

de Gruyter Lehrbuch

Allgemeines Verwaltungsrecht

Herausgegeben von

Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers

Bearbeitet von

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

13., völlig neu bearbeitete Auflage

**Mit Jura-Kartei (JK) auf CD-ROM
Edition 2005**



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

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

Zitiervorschlag

z.B. *Burgi* in Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, 13. Aufl, § 8 Rn 19

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

broschierte Ausgabe:
ISBN-13: 978-3-89949-214-9
ISBN-10: 3-89949-214-5
gebundene Ausgabe:
ISBN-13: 978-3-89949-215-6
ISBN-10: 3-89949-215-3

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-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.

Printed in Germany

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz, D-06773 Gräfenhainichen
Druck und Bindearbeiten: Druckhaus »Thomas Müntzer« GmbH, Bad Langensalza
Umschlaggestaltung: Hansbernd Lindemann, D-10785 Berlin

Vorwort zur 13. Auflage

Die 13. Auflage des Lehrbuchs zum Allgemeinen Verwaltungsrecht erscheint in völliger Neubearbeitung.

Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, dass sich der Kreis der Autoren erheblich verändert hat. Nachdem schon früher Wolfgang Martens, Ingo von Münch und Walter Rudolph als Autoren ausgeschieden sind, ziehen sich nunmehr auch Peter Badura, Fritz Ossenbühl und Wolfgang Rübner sowie der Mitherausgeber Hans-Uwe Erichsen zurück. An ihre Stelle sind jüngere Kolleginnen und Kollegen getreten, nämlich die Professorinnen Gurlit (Mainz) und Remmert (Tübingen) sowie die Professoren Grzeszick (Erlangen-Nürnberg), Jestaedt (Erlangen-Nürnberg), Möstl (Bayreuth), Pünder (Hamburg), Ruffert (Jena) und Scherzberg (Erfurt). Die Autoren der 13. Auflage sind sich des Umstandes bewusst, dass das Lehrbuch seinen Rang den zuvor genannten Personen verdankt und sie auf den „Schultern von Riesen“ stehen. Sie fühlen sich dem wissenschaftlichen Vorbild verpflichtet, sind aber überzeugt davon, dass derjenige die Tradition am besten wahr, der sie nicht nur pflegt, sondern fortentwickelt und den jeweiligen Anforderungen der Zeit anpasst. Die Herausgeber danken den ausscheidenden Kollegen der Gründergeneration dafür, dass sie über rund 30 Jahre und zwölf Auflagen hinweg an diesem Buch mitgewirkt und ihm sein eigenes Gepräge gegeben haben.

Zum anderen setzt die vorliegende Auflage inhaltlich neue Akzente. So ist ein weiterer Abschnitt in das Lehrbuch aufgenommen worden (Normative Handlungsformen der Verwaltung). Da das Verwalten eine Organisation voraussetzt, wird das Organisationsrecht bereits im 2. Abschnitt des Buches (und nicht – wie bisher – am Ende) behandelt. Zum Teil wurden die Abschnitte neu geordnet. Gesondert eingegangen wird auf die informationelle Verwaltung. Ferner werden neuartige Verwaltungsformen und Herausforderungen der Verwaltung – wie die Zertifizierung und Akkreditierung sowie die Mediation – einbezogen. Noch stärkeres Gewicht als in der Vergangenheit ist auf die fortschreitende Europäisierung des Verwaltungsrechts sowie auf das arbeitsteilige Zusammenwirken der Verwaltung mit den gesellschaftlichen Kräften gelegt worden. Schließlich wird der Verzahnung des Verwaltungsrechts mit dem Verwaltungsprozessrecht mehr Raum als früher geschenkt.

Die Grundkonzeption des Buches ist unverändert geblieben. Nach wie vor geht es darum, vor allen den Studierenden und Referendaren eine gut lesbare Darstellung des Verwaltungsrechts auf systematischer Grundlage zur Verfügung zu stellen, um sie in die Lage zu versetzen, verwaltungsrechtliche Fragestellungen verstehen und beantworten zu können. Das Werk soll mehr als eine Einführung oder ein Kurzlehrbuch sein, an denen es im Schrifttum nicht mangelt, ohne dass es einen Vollständigkeitsanspruch erhebt. Darüber hinaus möchte das Lehrbuch auch alle sonstigen Personen, die sich mit dem Allgemeinen Verwaltungsrecht befassen – wie den Verwaltungsbediensteten, Richtern, Anwälten und sonstigen Rechtsanwendern – eine Orientierungshilfe anbieten. Die einzelnen Abschnitte des Lehrbuches sind miteinander vernetzt. Die Behandlung allgemeiner Rechtsfiguren und Problemstellungen ist vielfach „vor die Klammer“ gezogen worden – etwa in den ersten Paragraphen des Buches oder in dem Abschnitt „Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis im Überblick“. Die späteren Ausführungen nehmen hierauf vertiefend Bezug.

Für die Neubearbeitung wurden die Entwicklung der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der wissenschaftlichen Diskussion im Bereich des Allgemeinen Verwaltungsrechts, des Verwaltungsverfahrenrechts und des Verwaltungsprozessrechts bis Anfang

des Jahres 2006 berücksichtigt. Viele der zitierten Gerichtsentscheidungen sind in der Kartei (JK) der Ausbildungszeitschrift „JURA“ wiedergegeben und kommentiert worden. Die gesamte Kartei ist auf einer CD-ROM, die sich in einer Klebetasche des hinteren Buchdeckels befindet, beigefügt und kann über die Verweise in den Fußnoten der Abschnitte des Buches erschlossen werden. Auf diese Weise wird den Lesern des Buches die vertiefende Auseinandersetzung mit wichtigen Gerichtsentscheidungen erleichtert.

In Fortsetzung und Ergänzung des „Allgemeinen Verwaltungsrechts“ liegt in derselben Lehrbuchreihe der von Eberhardt Schmidt-Aßmann herausgegebene Band „Besonderes Verwaltungsrecht“ in 13. Auflage 2005 vor. Beide Lehrbücher verstehen sich als Verbund.

Besonderen Dank schulden die Herausgeber und Autoren Herrn Ulrich Jan Schröder, Mitarbeiter am Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, der die Arbeiten an dem Lehrbuch koordiniert und in vielfältiger sonstiger Weise gefördert hat.

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

Münster, im Mai 2006

Hans-Uwe Erichsen

Dirk Ehlers

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 Anfang klar, daß die Gesamtdarstellung des Allgemeinen Verwaltungsrechts durch mehrere Autoren ein Wagnis ist. Diese Überzeugung hat sich im Verlauf der Entstehung des Werkes bestätigt und noch verstärkt. Sie hoffen aber, daß es – bei aller Unterschiedlichkeit der acht Autoren in einzelnen Standpunkten – gelungen ist, ein Werk zustande zu bringen, 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 Professor an der Universität Münster Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat	1
Dr. Martin Burgi Professor an der Universität Bochum Verwaltungsorganisationsrecht	213
Dr. Matthias Jestaedt Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg Maßstäbe des Verwaltungshandelns	285
Dr. Arno Scherzberg Professor an der Universität Erfurt Subjektiv-öffentliche Rechte	331
Dr. Hermann Pünder Professor an der Bucerius Law School, Hamburg Verwaltungsverfahren	365
Dr. Barbara Remmert Professorin an der Universität Tübingen Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis im Überblick	519
Dr. Markus Möstl Professor an der Universität Bayreuth Normative Handlungsformen	547
Dr. Matthias Ruffert Professor an der Universität Jena Verwaltungsakt	601
Dr. Elke Gurlit Professorin an der Universität Mainz Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	685
Dr. Barbara Remmert Professorin an der Universität Tübingen Schlichtes Verwaltungshandeln	760
Dr. Hans-Jürgen Papier Professor an der Universität München Recht der öffentlichen Sachen	781
Dr. Bernd Grzeszick Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg Staatshaftungsrecht	856
Sachverzeichnis	959
Mit Jura-Kartei (JK) auf CD-ROM. Edition 2005	Innentasche

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXIX
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII

ERSTER ABSCHNITT

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

§ 1 Staatliche Verwaltung	4
I. Begriff der staatlichen Verwaltung	4
1. Staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne	4
2. Staatliche Verwaltung im materiellen Sinne	5
3. Staatliche Verwaltung im formellen Sinne	9
II. Organisation der staatlichen Verwaltung	9
III. Personal der staatlichen Verwaltung	13
1. Beschäftigungsverhältnisse	13
2. Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals	15
3. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen	17
IV. Zielsetzung und Grundsätze der staatlichen Verwaltung	19
1. Verfolgung öffentlicher Interessen	19
2. Maßstäbe des Verwaltungshandelns	22
V. Arten der staatlichen Verwaltung	23
1. Unterscheidung nach der Art der Aufgabenstellung	23
2. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Verwaltung	29
3. Unterscheidung nach dem Verwaltungsträger	29
4. Unterscheidung nach der Rechtsform des Tätigwerdens	29
5. Unterscheidung nach der Modalität des Handelns	29
6. Unterscheidung nach der Intensität der Gesetzesbindung	30
VI. Handlungsformen der Verwaltung	31
VII. Planende Verwaltung	33
VIII. Informationelle Verwaltung	36
1. Recht der Privaten auf Zugang zu amtlichen Informationen	36
2. Recht der Verwaltung auf Zugang zu privaten Informationen	38
3. Informationspflichten der Verwaltung gegenüber Privaten	39
4. Geheimhaltungspflichten der Verwaltung	40
5. Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikations- techniken	42
IX. Administrative Steuerung und gesellschaftliche Selbstregulierung	45
X. Verwaltungswissenschaften	50

XI

§ 2	Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung	52
	I. Recht, Rechtsquelle und Rechtsnorm	52
	1. Begriff des Rechts	52
	2. Begriff der Rechtsquelle	54
	3. Begriff der Rechtsnorm	55
	4. Wirkungsweise von Rechtsnormen	56
	5. Allgemeine Rechtsgrundsätze und ihre Wirkungsweise	56
	6. Rechtsauslegung, Rechtskonkretisierung und Rechtsanwendung	59
	II. Arten der Rechtsnormen	60
	1. Normen des internationalen Rechts	61
	2. Normen des nationalen Rechts	67
	III. Geltungsbereich der Rechtsnormen	87
	1. Normen des internationalen Rechts	88
	2. Normen des nationalen Rechts	92
	IV. Rangordnung der Rechtsquellen	95
	1. Notwendigkeit einer Rangordnung	95
	2. Stufen der Völkerrechtsordnung	96
	3. Verhältnis von Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht	96
	4. Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht	97
	5. Stufen der Gemeinschaftsrechtsordnung	97
	6. Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht	98
	7. Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und EMRK-Recht	104
	8. Stufen der innerstaatlichen Rangordnung	105
	V. Fehlerfolgen bei Verstößen gegen das höherrangige Recht	106
	1. Folgen fehlerhafter Normen des Völker- und Gemeinschaftsrechts sowie fehlerhafter Parlamentsgesetze	106
	2. Folgen fehlerhafter untergesetzlicher Normen des Außenrechts	108
	3. Folgen fehlerhafter Innenrechtsnormen	108
	VI. Normprüfungs-, -aussetzungs-, -nichtanwendungs- und -verwerfungskompetenzen der Verwaltung	109
	1. Nichtanwendung von Normen durch die Gemeinschaftsverwaltung	110
	2. Nichtanwendung von Normen durch die nationale Verwaltung	111
	VII. Gerichtlicher Rechtsschutz in Bezug auf Normen	112
	1. Streitbeilegung im Völkerrecht	112
	2. Gerichtlicher Rechtsschutz im Gemeinschaftsrecht	113
	3. Gerichtlicher Rechtsschutz im nationalen Recht	113
§ 3	Verwaltungsrecht	116
	I. Begriff des Verwaltungsrechts	116
	II. Arten des Verwaltungsrechts	117
	III. Verwaltungsrecht als Teilgebiet des öffentlichen Rechts	119
	1. Notwendigkeit einer Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	119
	2. Unterscheidung der Rechtsgebiete	121
	3. Geltungsbereich des öffentlichen und privaten Rechts	129
	4. Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts	139

5. Einzelfälle	140
6. Grenzfälle	145
7. Einwirkungen des öffentlichen und privaten Rechts aufeinander . . .	145
IV. Verwaltungsprivatrecht	149
1. Tätigwerden der Verwaltung in privatrechtlichen Formen	149
2. Steuerung der privatrechtlich organisierten Verwaltung	152
3. Bindung der Verwaltung an das Privatrecht beim Handeln in Privatrechtsform	152
4. Bindung der Verwaltung an das öffentliche Recht beim Handeln in Privatrechtsform	153
5. Rechtsweg im Falle einer Bindung der privatrechtlichen Verwaltung an das öffentliche Recht	158
V. Verwaltungsrechtswissenschaft	159
1. Grundlegung und Ausformung	159
2. Reform des Verwaltungsrechts und Neuausrichtung der Verwaltungsrechtsdogmatik	160
§ 4 Europäisches Recht und Verwaltungsrecht	163
I. Rechtssetzung der Europäischen Gemeinschaft	163
1. Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft	163
2. Arten der Zuständigkeiten	164
3. Kompetenzausübungsschranken	164
4. Organisationszuständigkeiten und Formen des Rechtssetzungs- verfahrens	165
5. Mitwirkung der Mitgliedstaaten an der Setzung des Gemeinschafts- rechts	167
II. Handlungsformen der Europäischen Gemeinschaft	168
1. Verordnungen	168
2. Richtlinien	169
3. Entscheidungen	172
4. Empfehlungen und Stellungnahmen	175
5. Sonstige Rechtshandlungen	176
III. Umsetzung des Gemeinschaftsrechts	178
IV. System der Vollziehung des Gemeinschaftsrechts	179
V. Vollziehung des Gemeinschaftsrechts durch die Europäische Gemeinschaft	180
1. Betroffene Rechtsgebiete	180
2. Organisationsrecht der Eigenverwaltung	181
3. Handlungsbefugnisse, Handlungsformen und Handlungsmaßstäbe der Eigenverwaltung	184
VI. Vollziehung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten . . .	186
1. Arten der Vollziehung	186
2. Auswirkungen auf die Verwaltungsorganisation	190
3. Auswirkungen auf die Verwaltungskompetenzen	191
4. Auswirkungen auf das Verwaltungspersonal	192
5. Auswirkungen auf die Verwaltungskontrolle	192

VII. Verwaltungskooperation	194
VIII. Vollziehung des Gemeinschaftsrechts durch Private	196
IX. Rechtsschutz	197
§ 5 Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht	200
I. Allgemeines	200
II. Bedeutung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für das Verwaltungsrecht	202
1. Demokratie	202
2. Bundesstaat	205
3. Rechtsstaatlichkeit	208
4. Weitere Verfassungsaufträge	212

ZWEITER ABSCHNITT

Verwaltungsorganisationsrecht

§ 6 Grundlagen	214
I. Begriff und Bedeutung der Verwaltungsorganisation	216
1. Organisation und Organisationsrecht	216
2. Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit	217
3. Funktionen des Verwaltungsorganisationsrechts	221
4. Verwaltungswissenschaftliche Zugänge	222
II. Verfassungsrecht	225
1. Bedeutung und Bestand	225
2. Verfassungsaussagen mit föderalem Gehalt	225
3. Verfassungsaussagen mit Organisationsbezug	227
III. Europarecht	231
§ 7 Strukturen und Organisationseinheiten	233
I. Organisationsgewalt	233
1. Inhalt	234
2. Verteilung	234
II. Die Ebene der Verwaltungsträger	235
1. Bund, Länder und verselbständigte Verwaltungseinheiten (Dezentralisation)	236
2. Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung	237
3. Selbstverwaltung	240
III. Die Ebene der Binnenorganisation	244
1. Verschiedene Verwaltungsstellen innerhalb eines Verwaltungsträgers (Dekonzentration)	244

2. Organ, Behörde, Amt	245
3. Einzelne öffentlich-rechtliche Organisationsformen	246
IV. Zuständigkeit	247
1. Begriff und Arten	248
2. Bedeutung und Fehlerfolgen	248
V. Staatsaufsicht	249
1. Funktion und Standort	250
2. Arten	251
3. Instrumente	252
VI. Verwaltungsprozessrecht	254
1. Verwaltungsorganisation im Verwaltungsprozess	254
2. Der verwaltungsgerichtliche Innenrechtsstreit	255
§ 8 Bestand und Aufbau der unmittelbaren Staatsverwaltung	257
I. Unmittelbare Bundesverwaltung	257
1. Struktur	258
2. Einzelne Aufgabenfelder	259
II. Unmittelbare Landesverwaltung	261
1. Normenbestand und Struktur	262
2. Ausblick auf die kommunale und regionale Ebene	264
§ 9 Entwicklungslinien	266
I. Geschichte	266
II. Verwaltungsmodernisierung	266
III. Privatisierung	269
1. Gründe und Überblick	270
2. Organisationsprivatisierung einschließlich Beleihung	271
3. Funktionale Privatisierung (Verwaltungshilfe)	280
4. Aufgabenprivatisierung und regulierte Selbstregulierung	282

DRITTER ABSCHNITT

Maßstäbe des Verwaltungshandelns

§ 10 Maßstäbe des Verwaltungshandelns	285
I. Maßstäbe des Rechts und Recht als Maßstab	285
1. Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns	285
2. Verrechtlichung außerrechtlicher Maßstäbe	287
II. Bindung an Recht und Gesetz	288
1. Die Gesetzesbindung der Verwaltung	288
2. Die Eigenständigkeit der Verwaltung im Prozess der Rechtserzeugung	289

III. Die Dogmatik zu unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen im Wandel	291
1. Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen als traditionelle Doppel-Thematik	291
2. Die Dichotomie von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen in der Kritik	293
IV. Der sog unbestimmte Rechtsbegriff	301
1. Bestimmtheit und Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen	301
2. Notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung administrativer Entscheidungsfreiheit	303
3. Die Funktion des unbestimmten Rechtsbegriffs als Kontrastfigur	304
V. Der administrative Entscheidungsfreiraum	305
1. Grundlinien einer Dogmatik des administrativen Entscheidungs- freiraums	305
2. Der Beurteilungsspielraum	315
3. Das Ermessen	321

VIERTER ABSCHNITT

Subjektiv-öffentliche Rechte

§ 11 Subjektiv-öffentliche Rechte	332
I. Begriff und Funktion des subjektiv-öffentlichen Rechts	332
1. Die Unterscheidung von subjektivem und objektivem Recht	332
2. Eine Typologie subjektiv-öffentlicher Rechte	332
3. Das subjektiv-öffentliche Recht als Recht auf Normvollzug	333
4. Die Funktion des subjektiv-öffentlichen Rechts	335
II. Die Voraussetzungen des subjektiv-öffentlichen Rechts	336
1. Ausdrückliche Normierungen	336
2. Die herrschende Schutznormlehre	336
3. Die Weiterentwicklung der Schutznormtheorie	338
III. Die Funktion der Grundrechte bei der Bestimmung des subjektiv-öffentlichen Rechts	340
1. Norminterne Wirkung	340
2. Normexterne Wirkung	341
IV. Zur Ermittlung des subjektiv-öffentlichen Rechts im einzelnen	344
1. Baurecht	345
2. Umweltrecht	346
3. Wirtschaftsverwaltungsrecht	347
4. Beamtenrecht	348
V. Dogmatische Einzelfragen	349
1. Das Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch	349
2. Verfahrensrechte als subjektiv-öffentliche Rechte	350

3. Staatliche Kompetenzen und Befugnisse als subjektiv-öffentliche Rechte	352
VI. Das subjektiv-öffentliche Recht im Verwaltungsprozess	354
VII. Das subjektiv-öffentliche Recht im Europäischen Gemeinschaftsrecht	356
1. Der Ausgangsbefund	356
2. Die Problemfelder	357
VIII. Entwicklungstendenzen des subjektiv-öffentlichen Rechts	362

FÜNFTER ABSCHNITT

Verwaltungsverfahren

§ 12 Grundlagen	367
I. Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts	367
1. Verwaltungsverfahren in der Entwicklung zum bürgerlich-liberalen Rechtsstaat	367
2. Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts	369
3. Verfahrenseuphorie	373
4. Ernüchterung	374
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben	375
1. Kompetenz zur Normierung von Verwaltungsverfahrensrecht	375
2. Verfahrensbezogene Verfassungsprinzipien	376
III. Vorgaben aus europäischem Gemeinschaftsrecht und internationalem Recht	383
1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das Verwaltungsverfahren der Mitgliedstaaten	383
2. Völkerrechtliche Vorgaben für das Verwaltungsverfahren	386
IV. Rechtsvergleichende Hinweise	387
1. Verwaltungsverfahrensrecht in Europa, Herausbildung eines gemeineuropäischen Verwaltungsrechts	387
2. Verwaltungsverfahrensrecht im außereuropäischen Raum	392
§ 13 Grundmodell des Verwaltungsverfahrens	395
I. Subjekte des Verwaltungsverfahrens	395
1. Die zur Entscheidung berufene Behörde	395
2. Ausschluss befangener Amtswalter	397
3. Beteiligte iSd § 13 VwVfG	402
4. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit, Einbeziehung von Bevollmächtigten und Beiständen	406
II. Einleitung des Verwaltungsverfahrens	408
1. Verfahren von Amts wegen (Offizialprinzip)	408
2. Antragsverfahren (Dispositionsprinzip)	409

III. Fortgang des Verwaltungsverfahrens	414
1. Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungsobliegenheiten	414
2. Anhörungsrecht der Beteiligten	417
3. Recht auf Akteneinsicht und auf Geheimhaltung und Datenschutz	422
4. Beratungs- und Auskunftspflichten der Behörde	430
5. Mitwirkung anderer Behörden	433
IV. Abschluss des Verwaltungsverfahrens	436
1. Arten und Rechtswirkungen des Verfahrensabschlusses	436
2. Form des Verwaltungsaktes	439
3. Kostenentscheidung	440
4. Begründung des Verwaltungsaktes	442
5. Rechtsbehelfsbelehrung	445
6. Bekanntgabe des Verwaltungsaktes	446
V. Behandlung von Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formfehlern	446
1. Heilung von Verfahrens- und Formfehlern	447
2. Kein Aufhebungsanspruch trotz Verfahrens-, Form- und (örtlichen) Zuständigkeitsfehlern	452
3. Keine selbständige gerichtliche Geltendmachung von Verfahrensfehlern	456
§ 14 Modifikationen des Grundmodells: Planfeststellungsverfahren und andere besondere Verfahrensarten und -gestaltungen	458
I. Planfeststellungsverfahren	458
1. Rechtliche Grundlagen	458
2. Das Anhörungsverfahren	460
3. Der Planfeststellungsbeschluss	468
4. Folgen von Verfahrens- und Abwägungsfehlern	479
5. Gerichtlicher Rechtsschutz	482
II. Sonstige besondere Verfahrensarten	489
1. Das sog förmliche Verwaltungsverfahren der Verwaltungsverfahrensgesetze	489
2. Andere förmliche Verwaltungsverfahren	490
3. Verfahrensgesetzliche Vorgaben für das Rechtsbehelfsverfahren	494
III. Besondere Verfahrensgestaltungen	494
1. Massenverfahren	494
2. Verfahrensbeschleunigung	496
3. Besondere Verfahrensgestaltungen im Umweltrecht	496
IV. Verfahrensbeteiligung der Europäischen Kommission und anderer Mitgliedstaaten	500
1. Vertikale Verwaltungskooperation	500
2. Horizontale Verwaltungskooperation	501
3. Rechtsschutz gegen staatengerichtete Kommissionsentscheidungen	503
V. Verfahrensprivatisierung unter staatlicher Gewährleistungsverantwortung: Zertifizierung und Akkreditierung	503
§ 15 Mediation in Verwaltungsverfahren	504
I. Konfliktbewältigung durch Mediation	504

1. Schwächen der herkömmlichen Verfahren	504
2. Voraussetzungen für eine erfolgreiche Mediation	505
3. Das Kostenargument und Mediationserfahrungen	510
II. Zulässigkeit von mittlergestützten Aushandlungsprozessen	511
1. Zulässigkeit von Aushandlungsprozessen	511
2. Zulässigkeit des Einsatzes eines externen Mediators	513
III. Umsetzung des Verhandlungsergebnisses	514
1. Bindung der Beteiligten	514
2. Art der Umsetzung und gerichtliche Kontrolle	516
3. Rechtsfolgen des Scheiterns	518

SECHSTER ABSCHNITT

Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis

1. Teil: Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis im Überblick	
§ 16 Handlungsformen der Verwaltung	519
I. Übersicht über die Handlungsformen der Verwaltung	519
II. Rechtliche Bedeutung der Handlungsformen der Verwaltung	524
1. Rechtsbindungen	524
2. Fehlerfolgen	525
3. Rechtsschutzmöglichkeiten	526
III. Bedeutung der Handlungsformen der Verwaltung im System des Verwaltungsrechts	528
§ 17 Verwaltungsrechtsverhältnis	529
I. Begriff und Überblick	529
II. Einzelfragen	532
1. Die am Verwaltungsrechtsverhältnis Beteiligten	532
2. Die Begründung von Verwaltungsrechtsverhältnissen	535
3. Inhalte von Verwaltungsrechtsverhältnissen	537
4. Die Verletzung von Pflichten aus einem Verwaltungsrechtsverhältnis und ihre Rechtsfolgen	540
5. Die Nachfolge in Verwaltungsrechtsverhältnissen	541
6. Beendigung von Verwaltungsrechtsverhältnissen	544
III. Bedeutung des Verwaltungsrechtsverhältnisses im System des Verwaltungsrechts	545

2. Teil: Normative Handlungsformen

§ 18 Allgemeiner Teil 547

 I. Begriff und Funktion normativer Handlungsformen – Aufgaben einer Handlungsformenlehre 547

 II. Grund und Grenzen des Mandats der Exekutive zur Normsetzung – Arten normativer Handlungsformen 551

 1. Grundsätzlicher Rechtsetzungsvorbehalt der Legislative oder originäres Normsetzungsrecht der Exekutive? 551

 2. Arten exekutivischer Normsetzung – Numerus clausus der Normsetzungsformen? 555

 3. Grenz- und Sonderfälle 557

 III. Normsetzungsverfahren 559

 1. Anhörungs- und Beteiligungsrechte, insbesondere die Öffentlichkeitsbeteiligung 561

 2. Begründung von Normsetzungsakten 564

 3. Ausfertigung und Verkündung, In- und Außerkrafttreten 565

 IV. Normsetzungsermessen und Gesetzesbindung 565

 1. Das Gesetz als Determinante exekutiver Normsetzungsspielräume 566

 2. Übertragbarkeit von Elementen der auf exekutive Einzelakte bezogenen Lehre vom Ermessen/Beurteilungsspielraum? 569

 V. Fehlerfolgen und Rechtsschutz 574

§ 19 Besonderer Teil 577

 I. Exekutive Normsetzung kraft Delegation: Die Rechtsverordnung 577

 II. Exekutive Normsetzung kraft (verliehener) Autonomie: Die Satzung 585

 III. Exekutive Normsetzung kraft eigenen Rechts: Die Verwaltungsvorschrift 591

3. Teil: Verwaltungsakt

§ 20 Bedeutung, Funktion und Begriff des Verwaltungsakts 603

 I. Bedeutung und historische Entwicklung 603

 II. Funktionen des Verwaltungsakts als Steuerungsinstrument der Verwaltung 606

 III. Die Begriffsbestimmung des Verwaltungsakts 609

 1. Verwaltungsrechtliche Willenserklärung 609

 2. Behörde 610

 3. Regelung 612

 4. Einzelfall 614

 5. Gebiet des öffentlichen Rechts 618

 6. Finale Außenwirkung 619

 IV. Arten und Typen von Verwaltungsakten 622

 1. Differenzierter Regelungsinhalt 622

 2. Komplexe Regelungen 624

3. Verwaltungsaktstypen zur Flexibilitätssicherung	627
4. Supra- und transnationale Verwaltungsakte	628
§ 21 Rechtmäßigkeit und Rechtswirkungen von Verwaltungsakten	630
I. Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit	630
1. Grundlagen	630
2. Nichtig Verwaltungsakte	631
3. Teilrechtswidrigkeit und Teilnichtigkeit	633
4. Umdeutung	634
II. Beginn der Wirksamkeit	635
III. Einzelne Wirkungsebenen	635
1. Existenz und Wirksamkeit	635
2. Bindungswirkung	636
IV. Ende der Wirksamkeit	639
V. Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten	639
1. Ermächtigungsgrundlage und Verwaltungsaktsbefugnis	639
2. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	640
3. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	642
VI. Zeitpunkt der Beurteilung des Verwaltungsakts	643
§ 22 Nebenbestimmungen	644
I. Begriff und Bedeutung	644
II. Einzelne Nebenbestimmungen	645
1. Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt	645
2. Auflage und Auflagenvorbehalt	646
III. Zulässigkeit	647
IV. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	648
§ 23 Rücknahme von Verwaltungsakten	650
I. Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten	650
II. Begriff und Funktion der Rücknahme	651
III. Sonderregelungen	652
IV. Rücknahme belastender Verwaltungsakte	653
1. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte	653
2. Rücknahmeermessen	654
V. Vertrauensschutz bei der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte	655
1. Die Regelung des VwVfG	655
2. Rücknahmefrist	655
3. Geldleistungsverwaltungsakte	657
4. Andere Verwaltungsakte	661
5. Rücknahmeentscheidung	662
6. Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte anlässlich eines Rechtsbehelfsverfahrens	662
VI. Rechtsfolgen der Rücknahme	664

§ 24 Widerruf von Verwaltungsakten	666
I. Begriff und Funktion des Widerrufs	666
II. Sonderregelungen	667
III. Widerruf nicht begünstigender Verwaltungsakte	667
IV. Vertrauensschutz bei Widerruf begünstigender Verwaltungsakte	668
1. Widerrufsfrist	668
2. Widerrufsgründe	668
3. Entschädigungsanspruch	671
4. Widerruf begünstigender Verwaltungsakte anlässlich eines Rechtsbehelfsverfahrens	671
V. Widerrufsentscheidung und Folgen des Widerrufs	672
§ 25 Wiederaufgreifen des Verfahrens	672
I. Funktion des Wiederaufgreifens	672
II. Voraussetzungen des Wiederaufgreifens	674
1. Wiederaufgreifensgründe	674
2. Verhalten des Betroffenen	675
III. Entscheidung der Behörde und Rechtsschutz	675
IV. Wiederaufgreifen im weiteren Sinne?	676
§ 26 Vollstreckung von Verwaltungsakten	677
I. Grundlagen	677
II. Beitreibung von Geldforderungen	678
1. Gegenstand und Mittel der Vollstreckung	678
2. Vollstreckungsvoraussetzungen	678
3. Vollstreckungsverfahren	679
4. Rechtsschutz	679
III. Verwaltungszwang	680
1. Gegenstand und Mittel der Vollstreckung	680
2. Vollstreckungsvoraussetzungen	681
3. Vollstreckungsverfahren	683
4. Rechtsschutz	684
4. Teil: Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	
§ 27 Die verwaltungsrechtliche Willenserklärung	686
I. Begriff und Einordnung in die Handlungsformenlehre	686
II. Wirksamwerden verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen	688
III. Die Auslegung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen	689
IV. Widerruf und Anfechtung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen	691
§ 28 Begriff, Bedeutung und Arten des Verwaltungsvertrages	692
I. Der Verwaltungsvertrag als kooperative Rechtsform des Verwaltungshandelns	692

Inhaltsverzeichnis

II. Anwendungsfelder von Verwaltungsverträgen	693
III. Subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verwaltungs- verträge	696
§ 29 Bestimmung der Rechtsnatur von Verwaltungsverträgen	698
I. Notwendigkeit der Unterscheidung	698
II. Unterscheidungskriterien	699
III. Die Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze	702
IV. Die Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuchs	704
§ 30 Zustandekommen von Verwaltungsverträgen	705
I. Zustandekommen eines Vertrages durch übereinstimmende Willens- erklärung	705
II. Verwaltungs- und Verbandskompetenz	707
§ 31 Wirksamkeit von Verwaltungsverträgen	710
I. Wirksamkeitserfordernisse	710
II. Wirksamkeitshindernisse	712
1. Rechtmäßigkeitsmaßstäbe	712
2. Nichtigkeitsgründe	721
§ 32 Vertragserfüllung und Leistungsstörungen	728
§ 33 Durchsetzung vertraglicher Ansprüche	732
§ 34 Weitere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen	734
I. Begriff und Rechtsfolgenregime	734
II. Das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis	737
III. Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag	739
1. Begriff und Funktionen der GoA	739
2. Die GoA im Verhältnis zwischen Hoheitsträgern	741
3. Die GoA der Verwaltung für den Bürger	743
4. Die GoA des Bürgers für die Verwaltung	744
IV. Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch	746
1. Gesetzliche Erstattungsansprüche	746
2. Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch	749
V. Das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis	754
5. Teil: Schlichtes Verwaltungshandeln	
§ 35 Grundlagen des schlichten Verwaltungshandelns	760
I. Begriff und Bedeutung	760
II. Rechtsbindungen	762
III. Fehlerfolgen und Rechtsschutz	765

1. Fehlerfolgen	765
2. Rechtsschutzfragen	769
§ 36 Einzelfälle	771
I. Staatliche Öffentlichkeitsinformationen	771
1. Formen und Relevanz staatlicher Informationstätigkeiten	771
2. Rechtsfragen produktbezogener Öffentlichkeitsinformationen	772
II. Informales Verwaltungshandeln	776

SIEBENTER ABSCHNITT

Recht der öffentlichen Sachen

§ 37 Begriff und Wesen der öffentlichen Sachen	782
I. Der Sachbegriff	783
II. Der öffentlich-rechtliche Status	784
1. Die Sachen des „Finanzvermögens“	784
2. Entstehung durch Rechtsakt	784
3. Verwaltungsrechtlicher Sonderstatus als „dingliche“ Rechtsmacht	785
4. Das „öffentliche Eigentum“	785
5. Dualistische Konstruktion des Rechtsstatus	787
6. Öffentlich-rechtlicher Sonderstatus ohne „Dinglichkeit“ – Das Verhältnis von „Sachen-“ und „Anstaltsrecht“	789
§ 38 Die Arten der öffentlichen Sachen	792
I. Öffentliche Sachen im Zivilgebrauch	792
1. Sachen im Gemeingebrauch	792
2. Öffentliche Sachen im Sondergebrauch	796
3. Öffentliche Sachen im „Anstaltsgebrauch“	798
4. Die „eisenbahnrechtliche Widmung“	802
II. Öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch	804
III. Die res sacrae	805
§ 39 Entstehung, Inhalt und Beendigung des öffentlich-rechtlichen Status	807
I. Entstehung einer „öffentlichen Sache“ im Rechtssinne	807
1. Rechtsform und Rechtsnatur der Widmung	807
2. Widmung bei Sachen im Anstalts- und Verwaltungsgebrauch	810
3. Zulässigkeitsvoraussetzungen einer verwaltungsaktsmäßigen Widmung	811
4. Rechtsfolgen bei fehlerhafter Widmungsverfügung	813
II. Beendigung des öffentlich-rechtlichen Sonderstatus („Entwidmung“, „Einziehung“)	814

III. Die Änderungsverfügung („Umstufung“)	815
1. Die verschiedenen Straßengruppen	815
2. Eingruppierung, Aufstufung, Abstufung	816
IV. Die Bau- und Unterhaltungslast	816
1. Inhalt	817
2. Die „Begünstigten“	817
3. Träger der Straßenbaulast	819
§ 40 Der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen	820
I. Eigentum, öffentlich-rechtliche Sachherrschaft, Gemeingebrauch	820
II. Eigentumsbeschränkende Funktion der straßenrechtlichen Widmung – Zur Restherrschaft des Eigentümers	822
1. Die privatrechtliche Verfügungsbefugnis	822
2. Realakte des Eigentümers	823
3. Geltendmachung der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft	823
4. Herausgabe- und Abwehransprüche des Eigentümers	824
III. Gemeingebrauchsbestimmende und -begrenzende Widmungsfunktion	825
1. Grundlagen	825
2. Verkehrsgebrauch	826
3. Anliegergebrauch	827
4. Der ruhende Verkehr	829
5. „Zum Zwecke des Verkehrs“ als subjektive Komponente	831
6. Sonderregelungen durch Satzung	837
7. Besondere Gemeingebrauchsschranken	837
8. Erlaubnisfreie Benutzung	838
9. Unentgeltlichkeit?	838
10. Gebrauch im Rahmen der Verkehrsvorschriften	839
IV. Gemeingebrauch und subjektives öffentliches Recht	842
1. Der „schlichte“ Gemeingebrauch	842
2. Der Anliegergebrauch	844
§ 41 Sondernutzung	848
I. Grundlagen	848
II. Sondernutzungserlaubnis	849
1. Voraussetzungen, Formen und Inhalt der Erlaubniserteilung	850
2. Benutzungsgebühr	851
3. Erlaubnisbehörde	852
4. Das Verhältnis zu anderen verwaltungsrechtlichen Erlaubnissen und Genehmigungen	852
5. Duldungspflicht des Eigentümers	853
6. Der „illegale“ Sondergebrauch	853
III. Gestattung des Wegeeeigentümers	854
1. Anwendungsbereich	854
2. Bindungen des Wegeeeigentümers	854

ACHTER ABSCHNITT

Staatshaftungsrecht

§ 42 Einleitung	858
§ 43 Amtshaftung und Beamtenhaftung	860
I. Grundlagen	860
1. Geschichtliches	860
2. Geltendes Recht	861
II. Amtshaftung wegen Verletzung von Amtspflichten bei öffentlich-rechtlichem Handeln	861
1. Die mittelbare Staatshaftung	861
2. Begriff des Beamten	865
3. Amtspflicht gegenüber einem Dritten	865
4. Verschulden	871
5. Kausalität	872
6. Haftungseinschränkungen	873
7. Verjährung und Rechtsweg	876
III. Haftung wegen Verletzung einer Amtspflicht bei privatrechtlichem Handeln	876
1. Haftung des Beamten	876
2. Haftung des Dienstherrn	877
IV. Art und Höhe des Schadensersatzes	878
§ 44 Grundrechtshaftung	879
I. Grundlagen	879
1. Historischer Ursprung; Enteignungs- und Aufopferungsrecht	879
2. Enteignung und Aufopferung unter der Weimarer Reichsverfassung	879
3. Entwicklung unter dem Grundgesetz	882
II. Enteignung	884
1. Tatbestand der Enteignung	884
2. Zulässigkeit der Enteignung	885
3. Entschädigung	887
4. Enteignungsverfahren	891
III. Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung	892
1. Grundlagen	892
2. Voraussetzungen und Grenzen	894
3. Folgen	895
4. Abgrenzung von entschädigungspflichtiger und entschädigungslos zulässiger Inhaltsbestimmung	896
5. Salvatorische Klauseln	897
IV. Enteignungsgleicher Eingriff	898
1. Grundlagen	898
2. Tatbestand	900

Inhaltsverzeichnis

3. Rechtsfolge: Entschädigung	903
4. Vorrang des Primärrechtsschutzes und Mitverschulden	904
V. Enteignender Eingriff	905
1. Grundlagen	905
2. Tatbestand	906
3. Rechtsfolge: Entschädigung	906
4. Mitverschulden und Vorrang des Rechtsschutzes gegen Rechts- verletzungen	907
VI. Aufopferung	909
1. Tatbestand	909
2. Rechtsfolge: Entschädigung	912
VII. Folgenbeseitigungsanspruch	913
1. Entwicklung und Grundlagen des Folgenbeseitigungsanspruchs	913
2. Einzelheiten	918
3. Ansprüche im Umkreis des Folgenbeseitigungsanspruchs	921
4. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch	922
§ 45 Ergänzungen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsrechts	924
I. Sonderbestimmungen des Polizeirechts	924
II. Entschädigung bei Widerruf oder Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte	925
III. Soziale Entschädigung	925
IV. Plangewährleistung	926
V. Schadensersatzansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen	928
VI. Öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung	931
VII. Staatshaftungsgesetze in den neuen Bundesländern	931
§ 46 Haftung nach europäischem Recht	934
I. Haftung nach Gemeinschaftsrecht	934
1. Haftung der Gemeinschaft	934
2. Haftung von Mitgliedstaaten	937
II. Haftung nach EMRK	944
1. Grundlagen	944
2. Haftung nach Art 41 EMRK	945
3. Haftung nach Art 5 V EMRK	954
§ 47 Künftige Entwicklung des Staatshaftungsrechts	956
Sachverzeichnis	959

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Achterberg* Allg VwR
Achterberg/Püttner/Würtenberger,
 Bes VwR I, II
Badura StR
Battis Allg VwR
Benda/Maihofer/Vogel
 HdbVerfR
 (2. Aufl 1994)
Bender StHR, 3. Aufl
- BK
- Bleckmann* EuR
Bull Allg VwR
- Calliess/Ruffert, EUV/EGV
- Degenhart* StR I
Detterbeck Allg VwR
Drews/Wacke/Vogel/Martens,
 Gefahrenabwehr
 Ehlers,
 Europäische Grundrechte
Erbguth Allg VwR
Erichsen StR u VerfGbkI, II
Erichsen VwR u VwGbkI
- Eyermann, VwGO
- Faber* VwR
Forsthoff VwR
- Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri* VwR
Götz Allg VwR
- Grabitz/Hilf, EU
- vd Groeben/Schwarze,
 EUV/EGV I, II/1, II/2, III,
 IV, V
- Hendler* Allg VwR
- Hesse* VerfR
- Hk-VerwR
- Huber* Allg VwR
- Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl 1986
 Norbert Achterberg/Günter Püttner/Thomas Würtenberger (Hrsg),
 Besonderes Verwaltungsrecht, Bd I, 2. Aufl 2000, Bd II, 2. Aufl
 2000
 Peter Badura, Staatsrecht, 3. Aufl 2003
 Ulrich Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl 2002
 Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des
 Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl 1983;
 2. Aufl 1994
 Bernd Bender, Staatshaftungsrecht, 3. völlig neubearbeitete Auf-
 lage auf der Grundlage des Staatshaftungsgesetzes 1981
 Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand:
 120. Aktualisierung (Dezember 2005)
 Albert Bleckmann, Europarecht, 6. Aufl 1997
 Hans Peter Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungs-
 lehre, 7. Aufl 2005
 Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg), Kommentar des Ver-
 trages über die Europäische Union und des Vertrages zur Grün-
 dung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl 2002
 Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 21. Aufl 2005
 Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl 2005
 Bill Drews/Gerhard Wacke/Klaus Vogel/Wolfgang Martens (Hrsg),
 Gefahrenabwehr, 9. Aufl 1986
 Dirk Ehlers (Hrsg), Europäische Grundrechte und Grundfreihei-
 ten, 2. Aufl 2005
 Wilfried Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. Aufl 2005
 Hans-Uwe Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit
 Bd I, 3. Aufl 1982; Bd II, 2. Aufl 1979
 Hans-Uwe Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichts-
 barkeit, Bd I, 2. Aufl 1984
 Erich Eyermann (Begr), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommen-
 tar, 12. Aufl 2006
 Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 4. Aufl 1995
 Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd 1, Allgemei-
 ner Teil, 10. Aufl 1973
 Elmar Giemulla/Nikolaus Jaworsky/Rolf Müller-Uri, Verwaltungs-
 recht, 7. Aufl 2004
 Volkmar Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, Fälle und Erläute-
 rungen für Studierende, 4. Aufl 1997
 Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäi-
 schen Union, Stand: Dezember 2005
 Hans vd Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg), Kommentar zum EU-/
 EG-Vertrag, 4 Bände, 6. Aufl 2004
 Reinhard Hendler, Allgemeines Verwaltungsrecht, Grundstruktu-
 ren und Klausurfälle, 3. Aufl 2001
 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepu-
 blik Deutschland, 20. Aufl 1999
 Michael Fehling/Berthold Kastner/Volker Warendorf (Hrsg), Ver-
 waltungsrecht – Handkommentar, 2006
 Peter-Michael Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl 1997

- Hufen* VwPrR
Ipsen Allg VwR
Isensee/Kirchhof I–X Friedrichhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl 2005
 Jörn Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl 2005
 Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd I, 3. Aufl 2003, Bd II, 3. Aufl 2004, Bd III, 2. Aufl 1996, Bd IV, 2. Aufl 1999, Bd V, 2. Aufl 2000, Bd VI, 2. Aufl 2001, Bd VII 1993, Bd VIII 1995, Bd IX 1997, Bd X 2000
- Jarass/Pieroth* GG
 Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Aufl 2006
- W. Jellinek* VwR
Kadelbach Allg VwR
 Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl 1931, Neudruck 1966
 Stefan Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999
- Knack*, VwVfG
 Hans Joachim Knack (Begr), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Aufl 2004
- Koch/Rubel/Heselhaus*
 Allg VwR
Kopp/Schenke VwGO
 Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl 2005
- Kopp/Ramsauer* VwVfG
 Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl 2005
- Loeser* System VwR
 v Mangoldt/Klein/Starck,
 GG I, II, III
 Roman Loeser, System des Verwaltungsrechts Bd I, II, 1994
 Hermann v Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd I, 5. Aufl 2005, Bd II, 5. Aufl 2005, Bd III, 5. Aufl 2005
- Maunz/Dürig*, GG
 Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Hans H. Klein/Peter Lerche/Hans-Jürgen Papier/Albrecht Randelshofer/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg), Grundgesetz, (Loseblatt-)Kommentar, Stand: August 2005
- Martens* Praxis
Maurer Allg VwR
Maurer StR
Mayer/Kopp Allg VwR
 Joachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, 1985
 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl 2004
 Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 4. Aufl 2005
 Franz Mayer/Ferdinand O. Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl 1985
- O. Mayer* VwR I, II
 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde, 3. Aufl 1924, Neudruck Bd I 1961, Bd II 1969
- Meyer/Borgs* VwVfG
 Hans Meyer/Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl 1982
- v Münch/Kunig,
 GGK I, II, III
 Ingo v Münch/Philip Kunig (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl, Bd I 2000, Bd II 2001, Bd III 2003
- Obermayer*, VwVfG
 Klaus Obermayer (Begr), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl 1999
- Oppermann* EuR
Ossenbühl StHR
Peine Allg VwR
 Thomas Oppermann, Europarecht, 3. Aufl 2005
 Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl 1998
 Franz-Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl 2006
- Peters*, HkWP
 Hans Peters (Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3 Bde, 1956 ff
- Püttner*, HkWP
 Günter Püttner (Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl, 6 Bde, 1981 ff
- Püttner* Allg VwR
 Redeker/v Oertzen, VwGO
 Günter Püttner, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl 1995
 Konrad Redeker/Hans-Joachim v Oertzen (Begr), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 14. Aufl 2004
- Schmalz* Allg VwR
 Dieter Schmalz, Allgemeines Verwaltungsrecht und Grundlagen des Verwaltungsrechtsschutzes, 3. Aufl 1998

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Schmidt-Aßmann*
Ordnungsidee
Schmidt-Aßmann, Bes VwR
Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl 2004
Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl 2005
- Schmitt Glaeser/Horn* VwPrR
Walter Schmitt Glaeser/Hans-Detlef Horn, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl 2000
- Schoch/Schmidt-Aßmann/
Pietzner, VwGO
Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner (Hrsg), Verwaltungsgerichtsordnung, (Loseblatt-)Kommentar, Stand: Oktober 2005
- Schuppert*
Verwaltungswissenschaft
Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, 2000
- Schwarze* Eur VwR
Schwarze, EU-Kommentar
Schweickhardt, Allg VwR
Jürgen Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl 2005
Jürgen Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar, 1. Aufl 2000
Rudolf Schweickhardt (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl 2004
- Schweitzer* StR III
Schweitzer/Hummer EuR
Michael Schweitzer, Staatsrecht III, 8. Aufl 2004
Michael Schweitzer/Waldemar Hummer, Europarecht, 6. Aufl 2003
- Sproll* Allg VwR I, II
Hans-Dieter Sproll, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd I 1997, Bd II 1998
- Statist Jb
Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland (hrsg vom Statistischen Bundesamt)
- Steiner, Bes VwR
Stelkens/Bonk/Sachs,
VwVfG
Steiner, Bes VwR
Udo Steiner (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl 2003
Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl 2001
- Stern* StR I, II, III/1, III/2, V
Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd I, 2. Aufl 1984, Bd II 1980, Bd III/1 1988, Bd III/2 1994, Bd V 2000
- Streinz* EuR
Streinz, EUV/EGV
Rudolf Streinz, Europarecht, 7. Aufl 2005
Rudolf Streinz (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003
- Ule/Laubinger* VwVfR
Carl Hermann Ule/Hans Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl 1998 (aktualisierter Nachdruck)
- Wallerath* Allg VwR
Maximilian Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl 2000
- Weides* VwVf
Peter Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. Aufl 1993
- Wolff/Bachof* VwR I, II, III
Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht, Bd I, 9. Aufl 1974, Bd II, 4. Aufl 1976, Bd III, 4. Aufl 1978
- Wolff/Bachof/Stober*
VwR I, II, III
Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht, Bd I, 11. Aufl 1999, Bd II, 6. Aufl 2000, Bd III, 5. Aufl. 2004
- Zippelius/Würtenberger* StR
Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl 2005

Abkürzungsverzeichnis

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

f	die nächste folgende Seite; für
ff	die nächsten folgenden Seiten
FFH	Fauna-Flora-Habitat
FG	Festgabe/Finanzgericht
FinArch	Finanzarchiv
FiWi	Finanzwirtschaft
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
G/Ges	Gesetz
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GBI	Gesetzblatt
geänd	geändert
gem	gemäß
ges/gesetzl	gesetzlich
Gesellsch	Gesellschaft
GesEntw	Gesetzesentwurf
GewArch	Gewerbearchiv
gg	gegen
ggf, ggfls	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMBI	Gemeinsames Ministerialblatt
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GR-Charta	Grundrechte-Charta
grds	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gesetzessammlung/Gedächtnisschrift
GV NRW	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
GVBl, GVOBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
H	Heft
Halbbd	Halbband
Hb	Handbuch
Hmb	Hamburg
Hdb	Handbuch
Hdwb	Handwörterbuch
Herv	Hervorhebung
Hess	Hessen
HessStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
Hinw	Hinweis
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg, hrsg	Herausgeber, herausgegeben
HS/Hs/Halbs	Halbsatz
HVerfG	Hamburgisches Verfassungsgericht
Hws	Hinweis
i Erg/iE	im Ergebnis
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne

Abkürzungsverzeichnis

ieS	im engeren Sinne
IHK	Industrie- und Handelskammer
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization
inkl	inklusive
insbes/insb	insbesondere
insges	insgesamt
inzw	inzwischen
iS v/d	im Sinne von/des
iSe	im Sinne eines
IUR	Informationsdienst Umweltrecht
iV mit/iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
iZw	im Zweifel
J	Jahre
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jb	Jahrbuch
JbDBP	Jahrbuch der Deutschen Bundespost
jew	jeweils
Jh(dt)	Jahrhundert
JK	Jura-Kartei
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
jur	juristisch
Jura	Juristische Ausbildung
Juris	Juristisches Informationssystem
JuS	Juristische Schulung
JUTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
JZ	Juristenzeitung
K	Kammer
K&R	Kommunikation & Recht
Kap	Kapitel
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kommanditgesellschaft/Kammergericht
KOM	Kommissionsdokument
KomE	Kommissionsentwurf
KommunalPraxisBY	KommunalPraxis Bayern
krit	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KStZ	Kommunale Steuer-Zeitschrift
lfd	laufend
lit	littera/Buchstabe
Lit	Literatur
Losebl	Loseblattsammlung
LS	Leitsatz
LSA	Sachsen-Anhalt
Lsbl	Loseblattsammlung
lt	laut
LT	Landtag
LT-Drucks	Landtags-Drucksachen
LV(erf)	Landesverfassung

m	mit
m Anm	mit Anmerkung
m krit Anm	mit kritischer Anmerkung
m zust Anm	mit zustimmender Anmerkung
maW	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MDSStV	Medien dienst-Staatsvertrag
MEPoIG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder
Min	Ministerium
Mio	Million(en)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittNWStGB	Mitteilungen des nordrhein-westfälischen Städte- und Gemeindebundes
Mitw	Mitwirkung
MMR	MultiMedia und Recht
mN	mit Nachweisen
Mrd	Milliarde(n)
MV	Mecklenburg-Vorpommern
mwN	mit weiteren Nachweisen
nachgew	nachgewiesen
Nachw	Nachweise
NC	numerus clausus
Nds	Niedersachsen
NdsOVG	Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht
NdsStGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NdsVBl	Niedersächsische Verwaltungsblätter
nF/NF	neue Fassung, neue Folge
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Onlinezeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
NJW-RR	Rechtsprechungs-Report Zivilrecht der Neuen Juristischen Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr/Nrn	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Rechtsprechungs-Report der Neuen Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Rechtsprechungs-Report der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVZ	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NWVBl	Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter
NWVerfGH	Nordrhein-westfälischer Verfassungsgerichtshof
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o	oben
O	Ordnung
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
öffentl	öffentlich
OLG	Oberlandesgericht

Abkürzungsverzeichnis

ör	öffentlich-rechtlich
ÖR	Öffentliches Recht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
pass	passim
PersR	Der Personalrat
PersV	Die Personalvertretung
Pl-Pr	Plenarprotokolle
priv	privat
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
R	Recht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RdL	Recht der Landwirtschaft
RdWW	Recht der Wasserwirtschaft
rechtl	rechtlich
Reg	Regierung
RegEntw	Regierungsentwurf
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
Rez	Rezension
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rh-Pf	Rheinland-Pfalz
RiA	Das Recht im Amt
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
RP	Rheinland-Pfalz
Rs	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
Rsprübers	Rechtsprechungsübersicht
RTW	Recht, Technik, Wirtschaft
RuP	Recht und Politik
RVerwBl	Reichsverwaltungsblatt
S	Seite, Satz
s	siehe
sa	siehe auch
Saarl	Saarland
SaarlOVG	Oberverwaltungsgericht des Saarlandes
SaarlVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Saarlandes
Sachs	Sachsen
SächsOVG	Sächsisches Oberverwaltungsgericht
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter
SächsVerfGH	Sächsischer Verfassungsgerichtshof
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen

Sart	Sartorius
SchrVfS	Schriften des Vereins für Sozialpolitik
SH	Schleswig-Holstein
Slg	Sammlung
so	siehe oben
sog	sogenannte(r)
st Rsp/st Rspr	ständige Rechtsprechung
StAnz	Staatsanzeiger
std	ständig
StGH	Staatsgerichtshof
str	strittig
StReg	Staatsregierung
StT	Der Städtetag
StuGR	Städte- und Gemeinderat
su	siehe unten
SV	Sondervotum
TA	Technische Anleitung
teilw	teilweise
Thür	Thüringen/Thüringer
ThürOVG	Thüringer Oberverwaltungsgericht
ThürVBL	Thüringer Verwaltungsblätter
ThürVerfGH	Thüringer Verfassungsgerichtshof
ThürVGRspr	Rechtsprechung der Thüringer Verwaltungsgerichte
TKMR	Zeitschrift für Telekommunikations- und Medienrecht
Tz	Textziffer
u	und/unten
ü	über
ua	unter anderen(m), und andere
uam	und anderes mehr
Überbl	Überblick
UGB-KomE	BMU (Hrsg), Umweltgesetzbuch, Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, 1998
ÜK	Übereinkommen
umfass	umfassend
umstr	umstritten
UN	United Nations, Vereinte Nationen
UNO	United Nations Organization
unzul	unzulässig
unzutr	unzutreffend
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt	Urteil
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
uU	unter Umständen
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
v	von/vom
VA	Verwaltungsakt
va	vor allem
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VBINW	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
VDE	Verband deutscher Elektrotechniker eV
VDI	Verein deutscher Ingenieure eV
XL	

Abkürzungsverzeichnis

VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht
Verf	Verfassung
VerfG	Verfassungsgericht
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
Verh	Verhandlungen
VerkBl	Verkehrsblatt
VerkMitt	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
Verw	Verwaltung, Die Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerWiss	Verwaltungswissenschaften
VerwPrR	Verwaltungsprozessrecht
VerwR	Verwaltungsrecht
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VfG	Verfassungsgericht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl (a)	vergleiche (auch)
vH	von Hundert
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VkBl	Verkehrsblatt, Amtsblatt des Bundesministers für Verkehr
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VoraufI	Vorauslage
Vorb/Vorbem	Vorbemerkung
vorl	vorläufig
VR	Verwaltungsrundschau
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa
VwGerichtsbkt	Verwaltungsgerichtsbarkeit
VwR	Verwaltungsrecht
VwV	Verwaltungsvorschrift(en)
weit	weitere
WiGBI	Wirtschaftsgesetzblatt
WiR	Wirtschaftsrecht
wiss	wissenschaftlich
WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WiV/WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
WM	Wertpapier-Mitteilungen
wN	weitere Nachweise
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTO	World Trade Organization/Welthandelsorganisation
WUR	Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, Wirtschaft und Recht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z Zt	zur Zeit
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAU	Zeitschrift für angewandte Umweltforschung
zB	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht

ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfPR	Zeitschrift für Personalvertretungsrecht
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit	zitiert
ZK	Zollkodex
ZKF	Zeitschrift für Kommunalfinanzen
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Luftrecht
ZLW	Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zT	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
Ztschr	Zeitschrift
zugest	zugestimmt
zul	zuletzt
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zurückh	zurückhaltend
zust	zustimmend
zutr	zutreffend
ZVI	Zeitschrift für Verbraucherinsolvenzrecht

Im Übrigen wird auf das Abkürzungsverzeichnis von Schmidt-Aßmann (Hrsg), Bes VwR, XXIX ff, sowie auf das Werk von Kirchner, Abkürzungen der Rechtssprache, 5. Aufl 2003, verwiesen.

ERSTER ABSCHNITT

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

Dirk Ehlers

Gliederung

	Rn
§ 1 Staatliche Verwaltung	1– 78
I. Begriff der staatlichen Verwaltung	3– 13
1. Staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne	4
2. Staatliche Verwaltung im materiellen Sinne	5– 12
3. Staatliche Verwaltung im formellen Sinne	13
II. Organisation der staatlichen Verwaltung	14– 18
III. Personal der staatlichen Verwaltung	19– 27
1. Beschäftigungsverhältnisse	19– 20
2. Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals	21– 24
3. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen	25– 27
IV. Zielsetzung und Grundsätze der staatlichen Verwaltung	28– 33
1. Verfolgung öffentlicher Interessen	28– 32
2. Maßstäbe des Verwaltungshandelns	33
V. Arten der staatlichen Verwaltung	34– 51
1. Unterscheidung nach der Art der Aufgabenstellung	35– 46
2. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Verwaltung	47
3. Unterscheidung nach dem Verwaltungsträger	48
4. Unterscheidung nach der Rechtsform des Tätigwerdens	49
5. Unterscheidung nach der Modalität des Handelns	50
6. Unterscheidung nach der Intensität der Gesetzesbindung	51
VI. Handlungsformen der Verwaltung	52– 53
VII. Planende Verwaltung	54– 58
VIII. Informationelle Verwaltung	59– 71
1. Recht der Privaten auf Zugang zu amtlichen Informationen	60– 63
2. Recht der Verwaltung auf Zugang zu privaten Informationen	64
3. Informationspflichten der Verwaltung gegenüber Privaten	65
4. Geheimhaltungspflichten der Verwaltung	66– 67
5. Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikations- techniken	68– 71
IX. Administrative Steuerung und gesellschaftliche Selbstregulierung	72– 75
X. Verwaltungswissenschaften	76– 78
§ 2 Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung	1–130
I. Recht, Rechtsquelle und Rechtsnorm	2– 17
1. Begriff des Rechts	2– 5
2. Begriff der Rechtsquelle	6
3. Begriff der Rechtsnorm	7

4. Wirkungsweise von Rechtsnormen	8
5. Allgemeine Rechtsgrundsätze und ihre Wirkungsweise	9– 13
6. Rechtsauslegung, Rechtskonkretisierung und Rechtsanwendung	14– 17
II. Arten der Rechtsnormen	18– 69
1. Normen des internationalen Rechts	19– 32
2. Normen des nationalen Rechts	33– 69
III. Geltungsbereich der Rechtsnormen	70– 89
1. Normen des internationalen Rechts	71– 84
2. Normen des nationalen Rechts	85– 89
IV. Rangordnung der Rechtsquellen	90–109
1. Notwendigkeit einer Rangordnung	90
2. Stufen der Völkerrechtsordnung	91
3. Verhältnis von Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht	92
4. Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht	93
5. Stufen der Gemeinschaftsrechtsordnung	94
6. Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht	95–107
7. Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und EMRK-Recht	108
8. Stufen der innerstaatlichen Rangordnung	109
V. Fehlerfolgen bei Verstößen gegen das höherrangige Recht	110–114
1. Folgen fehlerhafter Normen des Völker- und Gemeinschaftsrechts sowie fehlerhafter Parlamentsgesetze	110–112
2. Folgen fehlerhafter untergesetzlicher Normen des Außenrechts	113
3. Folgen fehlerhafter Innenrechtsnormen	114
VI. Normprüfungs-, -aussetzungs-, -nichtenanwendungs- und -verwerfungskompetenzen der Verwaltung	115–123
1. Nichtanwendung von Normen durch die Gemeinschaftsverwaltung	121
2. Nichtanwendung von Normen durch die nationale Verwaltung	122–123
VII. Gerichtlicher Rechtsschutz in Bezug auf Normen	124–130
1. Streitbeilegung im Völkerrecht	124
2. Gerichtlicher Rechtsschutz im Gemeinschaftsrecht	125
3. Gerichtlicher Rechtsschutz im nationalen Recht	126–130
§ 3 Verwaltungsrecht	1– 94
I. Begriff des Verwaltungsrechts	1– 6
II. Arten des Verwaltungsrechts	7– 9
III. Verwaltungsrecht als Teilgebiet des öffentlichen Rechts	10– 71
1. Notwendigkeit einer Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	10– 13
2. Unterscheidung der Rechtsgebiete	14– 31
3. Geltungsbereich des öffentlichen und privaten Rechts	32– 51
4. Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts	52
5. Einzelfälle	53– 62
6. Grenzfälle	63
7. Einwirkungen des öffentlichen und privaten Rechts aufeinander	64– 71
IV. Verwaltungsprivatrecht	72– 89
1. Tätigwerden der Verwaltung in privatrechtlichen Formen	72– 77
2. Steuerung der privatrechtlich organisierten Verwaltung	78
3. Bindung der Verwaltung an das Privatrecht beim Handeln in Privatrechtsform	79
4. Bindung der Verwaltung an das öffentliche Recht beim Handeln in Privatrechtsform	80– 88

5. Rechtsweg im Falle einer Bindung der privatrechtlichen Verwaltung an das öffentliche Recht	89
V. Verwaltungsrechtswissenschaft	90– 94
1. Grundlegung und Ausformung	90– 92
2. Reform des Verwaltungsrechts und Neuausrichtung der Ver- waltungsrechtsdogmatik	93– 94
§ 4 Europäisches Recht und Verwaltungsrecht	1– 71
I. Rechtssetzung der Europäischen Gemeinschaft	1– 8
1. Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft	1
2. Arten der Zuständigkeiten	2
3. Kompetenzausübungsschranken	3
4. Organisationszuständigkeiten und Formen des Rechtssetzungs- verfahrens	4– 6
5. Mitwirkung der Mitgliedstaaten an der Setzung des Gemeinschafts- rechts	7– 8
II. Handlungsformen der Europäischen Gemeinschaft	9– 28
1. Verordnungen	10
2. Richtlinien	13– 15
3. Entscheidungen	16– 22
4. Empfehlungen und Stellungnahmen	23
5. Sonstige Rechtshandlungen	24– 28
III. Umsetzung des Gemeinschaftsrechts	29– 30
IV. System der Vollziehung des Gemeinschaftsrechts	31– 32
V. Vollziehung des Gemeinschaftsrechts durch die Europäische Gemeinschaft	33– 42
1. Betroffene Rechtsgebiete	33
2. Organisationsrecht der Eigenverwaltung	34– 39
3. Handlungsbefugnisse, Handlungsformen und Handlungsmaßstäbe der Eigenverwaltung	40– 42
VI. Vollziehung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten	43– 57
1. Arten der Vollziehung	43– 51
2. Auswirkungen auf die Verwaltungsorganisation	52
3. Auswirkungen auf die Verwaltungskompetenzen	53– 54
4. Auswirkungen auf das Verwaltungspersonal	55
5. Auswirkungen auf die Verwaltungskontrolle	56– 57
VII. Verwaltungskooperation	58– 60
VIII. Vollziehung des Gemeinschaftsrechts durch Private	61– 63
IX. Rechtsschutz	64– 67
§ 5 Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht	1– 25
I. Allgemeines	1– 5
II. Bedeutung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für das Verwaltungsrecht	6– 25
1. Demokratie	7– 9
2. Bundesstaat	10– 16
3. Rechtsstaatlichkeit	17– 24
4. Weitere Verfassungsaufträge	25

§ 1 Staatliche Verwaltung

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

I. Begriff der staatlichen Verwaltung

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

1. Staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne

- 4 Jede Organisation bedarf einer Verwaltung. Hier interessiert nur die *staatliche* Verwaltung, nicht die Verwaltung privater Organisationen (zur Verwaltung der Europäischen Gemeinschaften → § 4 Rn 33 ff). Im Schrifttum wird fast durchweg von öffentlicher Verwaltung gesprochen. Indessen ist der Begriff des „Öffentlichen“ mehrdeutig² und

¹ Vgl dazu BVerfGE 45, 376 ff.

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

sollte daher möglichst vermieden werden. Unter staatlicher *Verwaltung im organisatorischen Sinne* ist die Gesamtheit der Verwaltungsträger und ihrer Untergliederungen (zB in Organe, Behörden und Ämter) zu verstehen, sofern sie vom Staat getragen und in der Hauptsache materiell verwaltend tätig werden (Rn 5 ff). Als Träger von Staatsgewalt sind alle Organisationen anzusehen, hinter denen unmittelbar oder mittelbar allein der Staat steht. Dazu zählen vor allem alle *juristischen Personen des öffentlichen Rechts* (Rn 15), es sei denn, dass sie (wie die sog korporierten Religionsgemeinschaften³ oder das Bayerische Rote Kreuz⁴) in der gesellschaftlichen Sphäre wurzeln.⁵ Ferner gehören hierher sämtliche *Privatrechtssubjekte*, deren Inhaber ausschließlich eine oder mehrere der zuvor genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wie zB Bund, Länder oder Kommunen, sind.⁶ Zu erwähnen sind insbes die Eigengesellschaften, dh diejenigen Gesellschaften, deren Anteilseigentum unmittelbar oder mittelbar ganz und nicht nur teilweise in den Händen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts liegt. Gemischt zusammengesetzte Privatrechtsvereinigungen (die von mindestens einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und einer Privatperson getragen werden) sowie private Rechtssubjekte sind nur Träger von Staatsgewalt, wenn und soweit ihnen Staatsgewalt übertragen wurde.⁷ Man spricht in solchen Fällen von Beliehenen (Rn 16).

2. Staatliche Verwaltung im materiellen Sinne

Unter Verwaltung im materiellen Sinne wird diejenige Staatstätigkeit verstanden, welche die Wahrnehmung von *Verwaltungsaufgaben* zum Gegenstand hat. Die Verwaltungsaufgaben werden in der Lehre teils positiv, teils negativ bestimmt. In Betracht kommt auch eine Kombination dieser Ansätze. 5

a) *Positive Begriffsbestimmung*. Die positiven Umschreibungen beschränken sich idR 6 darauf, einzelne typische Merkmale der Verwaltung hervorzuheben. So wird abgestellt auf die konkret-individuelle Normgebung in Abhängigkeit von Weisungen vorgesetzter Behörden (*Kelsen*⁸), die Verwirklichung des gesetzgeberischen Willens (*Fleiner*⁹) bzw der Staatszwecke für den Einzelfall (*Peters*¹⁰), die Lösung konkreter Aufgaben gem den

³ Vgl Art 140 GG iVm Art 137 V WRV. Zum Sinngehalt des Körperschaftsstatus vgl BVerfGE 102, 370, 386 ff; *Ehlers* in: Sachs (Hrsg), GG, 3. Aufl 2002, Art 140 GG/137 WRV Rn 19.

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

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

⁶ Vgl *Ehlers* JZ 1987, 218, 224; *Erichsen* Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, 1987, 27. *Burmeister* VVDStRL 52 (1993) 190, 217 ff. AA zB *Püttner* Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl 1985, 136 f, 141. Auch das europäische Gemeinschaftsrecht rechnet die genannten Rechtssubjekte dem Staat zu. Vgl § 4 Rn 13 u § 2 Rn 78.

⁷ AA wohl BVerfG-K NJW 1990, 1783, das gemischtwirtschaftliche Unternehmen in bestimmten Fällen an die Grundrechte bindet. Krit § 3 Rn 87; ferner → § 6 Rn 11 m Fn 38.

⁸ Reine Rechtslehre, 1934, 80, 2. Aufl 1960, 240.

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

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

Rechtsnormen oder innerhalb ihrer Schranken (*G. Jellinek*¹¹), den Einsatz hoheitlicher Mittel (*Giese*¹²), die geleitete, richtungserhaltende, geführte Tätigkeit (*Achterberg*¹³), die soziale Gestaltung im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts (*Forsthoff*¹⁴), die Herstellung verbindlicher Entscheidungen (*Luhmann*¹⁵) 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*¹⁶). Nach *Stern* bedeutet Verwaltung im materiellen Sinne die den Organen der vollziehenden Gewalt und bestimmten diesen zuzurechnenden Rechtssubjekten übertragene eigenverantwortliche ständige Erledigung der Aufgaben des Gemeinwesens durch konkrete Maßnahmen in rechtlicher Bindung nach (mehr oder weniger spezifiziert) vorgegebener Zwecksetzung.¹⁷ Für *Roellecke* lässt sich Verwaltung als der Teil einer Organisation charakterisieren, der ohne offen legitimierbare eigene Ziele im Dienste der Aufgaben eines Betriebes durch verbindliche Entscheidung zwischen Betrieb und Umwelt vermittelt.¹⁸ *Scherzberg* definiert öffentliches Verwalten als die Wahrnehmung politischer Handlungsoptionen im Wege des problem- und zielorientierten Einsatzes tatsächlicher oder rechtlicher Ressourcen durch ein hierauf spezialisiertes Organisationssystem.¹⁹ Am anspruchsvollsten ist die Definition von *H. J. Wolff*. Unter öffentlicher Verwaltung im materiellen Sinne soll danach die mannigfaltige, konditional oder nur zweckbestimmte, also insofern fremdbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt entscheidend ausführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Sachwalter des Gemeinwesens zu verstehen sein.²⁰ 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 auffächern, der einheitlichen Formel spottet.²¹

- 7 b) *Negative Begriffsbestimmung*. Zumeist begnügt sich die Verwaltungsrechtslehre in Anschluss an *Otto Mayer*²² und *W. Jellinek*²³ mit einer negativen Begriffsbestimmung der Verwaltung (im materiellen Sinne). Danach ist Verwaltung diejenige Staatstätigkeit, die nicht Gesetzgebung und Rechtsprechung ist. Diese Art der Definition wirft aber ebenfalls erhebliche Probleme auf.

¹¹ *Jellinek Staatslehre*, 3. Aufl 1960, 610.

¹² *Allg VwR*, 3. Aufl 1952, 6.

¹³ *Allg VwR*, § 8 Rn 7.

¹⁴ *VwR*, 6.

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

¹⁶ *EvStL*, Bd IV, Sp 3828.

¹⁷ *StR*, Bd II, § 41 I 3 (738). *Krit Peine Allg VwR*, Rn 17.

¹⁸ *Verw* 29 (1996) 1, 15.

¹⁹ *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 2000, 76.

²⁰ *Wolff/Bachof/Stober VwR I*, § 2 Rn 19.

²¹ *Forsthoff VwR*, 1. *Krit zum materiellen Verwaltungsbegriff a G. Winkler Orientierungen im öffentlichen Recht*, 1979, 21 f. Vgl a *Peine Allg VwR*, Rn 32.

²² *VwR I*, 7. Vgl a *Fleiner (Fn 9)* 4 f.

²³ *VwR*, 5f.

Zunächst führt die „Substraktionsmethode“ nur dann zu eindeutigen Ergebnissen, wenn sich die übrigen Staatsfunktionen Gesetzgebung und Rechtsprechung ihrerseits exakt definieren lassen. Dies ist indessen nicht der Fall. Zwar spricht Art 20 II 2 GG davon, dass die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Damit bekennt sich das Grundgesetz aber nicht zu einer strikten Gewaltenteilung.²⁴ So darf das *Parlament* nicht nur Gesetze im materiellen Sinne erlassen (dh abstrakt-generelle Regelungen), sondern auch lediglich formelle Gesetze (dh Einzelfallgesetze wie das grundsätzlich nur den staatlichen Innenrechtskreis betreffende Haushaltsgesetz oder die sog Maßnahmegesetze).²⁵ Dem Inhalt nach handelt es sich in solchen Fällen eher um verwaltende Tätigkeit. Ferner ist dem Deutschen Bundestag nicht nur die Gesetzgebung, sondern zB auch die Wahl des Bundespräsidenten (Art 54 GG²⁶), des Bundeskanzlers (Art 63 GG) sowie die Kontrolle der Regierung²⁷ übertragen worden. Der Präsident des Bundestages darf Hausverbote aussprechen (Art 40 II 1 GG), ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss Beweiserhebungen vornehmen (Art 44 II GG) und ein Bundestagsabgeordneter sich an der Wahl der Bundesrichter beteiligen (Art 95 II GG). Umgekehrt ist die *vollziehende Gewalt* an der Gesetzgebung beteiligt (Art 76 I, 113 I GG) und ermächtigt, selbst bestimmte Gesetze – etwa Rechtsverordnungen – zu erlassen (Art 80 GG). Die *Gerichte* werden nicht nur rechtsprechend tätig, sondern führen auch verschiedene Register, wie etwa das Handelsregister (§ 8 HGB)²⁸, organisieren die juristischen Staatsprüfungen (zB § 3 JAG NRW) und dürfen bestimmte „Justizverwaltungsakte“ (§ 23 I EGGVG) erlassen. Das BVerfG spricht daher davon, dass nur der Kernbereich der einzelnen Gewalten absolut geschützt ist.²⁹ Wo dieser Kernbereich beginnt, bleibt eine offene Frage.³⁰

Weiter kann es Staatstätigkeiten geben, die weder zur Gesetzgebung und Rechtsprechung noch zur Verwaltung gehören. So spricht das Grundgesetz in Art 1 III, 20 II 2 und III GG mit Bedacht nicht von Verwaltung, sondern von vollziehender Gewalt. Dieser Begriff wird als der weitere angesehen.³¹ Zur vollziehenden Gewalt, dh zur Exe-

²⁴ Dies ergibt sich schon daraus, dass es sich um ein bloßes Rechtsprinzip handelt (vgl zB 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, 3. Aufl 1996, 75 f. Zur Frage, ob sich dem Grundgesetz ein Verwaltungsvorbehalt entnehmen lässt, vgl *Maurer* VVDStRL 43 (1985) 135 ff; *Schnapp* ebd, 172 ff; *Janssen* Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, 1990, 64 ff; *Kuhl* Der Kernbereich der Exekutive, 1993, 141 ff; *Ehlers* Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl, 1998, 55 ff; *Möllers* Gewaltengliederung, 2005, 398 f.

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

²⁶ Der Bundespräsident wird von der Bundesversammlung gewählt, der ua alle Mitglieder des Bundestages angehören.

²⁷ Vgl dazu statt vieler *Krebs* Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, 120 ff; *Achterberg* Parlamentsrecht, 1984, § 18, 410 ff; *Steffani* in: Schneider/Zeh (Hrsg), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 49, 1325 ff; *Schröder* in: Isensee/Kirchhof II, § 51 Rn 49.

²⁸ Vgl auch EuGH Slg 2002, I-547 Rn 14 ff – Lutz GmbH ua, wonach Gerichte in Registersachen keine Gerichte iSv Art 234 EGV sind.

²⁹ BVerfGE 9, 268, 280; 30, 1, 28; 34, 52, 59.

³⁰ *Hesse* VerfR, § 13 Rn 478; *Ehlers* (Fn 24) 30 ff.

³¹ Bei der Beratung des Art 20 GG im Parlamentarischen Rat wurde statt des ursprünglich vorgesehenen Begriffes der „Verwaltung“ der Terminus „vollziehende Gewalt“ bevorzugt, weil auch die Regierung einbezogen werden sollte (*Dehler* JöR NF 1 [1951], 200). Durch Gesetz

kutive, gehört auch der von der Verwaltung abzugrenzende Bereich der *Regierung*.³² Dementsprechend heißt es beispielsweise in Art 3 I 2 der Verfassung von Berlin: Die vollziehende Gewalt liegt in den Händen der Regierung und der Verwaltung. Zur vollziehenden Gewalt, nicht zur Verwaltung, ist ferner die militärische Kommandogewalt der Bundeswehr zu zählen.³³ Auch gibt es *andere exekutive Betätigungen*, die sich nicht ohne weiteres der Verwaltung zurechnen lassen, wie zB die Kontrolle der Rechnungshöfe, des Wehrbeauftragten und der staatlichen Datenschutzbeauftragten, die Währungsentscheidungen der Deutschen Bundesbank und das Handeln der sog Mediatoren (→ § 15) bzw Bürgerbeauftragten, die zwischen Verwaltung und Bürger vermitteln sollen.³⁴

- 10 Schließlich ist die negative Definition der Verwaltung (im materiellen Sinne) insofern unbefriedigend, als sie die Verwaltung als etwas „Übriggebliebenes“ darstellt, was der Bedeutung dieser überaus mächtigen Staatsfunktion nicht gerecht wird.
- 11 c) *Kombinierte Begriffsbestimmung*. Angesichts dieser Aporie empfiehlt es sich, die verschiedenartigen Ansätze zu kombinieren. Eine erste Orientierung vermittelt die Substraktionsmethode. Abzustellen ist auf die typischen Merkmale der anderweitigen Staatsfunktionen. Als kennzeichnend für die Gesetzgebung wird die Setzung generell-abstrakter Rechtsnormen angesehen. Unter Rechtsprechung ist die zu rechtskräftiger Entscheidung führende rechtliche Beurteilung von Sachverhalten in Anwendung des geltenden objektiven Rechts durch ein unbeteiligtes Staatsorgan zu verstehen, das auf gesetzlicher Grundlage in sachlicher und personeller Unabhängigkeit tätig wird.³⁵ Die Regierung im materiellen Sinne zeichnet sich durch ihre staatsleitende, richtungsgibende und führende Tätigkeit,³⁶ die militärische Kommandogewalt durch die Ausbildung und Führung einer militärischen Macht aus. Im Zweifelsfall ist ergänzend auf die genannten positiven Merkmale der Verwaltung zurückzugreifen, wobei in Anlehnung an *Stern* vor allem auf die eigenverantwortliche Erledigung der Aufgaben des Gemeinwesens durch konkrete Maßnahmen in rechtlicher Bindung nach (mehr oder weniger spezifiziert) vorgegebener Zwecksetzung abzustellen ist. Trotz der rechtlichen Bindung steuert sich die Verwaltung in einem erheblichen Ausmaße selbst (in Interaktion mit den Betroffenen).
- 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

v 19.3.1956 (BGBl I, 111) ist der Begriff „Verwaltung“ in Art 1 III GG durch den der vollziehenden Gewalt ersetzt worden, um die Bindung der Bundeswehr an die Grundrechte sicherzustellen.

³² HM. Vgl statt vieler *Achterberg* Allg VwR, § 8 Rn 1 ff; *Schröder* in: *Isensee/Kirchhof* III, § 67 Rn 1 f. Krit *Frotscher* Regierung als Rechtsbegriff, 1975, 173ff, wonach es nicht gerechtfertigt sei, die Bestimmungs- und Leitungsbefugnisse der Exekutive in einem Teilbereich durch eine besondere Funktion „Regierung“ herauszustellen.

³³ HM. Vgl *Wolff/Bachof/Stober* VwR I, § 2 III a Rn 12 *Stern* StR II, § 42 I 5.

³⁴ Vgl dazu *Hoffmann-Riem* in: *ders/Schmidt-Aßmann* (Hrsg), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, 1990, 13, zur Mediation insbes 21 ff; *Holznapel* *Konfliktlösung durch Verhandlungen*, 1990; *Kopp/Ramsauer* VwVfG, Einführung Rn 97 ff; *Schillinger* VBIBW 2001, 396 ff; zur Mediation im Umwelt- und Planungsrecht vgl *Engelhardt/Wagner* NVwZ 2001, 370 ff.

³⁵ Ähnlich *Wolff/Bachof/Stober* VwR I, § 20 Rn 44. Vgl a zu den Merkmalen der Rspr BVerfGE 18, 241, 253 f; 26, 186, 195; 27, 312, 320; 27, 355, 361f; 48, 300, 323.

³⁶ *Achterberg* Allg VwR, § 8 Rn 2; *Wolff/Bachof/Stober* VwR I, § 20 Rn 25.

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 NRW von einer Dreiteilung der Gewalten spricht und neben der Gesetzgebung und Rechtsprechung nur die Verwaltung erwähnt, die in den Händen der Landesregierung, der Gemeinden und Gemeindeverbände liegt, so wird damit die gesamte Regierungstätigkeit miterfasst. Dagegen bezieht der Begriff „Verwaltungstätigkeit“ im Sinne des § 1 I VwVfG gerade nicht die Tätigkeit der Regierung im materiellen Sinne mit ein.³⁷

3. Staatliche Verwaltung im formellen Sinne

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 zB um Regierung oder Gesetzgebung handelt. Ob die Verwaltung die Tätigkeit wahrnehmen darf, bestimmt sich nach Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht. **13**

II. Organisation der staatlichen Verwaltung³⁸

Die Erledigung der staatlichen Verwaltungsaufgaben obliegt Verwaltungsträgern, dh rechtsfähigen oder teilrechtsfähigen Subjekten. Originärer Verwaltungsträger ist der als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts (also juristische Person³⁹) organisierte Staat in Gestalt von Bund oder Land. Man spricht in Fällen, in denen der Staat selbst verwaltend in Erscheinung tritt, von *unmittelbarer Staatsverwaltung*. Schwerpunktartig wird diese von den Ländern wahrgenommen, weil der Bund nach Art 30 GG nur dann tätig werden darf, wenn er durch das Grundgesetz hierzu ermächtigt worden ist (wie zB durch Art 87 GG). Auch die Ausführung der Bundesgesetze obliegt regelmäßig den Ländern, entweder als eigene Angelegenheit (Art 83, 84 GG) oder im Auftrage des Bundes (Art 85 GG). Wie alle anderen juristischen Personen 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 14). Während es auf der Bundesebene normalerweise nur eine, höchstens zwei Behördeninstanzen gibt (insbes die Bundesministerien und Bundesoberbehörden)⁴⁰, verfügen die Flächenstaaten über oberste Behörden (Ministerpräsidenten, Landesminister), Oberbehörden (die wie die Landeskriminal- oder Landesbesoldungsämter einer obersten Behörde unmittelbar unterstehen und für das gesamte Land zuständig sind), Mittelbehörden (die wie die Bezirksregierungen einer obersten Landesbehörde unmittelbar unterstehen und für einen Teil des Landes zuständig sind) und untere Verwaltungsbehörden (zB Finanzämter).⁴¹ **14**

Die staatliche Verwaltung kann statt dessen auch auf rechtlich verselbständigte (dezentralisierte) Verwaltungsträger übertragen werden. Es liegt dann eine *mittelbare* **15**

³⁷ HM. Vgl P. Stelkens/Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn 166. Vgl auch BVerfGE 63, 215, 225 ff. AA Schnapp AöR 108 (1983) 137, 138.

³⁸ Näher zum Ganzen → § 7 Rn 1 ff.

³⁹ Krit dazu Böckenförde FS H. J. Wolff, 1973, 269, 274 ff.

⁴⁰ Vgl zu den Ministerien Art 65 S 2, zu den Bundesoberbehörden Art 87 III 1 GG.

⁴¹ Vgl etwa §§ 3 ff LOG NRW.

Staatsverwaltung vor. Die Träger der mittelbaren Staatsverwaltung können öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sein. Als öffentlich-rechtliche Organisationsformen haben sich die Körperschaft, Stiftung und Anstalt des öffentlichen Rechts herausgebildet. Eine *Körperschaft* ist mitgliedschaftlich organisiert (→ § 7 Rn 12). Die Körperschaftsmitglieder wählen ein Leitungsorgan oder eine Vertretung, die ihrerseits ein Leitungsorgan bestellt und die grundlegenden Entscheidungen trifft. Bei den Körperschaften handelt es sich um Selbstverwaltungsträger mit dem Recht der Satzungsgebung und damit um Demokratien im Kleinen.⁴² Unter *Stiftungen* des öffentlichen Rechts sind mit einem öffentlich-rechtlichen Status versehene Vermögensmassen zu verstehen, die von einem Stifter einem bestimmten Zweck gewidmet sind.⁴³ Um Stiftungen staatlicher Verwaltungsträger handelt es sich, wenn der Stiftungszweck zum Aufgabenbereich des Verwaltungsträgers gehört und die Stiftung von dem Verwaltungsträger verwaltet wird.⁴⁴ Somit ist zwischen Stiftungen staatlicher Verwaltungsträger (zB einer Kommune oder einer Universität) und den von einer Behörde verwalteten Stiftungen zu unterscheiden. Die Verwendung der Stiftungsform ist nicht unproblematisch, wenn die öffentliche Hand (allein) als Stifter in Erscheinung tritt. Da der Stiftungszweck bei der Errichtung der Stiftung idR dauerhaft festgelegt wird, führt dies zu einer demokratisch nicht unbedenklichen Festlegung aller späteren Volksvertretungen und Verwaltungen.^{45,46} Es kommt hinzu, dass das Stiftungsrecht keine obligatorischen Kontrollgremien kennt. Denaturiert wird die Stiftungsform, wenn kein ausreichendes Kapital zur Verfügung gestellt wird, sondern sich die Stiftung im Wesentlichen aus Zuschüssen der öffentlichen Haushalte finanziert. Zu den *Anstalten* werden die verselbständigten Verwaltungsträger des öffentlichen Rechts gerechnet, die nicht Körperschaften oder Stiftungen sind. § 41 LVwG SH definiert die Anstalten als „von einem oder mehreren Trägern der öffentlichen Verwaltung errichtete Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mit einem Bestand an sachlichen Mitteln und Dienstkräften Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen“. Die bedeutsamsten Träger der mittelbaren Staatsverwaltung sind die als Gebiets- (im Gegensatz zu Verbands-, Personal- oder Real-)Körperschaften⁴⁷ des öffentlichen Rechts organisierten Gemeinden und Kreise. Somit lassen sich vier Hauptverwaltungsebenen unterscheiden (Bundes-, Lan-

⁴² Zu den Grenzen der Selbstverwaltung vgl → § 4 Rn 9.

⁴³ Vgl a die Legaldefinition des § 46 LVwG. Ferner Art 1 II BayStG. Näher dazu → § 7 Rn 16. Zur Abgrenzung von Stiftungen des öffentlichen und solchen des privaten Rechts BFH NVwZ 2003, 1020 f.

⁴⁴ Vgl für kommunale Stiftungen *Twehues* Rechtsfragen kommunaler Stiftungen, 1996, 13 ff.

⁴⁵ Deshalb sehen die GOen zumeist vor, dass Gemeindevermögen nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde und nur dann als Stiftungsvermögen eingebracht werden darf, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann (vgl zB §§ 101 IV GO BW; 100 III GO NRW).

⁴⁶ Vgl Seifart/v Campenhausen (Hrsg), Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl 1999; Mecking/Schulte (Hrsg), Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen, 2003.

⁴⁷ Mitglieder von Verbandskörperschaften sind nur oder überwiegend jur Personen. Bei Personal- und Realkörperschaften knüpft die Mitgliedschaft an eine bestimmte Eigenschaft der Person (zB Beruf eines Rechtsanwalts) oder an das Eigentum bzw ein qualifiziertes Nutzungsrecht an Grundstücken an. Vgl a *Wolff/Bachof/Stober* VwR III, § 87 Rn 32 ff. Bei Gebietskörperschaften knüpft die Mitgliedschaft für natürliche Personen an den Wohnsitz, für jur Personen an den Sitz an. Außerdem müssen Gebietskörperschaften in einem größeren Umfange Aufgaben wahrnehmen, so dass im Prinzip jeder Gebietsansässige der Gebietshoheit unterfällt (vgl aber a VerfGH NRW DVBl 2001, 1595, 1596 f, krit *Ehlers* DVBl 2001, 1601 ff).

des-, Kreis- und Gemeindeverwaltung). Hinzu kommt die supranationale Verwaltungstätigkeit der Europäischen Gemeinschaft (→ § 4 Rn 33 ff).

Neben den *Organisationsformen* des öffentlichen Rechts dürfen – in bestimmten Grenzen⁴⁸ – auch diejenigen *des Privatrechts* in Anspruch genommen werden (formelle Privatisierung).⁴⁹ Am häufigsten kommt die Form der GmbH und des Vereins vor, doch bedient sich die Verwaltung auch der Form der Aktiengesellschaft (→ § 3 Rn 78). Da sich Aktiengesellschaften wegen der Unabhängigkeit der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls bei Nichtanwendung des Konzernrechts nur schwer steuern lassen, schreiben viele Gemeindeordnungen vor, dass sich die Kommunen der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nur bedienen dürfen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann.⁵⁰ Vor allem die Kommunen führen einen Großteil ihrer öffentlichen Einrichtungen (zB Stadthallen, Museen oder Theater) und Wirtschaftsbetriebe als Eigengesellschaften. Keine Verwaltungsträger stellen nach dem Gesagten (Rn 4) die gemischt zusammengesetzten Gesellschaften dar (also diejenigen Gesellschaften, an denen neben der öffentlichen Hand auch Privatpersonen beteiligt sind). Diese sog Public-Private-Partnerships⁵¹ erfreuen sich zunehmender Beliebtheit, werfen aber, wenn sie in Form einer gemischt zusammengesetzten Gesellschaft organisiert werden, zugleich Probleme auf, weil es nicht nur zu Synergieeffekten kommen kann, sondern vielfach Interessengegensätze bestehen bleiben, die sich nur schwer zum Ausgleich bringen lassen. Schließlich darf der Staat durch oder aufgrund Gesetzes Private mit der eigenständigen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben und der Ausübung öffentlich-rechtlicher Handlungsbefugnisse betrauen, um die eigene Verwaltungsapparatur zu entlasten und sich die Sachkunde und Flexibilität dieser Personen zunutze zu machen. Die Privaten werden dann als *Beliebene* (dh mit Staatsgewalt ausgestattete Personen und somit staatsförmig) tätig.⁵² Sie stellen Behörden iSd Verwaltungsverfahrensgesetze dar (→ § 9 Rn 24).⁵³ Beliebene handeln mittlerweile in so unterschiedlichen Aufgabenfeldern wie der Betreuung von Zivildienstleistenden, der förmlichen Zustellung von Schriftstücken, der Errichtung von Anlagen zur Endlagerung radioaktiver Abfälle, der Fluggastkontrolle und der Überwachung von Kasernen.⁵⁴ Die Aufgabenverantwortung und die daraus folgende, eine Rechts- und Fachaufsicht erfordernde Garantenstellung verbleiben weiterhin bei dem die Staatsgewalt übertragenden Verwaltungsträger.⁵⁵

16

⁴⁸ Für das Kommunalrecht vgl zB die Bestimmungen nach Art des § 108 GO NRW, für das staatliche Recht § 65 der HOen.

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

⁵⁰ Vgl zB die §§ 103 II GO BW; 108 III GO NRW; 95 II GO Sachs.

⁵¹ Vgl *Tettinger* DÖV 1996, 764, 768 ff; *Bauer* DÖV 1998, 89 ff; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft, 448.

⁵² Vgl zB die §§ 29 II 2 StVZO, 29 III Luft VG.

⁵³ Ob sie zugleich Verwaltungsträger sind, ist umstritten. Befürwortend *Steiner* FS Koja, 1998, 603, 610; *Burgi* FS Maurer, 2001, 581, 594; abl *Stelkens* NVwZ 2004, 304 ff.

⁵⁴ Vgl zu den Nachw *Voßkuhle* VVDStRL 62 (2003) 266, 301 f.

⁵⁵ *BremStGH* NVwZ 2003, 81 ff.

- 17 Von den Beliehenen sind die Ehrenbeamten, ehrenamtlich Tätigen, Verwaltungsbeauftragten (Mandatare) und Verwaltungshelfer zu unterscheiden. Auch diese Personen werden als (besondere) Amtswalter für die Verwaltung tätig. Im Gegensatz zu den *ehrenamtlich Tätigen* (zB Schöffen, Wahlhelfern, Gemeinderatsmitgliedern) werden die *Ehrenbeamten* (zB die Leiter einer freiwilligen Feuerwehr) zu besonderen Beamten ernannt.⁵⁶ Ein *Verwaltungsbeauftragter* (Mandatar) handelt selbständig, aber im Namen des Verwaltungsträgers. ZB kann einer anderen Behörde (sog externes Mandat), den Bediensteten einer Behörde (die im Auftrag für den Behördenleiter unterzeichnen) oder rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Personen (etwa Anwälten, die für einen Verwaltungsträger im Prozess auftreten) – in bestimmten Grenzen – Vertretungsmacht erteilt werden. Von *Verwaltungshelfern* (→ § 9 Rn 32) wird traditionellerweise gesprochen, wenn eine Privatperson nicht selbständig tätig wird, sondern Hilfstätigkeiten im Auftrag und nach Weisung der Behörde wahrnimmt (zB wenn sich die Polizei eines Abschleppunternehmers oder eine Gemeinde eines privaten Unternehmens für die Müllabfuhr bedient).⁵⁷ Die Aufgabenstellung der Verwaltung bleibt in solchen Fällen erhalten, die Aufgabenwahrnehmung wird aber Privaten übertragen (funktionale Privatisierung). Das Verhältnis der Verwaltung zu den Verwaltungshelfern wird idR durch privatrechtlichen Vertrag gestaltet.⁵⁸ Nach Art der Einbeziehung lässt sich typischerweise zwischen vorbereitenden Verwaltungshelfern und ausführenden Verwaltungshelfern (zB Betreibern und Betriebsführern einer öffentlichen Einrichtung⁵⁹) unterscheiden. Von vorbereitender Verwaltungshilfe (statt staatlicher Bedarfsdeckung im Wege einer Auftragsvergabe an Außenstehende) sollte nur die Rede sein, wenn die in Anspruch genommenen Personen in die Verwaltung inkorporiert werden (etwa als Sachverständige einer Verwaltungskommission, als Prüfer technischer Anlagen in einem Verwaltungsverfahren oder als Entwicklungsträger bei der Vorbereitung einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme nach § 167 I BauGB).⁶⁰ In der Praxis kommt die Einbeziehung privater Dienstleister in staatliche Verwaltungsverfahren außerordentlich häufig vor.⁶¹ Da die Verwaltungshilfe bei Zugrundelegung der traditionellen Ansicht nur interne Bedeutung hat, würde die Heranziehung von Verwaltungshelfern nichts an der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger ändern. Der Verwaltungshelfer dürfte nur an der Entscheidungsvorbereitung und der Ausführung der Entscheidung be-

⁵⁶ Vgl zB §§ 115 BRRG, 81 ff VwVfG, 28 GO NRW.

⁵⁷ *Maurer* Allg VwR, § 23 Rn 60; *Ehlers* Die Erledigung von Gemeindeaufgaben durch Verwaltungshelfer, 1997, 18 ff; *Remmert* Private Dienstleistungen im staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, 259 ff, 350 ff.

⁵⁸ Zum Vorschlag, einen Kooperationsvertrag als neuen Vertragstypus in das Verwaltungsverfahrensgesetz aufzunehmen, vgl → § 3 Rn 56 m Fn 136; § 28 Rn 8 m Fn 37.

⁵⁹ Ein Betreiber errichtet und finanziert die Betriebsanlagen selbst, im Falle bloßen Betriebsführung bleibt die Verwaltung Eigentümerin und Betreiberin der Anlage. Vgl dazu a SächsOVG SächsVBl 2005, 14 ff (auch zur Frage, ob von Verwaltungshilfe auch dann noch gesprochen werden kann, wenn der Private nach außen in rechtlich relevanter Weise in Erscheinung tritt).

⁶⁰ Zur Unterscheidung von Beratung und Zuarbeitung vgl *Heintzen* VVDStRL 62 (2003) 220, 251 ff.

⁶¹ Vgl *Remmert* (Fn 57) 30 ff, mit einer Umschreibung der Bestandsaufnahme im Baurecht, Umweltrecht, Recht der Straßenplanung, Recht der Verkehrsüberwachung, Recht der kommunalen Abgabenerhebung und Recht der Bearbeitung von Beihilfeanträgen unter Feststellung, dass 98 % aller befragten, mit Aufgaben der Bauleitplanung betrauten kommunalen Verwaltungseinheiten in Brandenburg im Planaufstellungsverfahren private Dienstleistungen in Anspruch nehmen (507).

teiligt werden, ihm dürfte aber nicht die Entscheidung selbst übertragen werden. Dies hat ua zur Konsequenz, dass der Gesetzesvorbehalt nicht gilt.⁶² Da die Verwaltungshilfe die staatliche Verwaltung entlasten soll, stellt sich allerdings die Frage, ob dem Verwaltungshelfer nicht auch eine gewisse Selbständigkeit zukommen kann⁶³ bzw ob andere Formen der Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben zulässig sind.⁶⁴ Die Gerichte haben eine systematische Feststellung von Park- und Halteverstößen durch private Unternehmer für nicht rechtmäßig erachtet,⁶⁵ es aber verschiedentlich zugelassen, dass Private die Berechnungsgrundlagen von Kommunalabgaben ermitteln, die Abgaben berechnen und die Abgabenbescheide ausfertigen und versenden.⁶⁶ Teilweise wird zwischen einer lediglich verwaltungsinternen Verwaltungshilfe und einer Verwaltungssubstitution unterschieden, bei welcher der eine Verwaltungsaufgabe wahrnehmende Private das Verwaltungshandeln ersetzt, weil er selbst vertraglich mit den Bürgern in Kontakt tritt.⁶⁷

Das *Zusammenwirken der verschiedenen Verwaltungsträger* sowie der verschiedenen Stellen (Behörden) innerhalb eines Verwaltungsträgers richtet sich nach bestimmten Strukturprinzipien, die sich überwiegend bereits dem Verfassungsrecht (insbes dem Demokratieprinzip, Rechtsstaatsprinzip und den Art 83 ff GG) entnehmen lassen. So müssen alle öffentlich-rechtlichen Träger mittelbarer Staatsverwaltung mindestens einer Rechtsaufsicht unterliegen.⁶⁸ Soweit es sich um publizistische Privatrechtssubjekte (zB Eigengesellschaften) handelt, fehlt es an ausdrücklichen Aufsichtsbestimmungen. Doch bedürfen auch diese Subjekte einer effektiven Steuerung und Kontrolle (→ § 3 Rn 78).⁶⁹ Ferner müssen nicht nur Bund und Länder, sondern auch Verwaltungsträger aufeinander Rücksicht nehmen. Dies schränkt nicht die Kompetenz, sondern lediglich die Kompetenzausübung (geringfügig) ein.⁷⁰

III. Personal der staatlichen Verwaltung

1. Beschäftigungsverhältnisse

In der öffentlich-rechtlichen Verwaltung wurden im Jahre 2004 rund 4,7 Millionen Personen beschäftigt.⁷¹ Dies entspricht einem Anteil von etwa 11 % an der Gesamtzahl der Erwerbstätigen. Die öffentlichen Bediensteten teilen sich vornehmlich in zwei große

⁶² Gleichwohl steht es dem Gesetzgeber frei, die Verwaltungshilfe zu regeln. Vgl zB die §§ 16 I KrW-/AbfG, 18a II 3 WHG.

⁶³ Vgl *Burgi* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 145 ff; *Zacharias* DÖV 2001, 454 ff.

⁶⁴ Allg zur Formenvielfalt *Tettinger* DÖV 1996, 764 ff. Zur Partizipation an Verwaltungsentscheidungen vgl § 1 Rn 25 ff.

⁶⁵ Vgl BayObLG NJW 1997, 3454 f („funktionell originäre Staatsaufgabe“); KG Berlin NJW 1997, 2894 ff; *Scholz* NJW 1997, 14 ff.

⁶⁶ Vgl die Nachw bei *Remmert* (Fn 57) 98 f.

⁶⁷ Näher dazu *Hüser* Ausschreibungspflichten bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 2005, 88 ff, 295 ff.

⁶⁸ *Kirchhof* in: Isensee/Kirchhof III, § 59 Rn 203; *Waechter* Kommunalrecht, 3. Aufl 1997, Rn 188.

⁶⁹ Vgl *Püttner* DVBl 1975, 353 ff; *Eblers* DÖV 1986, 897 ff; *Spannowsky* DVBl 1992, 1072 ff; *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 258 f.

⁷⁰ Zum Grundsatz der Bundestreue vgl BVerfGE 92, 203, 234, zum Grundsatz gemeindefreundlichen Verhaltens *Schmidt-Aßmann/Röhl* in: Schmidt-Aßmann, Bes VwR, 1. Kap Rn 25.

⁷¹ Statist Jb 2005, 596.

Gruppen auf: die Beamten einerseits und die Angestellten bzw Arbeiter des öffentlichen Dienstes andererseits. Während die *Beamten* in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, werden die *Angestellten* und *Arbeiter* aufgrund privatrechtlicher Dienstverträge beschäftigt. Diese Unterscheidung hat sich historisch herausgebildet. Im Vergleich zu den Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes stehen die Beamten in einer besonders engen Beziehung zum Staat. Dieser soll sich gerade auch in schwierigen Zeiten auf die Beamten verlassen können. Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ haben in Art 33 V GG eine verfassungsrechtliche Absicherung erfahren. Zu diesen Grundsätzen gehören insbes das Prinzip der Einstellung auf Lebenszeit, das Leistungsprinzip, die überkommenen Beamtenpflichten (zB unparteiische und parteipolitisch neutrale Amtsführung, Einsatz der vollen Arbeitskraft, außerdienstliche Verhaltensanforderungen, Streikverbot), das Alimentationsprinzip (Anspruch auf standesgemäße Dienst- und Versorgungsbezüge) und die Fürsorgepflicht des Dienstherrn.⁷² Im Einzelnen ist das Beamtenrecht insbes im Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG), im Bundesbeamtengesetz (BBG) und in den Beamtengesetzen der Länder kodifiziert worden. Dagegen wird das Recht der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst in erster Linie in Tarifverträgen (zB Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst)⁷³ geregelt. In ihrem materiellen Gehalt haben sich das Beamtenrecht und das Recht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes in den letzten Jahrzehnten immer mehr angenähert.⁷⁴ So sind Regelungen für eine stärker leistungsorientierte Bezahlung (§§ 42 ff BBesG), für eine Vergabe von Ämtern mit leitender Funktion nur noch auf Zeit (§ 12 b BRRG) und für Teilzeitbeschäftigungen (§§ 44 a BRRG) geschaffen worden. Auch setzen sich die Personalvertretungen in den Verwaltungen aus allen Beschäftigungsgruppen zusammen.⁷⁵ Nach wie vor gibt es aber einige bedeutende Unterschiede. So gilt das (grundsätzliche) *Streikrecht*⁷⁶ und die *Sozialversicherungspflicht* nur für die Angestellten und Arbeiter.⁷⁷ Mit Ausnahme von den Ausländern, welche die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, (→ § 4 Rn 55), dürfen grundsätzlich nur Deutsche Beamte werden,⁷⁸ während für Angestellte und Arbeiter diese Beschränkung nicht gilt.

20 Die Wahl zwischen den beamten- und den privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen steht der Verwaltung nicht frei. Nach Art 33 IV GG ist die Ausübung hoheits-

⁷² Näher dazu *Kunig* in: Schmidt-Aßmann (Hrsg), Bes VwR, 6. Kap Rn 37 ff.

⁷³ Dieser tritt für den Bund und die kommunalen Arbeitgeber mit Wirkung vom 1.10.2005 recht gehend an die Stelle des Bundesangestelltentarifvertrags.

⁷⁴ Vgl bereits Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd 6, 1973, Gutachten, 111 f, 134. Der Vorschlag der Studienkommission, das Dienstrecht für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes nach einheitlichen Grundsätzen zu gestalten, ist in der Praxis nicht aufgegriffen worden. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer Angleichung der Beamtenversorgung an die Rentenversorgung vgl BVerfG NVwZ 2005, 1294 → JK GG Art 33 V/15. Krit zur Angleichung des Beamtenrechts an das Arbeitsrecht *Janssen* ZBR 2003, 113 ff.

⁷⁵ Vgl zB §§ 12 ff BPersVG.

⁷⁶ HM. Vgl statt vieler *Stern* StR I, § 11 IV 3a, b. Nach BVerfGE 88, 103, 113 ff → JK GG Art 9 III/11, darf bei einem rechtmäßigen Streik nicht der Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen angeordnet werden, solange dafür keine gesetzliche Regelung vorhanden ist; krit dazu *Isensee* DZWir 1994, 399 ff.

⁷⁷ Vgl aber a § 14 a BBesG (Versorgungsrücklage, die sich aus der Verminderung der Besoldungs- und Versorgungsanpassungen speist). Ferner zB BVerfG-K (DVBl 2002, 114 ff), wonach weder die Fürsorgepflicht des Dienstherrn noch das Alimentationsprinzip (Art 33 V GG) eine beitragsfreie Absicherung des Beamten gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit gebieten.

⁷⁸ Vgl §§ 7 I Nr 1 BBG, 4 I Nr 2 BRRG.

rechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe *idR* Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem *öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis* stehen. Nach wohl hM übt auch die grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung hoheitsrechtliche Befugnisse iSd Vorschrift aus.⁷⁹ Angesichts einer vermehrten „Flucht“ der öffentlichen Hand in privatrechtliche Beschäftigungsverhältnisse – im Jahre 2004 standen zB rund 176 300 voll- und teilzeitbeschäftigte Beamte ca 1,35 Mio (dh der achtfachen Zahl von) Angestellten und Arbeitern bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden gegenüber⁸⁰ – steht die Praxis nicht mehr in jeder Hinsicht mit den grundgesetzlichen Anforderungen in Einklang.

2. Zulässigkeit einer Mitbestimmung des Verwaltungspersonals

Nach Art 20 II 1 iVm Art 28 I 1 GG geht alle Staatsgewalt in Bund und Ländern vom Volk aus. Wie sich aus Art 20 II 2 GG ergibt, übt das Volk die Staatsgewalt außer durch Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung aus. Dies setzt voraus, dass das Volk einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe hat. Deren Akte müssen sich deshalb auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortlich werden.⁸¹ Dies macht ua eine *personell demokratische Legitimation* der mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betrauten Amtswalter erforderlich.⁸² 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.

a) *Personelle Mitbestimmung*. Diese Art der Mitwirkung bezieht sich auf die innerdienstlichen, sozialen oder persönlichen Angelegenheiten der Beschäftigten. Sie ist für das Personal in der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung in den Personalvertretungsgesetzen,⁸³ für die Beschäftigten in der privatrechtlich organisierten Verwaltung im Betriebsverfassungsgesetz⁸⁴ geregelt. Da die diesbezüglichen Beteiligungsrechte der Beschäftigten im Sozialstaatsgedanken wurzeln und auf Vorstellungen zurückgehen, die auch den Grundrechtsverbürgungen der Art 1, 2 und 5 I GG zugrunde liegen,⁸⁵ bedarf es insoweit keiner demokratischen Legitimation. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Personal- und Betriebsräte von den jeweiligen Beschäftigten gewählt werden und in erster Linie diese Beschäftigten und nicht das Volk vertreten.⁸⁶ Die Mitbestim-

⁷⁹ Vgl statt vieler *Battis* in: Sachs (Hrsg), GG (Fn 3) Art 33 Rn 55 ff. Näher zum Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse *Remmert* (Fn 57) 438 ff.

⁸⁰ Vgl Statist Jb 2005, 596.

⁸¹ BVerfGE 83, 60, 71 f.

⁸² Vgl a *Oebbecke* Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, 84; *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof I, § 22 Rn 16; *Czybulka* Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, 1989, 87 ff; *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991) 329, 360 ff.

⁸³ Vgl zB §§ 75, 76 BPersVG.

⁸⁴ §§ 87 ff BetrVG 1972.

⁸⁵ BVerfGE 28, 314, 323; 51, 43, 58; SächsVerfGH ZBR 2002, 37, 38.

⁸⁶ Vgl a *Ehlers* JZ 1987, 218, 220.

mung darf sich aber nur auf innerdienstliche Maßnahmen erstrecken und nur so weit gehen, als die spezifischen in dem Beschäftigungsverhältnis angelegten Interessen der Angehörigen der Dienststelle sie rechtfertigen (Schutzzweckgrenze). Außerdem verlangt das Demokratieprinzip bei Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages jedenfalls, dass die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert ist (Verantwortungsgrenze).⁸⁷

- 23 b) *Direktive Mitbestimmung*. 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 (insbes die Gestaltung der Außenrechtsbeziehungen zum Bürger). Diskutiert und vielfach praktiziert wird eine solche Art der Mitbestimmung zB in den wirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand⁸⁸ und in Richterwahlausschüssen.⁸⁹ IdR wählen dann die Beschäftigten Vertreter zur Wahrnehmung ihrer Interessen in den Verwaltungsrat, den Aufsichtsrat oder ein ähnliches Leitungsgremium.⁹⁰ 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-Westfalen⁹¹ und anderer Gerichte⁹² ist eine solche Art der Mitbestimmung daher unzulässig. Dagegen wird in der Literatur vielfach eine Veto- oder Mehrheitsposition der demokratisch legitimierten Amtswalter für ausreichend gehalten.⁹³ Das BVerfG ist der Auffassung, dass die verschiedenen Legitimationsformen nicht für sich Bedeutung hätten, sondern nur in ihrem Zusammenwirken einen „hinreichenden Gehalt“ bzw ein „bestimmtes Legitimationsniveau“ erreichen müssen.⁹⁴ Die Mitbestimmung von Arbeitnehmern sei (in gewissen Grenzen) grundsätzlich vereinbar mit dem im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundgedanken der Beteiligung Betroffener bei der Erfüllung „öffentlicher“ Aufgaben.⁹⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Beteiligung von Beschäftigten in dieser Eigenschaft, wenn überhaupt, nur in sehr engen Grenzen zulässig. Unverzichtbar ist in

⁸⁷ BVerfGE 93, 37, 70 → JK GG Art 20 II/1, das aus diesen Vorgaben ein Drei-Stufen-Modell ableitet. Vgl dazu Ehlers Jura 1997, 180, 185 f.

⁸⁸ Vgl *Ossenbühl* Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1986, 37 ff; *Tettinger* Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot, 1986, 31ff; *Nagel/Bauer* Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Verfassungsrecht, 1990, 38ff.

⁸⁹ Vgl dazu *Böckenförde* Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974.

⁹⁰ Vgl zB § 43 I h SpkG NRW.

⁹¹ VerfGH NRW JZ 1987, 242 ff → JK GG Art 20 II/1. Im Wesentlichen zust *Ehlers* JZ 1987, 218 ff. AA *Nagel/Bauer* (Fn 88) 52.

⁹² VerfGH Rh-Pf NVwZ-RR 1994, 665, 669 – allenfalls im sog Bagatellbereich verfassungsrechtlich hinnehmbar. Vgl ferner a BVerwG NVwZ 1998, 267; HessStGH DVBl 1986, 936 ff.

⁹³ *Tettinger* (Fn 88) 55; *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof I, § 22 Rn 19; R. *Schmidt* FS Knöpfle, 1996, 304 ff. Entgegen BVerfGE 47, 253, 274 → JK GG Art 28 I/1, gibt es keine unwichtigen Entscheidungen, die nicht demokratisch legitimiert sein müssen. Vielmehr bedarf nach Art 20 II 1 GG „alle“ Staatsgewalt der demokratischen Legitimation. Vgl auch *Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 376, 379.

⁹⁴ BVerfGE 93, 37, 67 → JK GG Art 20 II/1.

⁹⁵ BVerfGE 107, 59, 98 → JK GG Art 20 III/3; BVerfG-K NVwZ 2003, 600, 601 (Gewährleistung einer funktionierenden Vertretung von Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat von Universitätskliniken); vgl a *Britz* VerwArch 91 (2000) 418, 430 ff.

jedem Falle ein Letztentscheidungsrecht der Verwaltungsspitze.⁹⁶ Das gegenwärtige Recht enthält hierfür kaum Vorkehrungen. So ermöglichen Veto-Positionen keine positiven Entscheidungen. Auf Mehrheitsverhältnisse kann es jedenfalls solange nicht ankommen, wie die Gruppendisziplin nicht rechtlich zwingend vorgeschrieben ist. ZB müssen die Mitglieder des Verwaltungs- bzw Aufsichtsrats kommunaler Unternehmen idR nach den Grundsätzen der Verhältniswahl von den Gemeinderäten bzw Kreistagen gewählt werden.⁹⁷ Es sind dann „Koalitionen“ zwischen einigen von den kommunalen Vertretungen gewählten Mitgliedern und den Beschäftigtenvertretern denkbar, welche die demokratischen Mehrheitsverhältnisse in ihr Gegenteil verkehren. Nicht geklärt ist ferner, ob das Erfordernis demokratischer Legitimation unverändert für die privatrechtlich organisierten Einrichtungen und Unternehmen der Verwaltung (zB Eigengesellschaften) gilt.⁹⁸ Verlangt man, dass jede mit der Ausübung von Staatsgewalt betraute Person demokratisch legitimiert sein muss, wäre die Inanspruchnahme der privatrechtlichen Organisationsformen unzulässig, wenn nach einfachem Gesetzesrecht (MitbestG, Montan-MitbestG, BetrVG 1952 und 1972) ein Aufsichtsrat (mit Beschäftigtenvertretern) gebildet werden muss. Nicht zu folgen ist der Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht, wonach die Mitbestimmungsregelungen für die Eigengesellschaften wegen Unvereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip nicht gelten (→ § 3 Rn 78).

Ungeachtet des dargestellten Meinungsstreits ist die Heranziehung des Sachverständigen der Beschäftigten oder der Mitglieder gesellschaftlicher Gruppen jedenfalls dann mit dem Demokratieprinzip vereinbar, wenn die genannten Personen zu gemeinwohlgebundenen Amtswaltern bestellt und von einem hierzu demokratisch legitimierten Organ (statt von den Beschäftigten) individuell berufen werden.⁹⁹ Auch die Bindung an Vorschlagslisten gesellschaftlicher Gruppen oder an Listen von Personalversammlungen kann hingenommen werden, falls dem demokratisch legitimierten Entscheidungsorgan eine hinreichende Auswahlmöglichkeit verbleibt.¹⁰⁰ Deshalb ist es zB verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn § 11 II SpkG NRW vorschreibt, dass bestimmte Mitglieder des Verwaltungsrates der Sparkasse aus einem Vorschlag der Personalversammlung der Sparkasse zu wählen sind, wobei der Vorschlag mindestens die doppelte Anzahl der zu wählenden Mitglieder enthalten muss.

24

3. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen

Die Verwaltung liegt nicht allein in den Händen des Personals. Vielmehr können die Adressaten der Verwaltung an der Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben partizipieren. Unter *Partizipation* soll hier entgegen einem verbreiteten Sprachgebrauch nur diejenige Beteiligung der Bürger (Wahlberechtigten), Einwohner oder sonstigen Personen an der Verwaltung verstanden werden, die sich nicht als Ausübung von Staatsgewalt unmittelbar durch das Volk darstellt.¹⁰¹ Soweit das Staatsvolk oder die Mitglieder der

25

⁹⁶ Vgl Eblers Jura 1997, 180, 186.

⁹⁷ Vgl etwa § 71 I 2, II KV M-V; 50 IV GO NRW.

⁹⁸ Vgl Schenke JZ 1991, 581, 587f; Schmidt (Fn 93) 317f.

⁹⁹ AA Stober Wasserverbandsrecht und Arbeitnehmermitbestimmung, 1989, 60.

¹⁰⁰ Vgl Eblers JZ 1987, 218, 223; Oebbecke VerwArch 81 (1990) 349, 367f. Krit VerfGH Rh-Pf NVwZ-RR 1994, 665, 677f.

¹⁰¹ Zum Begriff der Partizipation vgl Hartisch Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, 1975, 80 ff; Schmidt-Aßmann AöR 116 (1991) 329, 371; Kluth Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 236 (Selbstverwaltung als Betroffenen-„Parti-

(sonstigen) Körperschaften des öffentlichen Rechts ihren Willen in Wahlen oder Abstimmungen äußern,¹⁰² tritt der Souverän als Gesamtvolk oder vom Verfassungs- bzw Gesetzgeber eingesetztes Teilvolk¹⁰³ selbst in Erscheinung und wirkt nicht an Handlungen anderer mit. Hinzuweisen ist einerseits auf die Parlaments-, Kommunal- oder sonstigen Körperschaftswahlen, andererseits auf die Volksbegehren und Abstimmungen in Form von Volksentscheiden¹⁰⁴ oder die Beschlussfassungen der Mitgliederversammlungen einer Gemeinde¹⁰⁵ bzw einer Körperschaft. Soweit es den Bund angeht, soll die Einführung über Art 29 GG hinausgehender plebiszitärer Elemente ungeachtet der Erwähnung von Volksabstimmungen in Art 20 II 2 GG nach hM¹⁰⁶ einer Verfassungsänderung bedürfen. Doch wird man die im Grundgesetz nur vereinzelt vorgesehenen Volksbefragungen (Art 29 V, VI; 118) für zulässig zu erachten haben¹⁰⁷, sofern dadurch nicht das Bekenntnis der Verfassung zur repräsentativen Demokratie unterlaufen und in die Kompetenzen anderer Rechtsträger eingegriffen wird.¹⁰⁸

26 Das *Demokratieprinzip* gebietet eine Partizipation an Verwaltungsentscheidungen idR nicht, schließt sie aber auch nicht aus.¹⁰⁹ Berühren die Verwaltungsentscheidungen Rechte einzelner, kann zwar eine Beteiligung namentlich in Gestalt einer vorherigen Anhörung (etwa nach Art des § 28 VwVfG) verfassungsrechtlich geboten sein (→ § 13 Rn 27). Doch wurzeln die diesbezüglichen Beteiligungsrechte der Bürger, Einwohner und sonstigen Personen zumindest schwerpunktmäßig im Rechtsstaatprinzip und in den Grundrechten, nicht aber im Demokratieprinzip.¹¹⁰

27 Das *einfache Gesetzesrecht* kennt zahlreiche Formen der Partizipation. Als Partizipationssubjekte kommen die rechtlich Betroffenen, die Sachverständigen, die Interessenten und die Öffentlichkeit in Betracht.¹¹¹ Die Art der Beteiligung lässt sich danach systematisieren, ob dem einzelnen die Möglichkeit gegeben wird, sich *an die Verwaltung* zu wenden, oder ob die Beteiligung *auf Seiten der Verwaltung* erfolgt. In die erste Gruppe fällt zB das Recht der Bürger, der Einwohner und uU auch der im Ausland woh-

zipation“); Ehlers in: FS Stein, 2002, 125, 140 f. Anders als hier a BVerfG NJW 2005, 45, 47 → JK GG Art 12 I/77.

¹⁰² Vgl Art 20 II 2, 28 I 2 GG.

¹⁰³ Str, wie hier Herzog in: Maunz/Dürig, GG, Art 20 II Rn 56 f; Oebbecke VerwArch 81 (1990) 349, 356 ff; Kahl Die Staatsaufsicht, 2000, 487 ff; gegen einen Teilvolkcharakter von funktionalen (statt kommunalen) Selbstverwaltungskörperschaften Böckenförde (Fn 93) Rn 33 ff; Schmidt-Aßmann AöR 116 (1991) 329, 369 ff; Jestaedt (Fn 93) 213 ff; Kluth (Fn 101) 372.

¹⁰⁴ Vgl zur Volksgesetzgebung in Ländern und Kommunen die Übersicht von Hartmann DVBl 2001, 776 ff. Zu den Grenzen von Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden vgl BayVerfGH DVBl 1998, 136 ff, u Schmitt Glaeser DÖV 1998, 824, 828 ff; zur Frage, ob es ein Vollzugsverbot nach Einreichung bzw Einleitung eines Bürgerbegehrens gibt OVG NRW NVwZ-RR 1999, 140; zum Verhältnis von parlamentarischer Gesetzgebung und Volksgesetzgebung HVerfG DVBl 2005, 439 → JK HbgV Art 48/1; zu weiteren Rechtsproblemen (insbes zur Frage eines Vollzugsverbotes nach Einreichung eines Bürgerbegehrens) BayVGH NVwZ 1998, 423 ff; Schliesky DVBl 1998, 169 ff; vgl a Jung ZRP 2000, 440 ff.

¹⁰⁵ Art 28 I 4 GG.

¹⁰⁶ Vgl Maurer StR, § 7 Rn 30 ff.

¹⁰⁷ Str. Wie hier Pestalozza NJW 1981, 733, 734; Ehlers (Fn 101) 140. AA zB Krause in: Isensee/Kirchhof II, 325 ff; Herzog (Fn 103) Rn 45.

¹⁰⁸ BVerfGE 8, 104, 115 ff.

¹⁰⁹ 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.“

¹¹⁰ Vgl aber a Schmitt Glaeser VVDStRL 31 (1973) 179, 209 f.

¹¹¹ Schmidt-Aßmann AöR 116 (1991) 329, 371 f.

nenden Ausländer,¹¹² sich zu Planungen und Vorhaben der Verwaltung zu äußern,¹¹³ Fragen zu stellen (etwa in Ratssitzungen),¹¹⁴ Petitionen einzureichen,¹¹⁵ Einwendungen gegen ausgelegte Pläne zu erheben¹¹⁶ oder Einwohneranträge zu stellen¹¹⁷ (mit der Folge, dass das zuständige Verwaltungsorgan binnen einer bestimmten Frist eine Angelegenheit zu erörtern und zu entscheiden hat). Auch ohne gesetzliche Verpflichtung ist eine Beteiligung am Verwaltungsverfahren grundsätzlich als zulässig und positiv zu bewerten. Der zweiten Gruppe sind die Mitwirkungshandlungen der ehrenamtlich tätigen Bürger und Ehrenbeamten (Rn 17) sowie der Einwohner und der Angehörigen gesellschaftlicher Gruppen in den Kollegialorganen der Verwaltung¹¹⁸ zuzurechnen. Erwähnt seien nur die Wahlhelfer,¹¹⁹ sachkundigen Bürger¹²⁰ und sachkundigen Einwohner¹²¹ in bestimmten Gemeindeausschüssen, Ausländer in den Ausländerbeiräten¹²², zum Ehrenbeamten ernannten Bürgermeister¹²³ und Leiter freiwilliger Feuerwehren¹²⁴. Bei der Mitwirkung auf Seiten der Verwaltung müssen die Bürger und Einwohner bzw. Angehörigen gesellschaftlicher Gruppen in jedem Falle auf das Gemeinwohl verpflichtet werden. Sie werden somit als Volksvertreter und nicht als eigennützige Individuen oder Gruppenvertreter tätig.¹²⁵ Schließlich muss die Heranziehung der genannten Personen sachgemäß sein und darf nicht zu übermäßigen Einflussmöglichkeiten führen, weil nur eine Ergänzung, nicht eine Ersetzung der demokratisch gebotenen Legitimationsanforderung iSd formalen Strukturen zulässig ist.

IV. Zielsetzung und Grundsätze der staatlichen Verwaltung

1. Verfolgung öffentlicher Interessen

Die Verwaltung verfolgt äußerst unterschiedliche Zielsetzungen. Wie die anderen Staatsfunktionen auch, darf sie aber immer nur im öffentlichen Interesse tätig werden.¹²⁶ Die Zuständigkeiten und Kompetenzen sind dem Staat nicht um seiner selbst, sondern um der Menschen willen übertragen worden.¹²⁷ Der Staat darf daher nur

¹¹² BVerwGE 75, 285 ff → JK VwGO § 42 II/11.

¹¹³ Zur Beteiligung vor Erlass von Rechtsnormen vgl §§ 3 BauGB; 7, 51 BImSchG; 29 BNatSchG. Rechtsvergleichend *Pünder* Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1995, 212 ff, 246 ff.

¹¹⁴ Vgl zB § 24 GO NRW.

¹¹⁵ Vgl Art 17 GG, § 24 GO NRW.

¹¹⁶ Vgl § 73 IV VwVfG.

¹¹⁷ Vgl etwa §§ 20 b GO BW, 25 GO NRW.

¹¹⁸ Vgl §§ 9, 9 a GjSM.

¹¹⁹ Vgl zB die §§ 6 BWO, 2 VII KWG NRW.

¹²⁰ ZB § 58 III GO NRW. Vgl *Pünder* DVBl 2002, 381 ff.

¹²¹ ZB § 58 IV GO NRW.

¹²² ZB § 27 GO NRW.

¹²³ Vgl etwa Art 34 II BayGO.

¹²⁴ § 11 FSHG NRW.

¹²⁵ Anderes gilt für die Mitwirkung der Erziehungsberechtigten in der Schule (vgl zB §§ 4, 10, 11 SchMG NRW). Die Heranziehung der Erziehungsberechtigten dürfte in erster Linie grundrechtlich fundiert sein.

¹²⁶ Vgl zB *Fleiner-Gerster* Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 1977, 16.

¹²⁷ Die staatliche Herrschaft wird daher in der Staatslehre in Anlehnung etwa an Hobbes, Pufen-

pflichtgebunden handeln. Im Gegensatz zu den Privatpersonen steht ihm gerade nicht das Recht zu, sich privatautonom zu verhalten, dh sich beliebige Ziele zu setzen.¹²⁸ Dies gilt auch für die privatrechtsförmige Verwaltung (→ § 3 Rn 82). Positivrechtlich ergibt sich (insbes) aus dem Rechtsstaatsprinzip iVm den Grundrechten die Notwendigkeit einer kompetenziellen Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse. So vermögen niemals andere Belange die Beschränkung der grundrechtlich garantierten Freiheiten zu legitimieren. Nach wohl hM sind daher alle (zumindest alle öffentlich-rechtlich organisierten) Träger von Staatsgewalt wegen der von vornherein begrenzten Aufgabenstellung des Staates nur *teilrechtsfähig*. Dies bedeute, dass sie auch nur innerhalb eines bestimmten, gesetzlich umschriebenen Wirkungskreises handeln können. Werden die Grenzen des Wirkungskreises überschritten, sei das Handeln schlechthin unwirksam (*ultra-vires-Prinzip*)¹²⁹. Es liege dann in Wahrheit ein Nichtakt und nicht nur ein nichtiger Akt des Staates vor.¹³⁰ Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Der Wirkungskreis staatlicher Rechtsträger beschränkt nur das rechtliche Dürfen, nicht das rechtliche Können.¹³¹ Bei Überschreitung des Wirkungskreises gelten daher die allgemeinen Fehlerfolgen (Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit).

- 29 Statt von einem öffentlichen Interesse wird vielfach auch vom Erfordernis eines öffentlichen Zwecks (zB §107 I GO NW) oder der Bindung an das Wohl der Allgemeinheit (etwa Art 14 III 1 GG und Art 3 S 2 BayVerf) gesprochen.¹³² 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 muss.¹³³ Beispielsweise haben Körperschaften des öffentlichen Rechts wie etwa die Industrie- und Handelskammern und die Handwerkskammern nur die Interessen ihrer Mitglieder zu fördern.¹³⁴ Das Wohl des Ganzen kann somit mit dem Wohl von Teilen gleichzusetzen sein. *Bonum commune* und *bonum particulare* schließen sich nicht aus. ZB liegt die Hilfe für Obdachlose oder die Förderung eines städtischen Opernhauses im öffentlichen Interesse, mag es in Zeiten des Wohlstandes vielleicht auch nur wenige Obdachlose geben und mag nur ein kleiner Teil der Bevölkerung die Oper besuchen. Selbst das Interesse *eines* Privaten kann zum Gegenstand eines inhaltsgleichen öffentlichen Inte-

dorf 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. Vgl a C. *Schmitt* Verfassungslehre, 8. Aufl 1993, 61 ff.

¹²⁸ Ehlers (Fn 79) 86 ff; *Burmeister* VVDStRL 52 (1993) 190, 219 f.

¹²⁹ Vgl BGHZ 20, 119, 126 ff; 52, 283, 286. Ferner: *Eggert* Die deutsche ultra-vires-Lehre, 1977, 56 ff; *Oldiges* DÖV 1989, 873 ff; *Burmeister* VVDStRL 52 (1993) 190, 220; *Wolff/Bachof/Stober* VwR I, § 32 Rn 9.

¹³⁰ Zur Unterscheidung vgl §§ 12 Rn 19, 15 Rn 21.

¹³¹ Näher dazu *Ehlers* Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und die Ultra-vires-Doktrin des öffentlichen Rechts, 2000, 59 ff; *Stelkens* Verwaltungsprivatrecht, 2005, 64 ff (für die Privatrechtsfähigkeit jur Personen des öffentlichen Rechts).

¹³² Vgl näher dazu *Rupp* Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, 1968, 116 ff; *v Arnim* Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, 82 ff; *Link* VVDStRL 48 (1990) 7, 19 ff; *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof III*, § 57 Rn 2.

¹³³ *Martens* (Fn 2) 177 mwN.

¹³⁴ §§ 1 IHKG; 90 f HwO.

resses werden und zB ein polizeiliches Einschreiten zum Schutz privater Rechte¹³⁵ oder die Enteignung zugunsten privater Industriebetriebe¹³⁶ 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 Verfassungen 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 beachten. Diese Erfordernisse (Stabilität des Preisniveaus, hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht sowie stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum) können aber miteinander in Konflikt treten. Der Staat muss versuchen, möglichst alle Erfordernisse zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen. Dies schließt nicht aus, dass je nach Lage der eine oder andere Gesichtspunkt stärker zu betonen ist.

UU reicht es aus, wenn die Maßnahmen der Verwaltung nur *mittelbar* im öffentlichen Interesse liegen. So dient die Erzielung von Einnahmen durch die Erhebung von Steuern¹³⁷ nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar dem öffentlichen Interesse, weil die Einnahmen zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben benötigt werden, der Endzweck also ein öffentlicher ist. Als verfassungsrechtlich¹³⁸ unzulässig muss dagegen eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung angesehen werden,¹³⁹ weil die Erzielung von Einnahmen nach der Finanzordnung des Grundgesetzes prinzipiell der Steuer vorbehalten ist.¹⁴⁰ Das *Verbot einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung* bezieht sich nur auf das ausschließliche oder primäre Gewinnstreben. Gegen eine angemessene *Gewinnmitnahme* als Nebenziel einer rechtlich legitimierten Hauptzielsetzung oder eine (sich in Grenzen haltende) Gewinnmitnahme bei Gelegenheit der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe bestehen keine rechtlichen Bedenken. Ersteres ist etwa der Fall, wenn die öffentliche Hand zum Zwecke des Erhalts von Arbeitsplätzen¹⁴¹, zur Wettbewerbsbeeinflussung¹⁴² oder zur Versorgung der Bevölkerung ein gewinnbringendes wirtschaftliches Unternehmen betreibt. Letzteres trifft zB auf die Nutzung sonst brachliegenden Wirtschaftspotentials – wie etwa die Vermietung von Werbeflächen öffentlicher Verkehrs-

¹³⁵ BVerwGE 11, 95, 99; *Dietlein* Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl 2005, 204 ff.

¹³⁶ BVerfGE 74, 264, 285 → JK GG Art 14 III/5. Näher dazu *Schmidbauer* Enteignung zugunsten Privater, 1989, 35 ff.

¹³⁷ Zum Begriff der Steuer vgl § 3 AO.

¹³⁸ Zum einfachen Gesetzesrecht vgl Art 87 I 2 BayGO, § 116 I 2 GO LSA.

¹³⁹ Str. Wie hier zB *Selmer* in: *Stober/Vogel* (Hrsg), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, 75, 88; *Löwer* VVDStRL 60 (2001) 416, 418 ff; *Ehlers* (Fn 49) E 72 f; aA zB *Böckenförde* VVDStRL 60 (2001) 593, 594.

¹⁴⁰ Vgl BVerfGE 78, 241, 266 f; 82, 159, 178 → JK GG Art 101 I 2/5; 93, 319, 342 → JK GG Art 104 a/4; *Vogel* in: *Isensee/Kirchhof I*, § 27 Rn 74; *dens* FS Geiger, 1989, 518, 529. Krit zum Begriff des Steuerstaats *Sacksofsky* Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 2000, 153 ff.

¹⁴¹ AA OLG Düsseldorf GewArch 2001, 370.

¹⁴² Str, vgl *Ehlers* (Fn 49) E 71.

betriebe, die Aufnahme von Werbeanzeigen in die Theaterprogramme¹⁴³ sowie auf die Erhebung einer Konzessionsabgabe für die Nutzung des Straßengrundes zum Zwecke der Verlegung öffentlicher Versorgungsleitungen der Energieversorgungsunternehmen – zu.¹⁴⁴ Die Zulässigkeit einer Gewinnmitnahme ergibt sich ua aus Art 110 I GG (der die Ablieferungen von Bundesbetrieben und Sondervermögen regelt, ohne sich gegen die Erwirtschaftung solcher Überschüsse zu wenden) sowie aus dem Gemeindefinanzrecht.¹⁴⁵ Die Erzielung von Gewinnen ist grundsätzlich nur zulässig, wenn die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.¹⁴⁶

- 32 Zu ergänzen ist, dass die Verfolgung öffentlicher Interessen *kein Monopol des Staates* oder gar der staatlichen Verwaltung ist.¹⁴⁷ Auch das Tätigwerden gesellschaftlicher Vereinigungen oder einzelner Privater kann im öffentlichen Interesse liegen. So sprechen die Pressegesetze davon, dass die Presse insbes dadurch, dass sie Nachrichten beschafft und verbreitet, Stellung nimmt, Kritik übt oder auf andere Weise an der Meinungsbildung mitwirkt, eine öffentliche Aufgabe erfüllt.¹⁴⁸ Der Staat nimmt vielfach private Unternehmen für staatliche Zwecke in seinen Dienst, verpflichtet sie zB zur Vornahme von Eigensicherungsmaßnahmen gegenüber rechtswidrigen Angriffen Dritter,¹⁴⁹ zur Bestellung von betrieblichen Datenschutzbeauftragten¹⁵⁰ oder zur Erstellung von Statistiken für die staatliche Wirtschaftsplanung.¹⁵¹ Auch freiwillig kann ein Unternehmen öffentliche Verantwortung tragen (zB über den gesetzlichen Standard hinaus Umweltschutzmaßnahmen durchführen¹⁵²). Schließlich ist es auch privaten Einzelpersonen möglich, im öffentlichen Interesse zu handeln, wie das Beispiel der Festnahme eines flüchtigen Straftäters durch Passanten zeigt.¹⁵³ Zum Zusammenwirken von Verwaltung und Privaten vgl Rn 72 ff.

2. Maßstäbe des Verwaltungshandelns

- 33 Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ist die staatliche Verwaltung an bestimmte Maßstäbe gebunden, von denen hier nur die wichtigsten erwähnt werden können.¹⁵⁴ Herausragende Bedeutung kommt dem sich aus der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht (Art 20 III GG) ergebenden Erfordernis der *Rechtmäßigkeit* des Verwaltungshandelns zu (→ § 10 Rn 1 ff). Soweit das Recht Raum für Gestaltungsspielräume auf der Rechtsfolgenseite lässt, muss sich die Verwaltung an der *Zweckmäßigkeit*

¹⁴³ Vgl zur Zulässigkeit von Werbeaktionen BVerwGE 82, 29, 34. Vgl ferner OVG NRW DVBl 2004, 133, 135 f → JK GO NW § 107 III.

¹⁴⁴ Vgl § 1, 7 KAV. Dagegen ist der Bund nach § 50 I TKG befugt, Verkehrswege für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien unentgeltlich zu benutzen. Zur Verfassungsmäßigkeit vgl BVerfG-K NVwZ 1999, 520ff; krit Ehlers in: ders/Krebs (Hrsg), Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, 59, 88 ff.

¹⁴⁵ ZB § 109 I GO NRW.

¹⁴⁶ Vgl dazu Ehlers (Fn 79) 94f; dens JZ 1990, 1089, 1091; DVBl 1998, 497, 498 ff.

¹⁴⁷ Zur Unterscheidung von öffentlichen und staatlichen Aufgaben vgl Peters FS H.C. Nipperdey, Bd II, 1965, 877 ff; Bull Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl 1977, 47 ff.

¹⁴⁸ Vgl zB § 3 PresseG NRW.

¹⁴⁹ Vgl zB § 3 II Nr 3 12. BImSchV.

¹⁵⁰ § 4 f BDSG.

¹⁵¹ ZB § 1 I LohnStaG iVm §§ 6, 10 BStatG.

¹⁵² Zum Umwelt-Audit → Rn 73.

¹⁵³ § 127 I StPO.

¹⁵⁴ Vgl dazu a Achterberg Allg VwR, § 19 Rn 4 ff.

keit orientieren (Rn 51). Außerdem hat sie das Untermaß- und Übermaßverbot (→ § 5 Rn 24), die Gleichheitsmaßstäbe sowie die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zu beachten.¹⁵⁵ Ferner verpflichtet sie das Haushaltsrecht zur *Wirtschaftlichkeit*.¹⁵⁶ Darunter ist das Gebot zu verstehen, entweder mit den gegebenen Mitteln den größtmöglichen Nutzen zu erreichen (Maximalprinzip) oder einen bestimmten Nutzen mit den geringstmöglichen Mitteln zu stiften (Minimal- oder Sparsamkeitsprinzip).¹⁵⁷ Das Maximalprinzip wird auch als Effektivitäts-, das Minimalprinzip als Effizienzgebot bezeichnet.¹⁵⁸ Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet die Verwaltung ua zur Bestimmtheit und Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns und zur *Zukunftsvorsorge* etwa durch vorausschauende Planung (Rn 54 ff) und durch Rücksichtnahme auch auf künftige Generationen (zB Art 20 a GG).¹⁵⁹

V. Arten der staatlichen Verwaltung

Bei der Bestimmung des Begriffs der staatlichen Verwaltung ist bereits auf deren Mannigfaltigkeit hingewiesen worden. Versucht man die Fülle der verschiedenen Erscheinungsformen der Verwaltung durch Kategorisierung zu ordnen, bieten sich hierfür unterschiedliche Einteilungsschemata an. **34**

1. Unterscheidung nach der Art der Aufgabenstellung

Einer Unterscheidung der Verwaltung nach Art der Aufgabenstellung kommt deshalb grundlegende Bedeutung zu, weil sich ohne Legalität und Legitimität der Aufgabenstellung ein Tätigwerden der Verwaltung nicht rechtfertigen lässt. Besonders in Zeiten der Finanzarmut muss sich die Verwaltung einer Aufgabenkritik stellen und den Nachweis der Notwendigkeit einer unmittelbaren oder mittelbaren Aufgabenerfüllung erbringen. Zu den Verwaltungsaufgaben sind alle Aufgaben zu rechnen, die der Verwaltung durch Rechtssatz übertragen wurden oder welche die Verwaltung rechtlich zulässigerweise an sich gezogen hat, wobei es unerheblich ist, ob sich die Verwaltung mit den Aufgaben befassen darf oder befassen muss. Nach dem Tätigkeitsgehalt bzw der Art der Aufgabenstellung lässt sich zwischen *Ordnungsverwaltung*, *Leistungsverwaltung*, *Abgabenverwaltung*, *Bedarfsverwaltung*, *Vermögensverwaltung* und *wirtschaftender Verwaltung* unterscheiden. Teilweise werden die planende (Rn 54) und lenkende (Rn 40)¹⁶⁰, die regulierende oder gewährleistende (Rn 74)¹⁶¹ sowie die Risikoverwaltung (Rn 39)¹⁶² gesondert genannt. Doch lassen sich die genannten Verwaltungstypen einer der genannten Aufgabenarten zuordnen. **35**

¹⁵⁵ Zu (weiteren) Garantien der Rationalität des Verwaltungshandelns *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 84, 312.

¹⁵⁶ Vgl §§ 7 I HOen.

¹⁵⁷ Vgl *Grupp* DÖV 1983, 661, 662; *v Mutius* VVDStRL 42 (1984) 149, 177; *Krebs* (Fn 27) 185; zur Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen vgl *Peters* DÖV 2001, 749 ff.

¹⁵⁸ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 316 f.

¹⁵⁹ *Achterberg* Allg VwR, § 18 Rn 14.

¹⁶⁰ Vgl etwa *Stern* StR II, § 41 I 4.

¹⁶¹ Vgl *Ruffert* AöR 124 (1999) 237, 244 ff; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 172.

¹⁶² Vgl dazu *Scherzberg* VVDStRL 63 (2004) 214 ff.

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, das Handeln Privater zu beeinflussen. Unterschieden werden kann zwischen der bewahrenden und der gestaltenden Ordnungsverwaltung.

- 36** (1) Die *bewahrende Ordnungsverwaltung* zielt darauf ab, gesetzlich unerwünschte Zustände durch Aufsicht, Überwachung oder (bewahrende) Regulierung¹⁶³ zu verhindern oder zu beseitigen. Bei der Aufsicht respektive Überwachung geht es zumeist um Gefahrenabwehr, dh um die Abwehr einer Sachlage, die bei ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führt.¹⁶⁴ Wird die Ordnung gefährdet oder gestört, stehen der Verwaltung je nach Gesetzes- und Interessenlage unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung. ZB kann der Gesetzgeber vorschreiben, dass bestimmte Betätigungen unterbleiben sollen (etwa Zuwiderhandlungen gegen die Straßenverkehrsvorschriften). Halten sich die Rechtsunterworfenen nicht daran oder besteht die Gefahr einer Zuwiderhandlung, darf die Verwaltung reglementierend (durch Befehl und Zwang¹⁶⁵) sowie sanktionierend (zB durch Auferlegung von Geldbußen¹⁶⁶ oder Verhängung von Ordnungsmaßnahmen¹⁶⁷) eingreifen. In anderen Fällen ist eine private Betätigung nur zulässig, wenn sie der Behörde zuvor angezeigt worden ist (*Anzeigevorbehalt*). Beispielsweise besteht eine Anzeigepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel¹⁶⁸ oder für die Ausübung bestimmter Gewerbebetätigungen.¹⁶⁹ Die zuständige Behörde hat dann die Möglichkeit, das Vorhaben zu prüfen und ggf ein Verbot zu erlassen. Noch einen Schritt weiter geht das *präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*. In solchen Fällen ist für das Handeln eine Zulassung (zum Begriff vgl §15 II GewO) der Verwaltung erforderlich. Die Verwaltung hat vor Ausführung der Tätigkeit zu prüfen, ob dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen. So darf der Bauherr uU erst mit dem Bauen beginnen, wenn die Behörde ihm eine Zulassung (in Form einer Baugenehmigung) erteilt hat.¹⁷⁰ Die Genehmigungspflicht wendet sich nicht gegen die Betätigung als solche, sondern soll nur Rechtsverstöße rechtzeitig verhindern. Man spricht in solchen Fällen daher auch von einer bloßen Kontrollerlaubnis.¹⁷¹ Schließlich kann der Gesetzgeber auch ein unerwünschtes Verhalten grundsätzlich verbieten, die Verwaltung aber ermächtigen, in Ausnahmefällen eine Befreiung von diesem Verbot zu erteilen (*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*). Dies trifft etwa auf das Herstellen und Vertreiben

¹⁶³ Zum Sprachgebrauch vgl a *Gröschner* Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, 66 f.

¹⁶⁴ Vgl *Schoch* in: Schmidt-Aßmann, Bes VwR, 2. Kap Rn 84.

¹⁶⁵ Etwa nach Maßgabe des Polizei- und Ordnungsrechts oder spezialgesetzlicher Befugnisnormen.

¹⁶⁶ Vgl etwa §§ 21 ff StVG.

¹⁶⁷ ZB nach Maßgabe der §§ 5 ff BDG oder § 26 a SchVG NRW.

¹⁶⁸ § 14 I VersG.

¹⁶⁹ § 14 I GewO.

¹⁷⁰ Vgl etwa § 63 I BauO NRW. Zu dem Beschleunigungszwecken dienenden weit gehenden Wegfall des Genehmigungserfordernisses im Bauordnungsrecht vgl *Ortloff* NVwZ 1995, 112 ff.

¹⁷¹ *Maurer* Allg VwR, § 9 Rn 51. Grundlegend zu den Erlaubnispflichten BVerfGE 20, 150, 154 ff; *Thoma* VerwArch 32 (1927) 242 ff. Vgl auch BVerfGE 52, 1, 41 ff → JK GG Art 14 I, III/3.

bestimmter Waffen¹⁷², das Demonstrieren innerhalb einer Bannmeile¹⁷³, das Tätigwerden von Hebammen oberhalb von Altersgrenzen¹⁷⁴ oder das Bebauen von Deichen¹⁷⁵ zu.¹⁷⁶

Die genannten typisierenden Unterscheidungen können erhebliche *Rechtsfolgen* 37 nach sich ziehen. Besteht etwa ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, hat der Einzelne bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in aller Regel einen grundrechtlich verbürgten Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, während die Ausnahmebewilligung bei einem repressiven Verbot zumeist im Ermessen der Behörde steht. Auch für das Beweismaß und die Beweislast kann es einen Unterschied ausmachen, ob ein Verhalten grundsätzlich erlaubt oder verboten ist. Die Verletzung einer Anzeigepflicht rechtfertigt nicht die Untersagung der Betätigung, stellt aber grundsätzlich eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit dar.¹⁷⁷ Wird die Erlaubnispflicht im Falle eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt missachtet, darf die Behörde zwar die Einstellung der Tätigkeit bis zur Erlaubniserteilung fordern, wegen der bloß formellen Illegalität aber nicht die Beseitigung des bereits Geschaffenen verlangen (zB Abbruch eines ohne Baugenehmigung errichteten, im Übrigen aber im Einklang mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften stehenden Hauses).¹⁷⁸ Das Zuwiderhandeln gegen ein repressives Verbot führt regelmäßig zu weiterreichenden Konsequenzen. ZB dürfen verbotene Waffen sichergestellt und grundsätzlich auch eingezogen (vernichtet) werden.¹⁷⁹

Anzeigepflichten, präventive Verbote und repressive Verbote greifen in die grundrechtlich geschützte Rechtssphäre ein und müssen sich daher *rechtfertigen* lassen. 38 Insbesondere muss jeweils dargelegt werden können, dass mildere Maßnahmen nicht ausreichen. Wird eine Erlaubnis bei einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verweigert, handelt es sich formell gesehen nur um die Ablehnung eines begünstigenden Verwaltungsaktes, materiell dagegen um einen Eingriff in Freiheit und Eigentum, weil die Ablehnung aus dem zunächst nur vorläufigen ein endgültiges Verbot macht.¹⁸⁰ Dies hat etwa zur Folge, dass der Betroffene vor Ablehnung der Erlaubnis angehört werden muss¹⁸¹ und dass er bei rechtswidriger Ablehnung einen Anspruch auf Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff (→ § 44 Rn 11) hat. Insoweit unterscheiden sich auch präventives und repressives Verbot mit Vorbehalt nicht. Im Falle eines repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt hat der Einzelne ebenfalls einen grundrechtlich fundierten Anspruch (zumindest auf ermessensfehlerfreie Entscheidung). Die Ausnahmebewilligung erweitert nicht den Rechtskreis des Einzelnen, sondern begrenzt das Verbot.

¹⁷² § 37 I und III WaffG.

¹⁷³ Im Hinblick auf § 16 I VersG iVm § 1 BannmeilenG NRW vgl OVG NRW NWVBl 1994, 305 ff. § 16 I VersG iVm § 5 BefBezG ähnelt stark einem (lediglich) präventiven Verbot. Näher dazu Werner NVwZ 2000, 369 ff; Wiefelspütz NVwZ 2000, 1016 ff.

¹⁷⁴ Vgl BVerfGE 9, 338, 353.

¹⁷⁵ BVerfGE 25, 112, 120.

¹⁷⁶ Zur Abgrenzbarkeit von präventiven und repressiven Verboten vgl a Schwabe FS Folz, 2003, 305 ff.

¹⁷⁷ Vgl § 26 Nr 2 VersG, § 146 II Nr 1 GewO.

¹⁷⁸ Vgl BVerwGE 19, 162; BVerwG DÖV 1978, 413; OVG NRW NWVBl 1987, 19 ff.

¹⁷⁹ Vgl § 37 V WaffG.

¹⁸⁰ Maurer Allg VwR, § 9 Rn 52.

¹⁸¹ AA die hM. Vgl BVerwGE 66, 184, 186 → JK VwVfG § 28/2; Bonk/Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 28 Rn 27; Kopp/Ramsauer VwVfG, § 28 Rn 22. Ausf zum Ganzen Ehlers Jura 1996, 617, 618 f. Vgl auch → § 13 Rn 27.

- 39 Neben einer Gefahrenabwehr verlangen die neueren Wirtschafts- und Umweltgesetze auch eine *Gefahrenvorsorge*¹⁸². Hierbei geht es um nachteilige Einwirkung unterhalb der Gefahrenschwelle. Das Ziel der Vorsorge ist es, eine Sicherheitszone vor der Gefahrenschwelle zu errichten, um Fälle geringerer Eintrittswahrscheinlichkeit, zeitlich und räumlich entfernterer Schädigungen sowie Summationen erfassen zu können.¹⁸³ Lassen Lebenserfahrung und wissenschaftliche Erkenntnisse keine Vorhersage über Kausalverläufe zu – was etwa bei biomedizinischen Versuchen oder Verwendung gentechnischer Anlagen der Fall sein kann –, können erhebliche irreversible Nachteile aber nicht ausgeschlossen werden, ist den staatlichen Gewalten die Aufgabe der *Risikosteuerung* gestellt.¹⁸⁴ Auch wenn der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen zu treffen hat, verlangt dies der Verwaltung wegen der Ungewissheit der Lage und der Fehleranfälligkeit des Handelns hohe Steueringkünste ab. Neben den Folgen des zu beurteilenden Geschehens müssen auch die möglichen Irrtumskosten eines Handelns bedacht werden. Der Umgang mit dem Risiko ist somit selbst risikobehaftet. Ein Restrisiko¹⁸⁵ ist hinzunehmen, wenn die Risiken der Risikosteuerung überwiegen.¹⁸⁶ Zusätzlich zu den Steuerungsmitteln des Ordnungsrechts kommen auch indirekte Steuerungen, etwa durch die Gestaltung des Haftungsrechts, in Betracht. Vor allem aber bedarf es prozeduraler Vorgehensweisen in Gestalt einer „Risikokommunikation“ mit den Betroffenen, der Öffentlichkeit und der Wissenschaft.
- 40 (2) Anders als der auf Bewahrung sowie Verhinderung oder Beseitigung rechtswidriger Zustände angelegten bewahrenden Ordnungsverwaltung geht es der *gestaltenden Ordnungsverwaltung* darum, gesetzlich erwünschte Zustände zu erreichen. Angestrebt wird somit die Erfüllung einer positiven Zielsetzung im Wege einer *Lenkung* des Verhaltens der Privaten. Allerdings lassen sich trennscharfe Abgrenzungen zwischen bewahrender und gestaltender Ordnungsverwaltung schwer treffen. Auch werden vielfach sowohl Lenkungs- als auch Überwachungsziele verfolgt. So hat etwa die Verkehrswirtschaftsverwaltung bei der Beförderung von Personen mit Straßenbahnen oder Oberleitungsomnibussen im Linien- und teilweise auch im Gelegenheitsverkehr sowohl dem „Interesse einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen“ (§ 8 III 1 PBefG) und der Leistungsfähigkeit der Betreiber (§ 13 I Nr 1 PBefG) Rechnung zu tragen, als auch sicherzustellen, dass die Unternehmer zuverlässig sowie fachlich geeignet sind und der Betrieb sicher ist (§ 13 I Nr 1, 2, 3 PBefG). Die zuerst genannten Zielsetzungen intendieren eine positive Gestaltung, letztere eine Abwehr von Gefahren. Lenkende Ziele verfolgt die Verwaltung zum Teil auch bei der Anwendung des Außenwirtschafts-, des Zoll- und des für den Spannungs- und Verteidigungsfall geschaffenen Bewirtschaftungsrechts.¹⁸⁷ Vor allem aber ist zur gestaltenden Ordnungsverwaltung die sog *Gewährleistungsverwaltung* zu zählen (Rn 74).
- 41 b) *Leistungsverwaltung*. Die Leistungsverwaltung stellt einerseits die staatliche Infrastruktur bereit¹⁸⁸ (insbes die öffentlichen Einrichtungen wie zB die Straßen, öffentlichen

¹⁸² Vgl zB Art 174 II EGV; §§ 5 I Nr 2 BImSchG; 7 II Nr 3 AtG; 1 Nr 1 GenTG. Zur verfassungsrechtlichen Verwurzelung in Art 20 GG vgl *Steinberg* Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, 91 ff; *Murswiek* in: Sachs (Fn 3) Art 20 a Rn 36.

¹⁸³ Vgl *Ossenbühl* NVwZ 1986, 161, 163; *Scherzberg* VerwArch 84 (1993) 484, 491.

¹⁸⁴ Vgl *Di Fabio* Risikoentscheidung im Rechtsstaat, 1994; *Scherzberg* VVDStRL 63 (2004) 214, 223 ff; *Hoffmann-Riem* Verw 38 (2005) 145 ff.

¹⁸⁵ Vgl dazu BVerfGE 49, 89, 137; 72, 299, 315.

¹⁸⁶ *Scherzberg* VVDStRL 63 (2004) 214, 223.

¹⁸⁷ Vgl *Ehlers* Ziele der Wirtschaftsaufsicht, 1997, 38 ff, 67 f.

¹⁸⁸ Ausf dazu *Faber* VwR, 4. Aufl 1995, § 5 II, 31 ff.

Schulen, Universitäten, Krankenhäuser, Theater, Museen oder Friedhöfe) und dient andererseits der Versorgung der Bevölkerung mit Gütern und Dienstleistungen (zB Energie, Wasser, Telekommunikationsdienstleistungen) sowie der Beseitigung von Stoffen (etwa von Abfällen und Abwasser). Gleichzeitig kann die Leistungsverwaltung einzelne Personen (zB durch die Gewährung von Sozialhilfe, Ausbildungsförderungsdarlehen oder Wirtschaftssubventionen) gezielt begünstigen (Leistungsverwaltung im engeren Sinne). Da der Einzelne vielfach auf „Daseinsvor- und Fürsorge“ (→ § 3 Rn 91) angewiesen ist, kommt der Leistungsverwaltung eine große Bedeutung zu.¹⁸⁹ Jedoch liegt die Daseinsvor- und Fürsorge nicht allein in den Händen des Staates, sondern auch in denen der Privaten. Nicht selten hat der Staat seine Erfüllungsverantwortung für die Erreichung bestimmter Zustände aufgegeben, den Privaten aber nicht allein das Handeln überlassen, sondern einen Rahmen vorgegeben und eine Auffangverantwortung für die Gewährleistung von Mindestanforderungen übernommen (Rn 74).

c) *Abgabenverwaltung*. Die Abgabenverwaltung sorgt für die Beschaffung der staatlichen Geldmittel durch Erhebung von Steuern, Gebühren, Beiträgen, Sonderabgaben, Verbandslasten, Umlagen und sonstigen Abgaben.¹⁹⁰ 42

d) *Bedarfsverwaltung*. Der Bedarfsverwaltung geht es darum, die persönlichen und sachlichen Mittel zu besorgen, welche die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Dazu zählt zB die Einstellung von Personen in den öffentlichen Dienst, die Heranziehung von Privaten zur Erfüllungshilfe (etwa zur Vornahme von Straßenbauarbeiten oder zum Abschleppen von Kraftfahrzeugen für die Polizei), der Ankauf von Sachen (zB von Computern für die Verwaltung, Fahrzeugen für die Feuerwehr oder militärischen Geräten für die Streitkräfte) sowie die Vergabe sonstiger öffentlicher Aufträge (etwa zur Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen zB für den Bau von Verwaltungsgebäuden).¹⁹¹ Das staatliche Einkaufsvolumen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft wurde schon vor der sog Osterweiterung auf über 1 Billion Euro pro Jahr und damit auf etwa 14 % des Bruttoinlandsproduktes der EU geschätzt, wovon fast 300 Milliarden Euro auf die Bundesrepublik Deutschland entfallen.¹⁹² Da eine grenzüberschreitende *Auftragsvergabe* selten erfolgte, ist das Vergaberecht weitgehend durch Sekundärrecht der Europäischen Gemeinschaft¹⁹³ geregelt worden.¹⁹⁴ Danach müssen öffentliche Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte grundsätzlich offen – ggf gemeinschaftsweit – ausgeschrieben werden. Die *Ausschreibung* soll zu einer Öffnung der Märkte und zu einer optimalen Allokation öffentlicher Ressourcen beitragen. Da dann der Zuschlag unter Berücksichtigung von Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverläss-

¹⁸⁹ Zu den tatsächlichen Erscheinungsformen sowie zu dem verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Ordnungsrahmen *Erichsen* DVBl 1983, 289 ff. Ferner zB *Krause* VVDStRL 45 (1987) 212 ff; *Ehlers* DVBl 1986, 912 ff.

¹⁹⁰ Vgl zu den verschiedenen Abgaben *P. Kirchhof* in: *Isensee/Kirchhof IV*, §§ 88, 87 ff; *Ehlers/Achelpöbler* NVwZ 1993, 1025, 1026 ff. *F. Kirchhof* in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, Bes VwR II, § 20 Rn 9 ff. Zur Notwendigkeit der Zuordnung einer Abgabe zu einer Abgabensart vgl (verneinend) *BVerfGE* 93, 319, 345 (Wasserpfennig); *BVerfG* NVwZ 2005, 1171 → *JK GG* Art 12 I/79.

¹⁹¹ Vgl *Pietzcker* *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, 1978; *Wallerath* *Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht*, 1988.

¹⁹² Vgl *Dreher* in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), *GWB*, 3. Aufl 2001, Vor §§ 97 ff, Rn 41 ff.

¹⁹³ Vgl *RL 17/2004/EG*; *RL 18/2004/EG*. Auch das WTO-Recht interessiert für die Materie. Vgl das (multilaterale) Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994, *ABleg* 1996 Nr c 256/2.

¹⁹⁴ Vgl *Prieß* *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 2. Aufl 2001.

sigkeit (§ 97 IV GWB) auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist (§ 97 V GWB)¹⁹⁵, kann sich das Erfordernis einer Ausschreibung auf die Entscheidung „make or buy“ auswirken. Wenn die Gebietskörperschaft über die zu beauftragende (rechtlich selbständige) Person (zB eine Eigengesellschaft) eine Kontrolle ausübt wie über eigene Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile inne haben, nimmt die Rechtsprechung¹⁹⁶ allerdings ein vergabefreies „In-House-Geschäft“ an. Das nationale Recht verlangt aus haushaltswirtschaftlichen Gründen (Sparsamkeit) eine prinzipielle Ausschreibung auch für Aufträge unterhalb der *europäischen Schwellenwerte*.¹⁹⁷ Um den Rechtsschutz zu verbessern, hat die Gemeinschaft sog Rechtsmittelrichtlinien erlassen.¹⁹⁸ In Deutschland unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte grundsätzlich der Nachprüfung durch die Vergabekammern (§§ 100, 102 GWB). Gegen die Entscheidungen der Vergabekammer ist Beschwerde vor den Oberlandesgerichten zulässig (§ 116 III GWB). Werden die Schwellenwerte unterschritten, ist ein Primärrechtsschutz (im Gegensatz zum nachträglichen, auf Schadensersatz gerichteten Sekundärrechtsschutz) ebenfalls nicht ausgeschlossen – weil sich der nicht berücksichtigte Bieter insbesondere auf Art 3 I GG berufen kann –, aber schwerer zu erreichen.¹⁹⁹ Zur Frage des Rechtsweges vgl → § 3 Rn 89.

44 e) *Vermögensverwaltung*. Die Vermögensverwaltung dient der Pflege, Ausnutzung oder Verwertung der sich im Eigentum oder in der Verfügungsbefugnis des Staates befindenden Vermögensgegenstände (zB Veräußerungen nicht mehr benötigter Bücher durch die Universitätsbibliothek oder Privatisierung wirtschaftlicher Unternehmen).²⁰⁰

45 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 (wie die Stadtwerke). Das Schwergewicht der staatlichen Teilnahme am Wirtschaftsleben liegt heute bei den *Kommunen*.²⁰¹ Soweit die Wirtschaft der Verwaltung den Zweck verfolgt, unmittelbar durch ihre Leistung dem Wohl der Bürger zu dienen (etwa durch Versorgung der Bevölkerung mit Gütern oder Dienstleistungen), handelt es sich um einen Unterfall der Leistungsverwaltung (Rn 41).

46 g) *Rechtliche Konsequenzen*. Die Unterscheidung der verschiedenen Aufgabenarten hat nicht nur beschreibenden Charakter, sondern kann auch rechtliche Folgen nach sich ziehen. ZB werden die Ordnungs-, Leistungs- und Abgabenverwaltung grundsätzlich öffentlich-rechtlich, die Bedarfs-, Vermögens- und wirtschaftende Verwaltung grundsätzlich privatrechtlich tätig (→ § 3 Rn 72 ff). Erlässt die Ordnungsverwaltung einen begünstigenden Verwaltungsakt, der mit einer Auflage verbunden ist, widerspricht es idR nicht dem Übermaßverbot, die Auflage bei Nichterfüllung zwangsweise

¹⁹⁵ Zur Zulässigkeit einer Berücksichtigung auch sog vergabefremder (zB sozialer oder ökologischer) Kriterien vgl EuGH Slg 1988, 4635 Rn 37 – Beentjes; Slg 2002, I-7213 Rn 63 ff – Concordia BB Finnland Oy Ab.

¹⁹⁶ Grundlegend EuGH Slg 1999, I-8121 Rn 50 – Teckal; BGHZ 148, 55 ff. Näher dazu *Hüser* (Fn 67) 132 ff.

¹⁹⁷ Nach Schätzungen liegen 87 % aller Vergaben unterhalb der Schwellenwerte.

¹⁹⁸ RL 89/665/EWG; RL 92/13/EWG.

¹⁹⁹ Vgl *Publ VVDStRL* 60 (2001) 456, 475 ff; *Pietzcker* Die Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, 13 ff; *Pünder* *VerwArch* 95 (2004) 38, 54 ff.

²⁰⁰ Vgl § 3 Rn 77.

²⁰¹ Zu den Rechtsproblemen und Reformbestrebungen vgl *Ehlers* (Fn 49); *Jarass* *Kommunale Unternehmen im Wettbewerb*, 2001; *dens* *Reform des kommunalen Wirtschaftsrechts*, 2005.

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) durchzusetzen.²⁰²

2. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Verwaltung

Nach dem Gegenstand können die vielfältigen Tätigkeitsbereiche der staatlichen Verwaltung unterschieden werden. ZB wird von Kultur-, Schul-, Sozial-, Wirtschafts-, Landwirtschafts-, Umweltschutz-, Finanz-, Bau-, Verkehrsverwaltung und dergleichen mehr gesprochen. **47**

3. Unterscheidung nach dem Verwaltungsträger

Knüpft man an den Verwaltungsträger an, lässt sich zwischen Bundes- und Landesverwaltung (→ § 5 Rn 13 ff), ferner zwischen unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung (Rn 14 f) differenzieren. Stellt man auf die Hauptverwaltungsträger ab, sind die Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltungen zu nennen. **48**

4. Unterscheidung nach der Rechtsform des Tätigwerdens

Die Verwaltung kann sich nicht nur der Organisations- und Handlungsformen des öffentlichen Rechts, sondern in einem bestimmten Ausmaße auch derjenigen des Privatrechts bedienen (→ § 3 Rn 72 ff). Nach der Rechtsform des Tätigwerdens kann deshalb zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Verwaltung abgegrenzt werden. **49**

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 uU nicht oder nicht in der gleichen Schärfe gelten.²⁰³ Gebräuchlich ist die Entgegensetzung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung. Abgesehen davon, dass damit nicht sämtliches Verwaltungshandeln erfasst werden kann, gibt die Gegenüberstellung nur dann einen Sinn, wenn man die Leistungsverwaltung insofern nicht als Aufgabenart, sondern als Instrument der Verwaltung (Verwaltungsmittel) versteht.²⁰⁴ Selbst dann ist zu beachten, dass Eingriff und Leistung bzw Belastung und **50**

²⁰² Vgl dazu *Henseler* *VerwArch* 77 (1986) 249, 270, 284; *Heydemann* Die Durchsetzbarkeit von Verhaltensbindungen im Recht der begünstigenden Verwaltung, 1995, 82 ff.

²⁰³ Für Nichtgeltung des Übermaßverbotes in der Leistungsverwaltung zB *Ericksen* *Jura* 1988, 387, 388; *Mußgnug* *VVDStRL* 47 (1989) 113, 126 ff; aA zB *Haverkate* *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, 1983, 14 ff, 174 ff; *Bleckmann* *JuS* 1994, 177, 179.

²⁰⁴ IdS etwa *Ebsen* *DVBl* 1988, 883, 885. Krit *Bachof* *VVDStRL* 30 (1972) 193, 227; *Wolff/Bachof/Stober* *VwR* I, § 3 Rn 6.

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)²⁰⁵ oder die Gewährung bestimmter Geldleistungen (belastend, weil die Höhe begrenzt ist und vielleicht hinter dem Antrag zurückbleibt). Ferner haben Verwaltungsmaßnahmen heute immer häufiger *Doppelwirkung*, dh sie begünstigen den einen (zB Genehmigungsempfänger, Bewerber um die ausgeschriebene Stelle eines Beamten oder Adressaten eines Subventionsbescheides), belasten aber den anderen (etwa den Nachbarn oder Konkurrenten) und greifen uU in dessen Rechte ein.²⁰⁶ Belastung und Begünstigung bzw Eingriff und Leistung müssen nach ihren jeweils eigenen Regeln behandelt werden. Will etwa die Verwaltung einen teils begünstigenden, teils belastenden Verwaltungsakt (außerhalb des Widerspruchsverfahrens) aufheben, gelten für den begünstigenden Teil § 48 II, III und IV oder §49 II, III und VI VwVfG, für den belastenden Teil dagegen nicht.

6. Unterscheidung nach der Intensität der Gesetzesbindung

- 51 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 verwenden²⁰⁷ bzw der Verwaltung einen Gestaltungsspielraum entweder in Form eines Beurteilungsspielraums bei der Konkretisierung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale oder in Form eines Ermessensspielraums bei der Bestimmung der Rechtsfolgen einräumen (→ § 10 Rn 15). Dies stellt keinen Freibrief dar. Vielmehr muss sich die Verwaltung stets zu derjenigen Entscheidung durchringen, die sie in Anbetracht der verbindlichen Normzwecke für die richtige bzw beste hält. *Gestaltungsspielräume* sind immer auf Optimierung angelegt.²⁰⁸ Freie Beurteilungs- oder Ermessensspielräume können im Rechtsstaat nicht anerkannt werden.²⁰⁹ Der Verwaltung ist es daher nicht gestattet, sich mit der zweitbesten

²⁰⁵ Vgl a BFH BStBl 1985, 562, 563; FG Berlin EFG 1986, 474; FG BW EFG 1986, 532; FG Köln EFG 1986, 213. AA BVerwGE 67, 129, 134; *Stelkens* JuS 1984, 930, 934 – wonach ein Abgabenbescheid nicht den Gegenschluss rechtfertige, dass von den Betroffenen mehr als der angegebene Betrag nicht verlangt werde.

²⁰⁶ Zum Nachbarnschutz vgl § 3 Rn 69, zum Konkurrentenschutz *Huber* Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991.

²⁰⁷ ZB den Rechtsanwender nur final programmieren. Vgl etwa § 21 BBankG, wonach die Bundesbank „zur Regelung des Geldmarkts am offenen Markt“ in bestimmter Weise tätig werden darf.

²⁰⁸ Zur Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht vgl *Hoppe* DVBl 1992, 853 ff; *dens* DVBl 1994, 1033, 1034, 1037 ff.

²⁰⁹ Dies ist heute nicht mehr umstritten. Vgl etwa *W. Schmidt* Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969, 267. Vgl a bereits *Bernatzik* Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, 41.

Lösung zufrieden zu geben. Wenn das Gesetz in § 68 I 1 VwGO Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit nebeneinander stellt, darf dies nicht dahin missverstanden werden, dass die Zweckmäßigkeitsentscheidung der Verwaltung außerhalb des Rechts anzusiedeln ist. Eine zweckwidrige Verwaltungsentscheidung verstößt nicht nur gegen meta-juristische Maßstäbe, sondern auch gegen den das Verwaltungshandeln regelnden Rechtssatz selbst (im Beispielsfall gegen § 68 I 1 VwGO)²¹⁰. Demgemäß bestimmt auch § 40 VwVfG, dass das Ermessen einer Verwaltungsbehörde entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt werden muss. Dies impliziert, dass eine zweckwidrige Entscheidung rechtswidrig ist. Mit der gewählten Terminologie (Beurteilungsspielraum, Ermessensspielraum, Zweckmäßigkeit) soll nur zum Ausdruck gebracht werden, dass die gerichtliche Kontrolldichte in solchen Fällen gemindert ist.²¹¹ Noch weniger determiniert ist die Verwaltung, wenn es überhaupt keine (spezial-)gesetzlichen Handlungsanweisungen gibt (wie zB bei der Benennung von Straßen). Die Verwaltung ist dann ermächtigt, aufgrund eigener Zielvorstellungen zu entscheiden.²¹² Auch dann müssen aber stets die allgemeinen Bindungen und Grenzen (wie zB die Zuständigkeitsvorschriften oder verfassungsrechtlichen Vorgaben) beachtet werden. Es gibt somit kein Reservat exekutiven Wirkens, das völlig außerhalb der Sphäre des Rechts liegt.

VI. Handlungsformen der Verwaltung

Die Handlungsformen der Verwaltung sind als Tore bezeichnet worden, durch welche die in ihrer Vielfalt unüberschaubare, amorphe Tätigkeit der Verwaltung in die ordnende Welt des Rechts eingeschleust wird.²¹³ Die Verwaltung kann sich zum Tätigwerden regelnder, rechtsgeschäftsähnlicher oder tatsächlicher Handlungsformen bedienen, sowie darüber hinaus Rechte ausüben oder Prozesshandlungen vornehmen.²¹⁴ *Regelungen* sind final auf Bewirkung einer Rechtsfolge gerichtet, wobei es sich um normative Regelungen (Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften → § 19) oder einzelfallbezogene Regelungen insbesondere durch Verwaltungsakt (→ § 20 Rn 24 ff), Verwaltungsvertrag (→ § 28 Rn 2) oder eine innerdienstliche Anordnung handeln kann. *Rechtsgeschäftsähnliche Handlungsweisen* (zB Mahnung oder Fristsetzung) zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht nur einen tatsächlichen Erfolg bezwecken, sondern Rechtswirkungen begründen, diese aber im Gegensatz zu den finalen Rechtshandlungen unabhängig von einem darauf gerichteten Willen des Handelnden allein nach der objektiven Rechtsordnung eintreten (vgl auch → § 27 Rn 1). *Tathandlungen* der Verwaltung (zB Öffentlichkeitsarbeit, Erteilung schlichter Auskünfte, Herstellung von Straßen oder Verwaltungsvollstreckung) sind unmittelbar nur auf die Herbei-

²¹⁰ Vgl *Erichsen* VwR u VwGbk I, 2. Aufl 1984, 88; *Krebs* (Fn 27) 79; *Rupp* (Fn 9) 210 f.

²¹¹ Ist die Richtung der Ermessensbetätigung im Gesetz vorgezeichnet, spricht das BVerwG (E 72, 1, 6; vgl a E 105, 55, 57f) von einem intendierten Ermessen. Dies verkürzt einerseits den Handlungsspielraum der Verwaltung, entlastet diese andererseits von einer Abwägung des „Für und Wider“. Krit *Sachs* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 40 Rn 3; *Maurer* AllgVerwR, § 7 Rn 12.

²¹² Vgl *Weitzel* Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens, zugleich ein Beitrag zur Theorie des Ermessens, 1998, 69f, 97 f.

²¹³ *Ossenbühl* JuS 1979, 681. Grundlegend bereits *O. Mayer* VwR I, 92 f. Vgl ferner *Schmidt-Aßmann* Ordnungs idee, 298.

²¹⁴ Vgl *Ehlers* Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 418 ff.

führung eines tatsächlichen Erfolges gerichtet, können aber gleichwohl Rechtswirkungen nach sich ziehen (→ vgl auch § 35 Rn 1). Unter Rechtsausübungsakten ist die Geltendmachung von Ansprüchen (zB auf Herausgabe, Unterlassung oder Schadensersatz), unter Prozesshandlungen die Mitwirkung in gerichtlichen Verfahren zu verstehen. Handlungsformen können sowohl solche des Innen- als auch des Außenrechts sein. Neben den Formen des öffentlichen Rechts dürfen in einem erheblichen Ausmaße auch diejenigen des Privatrechts genutzt werden (→ § 3 Rn 34).

53 Das nationale Verwaltungsrecht orientiert sich – ähnlich wie dasjenige der Europäischen Gemeinschaft (Art 249 EGV) – traditionellerweise schwerpunktmäßig an den Aktivitäten und damit an den Handlungsformen der Verwaltung. Diesen kommt deshalb eine besondere *Bedeutung* zu, weil sie die interne Entscheidungsbildung der Verwaltung zu einem Abschluss bringen und im Falle des Erlasses von Regelungen verbindlich festlegen, was rechtens ist. Dennoch ist die Ausrichtung an Handlungsformen insofern zu eng, als es nicht nur auf das Handeln der Verwaltung, sondern auch auf dasjenige der Bürger ankommt, mehrseitige, komplexe Beziehungen (wie etwa auf dem Gebiet der Sozialversicherung) nur schwer am Maßstab einer Handlungsform angemessen zur Geltung gebracht werden können und die Handlungsformen als zeitpunktbezogene Entscheidungen den prozeduralen Charakter von Rechtsbeziehungen nicht zu erfassen vermögen.²¹⁵ So lassen sich bei der Gestaltung andauernder Rechtsbeziehungen durch Verwaltungsakt nach der zeitlichen Staffelung idR vier verschiedene Stufen unterscheiden: von der Vorwirkung (zB Aufklärung, Auskunft, Beratung) über das Verwaltungsverfahren bis hin zum Erlass des Verwaltungsaktes und zu den Nachwirkungen (zB Erfüllung versprochener Leistungen, Duldungspflichten oder die Rechtswirkungen des sich anschließenden weiteren Verfahrens – wie etwa der Verwaltungsvollstreckung).²¹⁶ Als Rechtsfigur zur generellen Erfassung der Rechtsbeziehungen innerhalb eines Rechtsträgers oder Organs, der Rechtsträger oder Organe zueinander oder des Staat-Bürger-Verhältnisses bietet sich die Kategorie des *Rechtsverhältnisses* an (→ § 17 Rn 1 ff).²¹⁷ Begrifflich ist unter einem Rechtsverhältnis die sich aus einer rechtlichen Regelung ergebende rechtliche Beziehung (zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten²¹⁸, uU auch zwischen einer Sache und einem Rechtssubjekt²¹⁹) zu verstehen. Verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnisse im engeren Sinne betreffen die sich aus einer Regelung für eine Person konkret ergebende Beziehung. Diese kann zB Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage nach § 43 I Alt 1 VwGO oder Anknüpfung für einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses (→ § 17 Rn 14) sein. Zu einem Verwaltungsrechtsverhältnis im weiteren Sinne ist der Komplex einander zweckhaft zugeordneter Sonderrechtsbeziehungen zu zählen (zB die Nutzungsverhältnisse öffentlicher Einrichtungen). Das Verwaltungsrechtsverhältnis im weiteren Sinne kann zwar ebenfalls rechtliche Bedeu-

²¹⁵ Zur Unterscheidung von Zeitpunkt, in dem eine Rechtsfolge eintritt, und Zeitraum, für den eine Rechtsfolge eintritt, vgl *Steinweg*, Zeitlicher Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes, 2006 (noch nicht veröffentlicht).

²¹⁶ Vgl a *Schoch* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg), Innovation und Flexibilität, 1994, 199 ff.

²¹⁷ Vgl *Achterberg* Allg VwR, § 20; *Ehlers* DVBl 1986, 912 ff; *Schulte* Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, 203 ff; *Gröschner* DV 1997, 301 ff.

²¹⁸ Der Begriff wird in diesem Zusammenhang im weiteren Sinne unter Einschluss der innerorganisatorischen Funktionsträger (Innenrechtssubjekte) verstanden.

²¹⁹ Zur sog sachbezogenen Allgemeinverfügung vgl § 35 S 2 Alt 2 VwVfG.

tung haben, vor allem aber kommt ihm eine heuristische und strukturierende Funktion zu²²⁰, weil es als Ordnungsmodell für eine Gesamtbetrachtung des erfassten Lebenssachverhaltes zu dienen vermag. Deshalb eignet sich das Verwaltungsrechtsverhältnis im weiteren Sinne auch als Orientierungshilfe für den Gesetzgeber. So hat man versucht, das Sozialrecht mittels des Erlasses von Sozialgesetzbüchern zu erfassen. Auf vielen anderen Rechtsgebieten – wie etwa dem Umweltrecht²²¹ oder dem Informationsrecht (Rn 59 ff)²²² – steht diese Systematisierungsarbeit noch aus.

VII. Planende Verwaltung

Zumindest wenn es um die Bewältigung vielschichtiger Problemstellungen geht, kommt die Verwaltung regelmäßig nicht ohne *Planung* aus. Unter Planung ist das vorausschauende Setzen von Zielen und gedankliche Vorwegnehmen der zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Verhaltensweisen zu verstehen.²²³ Es handelt sich somit um ein final determiniertes, methodisches Lenkungsmittel zukünftigen Geschehens.²²⁴ Nach der Art der Planung lässt sich zwischen Gesamtplanungen und Fachplanungen unterscheiden. Die überörtlich räumliche Gesamtplanung erfolgt für die Bundesrepublik Deutschland auf der Grundlage des Raumordnungsgesetzes, für die Länder durch höherstufige Landesplanung und Regionalplanung.²²⁵ Zur örtlichen raumbezogenen Planung sind die Bauleitpläne (Flächennutzungspläne und Bebauungspläne) nach Maßgabe des Baugesetzbuches²²⁶ zu zählen. Die jeweiligen Planungen sind aufeinander abzustimmen.²²⁷ Die Fachpläne betreffen bestimmte Sachbereiche (zB Landschaftsplanung nach § 13 BNatSchG oder die Krankenhausbedarfsplanung) oder einzelne Vorhaben (zB den Bau von Straßen nach §§ 16 ff FStrG oder Flughäfen nach § 8 LuftVG).

Die Zuständigkeit für den Erlass staatlicher Pläne liegt nicht nur bei den Verwaltungsträgern. So handelt es sich bei den im Grundgesetz erwähnten Plänen – Haushaltsplan (Art 110 GG), Finanzplanung (Art 109 III GG), Bildungsplanung (Art 91b GG), Rahmenplanung bei Gemeinschaftsaufgaben (Art 91a III GG), Planung für den Verteidigungsfall (Art 53a II GG) – um Regierungspläne, denen zum Teil der Gesetzgeber zustimmen muss. Die *Regierungsplanung* ist oftmals nicht konkretisiert worden²²⁸ und muss zudem von der Planung der nach Art 65 S 2 GG für ihre Geschäftsbereiche selbstverantwortlichen Minister abgegrenzt werden. Greift eine Planung in die Rechtssphäre der Bürger, eines anderen Staates oder eines Selbstverwaltungsträgers (namentlich einer Gemeinde) ein, gilt der Gesetzesvorbehalt.

Ihrer Wirkungsweise nach lässt sich zwischen regelnden (*imperativen*), nicht regelnden (*indikativen*) und Leistungsgewährungen in Aussicht stellenden (*influenzierenden*)

²²⁰ Schmidt-Aßmann Ordnungsidee, 302 f.

²²¹ Der von einer Sachverständigenkommission vorgelegte Entwurf für ein einheitliches Umweltgesetzbuch (BMU [Hrsg] Umweltgesetzbuch, 1998) ist bisher nicht aufgegriffen worden.

²²² Dies gilt ungeachtet des kürzlich erlassenen Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes.

²²³ Wolff/Bachof/Stober VerwR I, § 56 Rn. 6.

²²⁴ Stern StR II, 704; Hoppe in: Isensee/Kirchhof III, § 71 Rn 4.

²²⁵ Vgl Koch/Hendler Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 4. Aufl 2004, §§ 5, 6; Krebs in: Schmidt-Aßmann, Bes VwR, 4. Kapitel.

²²⁶ §§ 1 ff BauGB.

²²⁷ Zum Anpassungsgebot vgl zB die §§ 1 IV BauGB, 78 VwVfG. Zum Gegenstromprinzip: § 1 III ROG.

²²⁸ Vgl Hoppe in: Isensee/Kirchhof III, § 71 Rn 21.

Plänen unterscheiden.²²⁹ Pläne können sowohl lediglich interne Bedeutung für den planenden Rechtsträger respektive die planende Behörde als auch Außenwirkung haben. So bereitet die den Verlauf einer Trasse noch nicht grundstücksgenau absteckende Linienbestimmung einer Straße nach § 16 FStrG nur die Planfeststellung der Straße vor und hat daher nur behördeninterne Relevanz.²³⁰ Keine unmittelbare Außenwirkung soll auch den Flächennutzungsplänen (jedenfalls gegenüber Privaten) zukommen, obwohl andere Planungsträger zur Anpassung verpflichtet sein können (§ 7 BauGB) und Flächennutzungspläne Bindungswirkungen für Außenbereichsvorhaben zu erzeugen vermögen (§ 35 III Nr 1 BauGB).²³¹ Dagegen enthalten Bebauungspläne die rechtsverbindlichen Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung (§ 8 I 1 BauGB).

57 Eine besondere Handlungsform für den Erlass von Plänen gibt es nicht. Pläne werden zB in Form von *Parlamentsgesetzen*, Verordnungen, Satzungen (→ § 2 Rn 33 ff), Verwaltungsakten, Verwaltungsvorschriften oder internen Einzelweisungen erlassen. So handelt es sich bei dem Bebauungsplan um eine Satzung (§ 10 I BauGB²³²), bei den meisten (verbindlichen) Fachplanungen dagegen um Planfeststellungsbeschlüsse (§ 74 I VwVfG) oder (in einfacher gelagerten Fällen) um Plangenehmigungen (§ 74 VI VwVfG²³³) und damit um Verwaltungsakte. Teilweise sind Pläne austauschbar. So können Bebauungspläne straßenrechtlich den Planfeststellungsbeschluss ersetzen (§ 17 III FStrG). Für eine konkrete Vorhabenplanung durch Parlamentsgesetz müssen wegen der Modifizierung der Gewaltenteilung, der Erschwerung des Rechtsschutzes²³⁴ und ggf den eignungsrechtlichen Vorwirkungen „gute Gründe“ bestehen.²³⁵ Das Verfahren einer rechtsverbindlichen Planung der Verwaltung ist in den gesetzlichen Bestimmungen näher geregelt worden. Erforderlich ist eine Beteiligung der betroffenen Bürger und Behörden²³⁶ (näher zum Ganzen für Planfeststellungsbeschlüsse → § 14 Rn 13). Inhaltlich müssen die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abgewogen werden (so § 1 VII BauGB). Der Verwaltung kommt ein Gestaltungsspielraum zu, der sich nicht von dem Verwaltungsermessen (→ § 10 Rn 10) unterscheidet.²³⁷ Verletzt ist das Gebot gerechter Abwägung, wenn die Abwägung nicht stattfindet (Abwägungsausfall), in die Abwägung nicht eingestellt wurde, was nach Lage der Dinge eingestellt werden muss (Abwägungsdefizit), die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder der Ausgleich unter den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenom-

²²⁹ Vgl *Ossenbühl* Gutachen B zum 50. DJT, 1974 B 25 ff.

²³⁰ Vgl BVerwGE 48, 56, 59; 62, 342, 344 f.

²³¹ BVerwG NVwZ 1991, 262, 263 → JK VwGO § 47/17; BVerwGE 117, 287 → JK BauGB § 35/3. Krit *Kment* NVwZ 2004, 314 f; *Hoppe* DVBl 2003, 1345; vgl a *Krebs* (Fn 27).

²³² Zur Frage, ob es sich beim Bebauungsplan inhaltlich um eine Bündelung von Verwaltungsakten handelt oder – weil der Adressatenkreis zukunfts offen und damit unbestimmt ist – um eine Rechtsnorm vgl *Hoppe* in: *Hoppe/Bönker/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl 2002, § 5 Rn 146 ff. Zu den Stadtstaaten vgl a § 246 Abs 2 BauGB.

²³³ Krit *Brohm* NVwZ 1991, 1025, 1027; *Ronellenfitsch* DVBl 1994, 441, 443 f.

²³⁴ Nach BVerfGE 70, 35, 57 → JK VwGO § 47/11, sollen ausnahmsweise in Form eines Parlamentsgesetzes beschlossene Bebauungspläne (so in Hamburg) nicht mit der Verfassungsbeschwerde, sondern mit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO angreifbar sein. Krit *Ehlers* Jura 2005, 171, 172.

²³⁵ Vgl BVerfGE 95, 1 ff → JK GG Art 20 II 2/2.

²³⁶ Vgl zB §§ 73 VwVfG, 3, 4 BauGB.

²³⁷ Str, wie hier *Brohm* Öffentliches Baurecht, 3. Aufl 2002, § 13 Rn 1; *Koch/Rubel/Heselhaus* Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl 2003, § 5 Rn 109 ff; *Krebs* (Fn 27).

men wurde, die zur objektiven Gewichtung der einzelnen Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität).²³⁸ Bei der Bestimmung des Rangs der Belange wird zwischen unüberwindbaren (also strikt beachtlichen) Planungsleitsätzen und besonders gewichtigen, aber überwindbaren Optimierungsgeboten unterschieden.²³⁹

Die Folgen fehlerhafter Planung bestimmen sich nach der Rechtsnatur des Plans. Fehlerhafte Rechtssätze sind grundsätzlich nichtig (→ § 2 Rn 110), fehlerhafte Verwaltungsakte grundsätzlich rechtswidrig (→ § 21 Rn 1 ff). Doch strebt das neuere Gesetzesrecht nach Möglichkeit eine Planerhaltung an.²⁴⁰ So sind bestimmte Fehler unbeachtlich. Das gilt insbesondere für Mängel der Abwägung, die nicht offensichtlich sind oder auf das Abwägungsergebnis keinen Einfluss gehabt haben.²⁴¹ Beachtliche Fehler können bei Planfeststellungsbeschlüssen nur innerhalb eines Monats, bei Bebauungsplänen innerhalb von zwei Jahren geltend gemacht werden.²⁴² Rechtzeitig geltend gemachte beachtliche Mängel können uU nur dann zur Aufhebung (oder Nichtigkeit) des Plans führen, wenn sie nicht durch Planergänzung oder durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden können.²⁴³ Treten nicht voraussehbare Wirkungen des Vorhabens oder der festgestellten planentsprechenden Anlagen auf das Recht eines anderen erst nach Unangreifbarkeit des Plans auf, kann der Betroffene Vorkehrungen oder die Errichtung und Unterhaltung von Anlagen verlangen, welche die nachteiligen Wirkungen ausschließen.²⁴⁴ Einen Anspruch auf Planfortbestand gibt es grundsätzlich nicht, weil ein solcher Anspruch zu einer Versteinerung führen würde (→ § 45 Rn 13). Doch genießen verwirklichte Vorhaben Einzelner Bestandsschutz und dürfen daher nur unter sehr strengen Voraussetzungen einer neuen Rechtslage angepasst werden. Auch können zum Schutz der verfassungsrechtlich geschützten Belange im Falle von Planänderungen Übergangsregelungen geboten sein. Ferner hat der Einzelne grundsätzlich keinen Anspruch auf Planbefolgung (zB darauf, dass eine Gemeinde die geplante Straße baut oder die vorgesehene Grünfläche verwirklicht²⁴⁵) oder auf Entschädigung bei Änderung, Nichteinhaltung oder Aufhebung der Planung (→ § 45 Rn 14). Doch kann sich im Einzelfall die Rechtslage anders darstellen.²⁴⁶ Das sehr differenzierte Planungsrecht der Verwaltung gehört im Wesentlichen zum besonderen Verwaltungsrecht und wird dort behandelt.²⁴⁷ Zum Planfeststellungsrecht vgl aber → § 14 Rn 13, zum planungsbezogenen Staatshaftungsrecht → § 45 Rn 9 ff.

58

²³⁸ Grundlegend BVerwGE 34, 301, 309. Vgl auch *Hoppe* DVBl 1974, 641 ff; *ders* DVBl 2003, 697 ff. Krit *Koch/Hendler* (Fn 225) § 17 Rn 62 ff. Zur Frage, ob der Abwägungsvorgang nach Erlass des EAG Bau verfahrensrechtliche oder inhaltliche Bedeutung hat vgl *Erbguth* Jura 2006, 9, 13 f.

²³⁹ Vgl zu diesem (zweifelhaften) Sprachgebrauch BVerwGE 71, 162 ff.

²⁴⁰ Vgl die amtliche Überschrift des 4. Abschnitts des BauGB. Näher dazu *Hoppe* in: Berkemann ua (Hrsg) Planung und Planungskontrolle, 1995, 87 ff; *Hoppe/Henke* DVBl 1997, 1407 ff; *Gaentz* UPR 2001, 201 ff.

²⁴¹ Vgl §§ 75 I a 1 VwVfG; 214 III 2 BauGB.

²⁴² Vgl §§ 70, 74 VwGO, 215 I BauGB.

²⁴³ Vgl § 75 I a 2 VwVfG. Näher dazu *Henke* Planerhaltung durch Planergänzung und ergänzendes Verfahren, 1997. Zur Streichung des § 215 a BauGB aF vgl BT-Drucks 15/2250, 29.

²⁴⁴ Vgl § 75 II 2 VwVfG.

²⁴⁵ Vgl *Maurer* Allg VwR, § 16 Rn 33.

²⁴⁶ Vgl zum Bauplanungsrecht etwa die §§ 39, 41 BauGB.

²⁴⁷ Vgl zum Raumordnungs- und Bauplanungsrecht *Krebs* in: Schmidt-Aßmann, Bes VwR, 4. Kap.

VIII. Informationelle Verwaltung

- 59 Nur wer hinreichend informiert ist, kann verantwortlich handeln.²⁴⁸ Dies gilt für die Verwaltung und die Privaten²⁴⁹ gleichermaßen. Dem „*Informationsverwaltungsrecht*“²⁵⁰ kommt deshalb in jedem Gemeinwesen eine herausragende Bedeutung zu. Für die Privaten ist in erster Linie entscheidend, ob sie ein Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen haben (1.). Umgekehrt stellt sich für die Verwaltung die Frage, ob sie ein Recht auf Erlangung von Informationen Privater hat (2.), ob eine Veröffentlichungspflicht der Verwaltung besteht (3.) und welchen Geheimhaltungspflichten (4.) sie unterworfen ist. Darüber hinaus bedarf die Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikationstechniken in der Verwaltung (5.) einer gesonderten Betrachtung.

1. Recht der Privaten auf Zugang zu amtlichen Informationen

- 60 Anders als die meisten Mitglieder der Europäischen Union und der westlichen Hemisphäre²⁵¹ ging Deutschland bis vor kurzem von einer grundsätzlich nicht öffentlichen Verwaltung aus.²⁵² Einen allgemein öffentlich-rechtlichen Informationsanspruch der Privaten gegen die öffentliche Verwaltung kennt das Grundgesetz bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG nicht. *Art 5 I 1 GG* schützt zwar das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren, wobei als allgemein zugänglich eine Informationsquelle anzusehen ist, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit Informationen zu verschaffen.²⁵³ Über die Zugänglichkeit und die Art der Zugangseröffnung soll aber derjenige entscheiden dürfen, der nach der Rechtsordnung über ein entsprechendes Bestimmungsrecht verfügt. Somit wird *Art 5 I 1 GG* kein Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle entnommen.²⁵⁴ Allerdings kann aus anderen Verfassungsbestimmungen ein verfassungsunmittelbarer Informationsanspruch abzuleiten sein. So geht das BVerfG davon aus, dass das Grundrecht aus *Art 12 I GG* einer Behörde gebieten kann, bereits im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens und damit unabhängig von einer verwaltungsverfahrenrechtlichen Beteiligtenstellung einem potentiellen Verfahrensbeteiligten Informationen zur Verfügung zu stellen, welcher dieser bedarf, um sachgerecht die Frage prüfen und entscheiden zu können, ob und in welchem

²⁴⁸ Dies schließt die Notwendigkeit eines Handelns unter Ungewissheitsbedingungen nicht aus, vgl. Rn 33.

²⁴⁹ Vgl. auch BVerfGE 27, 71, 81 f.

²⁵⁰ Ein verselbständigtes Rechtsgebiet „Informationsverwaltungsrecht“ gibt es bisher nicht. Doch lässt sich mit dem Begriff der Umgang der Verwaltung mit Informationen zusammenfassen (so a. Masing VVDStRL 63 [2004] 377, 432. Vgl. a. Schmidt-Aßmann Ordnungsidee, 280 ff.

²⁵¹ Informationsfreiheitsgesetze gibt es in über 50 Staaten. Eine Schlüsselrolle kommt dem Freedom of Information Act der USA aus dem Jahre 1966 zu. Seit 1999 hat sich die Zahl der einschlägigen Staaten mehr als verdoppelt. Vgl. BT-Drucks 15/4493 S 6.

²⁵² Vgl. Wegener, der von der Arkan-Tradition spricht (Der geheime Staat, maschinenschriftlich).

²⁵³ Vgl. BVerfGE 27, 71, 83 f.; 90, 27, 32.

²⁵⁴ BVerfGE 103, 44, 59 ff. → JK GG Art 5 I/28. Krit. Kugelmann Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001; Scherzberg Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 341 ff. (der aus dem Untermaßverbot des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips eine Verpflichtung des Staates herleitet, Informationssysteme so einzurichten, dass man sich tatsächlich über die wesentlichen Fragen informieren kann). Vgl. a. Wegener (Fn 252).

Umfang er sich um eine behördliche Genehmigung bewirbt.²⁵⁵ Zudem kann sich aus dem grundrechtlichen *Untermaßverbot* (→ § 5 Rn 24) iVm den *Schutzpflichten* uU ein Anspruch auf Information über bestehende Gefährdungen des betroffenen Schutzgutes ergeben.²⁵⁶ Weitergehend normiert Art 21 IV der Verfassung des Landes Brandenburg ein Recht auf Einsicht in die Akten und sonstige Unterlagen der Behörden und Verwaltungseinrichtungen des Landes und der Kommunen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.²⁵⁷

Das im *Verwaltungsverfahrensgesetz* geregelte Auskunftsrecht²⁵⁸ (§ 25) und Akten- 61
einsichtsrecht (§ 29) ist sowohl von Verfahrens- als auch von bestimmten Zugangsvoraussetzungen abhängig (insbesondere Erforderlichkeit, Bezug zu den Rechten oder Pflichten des Verfahrensbeteiligten, Geltendmachung eines rechtlichen Interesses → § 11 Rn 3). Im Falle öffentlicher Planungs- und Genehmigungsverfahren wird der Informationszugang durch Auslegungspflichten erweitert. Die Gewährung einer darüber hinausgehenden Akteneinsicht steht in solchen Fällen im Ermessen der Verwaltung, wobei ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung nur besteht, wenn berechnigte Interessen berührt werden.²⁵⁹ Verfahrens unabhängige Informationszugangsrechte normierten in der Vergangenheit nur einige Spezialgesetze.²⁶⁰

Das Europäische *Gemeinschaftsrecht* gewährt jedem Unionsbürger sowie jeder 62
natürlichen oder juristischen Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat vorbehaltlich gewisser Ausnahmen ein Recht auf Zugang zu Dokumenten der Organe der Gemeinschaft (Art 255 I EGV). Der Antrag auf Zugang zu einem Dokument muss unverzüglich bearbeitet werden. Zudem hat jedes Organ ein Dokumentenregister sowie die Dokumente öffentlich zugänglich zu machen, wobei der Zugang in elektronischer Form gewährt werden soll.²⁶¹ Einen die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft bindenden allgemeinen Rechtsgrundsatz auf Zugang zu amtlichen Informationen hat die Rechtsprechung dem Gemeinschaftsrecht bisher nicht entnommen.²⁶² Eben- sowenig ist bislang aus Art 10 I 2 EMRK ein Anspruch auf Eröffnung ausreichender Informationsquellen abgeleitet worden.²⁶³ Wohl aber normiert das Gemeinschaftsrecht

²⁵⁵ Vgl BVerwG NJW 2003, 2696 → JK GG Art 12 I/71 (Auskunftsanspruch einer an einer Linienverkehrsgenehmigung interessierten Verkehrsgesellschaft).

²⁵⁶ Als Anspruchsgrundlage kommen auch die Gewährleistungen der EMRK in Betracht. Vgl *Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl 2005, § 19 Rn 10.

²⁵⁷ Vgl a Absatz 3 der Vorschrift (Recht der Bürgerinitiativen und Verbände auf Information). Soweit die Verf der neuen Länder Auskünfte für Daten über die Umwelt begründen (Art 37 VII 3 Verf Bbg; 6 III Verf MV; 34 Verf Sachs; 6 II Verf SA; 33 Verf Thür), kommt dem heute wegen § 3 I UIG nur noch eine geringe Bedeutung zu.

²⁵⁸ Zu spezialgesetzlichen Auskunftsansprüchen vgl etwa die §§ 19 BDSG; 8, 21, 22 MRRG.

²⁵⁹ Vgl die §§ 72 I HS 2, 73 III VwVfG, 10 III BImSchG iVm 10 a 9. BImSchVO; 7 AtG iVm § 6 I AtVfV. Vgl a BVerwGE 61, 15, 22 f → JK GG Art 12 I/3; §§ 29 GBO (Grundbucheinsicht); 39 StVG (Übermittlung von Fahrzeugdaten und Halterdaten); 61 PStG (Einsicht in die Personenstandsbücher); 3 I StUG (Stasi-Unterlagen).

²⁶⁰ ZB §§ 48 II 1 GO NRW (Öffentlichkeit von Ratssitzungen); 4 I PresseG der Länder (presse- rechtlicher Auskunftsanspruch); 15 I Mediendienste-Staatsvertrag (Auskunftsrecht); 5 I BArchG (Nutzung v Archivgut); 3 I StUG (Stasi-Unterlagen); 21 I MRRG; 79 BGB (Vereins- register); 9 HGB (Handelsregister).

²⁶¹ Vgl Art 6 ff VO EG (1049/201).

²⁶² Weitergehend aber *Scherzberg* (Fn 254) 228 ff.

²⁶³ Vgl EGMR NVwZ 1999, 57 – Guerra → JK EMRK Art 8, 10, 50/3; *Marauhn* in: Ehlers (Hrsg), Europäische Grundrechte, § 4 Rn 11.

bereichsspezifische Zugangsrechte: insbesondere einen Anspruch auf freien Zugang zu Umweltinformationen, der in Deutschland in Umsetzung der RL 90/313 EWG sowie der RL 2003/4 EG im Umweltinformationsgesetz (UIG) seine Regelung erfahren hat.²⁶⁴ Die RL 2003/98/EG regelt zwar nicht das „Ob“ eines Informationszugangs. Wenn Informationen gewährt werden, müssen aber die Anforderungen der Richtlinie beachtet werden.

- 63** Die zurückhaltende Einstellung des deutschen Rechts gegen eine Transparenz der staatlichen Verwaltung ist mittlerweile in einem erheblichen Umfang korrigiert worden. Nach vier Ländern (Brandenburg sowie Berlin, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein²⁶⁵) hat der Bund ein am 1.1.2006 in Kraft getretenes *Informationsfreiheitsgesetz* (IFG) erlassen, das jedermann²⁶⁶ grundsätzlich einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gegenüber den Behörden des Bundes, den sonstigen öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmenden Bundesorganen und -einrichtungen sowie den zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben eingeschalteten natürlichen Personen oder juristischen Personen des Privatrechts garantiert, ohne ein rechtliches Interesse darlegen zu müssen.²⁶⁷ Die Behörde kann Auskunft erteilen, Akten einsicht gewähren oder Informationen in sonstiger Weise zur Verfügung stellen. Begehrt der Antragsteller eine bestimmte Art des Informationszugangs, darf dieser nur aus wichtigem Grund (insbesondere bei deutlich höherem Verwaltungsaufwand) auf andere Weise gewährt werden (§ 1 II IFG). Ein Anspruch auf Informationszugang entfällt, wenn Geheimhaltungsinteressen bestehen oder überwiegen (Rn 66). Besteht der Anspruch auf Informationszugang nur zum Teil, ist ihm in dem Umfang stattzugeben, in dem der Zugang ohne Preisgabe der geheimhaltungsbedürftigen Informationen oder unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand möglich ist (§ 7 II 1 IFG). Für Amtshandlungen werden Gebühren und Auslagen erhoben, es sei denn, dass es sich um die Erteilung einfacher Auskünfte handelt (§ 10 II IFG). Wird der Antrag auf Informationszugang abgelehnt, sind gegen die ablehnende Entscheidung Widerspruch und Verpflichtungsklage zulässig (§ 9 IV 1 IFG). Der Erlass der Informationsfreiheitsgesetze hat zu einem erheblichen Fortschritt geführt. Nach wie vor gibt es aber Regelungsdefizite, auch weil das IFG des Bundes grundsätzlich subsidiär gilt (§ 1 III IFG) und einen recht weiten Ausnahmekatalog enthält (§ 3 IFG).²⁶⁸

2. Recht der Verwaltung auf Zugang zu privaten Informationen

- 64** Um verwalten zu können, muss die Verwaltung informiert sein. Gem § 24 I VwVfG ermittelt die Behörde den *Sachverhalt von Amts wegen* und bestimmt Art und Umfang der Ermittlung, ohne an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein. Nach § 26 I VwVfG bedient sie sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Hierbei kann sie insbesondere Auskünfte einholen, Beteiligte, Zeugen und Sachverständige

²⁶⁴ Vgl *Sparwasser/Engel/Voßkuhle* Umweltrecht, 5. Aufl 2003, § 4 Rn 38 ff.

²⁶⁵ Vgl AIG Bbg, GVBl 1998, 46; IFG Berl, GVBl 1999, 561; IFG SH, GVBl 2000, 166; IFG NRW, GVBl 2001, 806.

²⁶⁶ Nicht zugangsberechtigt sollen Bürgerinitiativen als solche sein, vgl BT-Drucks 15/4493, 7.

²⁶⁷ Vgl § 1 IFG (BGBl 2005 I, 2722). Vgl zuvor schon den Professorenentwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland von *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), 2002.

²⁶⁸ Vgl a *Kloepfer/v Lewinski* DVBl 2005, 1277, 1288; *Schoch* DÖV 2006, 1, 10.

anhören, Urkunden und Akten beiziehen oder den Augenschein einnehmen (→ § 13 Rn 24 f). Gem § 26 II VwVfG sollen die Verfahrensbeteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Soweit gesetzlich nichts anderes vorgesehen ist, steht die Gestaltung der Mitwirkung im Ermessen der Behörde, wobei die Verfahrensbeteiligten kein Recht auf Mitwirkung haben, wohl aber einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung.²⁶⁹ Eine in die Grundrechtssphäre eingreifende Mitwirkungspflicht bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Wird der Erlass einer begünstigenden Verwaltungsentscheidung begehrt, trifft den Antragsteller zumindest eine Obliegenheit. So hängen etwa die Vergabe einer Subvention, die Gewährung einer Sozialleistung, die Erteilung einer Baugenehmigung oder die Anerkennung als Asylberechtigter davon ab, dass Angaben gemacht, Unterlagen eingereicht oder ggf weitere Mitwirkungslasten erfüllt werden.²⁷⁰ Dem Informationsbedarf der Eingriffsverwaltung wird nach Maßgabe des Fachrechts etwa durch Anzeigepflichten²⁷¹, Auskunftspflichten²⁷², die Pflicht zum persönlichen Erscheinen²⁷³ sowie durch die Befugnis zur Erhebung von Daten, zur Observation, zum verdeckten Einsatz technischer Mittel, zum Einsatz verdeckter Ermittler²⁷⁴, zum Betreten von Grundstücken²⁷⁵, zur Nachschau²⁷⁶ sowie zur Durchsuchung von Personen, Sachen und Wohnungen²⁷⁷ Rechnung getragen. Vergleichend kann darauf hingewiesen werden, dass auch die EG-Kommission zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben nach Maßgabe des Sekundärrechts alle erforderlichen Auskünfte einholen und alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen darf (Art 284 EGV).

3. Informationspflichten der Verwaltung gegenüber Privaten

Eng mit dem Demokratieprinzip und teilweise auch dem Rechtsstaatsgebot verbunden ist der Grundsatz der *Öffentlichkeit*.²⁷⁸ Das gilt nicht nur für die Legislative (Art 42 I 1 GG) und Judikative (§ 169 GVGG; Art 6 I 1 EMRK), sondern auch für die Exekutive. Tatsächlich informiert die Verwaltung die Privaten in einem weiten Umfange auch dann, wenn diese keinen Anspruch auf Zugang zu Informationen haben. Die Informationstätigkeit dient unterschiedlichen Zwecken – wie zB der Aufklärung der Bevölkerung, der Beratung der Betroffenen, der Aufgabenerfüllung und Kontrolle der Verwaltung, der Stärkung des demokratischen Charakters der Verwaltung, der Verbesserung des Vertrauens der Bürger oder der Schaffung von Akzeptanz – und reicht etwa von allgemeinen Gemeinde-Informationen über die Werbung für öffentliche Unternehmen bis zur Öffentlichkeitsarbeit eines Trägers oder Warnung der Bevölkerung vor Gefahren.²⁷⁹ Vielfach ist die Verwaltung zu einer aktiven „Informationsvorsorge“ verpflichtet. So

²⁶⁹ Vgl *Stelkens/Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 26 Rn 45.

²⁷⁰ Vgl zu den Beispielen §§ 2 II 3 SubVG; 60 ff SGB I; 69 I BauO NRW; 15 AsylVfG.

²⁷¹ § 14 GewO.

²⁷² ZB § 29 I GewO; 22 I GastG; 93 AO.

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

²⁷⁴ Vgl zB §§ 15 ff PolG NRW; 19 ff PolG BW; 30 ff PolG Bay.

²⁷⁵ §§ 52 II BImSchG; 99 AO.

²⁷⁶ §§ 29 II GewO; 22 II GastG.

²⁷⁷ ZB §§ 39 ff PolG NRW; 29 ff PolG BW; 21 ff PolG Bay.

²⁷⁸ Vgl *Scherzberg* (Fn 254) 295 ff.

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

müssen die Gemeinden die Einwohner über die bedeutsamen Angelegenheiten und die wichtigen Planungen oder Vorhaben unterrichten und den wesentlichen Inhalt der Ratsbeschlüsse der Öffentlichkeit zugänglich machen.²⁸⁰ Gem den §§ 7, 10 und 11 UIG müssen die informationspflichtigen Stellen des Bundes Maßnahmen ergreifen, um den Zugang zu verfügbaren Umweltinformationen zu erleichtern, die Öffentlichkeit zu unterrichten und einen Umweltzustandsbericht zu veröffentlichen. Für die Landesbehörden ergeben sich diese Pflichten aus der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie 2003/4 EG, solange eine einfachgesetzliche Regelung des Landesgesetzgebers über Umweltinformationen fehlt.²⁸¹ Nach § 11 IFG sollen die Bundesbehörden Verzeichnisse führen, aus denen sich die vorhandenen Informationssammlungen und -zwecke erkennen lassen, sowie Organisations- und Aktenpläne ohne Angabe personenbezogener Daten in elektronischer Form allgemein zugänglich machen. Eine besondere Form der Informationstätigkeit stellt die Bekanntgabe von Rechtssätzen der Verwaltung und Verwaltungsakten dar (→ § 2 Rn 52, 56). Ohne Bekanntgabe sind diese Handlungsweisen der Verwaltung nicht existent. Rechtssätze bedürfen stets einer öffentlichen Bekanntmachung. Verwaltungsakte sind dann öffentlich bekannt zu machen, wenn eine Bekanntgabe untunlich ist (etwa weil der Adressatenkreis sehr groß oder namentlich nicht bekannt ist).²⁸²

4. Geheimhaltungspflichten der Verwaltung

- 66** Das Demokratie- und Rechtsstaatsgebot verlangt keine grenzenlose Öffentlichkeit der Verwaltung. Vielmehr können öffentliche oder private Interessen einer freien Zugänglichkeit oder einer Verbreitung amtlicher Informationen entgegenstehen. Wie sich auch aus den §§ 3 ff IFG entnehmen lässt, kommt ein Geheimnisschutz aus vier Gründen in Betracht: dem Schutz besonderer öffentlicher Belange (1), des behördlichen Entscheidungsprozesses (2), der personenbezogenen Daten (3) oder des geistigen Eigentums sowie der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (4). In den beiden zuerst genannten Fällen geht es um den Schutz staatlicher Interessen. Zu den schützenswerten *öffentlichen Belangen* gehören etwa nachteilige Auswirkungen auf internationale Beziehungen, Belange der inneren oder äußeren Sicherheit, Kontrollaufgaben der Verwaltung, vertraulich erhobene oder übermittelte Informationen sowie nachrichtendienstliche Belange.²⁸³ Der Schutz des *behördlichen Entscheidungsprozesses* ist jedenfalls insoweit angebracht, als es um Entwürfe zu Entscheidungen sowie Arbeiten und Beschlüsse zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung geht, soweit und solange durch die vorzeitige Bekanntgabe der Informationen der Erfolg der Entscheidung oder bevorstehenden behördlichen Maßnahmen vereitelt würde.²⁸⁴ Besonderes Gewicht kommt dem Schutz *personenbezogener Daten* zu, weil bereits das gem Art 2 I iVm Art 1 I GG garantierte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung²⁸⁵ einen solchen Schutz gebietet. Einfachgesetzlich schreiben die Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder vor, dass die Erhebung,

²⁸⁰ Vgl die §§ 23, 52 II GO NRW; 20 GO BW; 52 GO Bay.

²⁸¹ *Kugelmann* NJW 2005, 3609, 3610.

²⁸² Vgl §§ 41 III 2, 74 V VwVfG.

²⁸³ Vgl näher dazu die Regelungen des § 3 IFG. Krit zu den einzelnen Bereichsausnahmen: Arbeitsgemeinschaft der Informationsbeauftragten in Deutschland, DuD 2005, 290, 292 f.

²⁸⁴ § 4 III IFG sieht vor, dass ein Antragsteller auf Informationszugang über den Abschluss des jeweiligen Verfahrens informiert wird.

²⁸⁵ Grundlegend BVerfGE 65, 1 ff.

Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig ist, soweit das Datenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.²⁸⁶ In der Regel ist der Datenschutz im Verwaltungsverfahren spezialgesetzlich geregelt worden.²⁸⁷ Nach § 30 VwVfG haben die Beteiligten im Verwaltungsverfahren einen Anspruch darauf, dass ihre Geheimnisse von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden (näher dazu → § 13 Rn 39). Die personenbezogenen Daten unterliegen einer Zweckbindung.²⁸⁸ Die Änderung des Zwecks wider Willen bedarf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Festlegung des neuen Zwecks, der dann seinerseits für die Verarbeitung verbindlich ist. Juristische Personen und teilrechtsfähige Personenvereinigungen privater Provenienz genießen zwar keinen Persönlichkeitsschutz, wohl aber einen Funktionsschutz, der insbesondere durch die Art 14, 12, 9 und 2 I iVm 19 III GG gewährleistet wird.²⁸⁹ Ferner bedürfen das *geistige Eigentum* (insbesondere Urheber-, Marken-, Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrechte) sowie *Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse* (dh Tatsachen, die im Zusammenhang mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb stehen, nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind und nach dem erkennbaren Willen des Inhabers sowie dessen berechtigten wirtschaftlichen Interessen geheim gehalten werden sollten²⁹⁰) des Schutzes vor einem unbefugten Offenbaren.²⁹¹

Das Interesse an einem Zugang zu Daten oder einer Verbreitung von Daten muss nicht notwendigerweise im Gegensatz zu den Datenschutzinteressen der natürlichen oder juristischen Personen stehen. So ist sowohl der Verwaltung als auch den Privaten oftmals bereits mit einer *Anonymisierung* personenbezogener Daten gedient. Eine solche Anonymisierung ist im weiten Umfange rechtlich geboten. ZB ist es nicht erforderlich, dass eine Planfeststellungsbehörde im Rahmen der öffentlichen Bekanntgabe des Planfeststellungsbeschlusses auch die Namen, Eigentumsverhältnisse oder sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse von Planbetroffenen und Einwendern offenlegt.²⁹² Kollidiert das Offenbarungs- mit dem Geheimhaltungsinteresse, bedarf es einer verhältnismäßigen Zuordnung der schutzwürdigen Interessen nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen und grundrechtlichen Vorgaben. Teilweise enthalten die Gesetze Regelungen darüber, welche Interessen besonders schützenswert oder nicht schützenswert sind.²⁹³ Im Übrigen muss abgewogen werden, ob das Offenbarungs- oder Geheimhaltungsinteresse überwiegt.²⁹⁴

67

²⁸⁶ Vgl § 4 I BDSG.

²⁸⁷ Vgl zB die §§ 30, 30 a AO; 35 SGB I; 67 ff SGB X; 10 II, III BImSchG; 139 I 3 GewO; 9 ff PolG NRW; 9 I Nr 1 UIG; 5 JfG.

²⁸⁸ BVerfGE 65, 1, 46.

²⁸⁹ Str, vgl *Klöpper* Informationsrecht, 2002, § 3 Rn 56.

²⁹⁰ BGH NJW 1995, 2301.

²⁹¹ Zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 30 VwVfG vgl → § 13 Rn 39. Krit zu § 6 II IFG wegen der fehlenden Abwägungsklausel: Arbeitsgemeinschaft der Informationsbeauftragten in Deutschland, DuD 2005, 290, 295. Zur Unzulässigkeit von in EG-Richtlinien enthaltenen Offenlegungspflichten, die keinem gewichtigen Interesse dienen, vgl EuGH EWS 2006, 73 – ABNA; *Gundel* EWS 2006, 65 ff.

²⁹² Vgl BVerfG-K DVBl 1990, 1041 f.

²⁹³ Vgl etwa § 5 II u III IFG.

²⁹⁴ Krit zur undifferenzierten Abwägungsklausel *Masing* VVDStRL 63 (2004) 377, 402 ff, 436.

5. Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikationstechniken

- 68 a) *Entwicklung*: Die Verwaltung hat sich zur Informationserhebung, -verarbeitung und -nutzung seit jeher der zur Verfügung stehenden technischen Mittel (wie zB der Telefone) bedient. Zu einem Quantensprung hat aber erst die heute mehr oder weniger allgemein gebräuchlich gewordene Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikationstechniken geführt.²⁹⁵ Der Einsatz von *Computern*, die Inanspruchnahme allgemeiner und spezieller Computerprogramme sowie die Nutzung von Datenübertragungsleitungen einschließlich des Internets wirken sich nicht nur nachhaltig auf die Aufnahme, Speicherung²⁹⁶ und Auswertung von Informationen, die Steuerung des Verwaltungshandelns und die Zusammenarbeit innerhalb einer Behörde sowie mit Verwaltungsstellen im In- und Ausland²⁹⁷ aus. Sie haben auch die Gestaltung der Beziehung von Verwaltung und Bürgern maßgeblich beeinflusst, weil sie für eine wesentlich aktivere Informations-, „politik“ der Verwaltung²⁹⁸, eine vermehrte Partizipation der Privaten am Verwaltungsgeschehen²⁹⁹, Kommunikation iSe Informationsaustausches und Transaktion iSd Abwicklung von rechtlich verbindlichen Verwaltungsvorgängen über ein elektronisches Netz genutzt worden sind. Das Spektrum der Transaktionsvorgänge reicht etwa von der Erbringung kommunaler Dienstleistungen „on demand“ über die Zulassung von Anmeldungen per E-Mail³⁰⁰ bis hin zur elektronischen Abgabe von Steueranmeldungen³⁰¹ oder elektronischen Vergabe öffentlicher Aufträge³⁰². Angestoßen von Initiativen in den USA³⁰³ orientieren sich heute sowohl die Europäische Gemeinschaft³⁰⁴ als auch viele Verwaltungsträger in Deutschland an der Leitvorstellung eines Electronic-Government. So hat der Bund in seinem Programm „Bund Online 2005“ angekündigt, bis Ende des Jahres 2005 alle als internetfähig anerkannten Dienstleistungen der Bundesverwaltung online bereit zu stellen.³⁰⁵
- 69 b) *Auswirkung auf die Verwaltungsorganisation*: Bei Aufkommen der elektronischen Datenverarbeitung wurde befürchtet, dass diese zu einer ebenen- und zuständig-

²⁹⁵ Vgl *Groß* DÖV 2001, 159 ff; VerwArch 2004, 400 ff; zur Informatisierung der Verwaltung s a *Guckelberger* VerwArch 2006, 62 ff.

²⁹⁶ ZB Dokumentierung, Archivierung, Aufnahme in eine Datenbank.

²⁹⁷ So zB durch die Nutzung des polizeilichen Informationssystems INPOL (vgl *Pieroth/Schlink/Kniesel* Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl 2004, § 15 Rn 23 ff) oder das von den Mitgliedstaaten der EU genutzte Schengener Informationssystem (Art 92 ff SDÜ).

²⁹⁸ Vgl die Feststellung von *Groß* VerwArch 95 (2004) 400, 403, wonach es kaum noch Behörden gibt, die keine Internet-Präsenz haben.

²⁹⁹ Etwa Eingabe von Einwendungen in einem immissionsschutzrechtlichen Verfahren oder in einem Planungsverfahren auf elektronischem Wege.

³⁰⁰ Vgl *Boehme-Neßler* NVwZ 2001, 374, 376.

³⁰¹ Umsatzsteuer-Voranmeldung und Lohnsteuer-Anmeldung werden heute elektronisch vorgenommen. Eine Rechtsgrundlage für eine Pflicht zur elektronischen Abgabe besteht nicht.

³⁰² Vgl dazu *Mosbacher* DÖV 2001, 573 ff.

³⁰³ Vgl *Gore* Creating a Government that Works Better and Costs Less, The Report of the National Performance Review, 1993, 178 ff.

³⁰⁴ Vgl das eEurope 2005 – Konzept der EG-Kommission sowie Art 8, Nr 1 des Entwurfs einer Dienstleistungsrichtlinie Dok Kom (2004) 2 endg.

³⁰⁵ Vgl *Schliesky* LKW 2005, 89, 90 mit Beispielen (BAföG – Stundungsanträge, Kauf von Bundeschatzbriefen, Abwicklung des Zollverkehrs).

keitsüberschreitenden Zentralisierung führen werde.³⁰⁶ Auch wenn diese Gefahr mit Verbreitung der Mikroprozessortechnik geringer geworden ist, muss darauf geachtet werden, dass die Verbands- und Organzuständigkeiten gewahrt werden. So sind etwa Kreditvergaben nach dem sparkassenrechtlichen Regionalprinzip an Personen mit Sitz oder Niederlassung außerhalb des Satzungsgebietes grundsätzlich unzulässig.³⁰⁷ Das Internet ermöglicht zwar ohne besonderen Aufwand eine Kreditvergabe an auswärtige Personen. Es stellt aber nur ein anderes Medium der Kommunikation dar und vermag nicht ein Hinwegsetzen über das Regionalprinzip zu rechtfertigen.³⁰⁸ Auch einer IT-gestützten netzwerkartigen Koordinierung von Verwaltungsträgern sind Grenzen gesetzt. So darf die Hinwendung zum E-Government nicht durch Zusammenführung der verschiedenen Stränge bei einer Stelle dazu führen, dass die eigenverantwortliche Kompetenzwahrnehmung der Länder für die Ausführung der Bundesgesetze und der Kommunen für die Ausführung der Bundes- und Landesgesetze ausgehebelt wird.³⁰⁹ Wenn das Gemeinschaftsrecht anstrebt, einen auf elektronischem Wege erreichbaren einheitlichen Ansprechpartner für alle nationalen Genehmigungsverfahren zu benennen³¹⁰, erscheint dies solange unbedenklich (und begrüßenswert), als der Ansprechpartner nur als bloße Kontaktstelle dienen soll. Doch versteht es sich von selbst, dass es weder mit dem Subsidiaritätsprinzip des Gemeinschaftsrechts noch gar mit deutschem Verfassungs- und Verwaltungsrecht vereinbar wäre, bei der Kontaktstelle alle Entscheidungszuständigkeiten zu bündeln. Ebenso darf die Computertechnik nicht dazu genutzt werden, im Wege der Direktkommunikation mittels Inanspruchnahme eines Selbsteintrittsrechts Entscheidungen zu treffen, die dem Hierarchie- und Dienstwegprinzip zuwiderlaufen.³¹¹

c) *Auswirkung auf das Verwaltungsverfahren und das Verwaltungsprozessrecht:* Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (und im Gefolge auch die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder) lässt heute im weiten Umfang elektronische Verfahren zu (→ § 9 Rn 5). Verwaltungsverfahren sind grundsätzlich nicht formgebunden (§ 10 VwVfG). Die Generalklausel des § 3 a I VwVfG verdeutlicht, dass auch die Übermittlung elektronischer Dokumente zulässig ist, soweit der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet hat. Das betrifft sowohl die Eröffnung des Verwaltungsverfahrens von Amts wegen oder auf Antrag (§ 22 VwVfG) als auch die Ermittlung des Sachverhalts (§ 24 VwVfG, zB Äußerung von Beteiligten, Sachverständigen oder Zeugen in elektronischer Form), die Anhörung der Beteiligten (§ 28 VwVfG) und anderer Behörden (etwa im Sternverfahren nach § 71 d VwVfG), die Akteneinsicht (§ 29 VwVfG, Gewährung der Einsicht in elektronische Dokumente), die Auskunftserteilung der Behörden (§ 71 c I 2 VwVfG), die Belehrung eines Beteiligten (§ 25 S 1 VwVfG) und die Aufklärung der Allgemeinheit (vgl § 13 SGB I).³¹² Einen Zugang für die Ermittlung elektronischer Dokumente können die Behörden oder die Beteiligten auch konkludent

³⁰⁶ Vgl *Eberle* Organisation der automatisierten Datenverarbeitung, 1976, 62 ff, 111 f, 139 ff.

³⁰⁷ Vgl *Stern/Nierhaus* Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, 200 f; *Raskin* Das Regionalprinzip und (neue) elektronische Vertriebswege im Retailbanking, 2001, S 98 ff.

³⁰⁸ Vgl *Schepers* Internet-Banking und sparkassenrechtliches Regionalprinzip, 2003, 161 ff.

³⁰⁹ Vgl a *Schliesky* DÖV 2004, 809 ff.

³¹⁰ So Art 6 des Entwurfs der Dienstleistungsrichtlinie (Fn 304). Näher dazu *Schliesky* LKV 2005, 89, 91.

³¹¹ Zur grundsätzlichen Unzulässigkeit eines Selbsteintritts der höheren Behörde vgl *Maurer* Allg VwR, § 21 Rn 49.

³¹² Vgl *Laubinger* FS König, 2004, 517 ff.

eröffnen.³¹³ Ist durch Rechtsvorschrift eine Schriftform angeordnet, kann diese – soweit nichts anderes bestimmt ist – durch die elektronische Form ersetzt werden (§ 3a II 1 VwVfG). Da dies zu Beweisproblemen führen könnte, muss das elektronische Dokument in diesem Falle mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (§§ 2 Nr 3, 5, 7 SigG) versehen werden, um eine eindeutige Identifizierung zu ermöglichen. Zulässig ist es auch, einen Verwaltungsakt auf elektronischem Wege zu erlassen (§ 37 II 1 VwVfG), wobei der Verwaltungsakt die erlassende Behörde erkennen lassen und die Unterschrift oder die Namenswiedergabe des Behördenleiters, seines Vertreters oder eines Beauftragten enthalten muss (§ 37 III 1 VwVfG). Bei berechtigtem Interesse ist der elektronische Verwaltungsakt schriftlich zu bestätigen (§ 37 II 3 VwVfG). Wird für den Verwaltungsakt die Schriftform angeordnet, darf die elektronische Form wiederum nur bei qualifizierter Signatur gewählt werden (§ 37 III 2, IV VwVfG). Wie schriftliche müssen auch elektronische oder elektronisch bestätigte Verwaltungsakte mit einer Begründung versehen werden (§ 39 I 1 VwVfG). Auch die Zugangs- und Bekanntgabefiktionen (§§ 15 S 2, 41 II 1 VwVfG) und Beglaubigungsmöglichkeiten (§ 33 IV – VI VwVfG) des Verwaltungsverfahrensgesetzes berücksichtigen die Verwendung elektronischer Dokumente. Für öffentlich-rechtliche Verträge gilt die Schriftform, soweit spezialgesetzlich nicht eine andere Form vorgeschrieben ist (§ 57 VwVfG). Streitig ist, ob über die Verweisungsnorm des § 62 S 2 VwVfG eine Urkundseinheit (§ 126 II 1 BGB) zwingend geboten ist.³¹⁴ Bei Abschluss des Vertrages in elektronischer Form gem § 3a VwVfG wird man dies jedenfalls verneinen müssen.³¹⁵ Für die Erhebung von Widersprüchen und verwaltungsgerichtlichen Klagen ist ebenfalls Schriftform oder Niederschrift vorgesehen (§§ 70, 81 VwGO). § 3a VwVfG ist insoweit nicht anwendbar. Ob § 55a (iVm § 81a) VwGO eine elektronische Widerspruchs- und Klageerhebung zulässt, ist streitig.³¹⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht bedarf es einer eindeutigen Regelung.

- 71** d) *Grenzen der Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikationstechniken*: Die elektronische Datenverarbeitung arbeitet auf der Grundlage menschlicher Programmierung. Dies bedeutet aber nicht, dass Entscheidungen und der Umgang mit dem Bürger allein der elektronischen Datenverarbeitung überlassen bleiben dürfen. Bereits bei der Sachverhaltsermittlung sind die Grenzen der Verwaltungsautomation zu beachten. Eine elektronische Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens geht zumeist mit einer verstärkten Verwendung von Mustern und Formularen einher. Dies beschwört die Gefahr einer „Anpassung“ des Sachverhalts an vorgegebene Standards herauf, um die automatisierte Verarbeitung zu gewährleisten. Jede Typisierung muss sich jedoch an dem rechtsstaatlich gebotenen Erfordernis der Einzelgerechtigkeit messen lassen.³¹⁷ Schleichen sich bei der computergestützten Ermittlung des Sachverhalts oder bei der Programmierung Fehler ein, die sich auf das Ergebnis auswirken, ist das

³¹³ Bei Behörden wird man die konkludente Zugangseröffnung annehmen können, wenn sie in einem Schreiben oder auf ihrer Homepage eine E-Mail-Adresse angeben haben (vgl a § 3a I 2 VwVfG NRW). Bei Privaten dürfte eine E-Mail-Adresse im Briefkopf nicht ausreichen. Vgl *Rossnagel* NJW 2003, 469, 472 f.

³¹⁴ Vgl BVerwGE 96, 326, 332 ff; *Bonk* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 57 Rn 19.

³¹⁵ Vgl auch *Schmitz-Schlatmann* NVwZ 2002, 1281, 1289.

³¹⁶ Vgl zum Meinungsstand (noch unter der Geltung des früheren § 86 a VwGO, der weitgehend mit § 55 a VwGO übereinstimmt) *Dietlein/Heinemann* NWVBl 2005, 53, 58.

³¹⁷ Vgl bereits *Scholz* BayVBl 1981, 193, 196; *Hufen* Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl 2002, Rn 64. Allgemein zu den Grenzen einer Typisierung in der Verwaltung *Isensee* Die typisierende Verwaltung, 1976, 133 ff, 140 ff.

Handeln der Verwaltung rechtswidrig oder nichtig. Programmierfehler sind keine offenbaren Unrichtigkeiten, welche die Verwaltung nach § 42 VwVfG jederzeit berichtigen darf.³¹⁸ Eine vollständige Ersetzung menschlicher Tätigkeit ist zB nicht zu beanstanden, wenn es um das Herstellen und Versenden von Telefonrechnungen, eine Verkehrsregelung durch Ampeln oder die Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen (wie Schwimmbädern) durch Schließanlagen geht, die auf den Einwurf von Geldmünzen reagieren. Nach § 6 a I BDSG dürfen Entscheidungen, die für den Betroffenen eine rechtliche Folge nach sich ziehen oder ihn erheblich beeinträchtigen, von Ausnahmen abgesehen (§ 6 a II BDSG), aber nicht ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt werden, die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dienen.³¹⁹ Die Vorschrift hat keinen abschließenden Charakter (auch weil es nur um den Schutz personenbezogener Daten geht). Unzulässig dürfte ein Verwalten allein durch elektronische Datenverarbeitung stets sein, wenn eine Anhörung erforderlich ist, den Behörden ein Beurteilungs- respektive Ermessensspielraum zukommt oder eine Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen verlangt wird. Beispielsweise bestehen keine Bedenken, dass allein auf Veranlassung von Radarmessgeräten den Haltern von Kraftfahrzeugen bei festgestellten Geschwindigkeitsüberschreitungen automatisch ein Anhörungsbogen gem § 55 OWiG zugesandt wird. Äußert sich der Betroffene aber, muss die im Ermessen der Verwaltung liegende Entscheidung von einem Bediensteten der Behörde getroffen werden (höchstpersönliche Wertung).

IX. Administrative Steuerung und gesellschaftliche Selbstregulierung

In den verfassungsrechtlichen Grenzen bleibt es dem Staat unbenommen, Private auf gesetzlicher Grundlage durch Auferlegung öffentlich-rechtlicher Pflichten zwecks Erfüllung von Staatsaufgaben in Dienst zu nehmen. Dies ist in einem sehr weiten Umfange geschehen.³²⁰ Da der Bürger in einer Demokratie nicht nur Objekt hoheitlichen Waltens ist und ordnungsrechtliche Instrumente alleine nicht ausreichen, um eine Gemeinwohlverwirklichung sicher zu stellen, muss der Staat daran interessiert sein, sich in weitergehendem Umfange der *Mithilfe* seiner *Bürger* zu bedienen. Dies kann etwa durch eine organisatorische Zusammenarbeit – zB in juristischen Personen des öffentlichen Rechts³²¹ respektive gemischt zusammengesetzten Gesellschaften (Rn 4) – oder durch Heranziehung der Privaten zu Verwaltungshelfern (Rn 17) geschehen. Darüber hinaus kann sich der Staat nicht nur den etwa in Stiftungen, Fördervereinen oder universitären An-Instituten³²² zum Ausdruck kommenden Gemeinwohlsinn, sondern auch die legitimen Eigeninteressen der Bürger zu Nutze machen. Erhebt der Staat etwa Umweltabgaben oder fördert er Emissionsvermeidung durch Gewährung von Subventionen, kann er

72

³¹⁸ Für den Anwendungsbereich des § 129 AO vertritt der BFH in st Rspr (vgl zB NVwZ 1985, 448) eine aA. Doch beruht diese Rspr auf einem von § 42 VwVfG abweichenden Wortlaut des § 129 AO. Vgl *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 42 Rn 15 ff.

³¹⁹ Zu den Ausnahmen vgl § 6 a II BDSG.

³²⁰ Vgl die Nachweise in Rn 32; ferner *Jani* Die partielle verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme Privater zu Handlungs- und Leistungspflicht, 1992, 27 ff; zur Zulässigkeit von Erdölbevorratungspflichten vgl BVerfGE 30, 292 ff.

³²¹ Vgl zur Zulässigkeit einer Mitgliedschaft Privater in Zweckverbänden zB § 4 II 2 GkG NRW sowie zur Zulässigkeit einer Beteiligung stiller Gesellschafter an Sparkassen § 21 SpG RP.

³²² Vgl zB § 32 HG NRW.

damit rechnen, dass dies die Bürger zu einem umweltschützenden Verhalten veranlassen wird. Des Weiteren geht es darum, die Bürger anstelle eines Eigenhandelns der Verwaltung in die Verantwortung zu nehmen. Wesentliche Anstöße für eine andere Verantwortungsverteilung von Staat und Gesellschaft als in der Vergangenheit kommen aus dem internationalen Recht (namentlich dem WTO-Recht) und vor allem dem Europäischen Gemeinschaftsrecht. So sind Monopole und damit auch Verwaltungsmonopole³²³ wegen der grundsätzlichen Unvereinbarkeit mit den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsvorschriften nur noch selten oder übergangsweise mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar.³²⁴ Für Unternehmen³²⁵, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind (insbesondere öffentliche Unternehmen), gelten nach Art 86 II EGV die allgemeinen Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit deren Anwendung nicht die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Eine Begründung von besonderen und ausschließlichen Rechten zur Durchsetzung spezifisch öffentlicher Zwecke ist zwar ebenso wie die Bereitstellung von Finanzmitteln zur Abgeltung von Gemeinwohlverpflichtungen möglich, muss sich aber konkret am strengen Maßstab des Gemeinschaftsrechts rechtfertigen lassen. Das Europäische Gemeinschaftsrecht strebt somit keine Zurückdrängung der Daseinsvorsorge³²⁶, wohl aber ein System unverfälschten Wettbewerbs an, um den Binnenmarkt zu verwirklichen und eine bessere Verfügbarkeit und Qualität sowie eine Verbilligung der Leistungen der Daseinsvorsorge zu erreichen. Deshalb muss sich die staatliche Verwaltung immer häufiger dem Leistungsvergleich mit der Privatwirtschaft stellen. Mittelbar geht deshalb vom Gemeinschaftsrecht ein erheblicher Privatisierungsdruck aus. Hinzu kommt, dass dem Staat immer häufiger die personellen und finanziellen Ressourcen fehlen, um die Bedürfnisse der Bevölkerung zu erfüllen. Dies heißt umgekehrt nicht, dass der Staat in weitem Umfange alles dem privaten Marktgeschehen überlassen kann. Damit es nicht zu unerwünschten Zuständen kommt, wird der Staat vielfach gehalten sein, die Rahmenbedingungen zu bestimmen sowie Kontroll- und abgestufte Einstandspflichten zu übernehmen (Rn 74). Im Schrifttum wird in solchen Fällen von einer „hoheitlich regulierten gesellschaftlichen Selbstregulierung“ gesprochen.³²⁷

³²³ Vgl aber a die Art 31 EGV (Handelsmonopol), 86 II EGV (Finanzmonopol).

³²⁴ Nach nationalem Recht müssen sich die Monopole va an den Grundrechten und am Kartellrecht messen lassen. Zum Betreiben von öffentlichen Spielbanken vgl BVerfGE 102, 197 ff; BVerfGE 96, 302, 315; zum staatlichen Monopol für den Abschluss und die Vermittlung von Oddset-Wetten BVerfG NJW 2006, 1261 ff; zum Branntweinmonopol BVerfGE 14, 105 ff; zum Briefmonopol BVerfGE 108, 370 ff; zur Wasserversorgung Ehlers (Fn 49), E 56 f. Allgemein zur Frage, wann der Staat zur Privatisierung von Staatsaufgaben verpflichtet ist, *Weiß* Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, 113 ff, 206 ff.

³²⁵ Der EuGH versteht unter Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (Slg 1991, I-1979 Rn 21 – Höfner u Elser) und unter wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einen bestimmten Markt anzubieten (Slg 2000, I-6451 Rn 75 – Pavlov). Unerheblich ist, ob eine Gewinnerzielungsabsicht besteht. Damit wird prinzipiell der gesamte Bereich erfasst, der in Deutschland der Daseinsvorsorge zugeordnet wird.

³²⁶ Vgl Art 16 EGV. Zum Konzept der Gemeinschaft vgl Dok Kom (2001) 598 endg; Dok Kom (2002) 689 endg.

³²⁷ *Hoffmann-Riem* DÖV 1997, 433, 441 ff (Gewährleistungs-, Erfüllungs- und Auffangverantwortung).

Das Verwaltungsrecht kennt vielfältige Formen *privater Selbsterledigung* und *Verantwortung*.³²⁸ So obliegt es nach vielen Gesetzen dem Antragsteller, den Sachverhalt selbst aufzuklären (zB §§ 60 ff SGB I; 6 III u IV UVPG). Nach anderen Gesetzen sind Personen zur Eigensicherung und -überwachung (zB §§ 7 II Nr 5 AtG, 19b, 20a LuftVG, 9 BDSG), zur Fremdüberwachung durch Dritte (§§ 26, 29a BImSchG, 19i WHG), zur Bestellung von Betriebsbeauftragten (zB §§ 4f BDSG, 53 BImSchG, 54 KrW-/AbfG) oder besonderen Verantwortlichen (zB § 52a BImSchG)³²⁹ verpflichtet. Teilweise sind Vorabverständigungen (Scoping-Verfahren) ausdrücklich vorgesehen oder zugelassen (zB §§ 71c II VwVfG, 5 UVPG, 12 BauGB). Während im Baurecht früher für fast alle Vorhaben eine Genehmigung eingeholt werden musste, verzichtet das sog Genehmigungsfreistellungsverfahren heute vielfach auf eine obligatorische präventive Kontrolle (bis hin zur Hochhausgrenze)³³⁰ und gebietet dem Bauherrn, selbst dafür Sorge zu tragen, dass das materielle Baurecht eingehalten wird. Um die Treibhausgasemissionen zu begrenzen, hat sich der Staat auf der Grundlage des Europäischen Gemeinschaftsrechts darauf beschränkt, die Emissionsmenge vorzugeben und den Emissionsausstoß der einzelnen Unternehmen nach Maßgabe gesetzlicher Regelungen dem Emissionshandel der Anlagenbetreiber mit Treibhausgasemissionszertifikaten zu überlassen.³³¹ Mitunter sind an die Stelle der präventiven Kontrolle private Sicherungsinstrumente getreten. So ist im Versicherungsaufsichtsrecht der Wegfall des präventiven Genehmigungsvorbehalts für Tarifänderungen durch die Schaffung von Aktuaren und Treuhändern kompensiert worden.³³² Wird die Abwehr der von einem Produkt ausgehenden Gefahren durch eigene Maßnahmen sichergestellt, sieht die Behörde von Warnungen oder anderen Maßnahmen der behördlichen Gefahrenabwehr ab.³³³ Im Steuerrecht hat die Anmeldung des Steuerpflichtigen die Wirkung einer finanzbehördlichen Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung und macht diese entbehrlich, sofern der Vorbehalt nicht realisiert wird.³³⁴ Ferner sollen Selbstverpflichtungen oder Selbstkontrollen nach Art des gemeinschaftsrechtlich eingeführten Umwelt-Audits³³⁵, Datenschutz-Audits³³⁶, der Selbstkontrolle der Mobilfunkbetreiber³³⁷, Presse³³⁸ und des

³²⁸ Vgl *Schmidt-Preuß* VVDStRL 56 (1997) 160, 176 ff; *Di Fabio* ebd, 235, 242 ff; *A. Faber* Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001, 12 ff.

³²⁹ Im Außenwirtschaftsrecht hat die Bundesregierung durch Verwaltungsvorschrift zur Prüfung der Zuverlässigkeit iRd §§ 6 III Nr 3 KWKG, 3 II AWG die Benennung von Ausführungsverantwortlichen verlangt (BAnz 1990, 6406; 1991, 545).

³³⁰ Im Einzelnen bestehen unterschiedliche landesrechtliche Regelungen. Vgl die Übersicht bei *Finkelburg/Ortloff* Öffentliches Baurecht, Bd II, 5. Aufl 2005, 99 ff. Näher dazu *Ehlers* FS Bartsperger, 2006, 463 ff.

³³¹ Vgl RL 2003/87/EG; TEHG v 15.7.2004, BGBl 2004 I, 1578. Ferner dazu *Kobes* NVwZ 2004, 513 ff, 1153 ff; *Burgi* NVwZ 2004, 1162 ff. Zur Vergabe von Umweltzeichen (Blauer Engel) vgl OVG NRW NVwZ 2001, 824 → JK GG Art 12 I/59.

³³² ZB §§ 11a, 12, 12b, 70 VAG.

³³³ Vgl § 8 IV 4 GPSG.

³³⁴ Vgl statt vieler *Heintzen* (Fn 60) 225.

³³⁵ VO 761/01/EG; UAG v. 4.9.2002, BGBl 2002 I, S 3490.

³³⁶ § 9a BDSG.

³³⁷ Selbstverpflichtung der Mobilfunkbetreiber „Maßnahmen zur Verbesserung von Sicherheit und Verbraucher-, Umwelt, und Gesundheitsschutz, Information und vertrauensbildende Maßnahmen beim Ausbau der Mobilfunknetze“ v 5.12.2001.

³³⁸ Zu Pressekodex und Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates vgl *Löffler/Ricker* Handbuch des Presserechts, 5. Aufl 2005, 298 ff, 305 ff.

Jugendmedienschutzes³³⁹ sowie des zugelassenen Wirtschaftsbeteiligten im Zollrecht³⁴⁰ zu einer Zurücknahme der behördlichen Kontrolldichte, uU einem höheren als dem gesetzlichen Standard und einem von der Öffentlichkeit und den Verbrauchern positiv aufgenommenen Gütezeichen führen. So zielt das freiwillige Umwelt-Audit darauf ab, durch innerbetriebliche Einführung, Pflege und Fortentwicklung umfassender Qualitätsmanagementsysteme und Überprüfung dieser Systeme durch einen unabhängigen, staatlich akkreditierten Gutachter den umweltschutzrelevanten Qualitätsstandard einzuhalten und kontinuierlich zu verbessern.³⁴¹ Eine immer wichtigere Rolle spielen zudem Selbstbeschränkungsabkommen der Wirtschaft, mit denen mehr oder weniger freiwillig einem staatlichen Handeln vorgebeugt wird.³⁴² Vielfach initiiert der Staat solche Absprachen oder beteiligt sich an ihnen. So werden Hersteller und Vertreiber von der Rücknahmepflicht für Verkaufsverpackungen nach Maßgabe der Verpackungsverordnung³⁴³ freigestellt (§ 6 III VerpackV), wenn sie sich an einem System beteiligen, das flächendeckend eine regelmäßige Abholung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher oder in der Nähe des Endverbrauchers gewährleistet. Damit hat der Staat zur Schaffung der (ursprünglich wegen ihrer Monopolstellung bedenklichen) Gesellschaft „Duales System Deutschland GmbH“ beigetragen.³⁴⁴ Schließlich bedürfen die staatlichen Sicherheits-, Gesundheits- und Umwelthanforderungen regelmäßig der Konkretisierung durch technische Normen. Diese werden zumeist durch private Normungsgremien auf nationaler und europäischer Ebene erlassen (zB Deutsches Institut für Normung für DIN-Normen, CEN und CENELEC für europäische Produktharmonisierung → § 4 Rn 62), wobei Staat und Europäische Gemeinschaft durch die Gestaltung der Rahmenbedingungen, durch personelle Mitarbeit in den Normungsgremien und durch die Entscheidung, welche Normen hoheitlich rezipiert werden, auf das Ergebnis der Normierungen und ihre Umsetzung Einfluss nehmen.³⁴⁵ Mit diesen und ähnlichen Verfahrensweisen geht oftmals eine Änderung des Verwaltungsaufretens einher. Statt hoheitlicher Mittel bedient sich die Verwaltung vielfach oder jedenfalls auch kooperativer, informeller (→ § 35 Rn 1) oder sonstiger nicht regelnder Handlungsformen (wie zB dem Hinweis, der Empfehlung oder der Warnung).³⁴⁶ Im Falle konfliktträchtiger Verwaltungsverfahren bemüht man sich häufig um einvernehmliche Konfliktlösungen mittels Einschaltung privater Mediatoren (→ § 15 Rn 1 f), selbst wenn – wie im Planungsrecht (§ 73 VwVfG) – ohnehin ein Anhörungsverfahren vorgesehen

³³⁹ §§ 19 II iVm 16 S 2 Nr 2 JMStV.

³⁴⁰ Art 5 a ZK.

³⁴¹ Vgl etwa *Sparwasser/Engel/Voßkuhle* (Fn 264) § 4 Rn 52 ff.

³⁴² Dazu zB *Oebbecke* DVBl 1986, 793 ff; *Schulte* Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, 98 ff; *Knebel/Wickel/Gerhard* Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrument des Umweltschutzes, 1999, S 291 ff; *A. Faber* (Fn 328) 12 ff, 50 ff; *Köpp* Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, S 21 ff.

³⁴³ BGBl 1998 I, 2379.

³⁴⁴ Zu den verfassungsrechtlichen Problemen vgl *Hirschfeld* Staatlich initiierte Monopole und Verfassungsrecht – das Beispiel Verpackungsverordnung, 1997; zur Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht s *EuGH* DVBl 2005, 171 – Radlberger; NVwZ 2005, 194 – Kommission/ Deutschland. Vgl a *Fluck* DÖV 2000, 657ff.

³⁴⁵ Zu den vielfältigen Rechtsproblemen vgl *Di Fabio* Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996. Krit *Breulmann* Normung und Rechtsangleichung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1993.

³⁴⁶ Vgl zur Warnung vor Jugendsekten BVerfGE 105, 279 ff → JK GG Art 4 I, II/23 a.

ist. Im Umweltrecht wird das Kooperationsprinzip sogar als Leitbild der Umweltverwaltung angesehen.³⁴⁷

Überlässt der Staat das Handeln den privaten Akteuren, ohne auf die Vorgabe eines der Selbstregulierung gesetzten Ordnungsrahmens zu verzichten, muss die Verwaltung gewährleisten, dass die Vorgabe erreicht wird. Tritt etwa an die Stelle einer ehemals vollen Verantwortung des Staates für die Erfüllung von Staatsaufgaben seine Überwachungs-, Regulierungs- und Auffangverantwortung, verwandelt sich die Verwaltung von einer leistungsgewährenden zu einer leistungsgewährleistenden.³⁴⁸ Zur Kennzeichnung dieser Art der Verwaltung (die es etwa im öffentlichen Wirtschaftsrecht seit jeher gegeben hat) wird zunehmend von Regulierungsverwaltung oder Gewährleistungsverwaltung und dementsprechend von Regulierungsverwaltungs- oder Gewährleistungsverwaltungsrecht gesprochen.³⁴⁹ Als Prototyp gilt das im Wesentlichen in Umsetzung europäischer Richtlinien erlassene Telekommunikations- und Postgesetz. Nach Art 87 f GG muss der Staat die Telekommunikations- und Postdienstleistungen zwar nicht selbst erbringen, aber flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gewährleisten.³⁵⁰ Die Verwaltung ist deshalb ua befugt, die Entgelte zu regulieren und den Unternehmen bei nicht flächendeckender, angemessener oder ausreichender Grundversorgung eine Universaldienstleistungsverpflichtung aufzuerlegen.³⁵¹ Aufgabe der Verwaltungsrechtsdogmatik ist es, das Gewährleistungsverwaltungsrecht näher zu strukturieren. So zeichnen sich sektorübergreifende Ansätze eines Privatisierungsfolgenrechts ab.³⁵² Soweit die Wirtschaft netzgebunden agiert (wie zB die Energieversorgungs- und Telekommunikationsunternehmen sowie die Bahn) und nur ein Netz zur Verfügung steht, ist den Mitbewerbern zumeist ein Mitbenutzungsrecht eingeräumt worden.³⁵³ Als Bausteine für ein Gewährleistungsverwaltungsrecht werden die Ergebnis-sicherung durch qualitative und quantitative Vorgaben für die Leistungserbringung, die Qualifikation und Auswahl privater Akteure, der Schutz der Rechte Dritter, die Sicherung notwendiger staatlicher Lenkung und Kontrolle, die Schaffung eines Systems periodischer Evaluierung und die Ausgestaltung effektiver staatlicher Rückholoptionen genannt.³⁵⁴

Die Verlagerung der Verantwortung auf Private ist grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch darf weder die Verfassungs- und Gesetzesbindung noch das staatliche Letztentscheidungsrecht in Frage gestellt werden. Um einer Diffusion staatlicher und gesellschaftlicher Verantwortung entgegenzuwirken, muss trotz Kooperation klar zwischen Ausübung von Staatsgewalt und der „Verfolgung von Privatinteressen in Wahrnehmung

³⁴⁷ Vgl *Kloepfer* Umweltrecht, 3. Aufl 2004, § 4 Rn 56 ff; *Hoppe/Beckmann/Kauch* Umweltrecht, 2. Aufl 2000, § 1 Rn 84 ff; *Breuer* in: Schmidt-Aßmann, Bes VwR, 5. Kap Rn 18.

³⁴⁸ Vgl *Bullinger* DVBl 2003, 1355, 1357.

³⁴⁹ Vgl *Trute* DVBl 1996, 950, 954; *Ruffert*, AöR 124 (1999), 237, 244 ff; *Vofskuhle* (Fn 54) 307 ff; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 173 f; *Berringer* Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, 2004, S 81 ff.

³⁵⁰ Zur ähnlichen Entwicklung im Informationsrecht (etwa Rundfunkrecht) vgl *Schoch* VVDStRL 57 (1998) 158, 210 f; *Trute* ebd 216, 230 ff.

³⁵¹ Vgl §§ 27 ff, 78 ff TKG, 11 ff, 19 ff PostG.

³⁵² Vgl *Franzius* Der Staat 42 (2003) 493, 503.

³⁵³ Näher zu den Netzinfrastrukturen *Masing* Verw 36 (2003) 1, 8 ff mit den Regulierungselementen (1) Marktzutritt, (2) Netznutzungsregime, (3) Kontrolle wirtschaftlicher Monopole durch Preisregulierung, (4) Sicherstellung sozial- und umweltverträglicher Belange, (5) Organisation der Regulierungsverwaltung.

³⁵⁴ *Vofskuhle* (Fn 54) 310 ff.

grundrechtlicher Freiheiten³⁵⁵ unterschieden werden. Auch darf der Einzelne nicht schutzlos einer gesellschaftlichen (statt staatlichen) Macht ausgeliefert werden.³⁵⁶ Soweit die kollektive Eigenvorname Kartellcharakter hat (wie bei den meisten Selbstbeschränkungsabkommen), müssen die kartellrechtlichen Vorgaben und Rechte Außenstehender beachtet werden. Sind marktwirtschaftliche Lösungen nicht ausreichend, muss der Staat regulierend eingreifen. So ist zB der verhandelte Netzzugang im Energiewirtschaftsrecht (§ 6 EnWG aF) durch einen ex ante regulierten Netzzugang (§§ 17, 20 EnWG nF) ersetzt worden.³⁵⁷

X. Verwaltungswissenschaften

76 Die Organisation und Tätigkeit der Verwaltung ist Gegenstand der Verwaltungswissenschaften. Mit der Verwaltung befassen sich ganz *verschiedene Wissenschaftsdisziplinen* wie zB die Politikwissenschaft, Volkswirtschaftslehre, Betriebswirtschaftslehre³⁵⁸, Finanzwirtschaftslehre, Soziologie³⁵⁹, Verwaltungsgeographie, Urbanistik, Statistik, Psychologie und Verwaltungsgeschichte³⁶⁰. So haben sich in der neuen Institutionsökonomik³⁶¹ eine Transaktionskostentheorie, eine Theorie der ökonomischen Verfügungsrechte und eine Principal-Agent-Theorie herausgebildet, die für die staatliche Verwaltung fruchtbar gemacht werden können.³⁶² Auch die Verwaltungsrechtswissenschaft, der es um die rechtliche Ausgestaltung der Verwaltung geht (→ § 3 Rn 90 ff), kann als ein (besonders wichtiges) Teilgebiet der Verwaltungswissenschaften bezeichnet werden. Statt von Verwaltungswissenschaften wird häufig auch nur von der Verwaltungswissenschaft oder Verwaltungslehre gesprochen. Diese Begriffsbildung ist problematisch, weil eine Integration der beteiligten Disziplinen in *eine* Wissenschaft oder Lehre kaum möglich, jedenfalls bisher aber nicht verwirklicht worden ist.³⁶³ Als Einführung in die Verwaltungswissenschaften eignen sich für Juristen die Bücher von *Ellwein*³⁶⁴

³⁵⁵ *Schmidt-Preuß* (Fn 328) 162 f.

³⁵⁶ *Di Fabio* (Fn 328) 252 ff.

³⁵⁷ Vgl dazu *Röger* DÖV 2004, 1025, 1033 f.

³⁵⁸ *Thiemeyer* Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, 1975; *Eichhorn/Friedrich* Verwaltungsökonomie I, 1976; Eichhorn (Hrsg), Betriebswirtschaftliche Erkenntnisse für Regierung, Verwaltung und öffentliche Unternehmen, 1985; *Reichard* Betriebswirtschaftslehre der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl 1987; *Gornas/Bartbel* Betriebswirtschaft in der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl 2005.

³⁵⁹ Vgl etwa *Mayntz* Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 3. Aufl 1985.

³⁶⁰ Ausf dazu *Heyen* Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa, 1982; *Jeserich/Pohl/v Unruh* (Hrsg), Deutsche Verwaltungsgeschichte, 5 Bde und Registerband; *Robbers* Europäische Verwaltungsgeschichte, in: Schulze (Hrsg), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, 1991, 153 ff; *Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 2002.

³⁶¹ Grundlegend *Coase* The Nature of the Firm, *Economica* 11 (1937) 386 ff. Vgl dazu *Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl 1998, 59 ff.

³⁶² Vgl die Angaben von *Pünder* Haushaltsrecht im Umbruch, 2003, 16 f.

³⁶³ Zur wissenschaftstheoretischen Einordnung vgl auch *Lubmann* (Fn 15); *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.

³⁶⁴ Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966.

und B. Becker³⁶⁵ sowie vor allem von Thieme³⁶⁶, Lecheler³⁶⁷, Püttner³⁶⁸ und Schuppert³⁶⁹.

Um die Verwaltung den Anforderungen der Zeit anzupassen, sind sowohl für die Binnenstruktur der Verwaltung als auch für die Gestaltung der Beziehungen zum Bürger zahlreiche Managementkonzepte entwickelt worden. Die größte Wirkkraft hat das von der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt) im Jahre 1993 vorgelegte sog *Neue Steuerungsmodell* (New Public Management) entfaltet, das weithin in den Kommunen und teilweise auch in der staatlichen Verwaltung praktiziert wird.³⁷⁰ Das Modell folgt dem Leitbild „Dienstleistungsunternehmen Verwaltung“, das Verwaltungsleistungen als „Produkte“ und die Beziehungen der Verwaltung zum Bürger als „Kundenbeziehung“ deutet. Einerseits soll es zu einer an den Verwaltungsleistungen orientierten klaren Abgrenzung zwischen der „politischen“ und administrativen Ebene kommen (zB zwischen Rat und Gemeindeverwaltung), andererseits sollen die einzelnen „Fachbereiche“ und Mitarbeiter der Verwaltung durch Zusammenführung der Fach- und Ressourcenverantwortung im Rahmen ausgehandelter Zielvorgaben (Kontrakte) und eines begleitenden Controlling Freiräume für eine kostenbewusste Selbststeuerung erhalten. Diese Art der Programmierung beruht auf zutreffenden ökonomischen Grundannahmen. Doch dürfen diese nur insoweit in der Verwaltung umgesetzt werden, als sie mit den zwingenden rechtlichen Vorgaben vereinbar sind.³⁷¹ ZB lassen sich die Leitungsbefugnisse der Minister für ihren Geschäftsbereich (Art 65 S 2 GG) oder die dem Rat einer Gemeinde von Verfassungs wegen und einfachgesetzlich zugewiesenen Vorbehaltsaufgaben nicht durch Kontrakte mit behördlichen Fachbereichen oder Verwaltungsmitarbeitern rechtsverbindlich beschränken (was die Gewährung tatsächlich zugestander Freiräume nicht ausschließt).³⁷² Auch kann in einer Demokratie nur der Bürger und nicht der Kunde Leitbild der Verwaltung sein.³⁷³

Entsprechend ihrem weiten Gegenstandsbereich befassen sich die Verwaltungswissenschaften mit ganz *unterschiedlichen Fragestellungen*: etwa den Verwaltungsaufgaben, der sachlichen und personellen Organisation, der Planung, dem Vollzug und der Kontrolle, dem Einsatz der modernen Techniken, dem Umgang mit dem Bürger oder den Fragen des Büro-Alltags.³⁷⁴ Gegenwärtig wird – auch wegen der hohen Verschuldung des Staates, des weltweiten Standortwettbewerbs und des Nachholbedarfs in den neuen Ländern – besonders über die Privatisierung von Verwaltungsleistungen³⁷⁵, den

³⁶⁵ Öffentliche Verwaltung, 1989.

³⁶⁶ Thieme (Fn 15).

³⁶⁷ Verwaltungslehre, 1988.

³⁶⁸ Verwaltungslehre, 3. Aufl 2000. Vgl a H. Maier Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl 1980; Joerger/Geppert (Hrsg), Grundzüge der Verwaltungslehre, 3. Aufl 1983.

³⁶⁹ Verwaltungswissenschaft, 2000.

³⁷⁰ Vgl dazu den KGSt-Bericht Nr. 5/1993. Schmidt-Aßmann Ordnungsidee, 23 ff. Ferner Pünder (Fn 362).

³⁷¹ Vgl a Krebs in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riehm (Hrsg), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 209 ff; Schmidt-Aßmann Ordnungsidee, 24 ff.

³⁷² Vgl a Pünder DÖV 1998, 63, 66 ff. Näher dazu (teilw abw) Mehde Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 327 ff.

³⁷³ Vgl a Penski DÖV 1999, 85 ff; Janssen ZBR 2003, 113, 119.

³⁷⁴ Zu den Merkmalen der bürokratischen Verwaltung nach wie vor grundlegend M. Weber Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl 1976.

³⁷⁵ Vgl Schoch Privatisierung der Abfallentsorgung, 1992, 27; dens DVBl 1994, 1 ff; Osterloh VVDStRL 54 (1995) 204ff; Bauer ebd, 243 ff.

Einsatz von Managementkonzepten³⁷⁶, die Neuordnung von Regionen³⁷⁷ und großstädtischen Verdichtungsräumen³⁷⁸ sowie die Deregulierung, Rechts- und Verwaltungsvereinfachung³⁷⁹ und Beschleunigung von Verwaltungsvorgängen³⁸⁰ diskutiert. Ferner haben die kooperativen, informalen und optionalen Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung besondere Aufmerksamkeit gefunden.³⁸¹ Schließlich wird zu Recht verlangt, die administrative „Regelgeheimhaltung“ durch das Prinzip der regelmäßigen Transparenz und Öffentlichkeit zu ersetzen (vgl auch Rn 65).³⁸²

§ 2

Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung

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

I. Recht, Rechtsquelle und Rechtsnorm

1. Begriff des Rechts

- 2 Die Vielzahl der Versuche, das Recht zu definieren¹, lässt Zweifel darüber aufkommen, ob es einen zeitlosen, für alle Kulturen gleichermaßen geltenden *Begriff des Rechts* mit identischem Inhalt gibt. Im Folgenden soll unter Recht die Gesamtheit der heteronom gesetzten oder heteronom anerkannten verbindlichen Vorgaben verstanden werden, die das menschliche Zusammenleben ordnen.
- 3 Durch die *heteronom gesetzte* oder heteronom anerkannte Verbindlichkeit unterscheidet sich das Recht von Sitte und Moral respektive von religiösen, ethischen und so-

³⁷⁶ Einen Überbl über die verschiedenen, auf Delegation und die Zusammenführung von dezentraler Fach- und Ressourcenverantwortung hinauslaufenden Modelle geben *Thieme* (Fn 15) Rn 441 ff, 667 f und *Püttner* Verwaltungslehre, 3. Aufl 2000, 276 ff. Zu dem heute am meisten diskutierten (von der kommunalen Gemeinschaftsstelle maßgeblich vorangetriebenen) sog Neuen Steuerungsmodell vgl *Blume* in: Banner/Reichard (Hrsg), Kommunale Managementkonzepte in Europa, 1993, 143 ff; *Otting* Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997, 12 ff; *Pünder* (Fn 362) 15 ff. Zur juristischen Verbindlichkeit *Pünder* DÖV 1998, 63 ff. Vgl a v *Mutius* FS Stern, 1997, 685 ff; *Wallerath* DÖV 1997, 57 ff.

³⁷⁷ Vgl zu der unter europarechtlichen Vorzeichen geführten Diskussion etwa *Eichenberger* in: Ossenbühl (Hrsg), Föderalismus und Regionalismus in Europa, 1990, 17 ff; *Schink* DÖV 1992, 385 ff; *Zuleeg* DVBl 1992, 1329 ff; *Benz* VerwArch 84 (1993) 328 ff.

³⁷⁸ Vgl statt vieler *Kilian/Müllers* VerwArch 89 (1998) 25 ff; *Henneke* (Hrsg), Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?, 1999.

³⁷⁹ Vgl etwa *Helmrigh* in: Beschränkung des staatlichen Einflusses in der Wirtschaft, 1993, 41 ff. Zu den Aufgaben des und Wegen zum „Schlanken Staat“ vgl zB BT-Drucks 13/10145.

³⁸⁰ Vgl zu den Beschleunigungsgesetzen *Steiner* NVwZ 1994, 313 ff. Krit *Erbguth* JZ 1994, 477 ff.

³⁸¹ Vgl nur *Hoffmann-Riem* DÖV 1997, 433 ff mwN.

³⁸² Vgl *Scherzberg* (Fn 19); *Wegener* (Fn 252).

¹ Vgl statt vieler *Alexy* Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl 1994, 27 ff; *Zippelius* Rechtsphilosophie, 4. Aufl 2003, 3 ff; *Rüthers* Rechtstheorie, 2. Aufl 2005, Rn 48 ff; ferner *H. L. A. Hart* Recht und Moral, 1971, 14 ff.

zialen Anforderungen, die nur kraft autonomer Bestimmung oder Anerkennung gelten.² Jedenfalls in der westlichen Welt obliegt die Setzung des Rechts den Staaten oder supranationalen Gemeinschaften. Dies schließt weder eine private Rechtssetzung (Rn 69) noch Gewohnheitsrecht (Rn 57) aus. Doch können die solchermaßen erzeugten Normen nur dann Rechtsgeltung beanspruchen, wenn diese Art der Rechtssetzung von den Staaten oder supranationalen Gemeinschaften anerkannt wird. Gleiches gilt für das *ius divinum*, das – wenn man es überhaupt als Recht anerkennen will³ – als hier außer Betracht bleibendes eigengeartetes Recht zu qualifizieren ist, allerdings ebenso wie moralische Gebote oder das Naturrecht vom weltlichen Recht übernommen oder in Bezug genommen und damit im Sinne der weltlichen Rechtsordnung verrechtlicht werden kann. So verweisen die Art 4 III, 38 I 2 GG auf das Gewissen und die Generalklausel der meisten Polizeigesetze auf die öffentliche Ordnung, die als Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln definiert wird, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird.⁴ Nicht zum Recht zu zählen ist ferner das sog *soft law*, sofern es weder durch gerichtliche noch durch außergerichtliche rechtsförmliche Verfahren zur Geltung gebracht werden kann.⁵

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

² Vgl *Kant* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Werke in sechs Bänden, hrsg v Weischedel, Bd IV, 1983, 65 f. Die heteronome Setzung bezieht sich auf den einzelnen Menschen. Es schließt eine autonome Rechtssetzung durch Körperschaften nicht aus (Rn 53).

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

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

⁵ *Ruffert* in: Schmidt-Aßmann (Hrsg), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2006, § 17 Rn 79.

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

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

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

⁹ ZB § 218 a IV 1 StGB.

¹⁰ ZB § 67 PStG, vgl *Ehlers* FS Hollerbach, 2001, 811 ff.

¹¹ Etwa, weil Erledigung eingetreten ist.

¹² Vgl demgegenüber aber *Meyer* DÖV 2005, 551, 559. Vgl a *Enders/Lange* JZ 2006, 105, 112.

¹³ Vgl zB Art 249 V EGV; zu einem gesetzlichen Beispiel: *Schneider* DÖV 1989, 26 f.

- 5 Seit jeher bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob das positive Recht seinen Charakter verliert, wenn es in einem unerträglichen Ausmaße in Widerspruch zur materiellen *Gerechtigkeit* tritt. Sowohl die Existenz überpositiven Rechts (Naturrechts) als auch dessen ggf in Betracht kommender Inhalt sind umstritten.¹⁴ IdR bedarf es eines Rekurses auf überpositives Recht schon deshalb nicht, weil das, was ein solches Recht herzugeben vermöchte, ohnehin innerstaatlich durch das Grundgesetz (insbesondere Art 1 I GG) und die Menschenrechtsgewährleistungen des Völkerrechts garantiert wird. Anders stellt sich die Rechtslage nach Regimewechseln dar, wenn es um die Beurteilung einer vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit geht. Das BVerfG hat in solchen Fällen (etwa der rechtlichen Bewertung nationalsozialistischen „Unrechts“ oder der Beurteilung einer Strafbarkeit von Mauerschützen nach der Wiedervereinigung Deutschlands) einen Rückgriff auf die Radbruchsche Formel – wonach das Gesetz der Gerechtigkeit zu weichen hat, wenn der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht¹⁵ – iVm den Menschenrechtspakten gebilligt.¹⁶ In der Literatur wird dies vielfach anders gesehen.¹⁷

2. Begriff der Rechtsquelle

- 6 Unter einer *Rechtsquelle* – im weiteren Sinne¹⁸ – ist der Entstehungs- und Geltungsgrund des Rechts zu verstehen.¹⁹ In der Literatur wird zwischen Rechtserzeugungsquellen, Rechtswertungsquellen und Rechtserkenntnisquellen unterschieden.²⁰ Mit der Bezugnahme auf die *Rechtserzeugungsquellen* wird der Blick sowohl auf die außerrechtlichen Entstehungsbedingungen des Rechts gelenkt²¹ (zB Beeinflussung durch die Wirtschaft und Religion) als auch auf den Schöpfer des Rechts (zB den Gesetzgeber beim geschriebenen Recht oder die Bevölkerung respektive Teile der Bevölkerung beim Gewohnheitsrecht). *Rechtswertungsquellen* sollen die zentralen Maßstäbe sein, anhand derer man die geltende Rechtsordnung beurteilen kann (wie Gerechtigkeit, Rechtsicherheit, Vernunft). Vielfach haben diese Maßstäbe heute ihren Niederschlag in den obersten Normschichten der Rechtsordnung – zB im Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes oder in den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts²² – gefunden und stellen daher selbst Recht dar. Bei der Orientierung an *Rechtserkenntnisquellen* wird darauf abgestellt, was „Entstehungsgrund für etwas als Recht“ ist.²³ So sind die Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft bisher nur sehr partiell positiviert worden. Sie müssen

¹⁴ Zur Auslegung des Art 20 III GG (Gesetz und Recht) vgl *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg), GG, Bd II, 1. Aufl 1998, Art 20 Rn 83 ff.

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

¹⁶ Vgl BVerfGE 95, 96, 134 ff mwN – Mauerschützen; BVerfG-K NJW 2000, 1480 – Fall Krenz ua; hierzu a EGMR NJW 2001, 3035 ff; zu den Mauerschützen vgl a EGMR NJW 2001, 3042 ff. Zur Rspr des Internationalen Gerichtshofs für Kriegsverbrechen im früheren Jugoslawien vgl die Urteile IT-94-1-T (Rn 9) v 14.7.1997 – Tadic; IT-96-22-T (Rn 38, 70) v 29.11.1996 – Erdemovic.

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

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

¹⁹ *Wolff/Bachhof/Stober* VwR I § 24 Rn 3.

²⁰ Vgl *Ossenbühl* VoraufI, § 5 Rn 3 ff mwN. Vgl zum Ganzen a *Park* Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, 136 f; *Röhl* Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl 2001, 513 f.

²¹ *Ruffert* in: Schmidt-Aßmann (Fn 5) § 17 Rn 1.

²² Art 1 ff EGV.

²³ So *Ross* Theorie der Rechtsquellen, 1929, 291 f.

deshalb erst gefunden werden, wobei die Europäische Menschenrechtskonvention und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquellen wirken (→ Rn 29).

3. Begriff der Rechtsnorm

Die Rechtsordnung besteht aus Rechtsnormen, welche die Sozialbereiche gestalten sollen. Wie der Begriff des Rechts (Rn 2) wird auch derjenige der Rechtsnorm in der Rechtssprache sinnvariiierend verwendet. So versteht etwa Kelsen – einen durchgängigen Stufenbau der Rechtsordnung zugrunde legend – unter Rechtsnorm sowohl generelle als auch individuelle Rechtsakte (einschließlich Richtersprüche oder Verwaltungsakte).²⁴ Üblicherweise wird dagegen zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung unterschieden²⁵ und somit nur eine bestimmte Art der Rechtserzeugung als *Rechtssetzung* respektive – was nur ein anderer Ausdruck ist – als Normgebung qualifiziert. Angeknüpft wird sowohl an das Subjekt der Rechtssetzung (Normgebung) als auch an die Form und den Inhalt. Im innerstaatlichen Rechtskreis werden Rechtssätze (Rechtsnormen) vor allem durch die Legislative in Gestalt von Parlamentsgesetzen erzeugt. Doch können Rechtssätze auch durch das Volk (Rn 36), die Exekutive und uU sogar die Richter (Rn 60 f) oder weitere Subjekte wie die Tarifvertragsparteien²⁶ geschaffen werden. In jedem Falle muss sich das Auftreten als Normgeber verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen. Keine Rechtsnormen sind zB allgemeine Verwaltungsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verwaltungsverträgen entwickelt worden sind, weil sie erst durch die jeweilige Einbeziehung in den Vertrag als Vertragsbestandteil rechtliche Wirkung entfalten. Ungeklärt ist, ob es einen Numerus clausus von Normen gibt (Rn 18). Anerkannt wird jedenfalls der Normcharakter von Parlamentsgesetzen, Verordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften und Gewohnheitsrecht. In Zweifelsfällen kommt es wiederum auf die verfassungsrechtliche Beurteilung an. Inhaltlich sollen sich Rechtssätze dadurch auszeichnen, dass generell-abstrakte Regelungen getroffen werden (im Gegensatz zu Einzelfallentscheidungen). Statt von Rechtssätzen oder Rechtsnormen spricht man auch von *Gesetzen im materiellen Sinne*.²⁷ Doch wurde bereits dargelegt, dass Rechtssätze (Rechtsnormen) keine Regelung enthalten müssen (Rn 4). Auch kann die Form eines Rechtssatzes (eine Rechtsnorm) gewählt werden, obwohl die Regelung inhaltlich einen Einzelfall oder nur eine Person betrifft. Es stellt sich dann die Frage, ob auf die Form oder den Inhalt abzustellen ist (vgl auch Rn 128). Nach der hier vertretenen Ansicht muss sich der Staat an der gewählten Form festhalten lassen, mag wegen Formenmissbrauchs die Formenwahl uU auch zur Ungültigkeit des Rechtssatzes (der Rechtsnorm) führen.²⁸ Im Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht sind zum Teil andere Rechtsnormen als im innerstaatlichen Rechtskreis anerkannt (Rn 21 u 32).

²⁴ Kelsen Reine Rechtslehre, 2. Aufl 1960, 73 ff.

²⁵ ZB versteht die Rspr unter einer Änderung der Rechtslage iSd § 51 I Nr 1 VwVfG nur eine Änderung der Rechtsnormen, nicht der Rechtsanwendung. Vgl Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn 107; Knack, VwVfG, § 51 Rn 37; Kopp/Ramsauer VwVfG, § 51 Rn 30.

²⁶ Vgl BVerfGE 44, 322, 341; 94, 268, 283. Scholz Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, 15 f; Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art 9 Rn 238.

²⁷ Vgl Erichsen Jura 1995, 550; Detterbeck Jura 2002, 235.

²⁸ Vgl Pestalozza Formenmißbrauch des Staates, 1973, 107 ff.

4. Wirkungsweise von Rechtsnormen

- 8 Rechtsnormen sollen unmittelbar oder mittelbar ein *Verhalten regeln*, wobei mehrere Rechtssätze zusammen wirken können: zB weil eine Rechtsnorm juristische Personen in die Pflicht nimmt oder eine sachenrechtliche Regelung trifft und eine andere Rechtsnorm juristische Person definiert oder an die sachenrechtliche Regelung Verhaltenskonsequenzen knüpft. Die *Bindungswirkungen* einer Norm können je nach Funktion, Struktur, Programmierungsgehalt und Kontrolldichte sehr unterschiedlich sein (→ § 10 Rn 6). Funktionell enthalten die Normen zumeist Gebote, Verbote oder Erlaubnisse. Strukturell bestehen sie in der Regel aus einem Tatbestand und einer Rechtsfolge. In ihrem Gehalt lassen sich offene (auf Konkretisierung angelegte) und strikte Programmierungen unterscheiden.²⁹ In der Rechtstheorie wird dies mit der Entgegensetzung von Prinzip und Regel zum Ausdruck gebracht.³⁰ Rechtsprinzipien werden als Finalprogramme oder Optimierungsgebote bezeichnet, die im Gegensatz zur Regel nicht definitiven Charakter haben. Klassisches Beispiel für eine Regel ist ein konditional gefasster Rechtssatz (Wenn ..., dann ...). Stellt man auf die Kontrolldichte ab, dh darauf, in welchem Ausmaße das Verhalten der angesprochenen Normadressaten einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt, lässt sich jedenfalls im Hinblick auf die Normen des Verwaltungsrechts zwischen Normen mit oder ohne *Gestaltungsspielraum* differenzieren. Die Gestaltungsspielräume können die Tatbestandsseite (Beurteilungsspielraum), die Rechtsfolgenseite (Ermessensspielraum) oder beide Seiten (Kopplungsvorschriften) betreffen. Im Einzelnen gibt es zahlreiche Überlappungen. Näher dazu → § 10 Rn 10 ff.

5. Allgemeine Rechtsgrundsätze und ihre Wirkungsweise

- 9 Der Begriff der allgemeinen Rechtsgrundsätze wird zwar vielfältig verwendet, aber selten näher erläutert.³¹ Unter allgemeinen Rechtsgrundsätzen sollen hier *fundamentale Rechtsnormen* verstanden werden, die nicht nur für ein eng umgrenztes Rechtsgebiet gelten, sondern generelle Bedeutung haben. Vielfach wird davon ausgegangen, dass allgemeine Rechtsgrundsätze in ihrer hohen Abstraktion und ihrer Allgemeinheit nur Wegweiser, nicht unmittelbar anwendbare Normen sind. Sie bedürften im Prozess der Rechtsanwendung noch der Konkretisierung im Angesicht des jeweils zu ordnenden Sach- und Lebensbereichs.³² Doch trifft dies auf viele Normen zu, deren unmittelbare Anwendbarkeit gleichwohl nicht in Frage gestellt wird. Keineswegs braucht es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen um Prinzipien, im Gegensatz zu Regeln (Rn 8), zu handeln. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind sowohl im Völkerrecht (Rn 25) als auch im Gemeinschaftsrecht (Rn 29 f) und in der nationalen Rechtsordnung anerkannt.³³ Im Verwaltungsrecht haben sie früher eine noch größere Rolle als heute gespielt, weil das Verwaltungsverfahren (von Schleswig-Holstein abgesehen) erst im Jahre 1977 in den Verwaltungsver-

²⁹ Vgl zur normativen Offenheit a *Höfling* Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, 93 ff.

³⁰ Grundlegend *Dworkin* Bürgerrechte ernst genommen, 1984, 54 ff; *Koch/Rüßmann* Juristische Begründungslehre, 1982, 97 ff; vgl a *Alexy* Theorie der Grundrechte, 3. Aufl 1996, 71 ff; krit *Enderlein* Abwägung in Recht und Moral, 1992, 80 ff.

³¹ Vgl a *Ossenbühl* in: FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 289, der eine babylonische Sprachverwirrung feststellt.

³² So etwa *Ossenbühl* (Fn 31) 291 im Anschluss an *Esser* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl 1990, 95. Ähnlich *Wolff/Bachof/Stober* VwR I § 25 Rn 6.

³³ Vgl zum nationalen Recht statt vieler *Ossenbühl* VoraufI, § 6 Rn 84 ff.

fahrgesetzen, im SGB X und in der Abgabenordnung näher kodifiziert worden ist und man vorher zB die Maßstäbe, die für die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten gelten, zumeist allgemeinen Rechtsgrundsätzen entnommen hat.³⁴

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze stellen *keine eigene Kategorie* von Rechtsnormen oder Rechtsquellen dar.³⁵ Vielmehr wurzeln sie in den Rechtsnormen der unterschiedlichen Stufen, auf nationaler Ebene zB im Verfassungsrecht, einfachen Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht oder ggf auch dem Richterrecht. Für eine Ableitung unmittelbar aus überpositiven Gerechtigkeitsvorstellungen³⁶ wäre nur Raum, wenn man ein Naturrecht anerkennt (Rn 5). Es ist auch nicht anzunehmen, dass die Bestimmung des Art 20 III GG (Gesetz und Recht) das überpositive Recht in die Verfassungsrechtsordnung inkorporieren will.³⁷ **10**

Die Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze bereitet dann keine Schwierigkeiten, wenn diese ausdrücklich und abschließend normiert worden sind. Ob es sinnvoll ist, in solchen Fällen von allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu sprechen, dürfte primär eine Frage der terminologischen Verständigung sein. Doch lässt sich durch den Sprachgebrauch die Ausstrahlungswirkung sowie der generelle (konkretisierungsbedürftige) Charakter zum Ausdruck bringen. Fehlt es an Normierungen der genannten Art, heißt dies noch nicht, dass es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen um ungeschriebene Rechtsnormen handelt. Vielmehr können sie *mitgeschriebene Teilelemente* abstrakt gehaltener Rechtssätze sein, die diesen im Wege der Auslegung zu entnehmen sind. So lassen sich die wichtigsten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art 28 I 1 GG) und den Grundrechten ableiten. Dies trifft insbesondere auf den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes (Rn 38), das Bestimmtheitsgebot³⁸, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit³⁹ und Rechtssicherheit⁴⁰, den Schutz des Vertrauens⁴¹, das Rückwirkungsverbot⁴², den Folgenbeseitigungsanspruch⁴³ oder die Haftung für enteignungsgleiche oder enteignende Eingriffe⁴⁴ (→ § 44 Rn 62 ff) zu. **11**

Problematischer stellt sich die Rechtslage dar, wenn es zwar Normen gibt, diese aber nur eine partielle Regelung treffen. Dies gilt zumeist dann, wenn Regelungen des Privatrechts in das öffentliche Recht übertragen werden sollen. Es ist allgemein anerkannt, dass der in § 242 BGB positivierter Grundsatz von Treu und Glauben auch im öffentlichen Recht gilt⁴⁵ (und beispielsweise zu einer Verwirkung führen kann⁴⁶). Dies lässt **12**

³⁴ Ob es dessen bedurfte, ist zweifelhaft, weil es um die Zuordnung von verfassungsrechtlichen Prinzipien (nämlich dem Gesetzmäßigkeitsprinzip einerseits und dem Vertrauensschutzgrundsatz andererseits) geht.

³⁵ Ebenso Maurer Allg VwR § 4 Rn 29; Ruffert (Fn 5) § 17 Rn 97.

³⁶ Vgl dazu Maurer Allg VwR § 4 Rn 33.

³⁷ Vgl aber a Schulze-Fielitz (Fn 14) Art 20 Rn 85.

³⁸ BVerfGE 49, 168, 181; 59, 104, 114; 62, 169, 183; 80, 103, 107 f.

³⁹ Vgl etwa einerseits BVerfGE 61, 126, 134, andererseits BVerfGE 81, 310, 338. Näher dazu Schlink in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd II, 2001, 445, 447.

⁴⁰ BVerfGE 13, 261, 271; 60, 253, 267.

⁴¹ BVerfGE 13, 261, 271; 30, 392, 403 f; 50, 244, 250; 59, 128, 165 ff; 63, 215, 223 f.

⁴² BVerfGE 63, 343, 356 f; 72, 200, 242 ff.

⁴³ Schoch VerwArch 79 (1988) 1.

⁴⁴ Ehlers VVDStRL 51 (1992) 211, 243, 246.

⁴⁵ Heinrichs in: Palandt, BGB, 64. Aufl 2005, § 242 Rn 17; OVG NRW GewArch 2003, 331 → JK GG Art 12 I/69; BVerwG DVBl 2003, 1550 → JK VwVfG § 59 II/1; OVG NRW NWVBl 2000, 128 → JK Allg VerwR, Verwirkung/2.

⁴⁶ Vgl Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb § 40 Rn 103 ff.

sich entweder mit einer analogen Anwendung der Norm im öffentlichen Recht oder damit erklären, dass § 242 BGB Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens (Rechtsgrundsatzes) ist, der als solcher auch im öffentlichen Recht unmittelbare Geltung hat. *Analogien* und *allgemeine Rechtsgrundsätze* liegen eng beieinander. Zwar schließt man im Wege der Analogie vom Besonderen auf ein Besonderes, die Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes dagegen vom Besonderen auf das Allgemeine.⁴⁷ Doch kommt auch eine Analogie nur in Betracht, wenn sich die ratio legis verallgemeinern lässt, dh sich der spezielle, anzuwendende Rechtssatz wenigstens insoweit auf einen allgemeinen Rechtssatz zurückführen lässt, als er zumindest auf einen weiteren, unregelmäßig Sachverhalt übertragbar ist.⁴⁸ Ein Unterschied bleibt aber insofern bestehen, als Analogien nur im jeweiligen Hoheitsbereich als zulässig angesehen werden können: anders ausgedrückt, die Schließung der Lücke der Kompetenz des Gesetzgebers zugänglich sein muss, der die analog anzuwendende Vorschrift erlassen hat.⁴⁹ Dies schließt die analoge Anwendung einer Landesbestimmung im Bundesrecht oder in einem anderen Landesrecht aus, nicht dagegen die Anwendung von Bundesrecht in einem Land (sofern der Bundesgesetzgeber befugt gewesen wäre, die Lücke zu schließen). Dagegen gelten allgemeine Grundsätze unabhängig davon, in welcher Rechtsordnung sie ihren positiven Niederschlag gefunden haben, sofern der Nachweis erbracht wird, dass sie in der anzuwendenden Rechtsordnung anerkannt werden sollen. Eine Bezugnahme des öffentlichen Rechts auf das BGB dient dann nur der inhaltlichen Verdeutlichung des ohnehin im öffentlichen Recht geltenden Rechtsgrundsatzes.⁵⁰ Ungeachtet des methodischen Vorgehens müssen in jedem Falle Vorrang und Vorbehalt des (Parlaments-) Gesetzes (Rn 38) beachtet werden. Der Vorrang schließt nicht aus, privatrechtliche Vorschriften in das öffentliche Recht zu übertragen⁵¹ oder umgekehrt öffentlich-rechtliche Bestimmungen auf die privatrechtlich tätig werdende Verwaltung zu erstrecken (→ § 3 Rn 81 ff). Doch muss dies stets mit der Interessenlage und den getroffenen Regelungen vereinbar sein. So ist etwa für die Heranziehung der §§ 119 ff BGB im öffentlichen Recht insoweit kein Raum, als die §§ 48, 49 VwVfG Spezialregelungen für die Beseitigung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen enthalten. Auch würde zB die Zulassung einer Anfechtung des gemeindlichen Einvernehmens iSd § 36 II BauGB nach Maßgabe des § 119 BGB die Fristbestimmung des § 36 II 2 BauGB konterkarieren.⁵² Die analoge Anwendung privatrechtlicher Vorschriften im öffentlichen Recht führt zumeist nur zu einer Rechtsfolgenverweisung, nicht zur Rechtsgrundverweisung.⁵³ Einer Lückenfüllung zu Lasten des Einzelnen steht zumeist der Vorbehalt des Gesetzes entgegen. Anders als im Strafrecht (Art 103 II GG) lässt sich ein generelles Analogieverbot oder ein generelles Verbot der Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze in solchen Fällen aber nicht nachweisen (→ § 3 Rn 8). Um dem Gesetzesvorbehalt zu genügen, neigt die Rechtsprechung – um auf der sicheren Seite zu stehen – dazu, sich auf Gewohnheitsrecht (oder ggf Richterrecht) zu stützen. So stünde die Nichtübertragbarkeit

⁴⁷ *Canaris* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl 1983, 98; *De Wall* Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, 69 f.

⁴⁸ Vgl a *Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl 1991, 384; *Esser* (Fn 32) 283; *De Wall* (Fn 47) 70.

⁴⁹ S *Weyreuther* DÖV 1989 321, 326 m Fn 123.

⁵⁰ *Maurer* Allg VwR § 3 Rn 30.

⁵¹ Ausf dazu *De Wall* (Fn 47) 53 ff.

⁵² Vgl OVG Schleswig NVwZ-RR 2002, 821 → JK BauGB § 36/5.

⁵³ *Maurer* Allg VwR § 3 Rn 31.

des § 818 III BGB in das öffentliche Recht (→ § 34 Rn 27) einer analogen Anwendung des § 812 BGB an sich nicht entgegen. Doch geht das BVerwG davon aus, dass der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ein eigenständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage darstellt⁵⁴ (→ § 34 Rn 24). Die Berufung auf Gewohnheitsrecht respektive Richterrecht liegt um so näher, als sich im Falle einer gefestigten Rechtsprechung sowohl eine andauernde Übung als auch eine *opinio iuris* feststellen lässt (näher dazu Rn 57 f), so dass es des Rekurses auf Analogieschlüsse oder der Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze – anders als bei der Herausbildung nicht geschriebener Rechtsnormen – nicht bedarf.

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

13

6. Rechtsauslegung, Rechtskonkretisierung und Rechtsanwendung

Recht zielt auf Wirksamkeit ab.⁵⁵ Um rechtmäßige Verwaltungsentscheidungen herbeiführen zu können, lässt sich vereinfachend zwischen Rechtsauslegung, -konkretisierung und -anwendung unterscheiden. Der *Rechtsauslegung* geht es darum, den Sinngehalt aus sich heraus nicht eindeutiger Normen – genauer: das Normprogramm – herauszuarbeiten. Dies mag man als teleologische Auslegung bezeichnen. Doch ist die Ermittlung des *telos* einer Norm das Ziel jeder Auslegung, besagt aber noch nicht, mit welchen Mitteln (Methoden) der Normzweck erkannt werden kann. Im Großen und Ganzen bedient man sich dazu auch heute noch der von F. C. v. Savigny beschriebenen Interpretationsmethoden: nämlich der grammatischen, logischen, historischen und systematischen Auslegung.⁵⁶ Ausgangspunkt und Grenze jeder Auslegung ist der Wortlaut einer Norm. Die logische Methode (nach Savigny: „Gliederung des Gedankens, also auch das logische Verhältnis, in welchem die einzelnen Teile desselben zueinander stehen“) spielt heute eine eher geringe Rolle. Bei der historischen Auslegung⁵⁷ kommt es nach Ansicht des BVerfG nicht entscheidend auf die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder für die Bedeutung einer Norm an. Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung sei vielmehr der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers.⁵⁸ Besondere Bedeutung kommt der systematischen Auslegung zu, die besagt, dass eine Norm nicht isoliert, allein aus sich heraus, sondern aus dem Gesamtzusammenhang des

14

⁵⁴ Grundlegend BVerwGE 71, 85, 87 ff. Dagegen gibt es kein Gewohnheitsrecht des Inhalts, das öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche der Verwaltung durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden dürfen (→ § 34 Rn 31). Zur Befugnis einer Aufrechnung im öffentlichen Recht durch Verwaltungsbehörden vgl. Ehlers JuS 1990, 777.

⁵⁵ Schmidt-Aßmann Ordnungsidee, 2. Kap Rn 20 ff.

⁵⁶ Savigny System des heutigen römischen Rechts, 1840, Bd I, 213; Bd III, 244.

⁵⁷ Vielfach wird weiter zwischen der historischen Auslegung, die den Inhalt der Norm aus dem entstehungsgeschichtlichen Zusammenhang zu erschließen sucht, und der genetischen Auslegung, die auf die Entstehungsgeschichte der Norm abstellt, unterschieden. Vgl zB Ossenbühl in: Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd I, 2004, § 15 Rn 7.

⁵⁸ Vgl etwa BVerfGE 1, 299, 312; 105, 135, 157.

Gesetzes und weiterer Normenkomplexe in Konformität mit dem höherrangigen Recht ausgelegt werden muss.⁵⁹ Kollidieren oder konkurrieren mehrere Regelungen gleicher Normstufe, ist nach dem Gebot praktischer Konkordanz nach Möglichkeit ein schonender Ausgleich herzustellen.⁶⁰ Sieht man von dem Fall eindeutigen Wortlauts ab, haben die Interpretationsmethoden gleichen Rang und wirken zusammen.

- 15** Von *Rechtskonkretisierung* wird hier gesprochen, wenn der Programmgehalt einer Norm so unvollständig ist, dass er zunächst der rechtsschöpferischen Auffüllung oder Ergänzung bedarf: etwa weil die Norm lückenhaft ist, nur eine vage finale Programmierung enthält (Rn 8) oder überhaupt keine spezielle Handlungsanweisung vorsieht (→ § 1 Rn 51). Bei der *Rechtsanwendung* geht es zum einen um die Tatsachenfeststellung (Sachverhaltsermittlung), zum anderen um die Subsumtion (Feststellung der Beziehung zwischen Rechtsnorm und Sachverhalt). Dem schließt sich der Ausspruch einer Rechtsfolge an.
- 16** Rechtsauslegung, -konkretisierung und -anwendung lassen sich oftmals *nicht eindeutig* auseinander halten. So wird vielfach die Ermittlung des Sachverhalts der Rechtsauslegung vorausgehen. Auch kann bei einer Auslegung der Normbereich, dh der vom Normprogramm als rechtserheblich in Bezug genommene Sach- und Lebensbereich⁶¹, nicht außer Betracht bleiben. Methodisch wird von der Notwendigkeit eines Hin- und Herwanderns des Blickes zwischen Norm und Sachverhalt gesprochen.⁶² Änderungen des Sach- und Lebensbereiches können Rückwirkungen auf das Normprogramm haben und sogar zu einem Bedeutungswandel der Norm führen. Ferner enthält fast jede Rechtsauslegung ein schöpferisches Moment, was es schwer macht, Auslegung und Konkretisierung voneinander zu trennen.
- 17** Die hier geschilderten Merkmale der Rechtsanwendung, -konkretisierung und -anwendung enthalten vereinfachend nur die Kernelemente. In Wahrheit läuft der Prozess der „Rechtsgewinnung“ vielfach *komplexer* ab. Für das Verwaltungsrecht kommt es vor allem darauf an, die gerade für die Verwaltung bedeutsamen zusätzlichen Bestimmungsfaktoren der Rechtsauslegung, -konkretisierung und -anwendung auszuarbeiten.⁶³ Als solche Faktoren dürften etwa die Einbeziehung der Bürger, das prozedurale Vorgehen namentlich bei komplexen Entscheidungssituationen, die Verfeinerung der Sachverhaltsermittlung, die Folgenanalyse und Folgenbewertung sowie das Streben nach Ressourcenschonung (Effizienz), Akzeptanz und Implementierbarkeit anzusehen sein.

II. Arten der Rechtsnormen

- 18** Rechtsnormen lassen sich vor allem nach dem *Normgeber*, ihrem *Geltungsbereich* sowie ihrem *Rang* unterscheiden. Die Normgebung obliegt im Wesentlichen den Staaten respektive den für sie tätig werdenden Organen (Parlamenten, Regierungen, Verwaltungen) oder Rechtsträgern (zB Selbstverwaltungsträgern). Doch können auch von dem

⁵⁹ In Bezug auf das Grundgesetz spricht das BVerfG davon, dass die Einheit der Verfassung „vornehmstes Interpretationsprinzip“ ist. Vgl BVerfGE 19, 206, 220; 44, 37, 49 f.

⁶⁰ Näher dazu *Hesse* VerFR, Rn 72.

⁶¹ Vgl *F. Müller* Juristische Methodik, 7. Aufl 1997, 168 ff.

⁶² Vgl *Engisch* Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl 1963, 15; *Larenz/Canaris* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl 1991, 278 ff; *Röhl* (Fn 20) 496.

⁶³ Vgl statt vieler *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004.

Staat abgeleitete internationale (Rn 23) oder supranationale (Rn 32) Organisationen sowie nach Maßgabe des staatlichen Rechts das Volk (Rn 36) oder sogar Private (Rn 69) Recht setzen. Nach ihrem Geltungsbereich lässt sich zwischen den Normen des internationalen Rechts (Völkerrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht) und des nationalen Rechts (innerhalb dieser Bereiche zwischen Außen- und Innenrecht) differenzieren. Der Rang einer Norm sagt etwas darüber aus, welche Wertigkeit einer Norm im Falle von Normkonflikten zukommen soll (Rn 90) und ob die Norm auf einer originären oder abgeleiteten Rechtssetzungsmacht beruht. Weiter lassen sich Normen etwa danach einteilen, wie sie erzeugt werden, ob sie dem positiven oder ungeschriebenen Recht angehören, welche Wirkungen sie entfalten und ob sie fehlerhaft (Rn 110 ff) sowie einer gerichtlichen Kontrolle (Rn 124 ff) zugänglich sein können. Im Folgenden sollen nur die *charakteristischen Merkmale* der wesentlichen Normen des internationalen und des nationalen Rechts herausgearbeitet werden, soweit sie für die Verwaltung Bedeutung haben. Nicht abschließend eingegangen werden kann auf die Frage, ob es einen Numerus clausus von Rechtsnormen gibt.⁶⁴ Im Völkerrecht wird dies zumeist abgelehnt.⁶⁵ Auch das Europäische Gemeinschaftsrecht kennt zahlreiche so genannte ungekennzeichnete Rechtsakte (→ § 4 Rn 24). Im nationalen Rechtskreis existiert vor allem im Sozialversicherungsrecht ein „Gewirr“ aus Normenverträgen, Bedarfsplänen, Richtlinien, Grundsatzentscheidungen, Bewertungs- und Honorarverteilungsmaßstäben, die sich dem herkömmlichen Schema der untergesetzlichen Rechtsquellen nur schwer zuordnen lassen.⁶⁶ Auch kann etwa die Einfügung von Plänen (zB von Entwicklungsplänen⁶⁷) und Geschäftsordnungen (Rn 62) in die Formentypologie Probleme bereiten. Auch in der nationalen Rechtsordnung ist die Anerkennung eigenständiger Regelungstypen nicht völlig ausgeschlossen, aber am Maßstab des höherrangigen Rechts (vor allem des Verfassungsrechts) rechtfertigungsbedürftig.

1. Normen des internationalen Rechts

Bei den Normen des internationalen Rechts handelt es sich um solche des *Völkerrechts*. 19
Besonderen Charakter hat das – nach der hier vertretenen Ansicht auf Völkerrecht beruhende (Rn 81) – Recht der Europäischen Gemeinschaft, auf das wegen der außerordentlichen Bedeutung gesondert eingegangen wird (Rn 26 ff).

a) *Völkerrecht*. Unter Völkerrecht ist die Summe der Rechtsnormen zu verstehen, 20
welche die Beziehung der Völkerrechtssubjekte untereinander regeln.⁶⁸ Zu den Völkerrechtssubjekten zählen in erster Linie die Staaten, ferner die internationalen Organisationen, welche – die Anzahl der Staaten bei weitem übertreffend – als abgeleitete Völ-

⁶⁴ Vgl. Kaltenborn *Rechtstheorie* 34 (2003) 459 ff.

⁶⁵ Vgl. Verdross/Simmer *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 518; Kadelbach *Zwingendes Völkerrecht*, 1992, 146; Dahm/Delbrück/Wolfrum *Völkerrecht*, Bd I/1 2. Aufl. 1989, 44; s. a. Heintschel v. Heinegg in: Ipsen (Fn 6) *Einleitung* vor § 9, Rn 3.

⁶⁶ Kaltenborn *Rechtstheorie* 34 (2003), 459, 479. Näher dazu Epsen in: Schulin (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts*, Bd I, 1994, § 7; Axer in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 2. Aufl. 2006, § 10; ders. *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, 1999, 52 ff; zu den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses *Kingreen* NJW 2006, 877, 878. Vgl. a. im Wirtschaftsrecht die Festlegungen der Bundesnetzagentur gem § 21 a I EnWG (hierzu Britz RdE 2006, 1 ff) bzw § 29 I EnWG.

⁶⁷ Erichsen *Kommunalrecht*, 2. Aufl. 1997, 391.

⁶⁸ Schweitzer *StR* III, Rn 7; Vitzthum in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, 1. Abschn Rn 32; Herdegen in: Maunz/Dürig, GG, Art 25 Rn 14.