlich-rechtlichen Charakter auch *Barbey*, WiVerw 1978, 77, 82 ff.; *W. Schmidt*, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 147. Vgl. auch noch *Ehlers* (Fn. 8), S. 59 f.

³⁸ *Ehlers*, Verw. 20 (1987), 373, 379. Vgl. auch *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 22 Rn. 27 ff. sowie die Nachweise in Fn. 32. Auf den Hoheitsträger als solchen hat bereits *O. Mayer*, VwR I, S. 15, abgestellt.

nen des öffentlichen Rechts oder teilsrechtsfähige Vereinigungen des öffentlichen Rechts, ist in der Regel davon auszugehen, daß diese Personen als solche berechtigt oder verpflichtet werden. Etwas anderes gilt, wenn eindeutige Hinweise dafür sprechen, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder teilsrechtsfähigen Vereinigungen gerade nicht Sonderrecht in Anspruch nehmen, sondern wie ein Jedermann auftreten sollen. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn durch Außenrechtssatz eine Verhaltensweise geregelt wird, die sich auf die *Bedarfsdeckung* (Beschaffung der Mittel zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben etwa durch Vergabe öffentlicher Aufträge), *Vermögensverwaltung* (z. B. Verkauf ausrangierter Gegenstände) oder *Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr* (z. B. unternehmerisches Auftreten der Verwaltung als Anbieter am Güter- und Dienstleistungsmarkt) bezieht. Insoweit werden nur mittelbar öffentliche Zwecke verfolgt, d. h. nicht gegenüber dem Partner der Rechtsbeziehungen. Es fehlt an Anzeichen dafür, daß der Gesetzgeber auch in derartigen Fällen die Träger der Staatsgewalt als solche statt als Privatrechtssubjekte ansprechen will. Abgrenzungsprobleme lassen sich wie bei jeder materiellen Unterscheidung nicht vermeiden. Diese erscheinen aber handhabbar³⁹.

- 29** Sind die Gesetze ausschließlich an Träger der Staatsgewalt adressiert, die in einer „*jedermann zur Verfügung stehenden Rechtsform*“ organisiert wurden (z. B. an Eigengesellschaften), ist im Zweifel davon auszugehen, daß die Träger auch als Jedermann (Privatrechtssubjekte) berechtigt oder verpflichtet werden sollen⁴⁰. Dagegen sprechen Rechtssätze, die sich an Private wenden, denen die Wahrnehmung von Staatsaufgaben im Außenverhältnis übertragen worden ist (Beliehene), diese i. d. R. als Träger von Staatsgewalt in ihrer Eigenschaft als solche an, sind also dem öffentlichen Recht zuzuordnen.
- 30** d) *Kombination verschiedener Theorien*. Vielfach werden die verschiedenen Abgrenzungstheorien miteinander kombiniert⁴¹. Dies erscheint unzulässig, wenn man der formalen Subjektstheorie folgt, weil diese keinen Raum für alternative Abgrenzungen läßt. Im übrigen kommt eine Kombination der verschiedenen Theorieansätze in Betracht. So ist die materielle Subjektstheorie zur Klärung der Frage, wann ein Träger von Staatsgewalt als solcher angesprochen wird, auf materielle Kriterien angewiesen, welche die Theorie selbst nicht zu liefern ver-

³⁹ Zur Frage, wie zu verfahren ist, wenn gleichzeitig mittelbar und unmittelbar öffentliche Zwecke verfolgt werden (z. B. bei der Auftragsvergabe gezielt bestimmte Personenkreise zu bevorzugen sind), vgl. Ehlers (Fn. 8), S. 202 ff. Vgl. auch BVerwG NJW 1990, 1435 ff., wonach Vermögensverwaltungsgeschäfte dann öffentlich-rechtlichen Charakter haben, wenn die Förderung des Vertragspartners eindeutig im Vordergrund steht, wie z. B. bei der Abgabe verbilligter Butter an bestimmte Abnehmer aus Interventionsbeständen.

⁴⁰ Vgl. auch BVerwG NVwZ 1990, 754.

⁴¹ Für eine Kombination von Subjekts- und Subordinationstheorie z. B. GmS-OGB BGHZ 102, 280, 283; Schmitt Glaeser, VwPrR, Rn. 55; von Subjekts- und Interessentheorie: Bachof (Fn. 15), S. 15 ff.; von Subordinations- und Interessentheorie: Eyer-mann/Fröhler/Kormann, VwGO, § 40 Rn. 4 f.; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 40 Rn. 8. Für eine Verwendung sämtlicher Theorien Pietzner/Ronellenfitsch, Assessorexamen im öffentlichen Recht, 8. Aufl. 1993, § 5 Rn. 23; Maurer, Allg. VwR, § 3 Rn. 19.

mag. Werden dem Träger von Staatsgewalt besondere Herrschaftsbefugnisse (d. h. übergeordnete Befugnisse im Sinne der Subordinationstheorie) zugestanden, spricht dies für öffentliches Recht, während die bloß mittelbare Erfüllung von Staatsaufgaben (d. h. eine bestimmte Art der Interessenverfolgung) eine privatrechtliche Einstufung nahelegt. Folgt man der Subordinations- oder der Interessentheorie, muß ohnehin auf weitere Kriterien abgestellt werden, weil die Subordinationstheorie nur eine partielle Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht erlaubt und die Interessentheorie als alleiniges Qualifizierungsmerkmal keinen hinreichenden Abgrenzungswert besitzt. In jedem Falle ist es methodisch nicht angängig, die Theorien als bloße „Probiersteine“ zu benutzen, die man je nach Belieben berücksichtigen oder außer acht lassen kann, wie dies die Gerichte regelmäßig tun⁴². Werden mehrere Theorieansätze vertreten, müssen diese einander systematisch zugeordnet werden. Die materielle Subjektstheorie stellt hierfür ein Beispiel dar, weil sie immer vom Zuordnungsobjekt ausgeht, dieses formale Kriterium aber mit weiteren – nämlich materiellen – Gesichtspunkten kombiniert.

3. Die Geltung des öffentlichen und des privaten Rechts

Die Unterscheidung des öffentlichen und privaten Rechts sagt noch nichts **31** 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 offenbleibt, 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 die anderen Vorschriften für den von der Verwaltung abgeschlossenen Vertrag maßgebend sind. Erst die Bestimmung des Geltungsbereichs der Rechtssätze entscheidet somit darüber, ob ein Handeln bzw. Begehren den Regelungen des öffentlichen oder privaten Rechts unterfällt⁴³.

a) *Der Normbezug.* Entscheidend für die Qualifizierung ist zunächst der **32** Normbezug. Läßt sich etwa ein 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. Problematisch ist die Geltung des

⁴² Zum Vorwurf des Methodensynkretismus vgl. *Menger* (Fn. 25), FS Wolf, S. 163; *Erichsen*, StR u. VerfGbkt I, S. 22.

⁴³ Grundlegend dazu *Pestalozza*, Formenmißbrauch des Staates, 1973, S. 170 ff. Vgl. auch *Erichsen*, Jura 1982, 537, 542; *Christ*, Die Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, 1984, S. 40; *Ehlers* (Fn. 8), S. 64 ff.

öffentlichen und privaten Rechts somit nur, wenn keine abschließende spezialgesetzliche Normierung vorliegt und beide Rechtssatzgruppen Regelungen enthalten.

- 33** b) *Die Lehre von der Wahlfreiheit der Verwaltung.* Nach h.M. ist die Verwaltung berechtigt, sich auch der Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts zu bedienen, sofern nicht die Rechtsordnung die Verwendung dieser Form verbietet⁴⁴. Nimmt die Verwaltung eine *Organisationsform* des Privatrechts in Anspruch – gründet sie z. B. einen Verein oder eine Gesellschaft –, ist sie vorbehaltlich abweichender Sonderregelungen nach allgemeiner Ansicht allerdings hinsichtlich des *Handelns* auf das Privatrecht festgelegt. Wird der Übertritt in das Privatrecht vollzogen, müssen die daran geknüpften Konsequenzen übernommen werden. Hat die Verwaltung dagegen eine öffentlich-rechtliche Organisationsform gewählt, soll es ihr regelmäßig immer noch offenstehen, welchem Rechtskreis sie ihr Tätigwerden nach außen hin unterstellen will.
- 34** Die Lehre von Formenwahlfreiheit wird *selten konsequent* vertreten. Stellt man beispielsweise nur auf das Fehlen spezialgesetzlicher Festlegungen einerseits, die Geeignetheit der Formen des öffentlichen und privaten Rechts andererseits ab, müßte es die Verwaltung in der Hand haben, öffentlich-rechtliche Verträge über den Ankauf von Bleistiften und den Verkauf ausrangierter Büromöbel abzuschließen. Ein solches Ergebnis wird – soweit ersichtlich – aber gerade nicht vertreten. Vielmehr wird die Wahlfreiheit (zumeist implizit) nur auf die Erledigung „unmittelbarer Verwaltungsaufgaben“ bezogen⁴⁵. Hinzu kommt, daß als Handlungsform der privatrechtlich agierenden Verwaltung grundsätzlich nur der Vertrag in Betracht kommt. Bei der Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen wird aber gemeinhin auf den Gegenstand des Vertrages (Rn. 52), d. h. auf ein objektives Kriterium, und gerade nicht auf ein subjektives Bestimmungsrecht der Verwaltung abgestellt⁴⁶.
- 35** Vielfach bleibt unklar, welches Rechtsregime die Verwaltung gewählt hat. Die h.M. versucht, den Willen der Verwaltung anhand von *Indizien*⁴⁷ zu ermitteln, fragt nach der bisher üblichen *Qualifikation* (sog. Traditionstheorie⁴⁸) oder ar-

⁴⁴ Vgl. BVerwGE 13, 47, 54; BVerwG MDR 1976, 874 f.; NJW 1990, 134; NJW 1993, 2695, 2697; NJW 1994, 1169; BGHZ 37, 1, 27; 91, 84, 86; 115, 311, 313; *Fischedick*, Benutzung und die Wahl der Benutzungsform kommunaler Einrichtungen, 1986, S. 11 ff.; *Hauser*, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen, 1987, S. 3 ff.; *Gries/Willebrand*, JuS 1990, 103 ff.; *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, § 10 II 8, S. 492 f.; *Gramlich*, in: *Stober*, Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1993, S. 273 f.; *Maurer*, Allg. VwR, § 3 Rn. 9.

⁴⁵ Vgl. *Maurer*, Allg. VwR, § 3 Rn. 9.

⁴⁶ Zur Widersprüchlichkeit der Verfahrensweise *Bosse*, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, 1974, S. 22 f.; *Ehlers*, JZ 1990, 594; *Scherzberg*, JuS 1992, 205, 206, 208; *Krebs*, VVDStRL 52 (1993), 248, 275 f.

⁴⁷ Vgl. BGHZ 35, 49, 52; VGH BW, DÖV 1978, 569 ff.; *Gries/Willebrand*, JuS 1990, 103, 105; *Hufen* (Fn. 20), § 11 Rn. 26; *Maurer*, Allg. VwR, § 3 Rn. 26.

⁴⁸ Vgl. *Püttner*, Allg. VwR, S. 74; *Bull*, Allg. VwR, Rn. 115 f.; *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 22 Rn. 39 ff.

beitet mit *Vermutungsregeln*⁴⁹. Das Abstellen auf Indizien und auf die Tradition ist vielfach nicht ergiebig. Die Vermutungsregeln gehen davon aus, daß jedes Handeln der öffentlichen Verwaltung, das im Zusammenhang mit der Erfüllung einer durch öffentlich-rechtlichen Rechtssatz zugewiesenen Aufgabe oder Zuständigkeit erfolgt, nach öffentlichem Recht beurteilt werden muß, solange der Wille, in privatrechtlicher Handlungsform tätig zu werden, nicht in Erscheinung tritt⁵⁰. Sie beruhen auf der zutreffenden Annahme, daß mit dem öffentlichen Recht ein Sonderrecht zur Verfassung und Disziplinierung des Staates und seiner Untergliederungen geschaffen worden ist. Gerade dann stellt sich aber die Frage, warum es die Verwaltung mittels einer eindeutigen Klarstellung in der Hand haben soll, z. B. die gesamte nicht spezialgesetzlich geregelte Leistungsverwaltung mit privatrechtlichen Mitteln wahrzunehmen.

c) *Die Zweistufen-Lehre*. Die von H. P. Ipsen⁵¹ Anfang der 50er Jahre entwickelte Zweistufen-Lehre zielt darauf ab, bestimmte Rechtsverhältnisse der Verwaltung jedenfalls teilweise dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Dies geschieht dadurch, daß zwischen einem Grundverhältnis und einem Abwicklungsverhältnis unterschieden wird. Während die Entscheidung über das Grundverhältnis öffentlich-rechtlicher Art sein soll, wird die Abwicklung des Rechtsverhältnisses dem Privatrecht überlassen⁵². **36**

Die Zweistufen-Lehre ist ursprünglich für die rechtliche Ausgestaltung des *Subventionswesens* entwickelt worden und hat dort besonders weite Verbreitung gefunden. So ist insbesondere bei der Vergabe zinsverbilligter Darlehen⁵³ und bei der Übernahme von Bundesbürgschaften und Bundesgarantien im Ausführungsgeschäft⁵⁴ Zweistufigkeit im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Bewilligung und privatrechtlichen Abwicklung angenommen worden, während die Vergabe verlorener Zuschüsse fast durchweg allein als Vorgang des öffentlichen Rechts (Verwaltungsakt) gedeutet wurde⁵⁵. Als gesetzliche Ausprägung der Zwei-Stufen-Lehre **37**

⁴⁹ BGH DVBl. 1970, 273, 274; *Erichsen*, Jura 1982, 537, 544; *ders.*, Jura 1994, 418, 421; *Zuleeg*, VerwArch. 73 (1982), 384, 397; *Bull*, Allg. VwR, Rn. 117. Krit. *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 22 Rn. 44.

⁵⁰ Vgl. statt vieler *Erichsen*, Jura 1982, 537 (544).

⁵¹ Vgl. *Ipsen*, FS Wacke, 1972, S. 139 ff.

⁵² Vgl. zur Zweistufen-Lehre erstmalig BVerwGE 1, 308, 310. Ferner: BVerwG NJW 1990, 134 f.; BGH BB 1973, 258 f.; BGHZ 61, 296, 299; BGH NVwZ 1988, 472, 473; *Stern*, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6. Aufl. 1987, S. 20; *Stober*, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, § 54 IV, S. 710 ff.; *Gramlich* (Fn. 44), S. 268 ff.; *Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1994, Rn. 118; *Schmitt Glaeser*, VwPrR, Rn. 46; *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 54 Rn. 21.

⁵³ BVerwGE 1, 308, 310; 7, 180, 182; 13, 47, 52; 35, 170, 171 f.; 45, 13, 14; BGHZ 40, 206, 210; 52, 155, 160 ff.; 61, 296, 299.

⁵⁴ Vgl. *v. Kagenneck*, Hermes-Deckungen, 1991, S. 48.

⁵⁵ BVerwG, NJW 1969, 809; NJW 1977, 1838; BGHZ 57, 130, 133, 135; NJW 1985, 517; *Schenke* (Fn. 52), Rn. 118. Die Notwendigkeit der Annahme eines Verwaltungsakts wird damit begründet, daß es dem Vertragsrecht an einer geeigneten Rechtsform fehle (*Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 68 ff.). Dies überzeugt nicht, da es atypische Verträge gibt. Krit. auch *Schetting*, Rechtspraxis der Subventionierung, 1973, S. 312 ff.

gilt § 102 II. WoBauG⁵⁶. Bei der *Nutzung öffentlicher Einrichtungen* wird teilweise zweistufig verfahren, indem über die Benutzung bzw. die Zulassung öffentlich-rechtlich entschieden wird, während die Ausgestaltung der Nutzung durch Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages erfolgt⁵⁷. Selbst wenn die Einrichtung in Form einer juristischen Person des Privatrechts betrieben wird, ist es denkbar, daß sich der öffentlich-rechtliche Träger der juristischen Person die Entscheidung über die Benutzung vorbehält. Nach herrschender⁵⁸, allerdings zweifelhafter⁵⁹ Auffassung schließt auch die Verhängung eines öffentlich-rechtlichen Anschluß- und Benutzungszwangs eine privatrechtliche Abwicklung nicht aus.

- 38** d) *Die Lehre von der grundsätzlichen Geltung des öffentlichen Rechts*. Die traditionelle Ausprägung der Lehre von der Formenwahlfreiheit der Verwaltung stößt zunehmend auf Kritik. Bereits der Ausdruck Formenwahlfreiheit ist problematisch. Einerseits geht es nicht primär um die Wahl der Form (sowohl das öffentliche als auch das private Recht kennen die Handlungsformen des Vertrages und des Realaktes), sondern des Rechtsregimes⁶⁰. Andererseits kommt einem Träger von Staatsgewalt niemals „Freiheit“, sondern höchstens ein pflichtgebundener Gestaltungsspielraum zu. Da sich der Ausdruck „Formenwahlfreiheit“ eingebürgert hat, soll an ihm gleichwohl festgehalten werden. Inhaltlich wird bemängelt, daß die hergebrachte Meinung es der Verwaltung gestattet, sich in erheblichem Ausmaße dem eigens zu ihrer Disziplinierung geschaffenen Rechtsregime zu entziehen: beispielsweise die Anwendung der (nur für öffentlich-rechtliches Handeln geltenden) Verwaltungsverfahrensgesetze und Staatshaftungsregelungen auszuschließen oder über die gerichtliche Kontrollzuständigkeit zu disponieren (Verdrängung der Kontrollzuständigkeit der Verwaltungsgerichte durch Begründung einer Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte).
- 39** Die Kritik trifft auch die *Zweistufen-Lehre*, weil sie zwar nicht die Grund-, wohl aber die Abwicklungsverhältnisse dem Privatrecht unterstellt. Im übrigen kommt Zweistufigkeit ohnehin nur in Betracht, wenn sich wirklich zwei Rechtshandlungen unterscheiden lassen. In der Praxis ist dies zumeist nicht der Fall, da nur eine Handlung vorliegt, diese aber nicht zugleich Hoheitsakt und Angebot zum Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages sein kann⁶¹. Denkbar ist nur,

⁵⁶ Krit. Zuleeg, VerwArch. 73 (1982), 384, 394 f.

⁵⁷ Vgl. HessVGH DÖV 1994, 438 f.; Gries/Willebrand, JuS 1990, 103, 108; Schmidt-Aßmann, in: I. v. Münch/Schmidt-Aßmann, Bes. VwR, 1. Abschnitt Rn. 112. Für die Notwendigkeit eines rein öffentlich-rechtlichen Vorgehens Ossenbühl, DVBl. 1973, 289, 291 f.; ders., in: Püttner, HkWP, Bd. 1, S. 379 ff.; Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, § 40 Rn. 72 f.

⁵⁸ BGH NVwZ 1983, 58, 60; NVwZ 1991, 606, 607; NVwZ-RR 1992, 223; OVG Lüneburg NJW 1977, 450 f.; OVG NW NVwZ 1987, 727, 728; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, § 15 Rn. 656, 737 ff.; Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1988, S. 230 ff.; Kopp, VwGO, § 40 Rn. 17; Maurer, Allg. VwR, § 3 Rn. 26.

⁵⁹ Vgl. Frotscher, Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang, 1974, S. 15 ff.; Ehlers (Fn. 8), S. 176; Gries/Willebrand, JuS 1990, 103, 104.

⁶⁰ Schmidt-Aßmann, DVBl. 1989, 533, 535 m. Fn. 14.

⁶¹ Vgl. Ehlers, VerwArch. 74 (1983), 112, 117.

daß sich ein äußerlich einheitliches Handlungsgeschehen in Wirklichkeit aus zwei Rechtshandlungen zusammensetzt, die einerseits dem öffentlichen und andererseits dem privaten Recht angehören. Dies darf aber nicht einfach unterstellt werden. Vielmehr müssen eindeutige Anhaltspunkte für eine zweistufige Verfahrensweise vorliegen. Des weiteren bringt die Aufspaltung einheitlicher Lebensverhältnisse in zwei Rechtsverhältnisse unterschiedlicher Rechtsnatur nicht nur eine Rechtswegspaltung mit sich, sondern beschwört auch Abgrenzungsprobleme zwischen der ersten und der zweiten Stufe herauf⁶². So hat sich im Subventionsrecht gezeigt, daß eine eindeutige Abgrenzung nach dem „Ob“ (erste Stufe) und „Wie“ (zweite Stufe) vielfach nicht durchführbar ist, weil zur Entscheidung über das „Ob“ zumindest die Festlegung der wesentlichen Leistungsbedingungen gehört⁶³. Schließlich hat sich das rechtsstaatliche Anliegen der Zweistufen-Lehre jedenfalls teilweise erledigt. Zweck der Lehre war es, bestimmte, bis dahin rein privatrechtlich qualifizierte Leistungsverhältnisse der Verwaltung den öffentlich-rechtlichen Bindungen zu unterwerfen und die Einhaltung dieser Bindungen durch gerichtliche Kontrolle zu sichern. Zur Gewährleistung dieser Zwecksetzung bedarf es heute jedoch nicht mehr einer Zerstückelung der Leistungsbeziehungen in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Teil. Vielmehr lassen sich die Rechtsverhältnisse oftmals ohne weiteres öffentlich-rechtlich konstruieren, z. B. indem die Verwaltung statt eines privatrechtlichen Vertrages einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abschließt. Selbst wenn sich die Verwaltung des Privatrechts bedienen darf und will, besteht in der Regel keine Notwendigkeit, den privatrechtlichen Handlungsweisen einen öffentlich-rechtlichen Begründungsakt aufzupropfen, da die Verwaltung dem Verwaltungsprivatrecht (Rn. 69 ff.) ohnehin nicht entgehen kann.

(1) *Alternative Abgrenzungen im Schrifttum.* Die Kritik an der Lehre von der Formenwahlfreiheit der Verwaltung und an der Zweistufen-Lehre hat es bisher nicht vermocht, einen Konsens über die einzunehmende Gegenposition herbeizuführen. Vielmehr werden insoweit ganz unterschiedliche Ansätze vertreten. 40

Nach der *Lehre von der zwingenden Geltung des öffentlichen Rechts* (Pestalozza⁶⁴) soll Privatrecht wegen des zwingenden Charakters des öffentlichen Rechts höchstens dann zur Anwendung gelangen können, wenn es an einer öffentlich-rechtlichen Norm zur Regelung eines Sachverhaltes fehlt. Indessen besteht das öffentliche Recht keineswegs nur aus zwingenden Rechtssätzen. Nach der sog. *Kompetenzlehre* (Gern⁶⁵) soll die Wahl der Privatrechtsform nur wirksam sein, wenn sie ausdrücklich durch den Gesetzgeber oder zumindest die Verwaltung vorgenommen wird. Damit wird die Formenwahl der Verwaltung in keiner Weise beschränkt, sieht man davon ab, daß die Inanspruchnahme des Privatrechts zum Ausdruck gebracht werden muß. Die *Normenfiktionslehre* 41

⁶² Vgl. auch Maurer, Allg. VwR, § 17 Rn. 16 ff.

⁶³ Näher zu den Ungereimtheiten der Zweistufen-Lehre Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 62; Ehlers, VerwArch. 74 (1983), 112, 117.

⁶⁴ Pestalozza (Fn. 25), S. 170 ff.

⁶⁵ ZRP 1985, 56, 60 f.

(Wolff⁶⁶) will das Handeln der Verwaltung dann dem öffentlichen Recht zuordnen, wenn die Regelung, wäre sie normativ erfolgt, eine Norm des öffentlichen Rechts sein würde. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, weil es nach der Normenfiktionstheorie auf die Ausschließlichkeit eines Zuordnungssubjekts des Rechtssatzes ankommt, sich dieses Zuordnungssubjekt jedoch bei der Fiktion einer rechtssatzmäßigen Regelung nicht ändern, vielmehr immer die Verwaltung Zuordnungssubjekt des Rechtssatzes bleiben würde, so daß jedes Verwaltungshandeln dem öffentlichen Recht zugeordnet werden müßte. Knüpft man die Privatrechtsfähigkeit des Staates an die *Grundrechtsfähigkeit* (Kempen⁶⁷), dürfte es mangels Grundrechtsfähigkeit des Staates ebenfalls kein privatrechtliches Verwaltungshandeln geben. Stellt man darauf ab, ob staatliche oder gesellschaftliche *Prinzipien* zur Anwendung gelangen sollen (Schmidt⁶⁸), gilt nichts anderes. Schließlich wirft die sog. *Hoheitstheorie* (Zuleeg⁶⁹), welche der Verwaltung nur bei Bestehen eines sachlichen Grundes den Wechsel des Privatrechts gestatten will, mehr Fragen auf, als Antworten gegeben werden.

- 42** (2) *Die Notwendigkeit einer normativen Ableitung von Formenwahlfreiheit und zweistufigen Verfahrensweisen.* Nach der hier vertretenen Auffassung stellt das öffentliche Recht das Amtsrecht des Staates dar (Rn. 17). Der Staat darf sich diesem Amtsrecht nicht nach Belieben entziehen. Vielmehr entscheidet das öffentliche und private Recht selbst über seinen Geltungsbereich⁷⁰. Aus der Gesamtheit der Vorschriften des öffentlichen Rechts läßt sich daher herleiten, daß es eine Formenwahlfreiheit der Verwaltung nur geben kann, wenn und soweit sie sich aus dem positiven Gesetzesrecht oder zumindest aus Gewohnheitsrecht herleiten läßt.
- 43** So muß aus Gründen der demokratischen Legitimation, der parlamentarischen Verantwortlichkeit und der Gewährleistung rechtsstaatlicher Verhältnisse jede Ausgliederung aus der unmittelbaren Staatsverwaltung in Form juristisch selbständiger Personen auf ein Gesetz zurückgeführt werden können⁷¹. Dies gilt auch für die Verwendung privatrechtlicher *Organisationsformen*. Allerdings genügen dem Gesetzesvorbehalt grundsätzlich auch Bestimmungen, die sich darauf beschränken, die allgemeinen Voraussetzungen der Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen zu regeln (wie dies für § 65 Abs. 1 BHO und die

⁶⁶ Wolff/Bachof, VwR I, § 22 III b 2 (S. 102), § 44 II a (S. 345). Vgl. auch v. Mutius, Jura 1979, 223, 224; Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 61 f.; Efstratiou, Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrags, 1988, S. 116; Wolff/Bachof/Stober, VwR I, § 22 Rn. 56.

⁶⁷ Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung, S. 122 ff. Krit. zu Recht Schnapp, DÖV 1990, 826 ff.; Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 68 m. Fn. 105.

⁶⁸ D. Schmidt (Fn. 8), S. 166 ff. Zust. Neumann, DÖV 1992, 154, 158 ff.

⁶⁹ VerwArch. 73 (1982), 384, 393 ff.

⁷⁰ Vgl. auch Scherzberg, JuS 1992, 205, 208.

⁷¹ Ossenbühl, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, S. 135; Ehlers (Fn. 8), S. 155 ff. A. A. z. B. Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof III, § 84 Rn. 38.

entsprechenden Haushaltsbestimmungen der Länder zutrifft)⁷². Das gesetzlich eingeräumte Selbstverwaltungsrecht der Körperschaften umfaßt in der Regel auch das Recht, die körperschaftseigenen Einrichtungen selbst zu organisieren. Das schließt grundsätzlich die Befugnis ein, sich auch der Organisationsformen des Privatrechts zu bedienen⁷³. Insbesondere steht den Kommunen bereits von Verfassungen wegen eine sog. Organisationshoheit⁷⁴ und damit – vorbehaltlich entgegenstehender Gesetzesbestimmungen – zugleich der Rückgriff auf die Organisationsformen des Privatrechts zu⁷⁵. Dementsprechend gehen die einfachgesetzlichen Bestimmungen des Kommunalrechts ausdrücklich von der Zulässigkeit der Verwendung bestimmter Organisationsformen des Privatrechts aus⁷⁶. Von einem Recht auf freie Wahl der Organisationsform kann gleichwohl keine Rede sein, weil die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen in jedem Falle einer rechtfertigenden Begründung bedarf⁷⁷. Auch muß eine effektive Steuerung und Kontrolle der privatrechtlich organisierten Verwaltungsträger sichergestellt werden (§ 1 Rn. 16).

44 Eine Wahlfreiheit zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen *Handlungsformen* kommt der Verwaltung z. B. bei der Ausgestaltung der Nutzungsverhältnisse der öffentlich-rechtlich organisierten kommunalen Einrichtungen zu⁷⁸. Dies läßt sich verschiedenen kommunalrechtlichen Bestimmungen mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen. So können die Kommunen Satzungen zur Regelung der Rechtsverhältnisse der öffentlichen Einrichtungen erlassen, müssen dies aber nicht tun. Dürfen die Kommunen ihre Einrichtungen in privatrechtlichen Organisationsformen mit der Folge führen, daß die Einrichtungen auf die Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen festgelegt sind, spricht dies allgemein für die Zulässigkeit einer privatrechtlichen Ausgestaltung der Nutzungsverhältnisse. Bestätigt wird dies durch kommunalabgabenrechtliche Regelungen, die es den Kommunen überlassen, ob sie für die Benutzung ihrer Einrichtungen Gebühren erheben oder privatrechtliche Entgelte fordern wollen⁷⁹. Ferner begründet das Eigenbetriebsrecht die Befugnis der Gemeindevertretungen, (i.d.R. als privatrechtliche Geschäftsbedingungen zu deutende) Lieferbedingungen und

⁷² Ehlers (Fn. 8), S. 91; krit. R. Schmidt (Fn. 44), § 11 II 1. d), S. 528, 530.

⁷³ Vgl. z. B. BayVGH DVBl. 1977, 177, 179; Fröhler/Kormann, GewArch 1984, 177 ff.; Hender, DÖV 1986, 675, 681 f.; Pietzcker, NJW 1987, 305, 306; Ehlers, in: Achterberg/Püttner, Bes. VwR I, I/2 Rn. 301; Schoch, DÖV 1993, 377, 381.

⁷⁴ BVerfG NVwZ 1987, 123 f.; VerfGH NW NJW 1979, 1201, 1202; Schmidt-Aßmann, in: I. v. Münch/Schmidt-Aßmann, Bes. VwR, 1. Abschnitt Rn. 23.

⁷⁵ Ehlers, DÖV 1986, 897, 898 m. Fn. 6; Wolff/Bachof/Stober, VwR II, § 104 a Rn. 20; Schoch, Privatisierung der Abfallentsorgung, 1992, S. 44 f.

⁷⁶ Vgl. z. B. Art. 91 Abs. 1 BayGO; § 103 Abs. 1 GO BW; § 89 Abs. 1 GO NW.

⁷⁷ Vgl. Ehlers, DÖV 1986, 897, 903 f.; Schoch (Fn. 75), S. 82 ff.; dens., DÖV 1993, 377, 381 ff.; dens., DVBl. 1994, 1, 5 f. A. A. Knemeyer, in: Achterberg/Püttner, Bes. VwR II, 5/2 Rn. 144; dens., Der Städtetag 1992, 317, 319; Püttner, Zur Wahl der Privatrechtsform für kommunale Unternehmen und Einrichtungen, 1993, S. 30 ff.

⁷⁸ Vgl. Erichsen, Jura 1986, 196, 198 ff.; Ehlers, DVBl. 1986, 912, 917; Wolff/Bachof/Stober, VwR II, § 99 Rn. 34 ff.

⁷⁹ Vgl. z. B. Art. 8 Abs. 1 S. 2 BayKAG; § 6 Abs. 1 S. 1 KAG NW.

Tarife festzusetzen⁸⁰. Dies bestätigt das Recht der als Eigenbetriebe geführten öffentlichen Einrichtungen, die Nutzungsverhältnisse dem Privatrecht zu unterstellen. Statt sich des öffentlichen oder des privaten Rechts zu bedienen, dürfen die Kommunen auch zweistufig verfahren.

- 45** (3) *Qualifizierung des Handelns öffentlich-rechtlich organisierter Verwaltungsträger.* Bei Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht unterfällt das Handeln öffentlich-rechtlich organisierter Träger von Staatsgewalt immer dem öffentlichen Recht, es sei denn, daß sich aus dem positiven Recht oder Gewohnheitsrecht etwas anderes ergibt oder die Verwaltung zum Zwecke der Bedarfsdeckung, Vermögensverwaltung oder Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr tätig wird. Die Konsequenzen einer solchen Zuordnung sind beträchtlich. So müssen alle Maßnahmen der Leistungsverwaltung vorbehaltlich abweichender gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Regelungen dem öffentlichen Recht unterstellt werden. Dies bedeutet z. B., daß die Maßnahmen der Subventionsverwaltung entgegen der h.M.⁸¹ prinzipiell als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind.
- 46** Daß die Verwaltung grundsätzlich als Privatrechtssubjekt angesprochen wird, wenn sie zum Zwecke der *Bedarfsdeckung, Vermögensverwaltung* oder *Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr* tätig werden soll, ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen (Rn. 28). Zwar könnte der Gesetzgeber etwas anderes bestimmen. Er hat dies, von Ausnahmefällen abgesehen⁸², aber nicht getan. So ist etwa die Vergabe öffentlicher Aufträge eingehend durch die §§ 57 a ff. HGrG und die Vergabeverordnung (VgV)⁸³ geregelt worden. Die Vorschriften verpflichten und berechtigen nicht nur die öffentlich-rechtlich organisierten Träger von Staatsgewalt, sondern auch bestimmte natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts⁸⁴, ohne daß diesen Personen die Stellung eines Beliehenen zukommt. Das bedeutet, daß die Vorschriften privatrechtlichen Charakter haben und auch die staatliche Auftragsvergabe dem Privatrecht unterstellen⁸⁵. Dies entspricht der traditionellen Betrachtungsweise⁸⁶.

⁸⁰ Vgl. z. B. § 8 EigG BW i. V. m. § 39 Abs. 2 Nr. 15 GO BW; § 5 Nr. 5 EigG Hessen.

⁸¹ *Bleckmann*, Subventionsrecht, 1978, S. 85 ff.; *Stober* (Fn. 52), § 111, S. 12, 32; *R. Schmidt* (Fn. 44), § 10 II 8, S. 491 ff.; *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 22 Rn. 69. Wie hier grundsätzlich *Flaig*, in: *Klein* (Hrsg.), Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 1993, Abschnitt VI., Rn. 97 f., 125 ff. m. w. N.

⁸² Auch die Einstellung von Beamten (statt Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes) kann als Unterfall der Bedarfsdeckung angesehen werden. Insoweit geht es aber um die Begründung öffentlich-rechtlicher Dienst- und Treueverhältnisse, so daß das Handeln der Verwaltung dem öffentlichen Recht unterfällt.

⁸³ BGBl. I 1994 S. 321.

⁸⁴ § 57 a Abs. 1 HGrG.

⁸⁵ Vgl. auch *Lampe/Helbig*, FS Soergel, 1993, S. 151, 169; *Seidel*, in: *Dausen* (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 1993, H IV Rn. 194 f. Dagegen soll nach *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 22 Rn. 67, die Zwei-Stufen-Theorie bei einer öffentlichen Ausschreibung einschlägig sein. Vgl. auch *Triantafyllou*, NVwZ 1994, 943, 946.

⁸⁶ Vgl. BVerwGE 5, 325, 326 ff.; 14, 65, 70; 35, 103, 104 ff.; BVerwG JuS 1973, 651; BGH NJW 1967, 1911; *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 359; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht,

(4) *Qualifizierung des Handelns privatrechtlich organisierter Verwaltungsträger.* Das Handeln privatrechtlich organisierter Träger von Staatsgewalt (wie z. B. der Eigengesellschaften) ist grundsätzlich privatrechtlich zu qualifizieren, weil den privatrechtlich verselbständigten Verwaltungsträgern die Befugnis fehlt, sich der Handlungsformen des öffentlichen Rechts zu bedienen. Anders ist die Rechtslage nur, wenn den Privatrechtssubjekten durch Gesetz Hoheitsbefugnisse übertragen worden sind. Demgemäß werden z. B. die Deutsche Bahn AG, Deutsche Post AG, Deutsche Postbank AG und Deutsche Telekom AG schon deshalb (grundsätzlich) privatrechtlich tätig, weil es sich um Privatrechtssubjekte handelt. **47**

e) *Ablehnung einer Doppelqualifikation von Maßnahmen.* Nach einer vielfach vertretenen Ansicht kann ein und dieselbe Maßnahme u. U. sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich einzustufen sein. Dies wird für möglich gehalten, wenn verschiedene Personen betroffen sind. So sollen bestimmte öffentlich-rechtliche Maßnahmen der Verwaltung – etwa die Mitgliederwerbung gesetzlicher Krankenkassen – gegenüber den Wettbewerbern (im Beispielsfall den privaten Krankenkassen) privatrechtlich zu beurteilen sein mit der Folge, daß die Wettbewerber einen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend machen können⁸⁷. Ebenso ist das Ausstrahlen einer Rundfunksendung durch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt sowohl öffentlich-rechtlich (Erfüllung des Programmauftrags gegenüber den Gebührenzahlern) als auch privatrechtlich (gegenüber den in der Sendung kritisierten und u.U. in ihrer Ehre gekränkten Personen) qualifiziert worden⁸⁸. Schließlich hält es die Rechtsprechung für möglich, daß ein öffentlich-rechtlich tätig werdender Verwaltungsträger im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag zugleich das privatrechtliche Geschäft eines Dritten besorgt⁸⁹. Den genannten Auffassungen kann nicht gefolgt werden. Eine privatrechtliche Norm kann kein öffentlich-rechtliches Verhalten ge- oder verbieten, weil dies dem Sondercharakter des öffentlichen Rechts widerspräche, Sonderberechtigungen oder -verpflichtungen sich also nur aus dem Sonderrecht, nicht aus dem allgemeinen (Privat-)Recht ergeben können. **48**

1988, S. 37 f., 64 ff., 222 f.; Gusy, JA 1989, 26, 29; Seidel, EuR 1990, 158; Dickersbach (Fn. 44), § 1 IV, S. 11 ff.; Gramlich (Fn. 44), § 13 III, S. 264 ff.

⁸⁷ St. Rspr. Vgl. GmS-OGB BGHZ 102, 280 ff.; BGHZ 66, 229 ff.; 67, 81 ff.; 82, 375 ff.; 121, 126, 128 f. Krit. Bettermann, DVBl. 1977, 180 ff.; Ehlers (Fn. 8), S. 363 ff.; Schriker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. 1987, S. 102 ff.; Scherer, NJW 1989, 2724 ff.; Kopp, VwGO, § 40 Rn. 30; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 40 Rn. 21; Brohm, NJW 1994, 281, 286 ff.; Schliesky, DÖV 1994, 114 ff.

⁸⁸ BGHZ 66, 182, 185 ff.; BVerwG NJW 1994, 2500. Krit. Bettermann, NJW 1977, 513 ff.; Ehlers (Fn. 8), S. 502 m. Fn. 442. Vgl. auch BayVGH DVBl. 1994, 642 ff.

⁸⁹ Vgl. etwa BGHZ 40, 28, 30 – Funkenflug-Fall; 63, 167, 169 – Tankwagen-Fall; 65, 384, 387 f. – Lukendeckel-Fall; BVerwGE 80, 170, 172 ff. Krit. Schubert, NJW 1978, 687 ff.; Ehlers (Fn. 8), S. 471 ff.; Scherer, NJW 1989, 2724, 2725 f.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 5. Aufl. 1992, Rn. 411 f.; Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 9. Aufl. 1993, Rn. 268; Schoch, Jura 1994, 241, 245, 247. Vgl. auch § 29 Rn. 8 ff.

- 49 f) *Unbeachtlichkeit eines abweichenden Kausalverlaufs*. Die Qualifikation des Verwaltungshandelns wird durch einen von den Vorstellungen des Handelnden abweichenden Kausalverlauf nicht beeinflusst. Z. B. verwandelt sich ein öffentlich-rechtliches Übungsschießen der Bundeswehr wegen eines Querschlägers nicht in ein privatrechtliches⁹⁰. Die Rechtsnatur einer Maßnahme bestimmt sich nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme. Will die Verwaltung öffentlich-rechtlich tätig werden, stellt daher auch die „*aberratio ictus*“ den öffentlich-rechtlichen Charakter der Vorgehensweise nicht in Frage⁹¹. Demgemäß behalten z. B. beamtenrechtliche Beihilfezahlungen, die dem Erben des Beihilfeberechtigten zugeflossen sind, ihren öffentlich-rechtlichen Charakter⁹². Dagegen wird in der Rechtsprechung vielfach versucht, zwischen Zahlungen an einen vermeintlich Berechtigten und die sonstigen Nichtberechtigten zu differenzieren. Hat die Behörde einer Person aufgrund eines vermeintlichen, in Wahrheit aber nicht bestehenden öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisses eine Zahlung zukommen lassen, soll diese öffentlich-rechtlich zu beurteilen sein. Ist dagegen eine öffentlich-rechtliche Geldleistung nach dem Tode des Anspruchsberechtigten an den Erben gelangt, da die Behörde den Todesfall nicht registriert und den Geldbetrag auf das Konto des Verstorbenen überwiesen hat, wird die Zahlung dem privaten Recht zugeordnet⁹³. Diese Art der Unterscheidung vermag nicht zu überzeugen⁹⁴. Öffentlich-rechtliche Akte verwandeln sich bei abweichendem Kausalverlauf nicht in privatrechtliche Maßnahmen.
- 50 g) *Eindeutige rechtsgeschäftliche Erklärungen*. Für die Qualifizierung der Handlungsweise eines öffentlich-rechtlich organisierten Trägers von Staatsgewalt kommt es ausnahmsweise nicht auf den Geltungs- bzw. Anwendungsbereich der Rechtsätze an, wenn eine rechtsgeschäftliche, d. h. final auf Bewirkung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtete Erklärung vorliegt, aus der sich eindeutig ergibt, daß sich der Handelnde nur auf das öffentliche bzw. private Recht gestützt hat. Es liegt grundsätzlich im Rahmen des rechtlichen Könnens der Träger von Staatsgewalt, öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Erklärungen abzugeben. Hat der Träger eine eindeutige Formenwahl getroffen, gilt das gewählte Rechtsregime unabhängig davon, ob das öffentliche bzw. private Recht gewählt werden durfte. Rechtmäßigkeit und Rechtsnatur einer Maßnahme müssen auseinander gehalten werden. Entscheidend für die Rechtsnatur ist nur, was der Verwaltungsträger getan hat, nicht was er hätte tun müssen oder tun dürfen. So

⁹⁰ Vgl. auch *Renck*, JuS 1978, 459, 462.

⁹¹ *Bethge*, NJW 1978, 1801 f.; *Ehlers* (Fn. 8), S. 508.

⁹² Vgl. auch BVerwG DVBl. 1990, 870.

⁹³ Vgl. etwa BVerwGE 84, 274, 275 ff.; BSG DVBl. 1987, 849, 850; NVwZ 1988, 95 f.; BGHZ 71, 180 ff.; 73, 202, 203 f.; VGH BW NVwZ 1989, 892, 893; BayVGH NJW 1990, 933, 934; OLG Karlsruhe NJW 1988, 1920 f. Vgl. aber auch BVerwG NVwZ 1991, 168 f.; BFH NJW 1987, 1039; OVG Rh.-Pf. NVwZ 1988, 1038; HessVGH NJW 1991, 510, 511.

⁹⁴ Vgl. zur Kritik *Bethge*, NJW 1978, 1801 f.; *Ehlers* (Fn. 8), S. 508; *Maurer*, JZ 1990, 863 ff.; *Hänlein*, JuS 1992, 559 ff.; *Kopp*, VwGO, § 40 Rn. 21; *Meyer-Ladewig*, SGG, 5. Aufl. 1994, § 51 Rn. 18; *Martens*, NVwZ 1993, 27.

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 eines Verwaltungsaktes befugt war⁹⁵.

4. Einzelfälle

Die vielfältigen Probleme der Zuordnung von öffentlichem und privatem Recht können hier nicht erschöpfend abgehandelt werden⁹⁶. Vielmehr soll nur auf einige, sich immer wieder stellende Abgrenzungsfragen eingegangen werden. **51**

a) *Vertragliches Handeln*. Hinsichtlich der Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen werden heute im wesentlichen noch drei Auffassungen vertreten: nämlich die Gegenstandslehre, die Vorbehaltslehre und die Aufgabentheorie. Nach h.M. bestimmt sich die Rechtsnatur des Vertrages nach dessen *Gegenstand* (§ 24 Rn. 2 ff.). Der Gegenstand soll öffentlich-rechtlicher Art sein, wenn der Vertrag auf von der gesetzlichen Ordnung öffentlich-rechtlich geregelte Sachverhalte einwirkt. Unklar bleibt vielfach, welches Ausmaß an öffentlich-rechtlicher Vorordnung zu verlangen ist. Bei konsequenter Anwendung der Gegenstandslehre müßte ferner das gesamte nicht spezialgesetzlich geregelte Vertragshandeln der Verwaltung dem Privatrecht unterstellt werden. Diese Folgerung wird in der Regel aber gerade nicht gezogen. Z. B. hat die Rechtsprechung Subventionsverträge als verwaltungsrechtliche Verträge i. S. d. § 54 S. 1 VwVfG angesehen, obwohl keine öffentlich-rechtliche Vorordnung bestand⁹⁷. Ist die gesetzliche Vorordnung entscheidend, kann es schließlich entgegen der h.M. (Rn. 33) keine grundsätzliche Wahlfreiheit der Verwaltung geben. **52**

Nach der *Vorbehaltslehre* gehört ein Vertrag dem öffentlichen Recht an, wenn mindestens ein Zuordnungssubjekt des Gegenstandes der vertraglichen Rechtsbeziehungen nur ein Träger öffentlicher Gewalt sein kann, weil es um die Regelung der nur diesem vorbehaltenen Rechte und Pflichten geht⁹⁸. Diese Art der Abgrenzung ist insofern zutreffend, als Einigkeit darüber besteht, daß ein Vertrag z. B. dann als öffentlich-rechtlich anzusehen ist, wenn er einen Hoheitsakt (etwa eine Baugenehmigung) ersetzt oder den Verwaltungsträger zum Erlaß eines Hoheitsaktes verpflichtet. In problematischen Fällen ermöglicht das Kriterium aber auch keine klare Zuordnung. Beispielsweise bleibt offen, wann sich der Träger öffentlicher Gewalt des Privatrechts bedienen darf oder muß. Auch kann es öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Privaten geben (§ 24 Rn. 9). **53**

⁹⁵ Vgl. auch BVerwGE 13, 307, 308 f.; 17, 242 ff.; 30, 211 ff.; BVerwG MDR 1980, 344; NVwZ 1985, 264. Vgl. auch BVerwG NVwZ-RR 1993, 251 f.

⁹⁶ Vgl. näher dazu Ehlers, in: Berkemann/Pietzner/Schmidt-Aßmann/Schoch, VwGO, 1995, § 40 Rn. 313 ff.

⁹⁷ Vgl. z. B. BVerwG NVwZ 1990, 665 ff., m. krit. Anm. Ehlers, JZ 1990, 594.

⁹⁸ Vgl. Lange, NVwZ 1983, 313, 316 f. Ähnlich OVG NW NJW 1991, 61; Wolff/Bachof/Stober, VwR I, § 22 Rn. 56.

- 54** Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es zunächst darauf an, ob die Verwaltung eine eindeutige Formenwahl getroffen – also z. B. zu erkennen gegeben hat, daß sie sich nur öffentlich-rechtlich binden will. Liegt diese Voraussetzung vor, steht die Rechtsnatur des Vertrages – unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Formenwahl – fest. Im übrigen ist nach der normativen Vorordnung zu fragen. Liegt kein Gesetzesakzessorisches Handeln vor, sind alle Verträge mit Beteiligung eines Verwaltungsträgers dem öffentlichen Recht zuzuordnen, es sei denn, daß die Verwaltung nur mittelbar Verwaltungsaufgaben wahrnimmt, d. h. zur Bedarfsdeckung, Vermögensverwaltung oder Teilnahme am Wirtschaftsverkehr tätig wird (sog. *Aufgabentheorie*)⁹⁹.
- 55** b) *Realakte*. Unter Realakten (Tathandlungen) sind Handlungsweisen zu verstehen, die nicht final auf Bewirkung bestimmter Rechtsfolgen, sondern auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges gerichtet sind (z. B. Auskünfte ohne Regelungscharakter oder Verrichtungen, wie der Bau einer Straße). Werden solche Akte in Vollziehung einer Rechtsnorm vorgenommen, teilen sie die Rechtsnatur dieser Norm. Die nicht normgeleiteten Realakte werden verschiedentlich dem privaten Recht zugeordnet¹⁰⁰. Nach anderer Auffassung ist ein auf die Erfüllung öffentlich-rechtlich festgelegter Aufgaben gerichteter Realakt der Verwaltung anhand öffentlich-rechtlicher Normen zu beurteilen, solange der Wille, sich privat-rechtlich zu verhalten, nicht in Erscheinung tritt (§ 31 Rn. 5).
- 56** Gegen die privatrechtliche Qualifizierung aller nicht spezialgesetzlich geregelter Realakte der Verwaltung spricht, daß das öffentliche Recht gerade zur Disziplinierung der Staatsgewalt geschaffen worden ist. Eine Qualifizierung mittels „Willensvermutung“ stößt auf Bedenken, weil nach der hier vertretenen Ansicht eine Formenwahlfreiheit der Verwaltung nur bei normativer Ableitung anzuerkennen ist und es bei den nichtfinalen Handlungsweisen auf den Willen des Handelnden nicht ankommen kann. Folgt man dieser Auffassung, ist die Unterscheidung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Realakten daher allein objektiv zu treffen¹⁰¹. Die Realakte der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung sind *immer öffentlich-rechtlich* zu qualifizieren, sofern sie nicht in einem engen inneren und äußeren *Zusammenhang* mit der Wahrnehmung privatrechtlich zu erfüllender Aufgaben stehen.
- 57** Z. B. müssen die nicht auf Setzung einer Rechtsfolge gerichteten *Erklärungen* der (öffentlich-rechtlich organisierten) Verwaltungsträger – einschließlich solcher ehrkränkender Art – grundsätzlich dem öffentlichen Recht unterstellt werden. Anderes gilt etwa, wenn ein Beamter einem Unternehmer vorhält, dieser habe die Verwaltung bei der Abrechnung eines öffentlichen Auftrags zu betrügen versucht¹⁰². Die Erklärung steht dann im Sachzusammenhang zu der Auftragsvergabe, so daß der privatrechtliche Charakter des Auftragsgeschäftes auf die

⁹⁹ Vgl. Ehlers (Fn. 8), S. 194 ff., 444 ff. Grds. zust. Spannowsky, Grenzen konsensualen Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 102 f., 125 ff. (maschinenschriftlich).

¹⁰⁰ Vgl. Christ, Die Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, 1984, S. 94 f.

¹⁰¹ Vgl. Ehlers (Fn. 8), S. 497 ff.

¹⁰² Vgl. BGHZ 34, 99 ff. (Großer Zivilsenat).

Erklärung abfährt. Gehen *Emissionen* oder *Immissionen* von einer öffentlichen Einrichtung aus (z. B. einer Straße, einem Gemeindevolksfest oder einer Stadthalle), hängt die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht davon ab, ob die Nutzungsverhältnisse öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet worden sind¹⁰³. Z. B. sind die Lärmemissionen eines öffentlich-rechtlich genutzten Sportplatzes öffentlich-rechtlich¹⁰⁴, die Emissionen eines privatrechtlich genutzten Jugendzeltplatzes einer Gemeinde privatrechtlich zu beurteilen¹⁰⁵. Die *Teilnahme* eines Amtswalters *am Straßenverkehr* ist als öffentlich-rechtlicher Realakt einzustufen, wenn die Zielsetzung den öffentlich-rechtlich wahrzunehmenden Aufgaben zuzurechnen ist und zwischen Fahrt und Zielsetzung ein enger innerer und äußerer Zusammenhang besteht¹⁰⁶. Ziehen die Verwaltungsträger zur Ausführung der ihnen obliegenden Realakte Privatpersonen heran, hat die Rechtsprechung früher dazu geneigt, die Handlungen der *Privatpersonen* dem Privatrecht zuzuordnen, es sei denn, daß die Behörde in einem solchen Ausmaß auf die Durchführung der Arbeiten Einfluß nehme, daß sie die Arbeiten des Privaten wie eigene gegen sich gelten lassen müsse (sog. Werkzeug- oder Ingerenztheorie)¹⁰⁷. Von dieser Auffassung ist der BGH zu Recht jedenfalls für den Bereich der Eingriffsverwaltung abgerückt. So könne sich die öffentliche Hand zumindest in diesem Bereich der Amtshaftung für fehlerhaftes Verhalten ihrer Bediensteten grundsätzlich nicht dadurch entziehen, daß sie die Durchführung einer von ihr angeordneten Maßnahme durch privatrechtlichen Vertrag auf einen privaten Unternehmer übertrage¹⁰⁸. Dementsprechend ist das Abschleppen von Fahrzeugen durch einen von der Polizei beauftragten Unternehmer – ungeachtet des privatrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen Polizei und Unternehmer – dem öffentlichen Recht unterstellt worden. Wegen weiterer Einzelheiten sei auf § 31 Rn. 1 ff. hingewiesen.

c) *Hausrechtsmaßnahmen*. Hinsichtlich der Hausverbote differenziert die traditionelle Auffassung nach dem Zweck des Besuchers. Geht es dem Adressaten eines Hausverbotes um die Erledigung öffentlich-rechtlicher Angelegenheiten, soll das Verbot öffentlich-rechtlichen Charakter tragen. Erfolgt es im Rahmen privatrechtlicher Rechtsbeziehungen, wird es dem Privatrecht unterstellt¹⁰⁹. Angeknüpft wird also an die Rechtsnatur des Hauptaktes. Diese Ansicht vermag

¹⁰³ Bei den Emissionen und Immissionen handelt es sich genau genommen nicht um Handlungen, sondern um die Folge von Handlungen (*Robbers*, DÖV 1987, 272, 273). Dies ändert aus Gründen der anzulegenden Rechtmäßigkeitsmaßstäbe, des Rechtsschutzes und der Haftung aber nichts an der Notwendigkeit einer Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht. Abzustellen ist auf das verursachende Handeln oder Unterlassen.

¹⁰⁴ Vgl. auch BVerwGE 81, 197, 199; 88, 143, 144.

¹⁰⁵ Vgl. BGH NJW 1993, 1656 f.

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch BGHZ 29, 38, 40; 42, 176, 179; BGH DÖV 1979, 865.

¹⁰⁷ Vgl. BGHZ 48, 98, 103; BGH NJW 1971, 2220, 2221; NJW 1980, 1679.

¹⁰⁸ BGH NJW 1993, 1258, 1259 m. Anm. *Württemberg*, JZ 1993, 1003 ff. Vgl. auch *Maurer*, JuS 1994, 1015 f.

¹⁰⁹ BVerwGE 35, 103 ff.; BGHZ 33, 230, 231; BGH NJW 1967, 1911 f. Vgl. auch VGH BW NJW 1994, 2500 f. Ferner § 49 Rn. 4.

nicht zu überzeugen. Zweck des Behördenhausrechts ist es, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung, d. h. die ungestörte Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in einem räumlich geschützten Bereich, sicherzustellen. In Räumlichkeiten, die dem Gemeingebrauch, Anstaltsgebrauch oder Verwaltungsgebrauch dienen, geht es der Verwaltung aber immer nur um öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung. Auf die Eigentums- und Besitzverhältnisse kommt es nicht an, da sich die Störung nicht gegen das Eigentum oder den Besitz richtet¹¹⁰. Die Anknüpfung an den Haupttakt hilft z. B. nicht weiter, wenn es an einem Haupttakt fehlt (z. B. sich der Störer nur im Gebäude aufwärmen will). Ferner kann ein öffentlich-rechtliches Zugangsrecht bestehen (etwa das Recht zur Benutzung der kommunalen öffentlichen Einrichtungen). Ein privatrechtliches Verbot ist aber nicht in der Lage, einen öffentlich-rechtlichen Anspruch zum Wegfall zu bringen. Mit der neueren Rechtsprechung¹¹¹ und heute überwiegenden Meinung im Schrifttum¹¹² ist daher davon auszugehen, daß ein Hausverbot in den genannten Fällen immer öffentlich-rechtlichen Charakter hat. Privatrechtlich zu beurteilen sind behördliche Hausverbote, die sich auf Sachen des „Finanzvermögens“ (z. B. vermietete Häuser einer Kommune) oder auf Räumlichkeiten beziehen, die von einer Eigengesellschaft oder sonstigen juristischen Person des Privatrechts genutzt werden.

- 59 d) *Nutzung der kommunalen öffentlichen Einrichtungen*. Aus den bisherigen Ausführungen (Rn. 44) ergibt sich, daß den Kommunen bei der Ausgestaltung der von ihnen selbst (und nicht einem Privatrechtssubjekt) betriebenen öffentlichen Einrichtungen eine Formenwahlfreiheit zukommt. Die Kommunen können also die Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlich, zweistufig öffentlich- und privatrechtlich oder nur privatrechtlich regeln. Fehlt es an einer eindeutigen Entscheidung, soll nach h.M. eine *Vermutung* für das öffentliche Recht streiten¹¹³. Der Auffassung kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Vielmehr ist zu differenzieren. Soll die Zulassung zur Nutzung oder die Ausgestaltung der Nutzungsverhältnisse rechtsgeschäftlich erfolgen, ist im Zweifelsfall von privatrechtlichen Nutzungsverhältnissen auszugehen. Da der öffentlich-rechtliche Vertrag wegen des Schriftformerfordernisses (§ 57 VwVfG) in aller Regel ausscheidet, es faktische Verträge des öffentlichen Rechts nicht gibt¹¹⁴ und ein Verwaltungsakt zumindest bei der Begründung eines Anschluß- und Benutzungszwangs, der Er-

¹¹⁰ Entgegen *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I, § 22 Rn. 51 sind die Verwaltungsgebäude keineswegs öffentliche Sachen. Vgl. *Ehlers*, NWVBl. 1993, 327 ff.

¹¹¹ BayVGH BayVBl. 1980, 723; NJW 1982, 1717; OVG NW NVwZ-RR 1989, 316. Vgl. auch OVG Bremen NJW 1990, 931.

¹¹² *Knemeyer*, DÖV 1970, 596 ff.; *ders.*, VBIBW 1982, 249, 250; *Ehlers*, DÖV 1977, 737, 739 f.; *ders.*, NWVBl. 1993, 327, 330; *Maurer*, Allg. VwR, § 3 Rn. 24; *Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, § 11 Rn. 53; *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, § 40 Rn. 28.

¹¹³ VGH BW DÖV 1978, 569, 570; NJW 1979, 1900; *Erichsen*, Jura 1982, 537, 545; *Schmidt-Aßmann*, in: *I. v. Münch/Schmidt-Aßmann*, Bes. VwR, 1. Abschnitt Rn. 112; *Maurer*, Allg. VwR, § 3 Rn. 26.

¹¹⁴ A. A. *W. Schmidt*, Staat und Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1994, Rn. 243. Zur Ablehnung von Schuldverhältnissen aus dem faktischen bzw. sozialtypischen Verhalten im Privatrecht vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Aufl. 1994, Einführung Vor § 145 Rn. 25.

hebung einer Abgabe und der Zulassung eines Minderjährigen¹¹⁵ einer satzungsmäßigen Grundlage bedarf, würde die Zugrundelegung der h.M. rechtswidrige Zustände zur Folge haben. Sollen die Rechtsverhältnisse ganz oder teilweise dem öffentlichen Recht zugeordnet werden, bedarf es im Falle einer nicht eindeutigen Formenwahl einer entsprechenden Bestimmung durch Satzung. Erfolgt die Gewährung und Inanspruchnahme der Leistungen faktisch, wie z. B. bei der Benutzung von Kinderspielflächen oder Trimm-Dich-Pfaden, spricht die Vermutung für öffentliches Recht¹¹⁶.

5. Grenzfälle

In Grenzfällen bereitet die Zuordnung der Verwaltungshandlungen zum öffentlichen oder privaten Recht immer wieder Schwierigkeiten. Eine Zauberformel, die rechtologische Gewißheit verschafft oder alle Zweifel beseitigt, gibt es nicht. Tröstlich mag sein, daß auch berufene Stellen ihre Probleme mit der Abgrenzung haben. So hat sich schon ein Bundesjustizminister (Dehler), der den Bundeskanzler (Adenauer) vor den Zivilgerichten auf Herausgabe des Tonbandprotokolls eines Regierungskoalitionsgespräches verklagt hat, vom BGH darüber belehren lassen müssen, daß sich die Streitigkeit nach öffentlichem Recht richtet, also nicht die ordentlichen, sondern die Verwaltungsgerichte zuständig seien¹¹⁷. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß auch die Entscheidung des BGH nicht korrekt war, da es sich um einen verfassungsrechtlichen Streit gehandelt haben dürfte: jedenfalls wenn die Koalitionsvereinbarungen von den Fraktionen statt von Parteien geschlossen wurde¹¹⁸.

6. 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 Rechtsgestaltung ohne Bedeutung ist. Beide Rechtsregime sind Teilgebiete einer einheitlichen Rechtsordnung und wirken in vielfältiger Weise aufeinander ein. Im folgenden kann dies nur anhand einiger Beispiele verdeutlicht werden.

a) *Die Einwirkungen des öffentlichen Rechts auf das Privatrecht.* Das öffentliche Recht strahlt in einem sehr starken Ausmaße auf das Privatrecht aus. Seitens der Privatrechtler ist dem öffentlichen Recht sogar vorgehalten worden, daß es eine Usurpation des Zivilrechts anstrebe¹¹⁹.

Bedient sich die Verwaltung des Privatrechts, regelt dieses niemals ausschließlich das Tätigwerden der Verwaltung. Vielmehr gilt sog. *Verwaltungsprivatrecht*

¹¹⁵ Vgl. Ehlers, DVBl. 1986, 912, 918 f.

¹¹⁶ A. A. wohl die h. M. Vgl. Börner, Sportstätten-Haftungsrecht, 1985, S. 86 ff.; Kopp, VwGO, § 40 Rn. 27.

¹¹⁷ BGHZ 29, 187, 192.

¹¹⁸ Im Ergebnis wie hier Ule, VerwprozeßR, S. 48; Schmitt Glaeser, VwPrR, Rn. 60.

¹¹⁹ Diederichsen, in: Verhandlungen des 56. DJT, Bd. II, 1986, S. L 48, 69. Vgl. auch Medicus, NuR 1990, 150 (der von der Notwendigkeit spricht, das zivilrechtliche „Urgestein“ von dem öffentlich-rechtlichen „Schutt“ zu befreien).