

STEFFEN LAMPERT

Investitionsschutz im Zulassungsrecht

Jus Publicum

280

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 280



Steffen Lampert

Investitionsschutz im Zulassungsrecht

Mohr Siebeck

Steffen Lampert, geb. 1979; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes 2000–2004; 2007–2009 Referendariat beim Pfälzischen Oberlandesgericht Zweibrücken; 2009 2. Staatsexamen und Promotion zum Dr. iur. an der Universität des Saarlandes; 2009–2011 wiss. Mitarbeiter an der Universität des Saarlandes am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rudolf Wendt; 2011–2015 Juniorprofessor für Öffentliches Recht und Internationales Steuerrecht an der Universität Osnabrück; dort 2015–2017 Vertretung einer Professur; seit August 2017 Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Universität Osnabrück.

ISBN 978-3-16-154334-0 / eISBN 978-3-16-156291-4

DOI 10.1628/978-3-16-156291-4

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

„Die immer stärker werdende Abhängigkeit des einzelnen von dem Bestand begünstigender Verwaltungsakte kommt auch in einer Steigerung des Rechtsschutzbedürfnisses zum Ausdruck, dem sich ein rechtsstaatliches, auf den Individualschutz angelegtes Verwaltungsrecht nicht entziehen kann.“

Begründung des Regierungsentwurfs zu § 49 Abs. 2 VwVfG
(BT-Drs. 7/910, S. 72)

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Sommersemester 2015 vom Fachbereich Rechtswissenschaften an der Universität Osnabrück als Habilitationsschrift angenommen. Sie wurde in der Folge punktuell ergänzt und zuletzt im Sommer 2018 aktualisiert. Ausgezeichnet wurde sie mit dem Habilitationspreis der Osnabrücker Wissenschaftlichen Gesellschaft und dem Wissenschaftspreis der Juristischen Gesellschaft Osnabrück-Emsland.

Danken möchte ich zuvörderst Prof. Dr. Heike Jochum für die umsichtige Betreuung meines Habilitationsvorhabens und bis heute fortwirkende Denkanstöße im Bereich der Systembildung. Dank gebührt daneben Herrn Prof. Dr. Oliver Dörr für die Erstellung des Zweitgutachtens und manche wertvolle Anregung. Zum Kreis derer, denen ich auf diesem Wege meinen Dank aussprechen möchte, zählen überdies all diejenigen, die es mir auf vielfältige Weise ermöglicht haben, parallel zur Tätigkeit als Juniorprofessor die Zeit zu finden, der es für die Anfertigung der Habilitationsschrift bedurfte. Zu nennen sind insbesondere die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Instituts für Finanz- und Steuerrecht, von denen ich pars pro toto Frau Franka Winkler, Dr. Johannes Grave, Dr. Till Meickmann, Dr. Maria Marquardsen, Herrn Max Markert und Herrn Marcel Pohlmann nennen möchte. Nicht weniger danke ich den studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für wertvolle Hilfe bei der Durchsicht der Arbeit.

Da mit der Habilitation die akademischen Lehrjahre zu Ende gegangen sind, ist es mir ein besonderes Anliegen, Prof. Dr. Rudolf Wendt zu danken für die prägenden Jahre an der Universität in Saarbrücken, die letztlich den Anstoß dazu gaben, die Laufbahn als Hochschullehrer einzuschlagen. Dass dieser Weg entbehrungsreich und mit vielen Unsicherheiten verbunden ist, hat meine Frau Nadja stets in bewundernswerter Weise hingenommen und mich unter Hintanstellung eigener Ziele immer uneingeschränkt unterstützt. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Osnabrück, im Sommer 2018

Steffen Lampert

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI

1. Teil

Einleitung

<i>1. Kapitel:</i> Die Begründung des Erkenntnisinteresses	3
<i>2. Kapitel:</i> Systembildung als Methode der Erkenntnisgewinnung ...	28
<i>3. Kapitel:</i> Folgerungen für den Prüfungsaufbau und Gang der Untersuchung	40

2. Teil

Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grundwertungen des Investitionsschutzes – die „Normallage“

<i>1. Kapitel:</i> Investitionsschutz durch „Wirtschaftsgrundrechte“	51
<i>2. Kapitel:</i> Investitionsschutz im einfachen Recht	120
<i>3. Kapitel:</i> Ergebnis zum zweiten Teil und Ausblick auf den Fortgang der Untersuchung	144

3. Teil

Das zulassungsrechtliche Standardmodell – Scharnier zwischen Normallage und Fachrecht

- 1. Kapitel:* Die Entwicklung der Widerrufsdogmatik bis zum
Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes 151
- 2. Kapitel:* Das Recht der Aufhebung von Verwaltungsakten
im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes 188

4. Teil

Risikoverteilung im Fachrecht: Zu den Abweichungen von Normallage und Standardmodell und ihrer Rechtfertigung

- 1. Kapitel:* Auswahl der Referenzgebiete 289
- 2. Kapitel:* „Einfache“ präventive Verbote (1. Gruppe) 305
- 3. Kapitel:* Qualifizierter Rechtsgüterschutz – „repressive“ Verbote
(2. Gruppe) 359
- 4. Kapitel:* Staatliches Wahrnehmungsinteresse (3. Gruppe) 397
- 5. Kapitel:* Ergebnis zum vierten Teil 436

5. Teil

Ordnung der Erkenntnisse zur Ausgestaltung des Fachrechts

- 1. Kapitel:* Isolierte und kumulative Wirkung der
Regelungsinstrumente 441
- 2. Kapitel:* Die Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen
bei der Ermessensausübung 466

6. Teil

Anforderungen an ein systemgerechtes Zulassungsrecht – zugleich eine kritische Würdigung des Fachrechts

1. Kapitel: Gefahrenvorsorge und -abwehr (Prävention)	483
2. Kapitel: Bedürfnis nach qualifiziertem Rechtsgüterschutz (repressive Verbote)	505
3. Kapitel: Schutz des öffentlichen Interesses am Gebrauch der Zulassung	509
4. Kapitel: Förderung des Wettbewerbs/Konkurrentenschutz	515

7. Teil

Zusammenfassung der Erkenntnisse in Leitsätzen

1. Kapitel: Leitsätze zum ersten Teil: Grundbegriffe, Erkenntnisinteresse und Untersuchungsansatz	521
2. Kapitel: Leitsätze zum zweiten Teil: Grundwertungen des Investitionsschutzes – die „Normallage“	523
3. Kapitel: Leitsätze zum dritten Teil: Das Standardmodell der §§ 48–50 VwVfG	525
4. Kapitel: Leitsätze zum vierten Teil: Risikoverteilung im Fachrecht	528
5. Kapitel: Leitsätze zum fünften Teil: Ordnung der Erkenntnisse zur Ausgestaltung des Fachrechts	532
6. Kapitel: Leitsätze zum sechsten Teil: Anforderungen an ein systemgerechtes Zulassungsrecht	535
Literaturverzeichnis	539
Register	553

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX

1. Teil

Einleitung

<i>1. Kapitel: Die Begründung des Erkenntnisinteresses</i>	3
I. Der Schutz des Unternehmers im Zulassungsrecht	3
1. Das Zulassungsrecht als Untersuchungsgegenstand – Begriffsbestimmungen und Wegpunkte seiner Entwicklung	3
2. Investitionsschutz im Zulassungsrecht der Gegenwart	11
a) Der Investitionsbegriff	12
aa) Betriebswirtschaftliches Verständnis	12
bb) „Investition“ als Rechtsbegriff	13
cc) Berücksichtigung finanzwirtschaftlicher Zielsetzungen	14
b) Die Zukunftsgerichtetheit als prägendes Merkmal der Investition	14
aa) Amortisationsdauer	15
bb) Nutzungsdauer	15
c) Begriff und Formen des Investitionsschutzes	17
d) Grundstrukturen der Verwirklichung des Investitionsschutzes im Zulassungsrecht	18
aa) Heterogene Ausgestaltung des Fachrechts – Homogenität der Regelungsinstrumente	18
bb) Die materiell-rechtliche Ausgestaltung der Rechtsposition des Zulassungsinhabers	20
(1) Überwiegende Delegierung der Abwägungsentscheidung an die Verwaltung	20
(2) Vertrauensbasierter Vermögensschutz	23
cc) Drei Thesen zur Verwirklichung des Investitionsschutzes im status quo	24
II. Erkenntnisinteresse	25

2. Kapitel: Systembildung als Methode der Erkenntnisgewinnung	28
I. Aufgaben der Systembildung	28
II. Ordnung und Einheit als prägende Elemente des Systembegriffs	30
III. Systembildung im Zulassungsrecht	32
1. Das Zulassungsrecht als tauglicher Untersuchungsgegenstand	32
2. Methodische Ansätze der Systembildung	33
a) Vorüberlegungen	33
b) Deduktive Systembildung: Die „Normallage“ als Ausgangspunkt der Systembildung	33
c) Induktive Systembildung	38
3. Kapitel: Folgerungen für den Prüfungsaufbau und Gang der Untersuchung	40
I. Folgerungen für den Prüfungsaufbau	40
1. Von der Normallage zu komplexen Abwägungsentscheidungen . . .	40
2. Zur Bedeutung höherrangigen Rechts für die Untersuchung	41
a) Verfassungsrecht	41
b) Unionsrecht	44
3. Regelungen der Rechtsbeziehungen zu Dritten	45
II. Gang der Untersuchung	46

2. Teil

Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grundwertungen des Investitionsschutzes – die „Normallage“

1. Kapitel: Investitionsschutz durch „Wirtschaftsgrundrechte“	51
I. Einordnung in den Gang der Untersuchung	51
II. Investitionsschutz durch Grundrechte: Das Spannungsverhältnis zwischen Berufs- und Eigentumsfreiheit	51
III. Eigentumsschutz als objektbezogener Grundrechtsschutz	58
1. Eckpunkte der modernen Eigentumsdogmatik	58
a) Der Eigentumsbegriff: Verhältnis von Verfassung und Gesetz als Grundproblem	58
b) Die Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums	60

aa)	Grundzüge der inneren Systematik des Art. 14 GG	60
bb)	Die Gleichrangigkeit von Privatrecht und öffentlichem Recht für die Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums ...	61
cc)	Die Abgrenzung von Inhalts- und Schrankenbestimmung	63
dd)	Materielle Grenzen der Ausgestaltungsbefugnis	66
ee)	Zeitliche Grenzen der Ausgestaltung: Zur Neuregelung „alter Rechte“	69
c)	Entschädigungsansprüche	70
aa)	Allgemeiner Aufopferungsanspruch	71
bb)	Enteignungsentschädigung (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG) als Sonderform des Aufopferungsanspruchs	72
cc)	Enteignender und enteignungsgleicher Eingriff	73
dd)	Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung	76
2.	Der Schutz des Unternehmens in seiner ökonomischen Funktion	78
a)	Vorbemerkungen	78
aa)	Problemaufriss am Beispiel des Zweckfortfalls	78
bb)	Eigentumsrechtliche Wirkrichtungen	79
b)	Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	81
aa)	Zivilrechtliche Grundlagen	81
bb)	Eigentumsrechtliche Bedeutung	83
	(1) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	83
	(2) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	86
	(3) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	88
	(4) Würdigung der Rechtsprechung – Kritik des Schrifttums ...	88
3.	Eigentumsschutz und Vertrauensschutz	90
a)	Zum Verhältnis von Eigentums- und Vertrauensschutz	90
b)	Anlagenbezogener Bestandsschutz unter besonderer Berücksichtigung des baurechtlichen Bestandsschutzes	92
aa)	Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	92
	(1) Die Entscheidung vom 28. Juni 1956 als Keimzelle des passiven eigentumsrechtlichen Bestandsschutzes	93
	(2) Fortentwicklung der Rechtsprechung und Rezeption im Schrifttum	95
	(a) Funktionsbezogener Eigentumsschutz	95
	(b) Zwischenfazit: Bestandsschutz als qualifizierter Schutz des Eigentumsgebrauchs	98
	(c) Begründung und Reichweite des aktiven verfassungs- unmittelbaren Bestandsschutzes	99
bb)	Bestandsschutz und Änderung der Sachlage	103
cc)	Zusammenfassung: Bestandsschutz als Abwägungsentscheidung	104
c)	Ergebnis	106

IV. Berufsfreiheit	107
1. Typologie der Beschränkungen der Berufsfreiheit	107
a) Schutzbereich	107
b) Schrankensetzung und Herausarbeitung von Berufsbildern	108
c) Folgerungen für die Untersuchung	110
aa) Gewerberechtliche Berufszulassungsregeln	110
bb) Regelungen der Berufsausübung	111
2. Berufsfreiheit und Vertrauensschutz	112
V. Investitionsschutz durch „Wirtschaftsgrundrechte“ – Würdigung und Folgerungen für den Fortgang der Untersuchung ..	114
 2. Kapitel: Investitionsschutz im einfachen Recht	120
I. Vorbemerkung	120
II. Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht	121
1. Verhaltens- und Zustandsverantwortlichkeit	121
a) Verhaltensverantwortlichkeit	122
aa) Risikoverteilung durch Kausalitätstheorien	122
bb) Sonderfälle	125
(1) Zweckveranlasser	125
(2) Eintritt einer Gefahrenlage durch nachträgliche insbesondere räumliche Veränderungen (latente Verantwortlichkeit)	126
b) Zustandsverantwortlichkeit	128
aa) Strukturelle Abweichungen zur Verhaltensverantwortlichkeit ..	128
bb) Abgrenzung der Verantwortungssphären und Kostentragung – insbesondere zur „Altlastenentscheidung“ des Bundes- verfassungsgerichts	130
c) Zeitliche Dimension der Polizeipflichtigkeit	135
2. Kostentragung – zugleich Abgrenzung zur Notstands- verantwortlichkeit	136
3. Zusammenfassende Würdigung – Bedeutung für die weitere Untersuchung	138
III. Privatrechtliche Abwehr- und Ersatzansprüche	140
1. Ansprüche nach den §§ 1004, 906 BGB	140
2. Bezug zum Zulassungsrecht	142
 3. Kapitel: Ergebnis zum zweiten Teil und Ausblick auf den Fortgang der Untersuchung	144

3. Teil

Das zulassungsrechtliche Standardmodell – Scharnier zwischen Normallage und Fachrecht

<i>1. Kapitel:</i> Die Entwicklung der Widerrufsdogmatik bis zum Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes	151
I. Struktur und Inhalte einer Analyse der historischen Entwicklung der Widerrufsdogmatik	151
1. Vorüberlegungen zum Aufbau der Analyse	151
2. Die Bedeutung der Differenzierung nach der Rechtmäßigkeit in der modernen und traditionellen Widerrufsdogmatik	152
3. Die zeitliche Eingrenzung der Darstellung	155
II. Die historische Entwicklung der Widerrufsdogmatik bis zum Ende der Weimarer Republik	156
1. Das Dogma der „freien Widerruflichkeit“ und sein verblässerender Geltungsanspruch	156
2. Die Kodifikationen des Widerrufsrechts von 1926 und 1931 im Kontext der Entwicklung der Widerrufsdogmatik	160
a) Die wegbereitende Konzeption Otto Mayers	160
b) Die Bedeutung des subjektiven Rechts in der Lehre Walter Jellineks und im zeitgenössischen Schrifttum	163
c) Die thüringische Landesverwaltungsordnung von 1926	166
aa) Allgemeine Regelungskonzeption	166
bb) Die Aufhebung „einfacher“ Verfügungen	167
cc) Die privilegierte Behandlung von Erlaubnissen und ähnlichen Verfügungen	168
(1) Normbefund	168
(2) Schutzniveau	171
(3) Begründung der Privilegierung	172
d) Das preußische Polizeiverwaltungsgesetz von 1931	172
3. Leitlinien des Investitionsschutzes in der Widerrufslehre in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts – ein Fazit	174
a) Die Aufhebung von Zulassungen als Ausnahme	174
b) Aufhebungsgründe und Investitionsschutz	175
aa) Anfängliche Rechtswidrigkeit	175
bb) Nachträgliche Änderung der Sachlage	176
cc) Nachträgliche Änderung der Rechtslage – insbesondere zur Bedeutung des „Inswerksetzens“	176
dd) Vorbehalt des Widerrufs und Nichtvollziehung von Auflagen ...	180
III. Punktuelle Fortentwicklung der Widerrufsdogmatik bis zum Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes	180

1. Die Aufhebung rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte: Aufgabe des unbedingten Vorrangs der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	180
a) Abwägung im Einzelfall	180
b) Vertrauensschutz als maßgebliches Element des Individualschutzes ..	182
2. Die Aufhebung rechtmäßiger Verwaltungsakte: Punktueller Ergänzungen der historischen Widerrufslehre	186
 2. Kapitel: Das Recht der Aufhebung von Verwaltungsakten im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes	188
I. Vorbemerkungen	188
1. Fortgang der Untersuchung unter Anknüpfung an die zuvor gewonnenen Erkenntnisse	188
2. Zur rechtlichen Wirkung von Zulassungen	190
a) Feststellende, gestaltende und gestattende Wirkung	190
b) Abweichungsverbote – insbesondere zur Zulässigkeit nachträglicher Anordnungen und Untersagungen	192
II. Vertrauensschutz als Leitmotiv von Rücknahme und Widerruf?	198
1. Terminologische, rechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Grundlagen	198
a) Prägende Merkmale des Begriffs „Vertrauen“	198
b) Anknüpfungspunkt des Vertrauens im Zulassungsrecht	200
c) Verfassungsrechtliche Maßstäbe des Schutzes des Vertrauens in den Fortbestand administrativer Entscheidungen	202
2. Die Bedeutung des Vertrauensschutzes für Ausgestaltung und Anwendung des § 48 und des § 49 Abs. 2 VwVfG	205
a) Vertrauensschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten	206
aa) Historische Einordnung der Rücknahmebestimmungen	206
bb) Der Regelungsgehalt im Einzelnen	208
(1) Vermögensausgleich als Mittelweg	208
(2) Vertrauen und Schutzwürdigkeit als zentrale Tatbestands- voraussetzungen	209
(a) Rechtliche Anerkennung eines Vertrauens	210
(b) Schutzwürdigkeit	211
(3) Einordnung in die historische Rechtsentwicklung	213
cc) Der Rücknahmedualismus des § 48 Abs. 2 u. 3 VwVfG: Bestandsschutz als Ausnahme?	214
dd) Struktur, Rechtsnatur und Umfang des Ersatzanspruchs nach § 48 VwVfG	216
(1) Parallelität zu § 122 BGB	216
(2) Umfang des Ersatzanspruchs	217
(3) Rechtsnatur	219

b) Vertrauensschutz beim Widerruf von Verwaltungsakten	
nach § 49 VwVfG	221
aa) Zielsetzung und systematische Einordnung gegenüber	
§ 48 VwVfG	221
bb) § 49 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 u. 2 VwVfG	223
(1) Vorbemerkung zu den Nebenbestimmungen	223
(2) Nichtvollziehung von Auflagen (§ 49 Abs. 2 Satz 1	
Nr. 2 VwVfG)	224
(3) Vorbehalt des Widerrufs (§ 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1	
Alt. 2 VwVfG)	225
(4) Zulassung durch Rechtsvorschrift (§ 49 Abs. 2 Satz 1	
Nr. 1 Alt. 1 VwVfG)	226
cc) Bestandsschutz nach § 49 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 3 und 4 Alt. 1	
VwVfG	226
(1) Regelungsgehalt	226
(2) Einfacher Bestandsschutz	227
(3) Qualifizierter Bestandsschutz	230
dd) Der Widerruf nach § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 VwVfG	231
ee) Struktur, Rechtsnatur und Umfang des Ersatzanspruchs	
nach § 49 Abs. 6 VwVfG	233
(1) Einordnung in den Systemzusammenhang zu § 48	
Abs. 3 und § 49 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 3 u. 4 VwVfG	233
(2) Bezugspunkt schädlicher Kenntnis und schädlichen	
Handelns	234
(3) Umfang des Ersatzanspruchs – Ersatz des Vertrauens-	
schadens	235
(4) Rechtsnatur des Erstattungsanspruchs	237
c) Schlussfolgerungen: Vertrauensschutz als Leitmotiv des Individual-	
schutzes bei der Aufhebung von Zulassungen?	239
aa) Rücknahme	239
bb) Widerruf	240
d) Vertrauensschutz als Instrument der Risikoverteilung	245
III. Die Bedeutung von Eigentumsgarantie und Berufsfreiheit	
für Rücknahme und Widerruf	246
1. Vorbemerkung	246
2. Eigentumsgarantie	249
a) Arten der Einwirkung auf Eigentumspositionen	249
b) Die mittelbare Wirkung der Aufhebungsregelungen –	
dargestellt am Beispiel des öffentlichen Baurechts	250
aa) Anfängliche Rechtswidrigkeit	251
(1) Zulassungsfreie Tätigkeiten	251
(2) Zulassungspflichtige Tätigkeiten	251
bb) Nachträgliche Rechtswidrigkeit	252
(1) Änderung der Rechtslage	252
(a) Zulassungsfreie Tätigkeiten	252
(b) Zulassungspflichtige Tätigkeiten	253

(2) Änderung der Sachlage	254
(a) Zulassungsfreie Tätigkeiten	254
(b) Zulassungspflichtige Tätigkeiten	254
cc) Nichtvollziehung einer Auflage und Widerrufsvorbehalt	254
dd) Vermögensschutz	255
ee) Zusammenfassung	256
3. Berufsfreiheit	256
a) Eingriffsqualität und -intensität von Maßnahmen, die auf die Fortsetzung der Ausübung eines Gewerbebetriebs einwirken	257
aa) Zulassungsfreie Gewerbe	257
bb) Zulassungspflichtige Gewerbe	258
b) Vergleich des Schutzniveaus	259
aa) Anfängliche Rechtswidrigkeit	259
bb) Nachträgliche Rechtswidrigkeit	260
(1) Änderung der Sachlage	260
(2) Änderung der Rechtslage	260
4. Ergebnis	261
IV. Investitionsschutz bei nachträglicher Änderung der Sach- und Rechtslage: Zur Anwendbarkeit des § 48 VwVfG auf „rechtswidrig gewordene“ Verwaltungsakte	262
1. Problemlage	262
2. Lösungsansätze	263
a) Wortlaut und Systematik	263
b) Die Aufhebung von Dauerverwaltungsakten als Haupt- anwendungsfall des § 48 VwVfG	265
aa) Zum Begriff des Dauerverwaltungsakts	265
bb) Die Aufhebung im Rechtsbehelfsverfahren als Ausgangspunkt des dogmatischen Diskurses	266
cc) Die Aufhebung außerhalb des Rechtsbehelfsverfahrens	268
(1) Sach- und Geldleistungsverwaltungsakte	268
(2) Aufhebung sonstiger Verwaltungsakte	269
(a) Verwaltungsakte mit Misch- und Drittwirkung	269
(b) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Mai 2012	271
(c) Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Mannheim vom 24. September 2001	272
(d) Anwendung des § 48 Abs. 3 VwVfG auf die Aufhebung drittbelastender Verwaltungsakte?	273
(e) Zwischenergebnis	274
dd) Zur Qualifizierung von Zulassungen	275
V. Privatrechtsgestaltende Wirkung des Planfeststellungs- verfahrens – insbesondere zur Risikoverteilung bei nachträglichen Änderungen der Sachlage	278
1. Voraussetzungen und Umfang der privatrechtsgestaltenden Wirkung	278

2. Risikoverteilung bei Eintritt nachträglicher Änderungen der Sachlage	280
VI. Ergebnis zum zweiten Kapitel und Ausblick auf den Fortgang der Untersuchung	281
1. Zulassungsspezifischer Investitionsschutz auf Grundlage des Vertrauensschutzes	281
2. Vertrauensschutz als Instrument primär sphärenorientierter Risikoverteilung	283
3. Aufhebungshemmnisse als Ausdruck von Wertentscheidungen ..	285
4. Ausblick auf den weiteren Fortgang der Untersuchung	286

4. Teil

Risikoverteilung im Fachrecht: Zu den Abweichungen von Normallage und Standardmodell und ihrer Rechtfertigung

1. Kapitel: Auswahl der Referenzgebiete	289
I. Strukturbildende Bedeutung der Typenlehre	289
1. Die traditionelle Differenzierung zwischen Kontroll- erlaubnis und Ausnahmegewilligung	289
a) Kerninhalte beider Zulassungstypen	290
b) Inhalt und Grenzen der Differenzierung nach der „Sozialschädlichkeit“	292
aa) Die rechtliche Bedeutung der Differenzierung nach der „Sozialschädlichkeit“	292
bb) Der Begriff „Sozialschädlichkeit“	294
cc) Bindungen des Gesetzgebers bei der Wahl des Zulassungstyps ..	294
c) Ergebnis zur Abgrenzung beider Zulassungstypen – zugleich zur rechtlichen Einordnung des Wasserhaushaltsrechts	297
2. Weitere Differenzierungen im jüngeren Schrifttum	298
II. Folgerungen für die Auswahl der Referenzgebiete	299
2. Kapitel: „Einfache“ präventive Verbote (1. Gruppe)	305
I. Allgemeines Gewerberecht	305
1. Instrumente der Einwirkung auf die genehmigte Tätigkeit	305
a) Nachträgliche Auflagen	305
b) Rücknahme und Widerruf	306
c) Erlöschen von Erlaubnissen (§ 49 Abs. 2 GewO)	306

aa) Verhältnis zu den §§ 48, 49 VwVfG	306
bb) Die Gewichtung von Aufhebungs- und Bestandsinteresse	307
(1) Gewicht des Interesses an der Aufhebung der Genehmigung	307
(2) Bestandsinteresse	310
cc) Folgen für die Fristberechnung nach § 49 Abs. 3 GewO	311
d) Untersagung wegen überwiegender Nachteile und Gefahren (§ 51 Satz 1 GewO)	312
aa) Verhältnis zum allgemeinen Ordnungsrecht	313
bb) Verhältnis zum Zulassungsrecht	314
2. Würdigung der abweichenden Regelungen unter Beachtung der Risikoverteilung	315
II. Öffentliches Baurecht	315
III. Immissionsschutzrecht	317
1. Bedeutung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes für die weitere Untersuchung	317
2. Rückblick: Von der Gewerbeordnung 1869 zum Bundes- Immissionsschutzgesetz	319
a) Die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869	319
b) Die Gewerbeordnung nach der Novellierung 1959	320
3. Dynamische Pflichtenstellung und nachträgliche Anordnung im Gefüge des Zulassungs- und Gefahrenabwehrrechts	321
a) Regelungsgehalt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ...	321
b) Die nachträgliche Anordnung als Instrument zur Verwirklichung dynamischer Pflichten	324
c) Die nachträgliche Anordnung im systematischen Zusammenhang zu den Widerrufsbestimmungen des § 21 BImSchG	325
aa) Regelungsgehalt	325
bb) Verhältnis von nachträglicher Anordnung und Widerruf	326
(1) Partielle Parallelität der Regelungsziele	326
(2) Subsidiäre Anwendung des § 21 Abs. 1 BImSchG bei Unverhältnismäßigkeit der nachträglichen Anordnung	328
(3) Einschränkung des Vertrauensschutzes	328
d) Die nachträgliche Anordnung im systematischen Zusammenhang zur Rücknahme nach § 48 VwVfG	329
e) Dynamische (Grund-) Pflicht und nachträgliche Anordnung im Vergleich mit der Normallage im Polizei- und Immissions- schutzrecht	331
aa) Vergleich mit dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht	331
bb) Vergleich zur Normallage im Immissionsschutzrecht	332
4. Die Verhältnismäßigkeit nachträglicher Anordnungen	334
a) § 17 Abs. 2 BImSchG: Regelungsgehalt und praktische Bedeutung ...	334
b) Der (Netto-) Aufwand als zentraler abwägungserheblicher Belang des Unternehmers	337

aa) Ermittlung des (Netto-) Aufwands	337
bb) Die Nutzungsdauer als zentraler Maßstab der Bewertung des (Netto-) Aufwands	340
(1) Normativer Befund: Der Regelungsgehalt des § 17 Abs. 2 Satz 1 BImSchG	340
(2) Verfassungsrechtliche Würdigung	341
(3) Präzisierungen und Zweifelsfragen	344
c) Sonstige zu berücksichtigende Belange des Unternehmers	346
aa) Technischer und wirtschaftlicher Zusammenhang (funktionale Betrachtung)	346
bb) Wettbewerbslage	347
cc) Ertrags- und Vermögenssituation	348
d) Relation von Aufwand und Ertrag der Maßnahme	350
5. Würdigung des immissionsschutzrechtlichen Zulassungsregimes im Vergleich mit anderen Zulassungs- regelungen und der Normallage	351
a) Zulassungsrechtliches Standardmodell (§§ 48, 49 Abs. 2 VwVfG) ...	351
b) Gewerberechtliche Zulassungsregelungen	352
aa) Nachträgliche Auflage	353
bb) Untersagung wegen Verstoßes gegen den Zulassungsvorbehalt ..	354
cc) Erlöschen kraft Gesetzes	355
c) Privatrechtsgestaltende Wirkung	356
IV. Ergebnis zum zweiten Kapitel	357
3. Kapitel: Qualifizierter Rechtsgüterschutz – „repressive“ Verbote (2. Gruppe)	359
I. Vorbemerkung	359
II. Wasserhaushaltsrecht	360
1. Vorbemerkungen	360
a) Rechtsentwicklung	360
b) Gewässernutzung und Grundrechtsschutz: Zur „Nassauskiesungs- entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts	362
2. Erlaubnis	367
a) Voraussetzungen und Inhalt	367
aa) Charakterisierung als Unbedenklichkeitsbescheinigung	367
bb) Besondere Merkmale der gehobenen Erlaubnis	368
cc) Zulässigkeit ergänzender Inhalts- und Nebenbestimmungen ...	369
(1) Befristung	369
(2) Nachträgliche Anordnungen	370
b) Aufhebung, Erlöschen und Übertragbarkeit der Erlaubnis	371
aa) Der „freie“ Widerruf nach § 18 Abs. 1 WHG	371
bb) Erlöschen kraft Gesetzes	372
cc) Übertragbarkeit	373
c) Risikoverteilung und sekundärer Investitionsschutz	373

3. Bewilligung	376
a) Inhalt, Voraussetzungen, Geltungsdauer	376
aa) Überblick	376
bb) Privatrechtsgestaltende Wirkung	377
cc) Zulässigkeit nachträglicher Inhalts- und Nebenbestimmungen ..	378
dd) Voraussetzungen – insbesondere Unzumutbarkeit einer ungesicherten Rechtsstellung	380
ee) Obligatorische Befristung	382
(1) Zweck der Befristung	382
(2) Bemessung der Frist	383
b) Aufhebung, Erlöschen und Übertragung der Bewilligung	384
aa) Die Widerruflichkeit nach § 12 WHG 1957	384
bb) Die Widerruflichkeit nach § 18 Abs. 2 WHG 2009	385
4. Folgerungen: Die Verwirklichung des Investitionsschutzes unter dem Wasserhaushaltsgesetz 2009	387
a) Die Bewilligung als Instrument des Investitionsschutzes	387
b) Erlaubnis	389
III. Spielbankenrecht	390
1. Art des Zulassungsvorbehalts	390
2. Ausgestaltung der Rechtsposition	391
a) Nachträgliche Maßnahmen	391
aa) Widerruf	391
bb) Zulassungserhaltende Maßnahmen	393
b) Befristung	393
IV. Ergebnis zum dritten Kapitel	395
4. Kapitel: Staatliches Wahrnehmungsinteresse (3. Gruppe)	397
I. Vorbemerkung	397
II. Recht der Personenbeförderung	399
1. Parallelität von Genehmigung und Dienstleistungsauftrag	399
2. Voraussetzungen und Inhalt der Genehmigung	401
a) Voraussetzungen	401
b) Die obligatorische Befristung als zentrales Instrument zur Berücksichtigung dynamischer Entwicklungen	402
c) Betriebspflicht als Instrument zur Sicherung der Leistungserbringung	404
3. Widerruf, Erlöschen und Übertragbarkeit der Genehmigung	405
a) Widerrufsgründe	405
aa) Fortfall der Genehmigungsvoraussetzungen	405
(1) Obligatorischer Widerruf nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 PBefG	406
(2) Ermessensabhängiger Widerruf nach § 25 Abs. 2 PBefG	406

bb) Verstoß gegen Genehmigungsinhalte (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 PBefG) ..	408
cc) Risikoverteilung und Vertrauensschutz – zugleich zur Anwendbarkeit des § 49 Abs. 2 VwVfG	409
b) Erlöschen kraft Gesetzes	411
c) Übertragbarkeit	412
4. Betriebsuntersagung nach § 25a PBefG als zulassungs- externes Instrument	412
5. Die Konzeption des Personenbeförderungsgesetzes: Zusammenfassende Würdigung	413
a) Das Zulassungsregime des Personenbeförderungsgesetzes	413
b) Vergleich mit dem Güterkraftverkehrsrecht	415
III. Frequenzuteilungen im Telekommunikationsrecht	416
1. Gewährleistungsauftrag	416
2. Voraussetzungen und Inhalt der Einzelzuteilung	417
a) Die Zuteilung als Zulassungsakt	417
b) Voraussetzungen der Einzelzuteilung	418
c) Befristung	419
aa) Funktion der Befristung	419
bb) Bemessung der Frist	420
d) Betriebspflicht und Variabilität des Inhalts	421
3. Aufhebung der Frequenzzuteilung und Übertragbarkeit des Nutzungsrechts	423
a) Widerruf	423
aa) Vorgaben des sekundären Unionsrechts	423
bb) Aufhebungsgründe	423
(1) Fortfall der Genehmigungsvoraussetzungen	423
(2) Verstoß gegen Genehmigungsinhalte	425
(3) Nichtgebrauch und nicht bestimmungsgemäßer Gebrauch der Zuteilung	426
cc) Übergreifende Merkmale des Widerrufsrechts – insbesondere zur Ausgestaltung des sekundären Investitionsschutzes	427
(1) Kein Ausgleich des negativen Interesses	427
(2) Eigentumsrechtliche Implikationen des Widerrufs	429
b) Übertragbarkeit des Nutzungsrechts	431
IV. Ergebnis zum vierten Kapitel	432
1. Gefahrenabwehrrechtliche Elemente des Personen- beförderungs- und Güterkraftverkehrsrechts	432
2. Bewältigung der Güterknappheit und Sicherstellung der Leistungserbringung	433
5. Kapitel: Ergebnis zum vierten Teil	436

5. Teil

Ordnung der Erkenntnisse zur Ausgestaltung des Fachrechts

1. Kapitel: Isolierte und kumulative Wirkung der	
Regelungsinstrumente	441
I. Aufhebung und Erlöschen von Verwaltungsakten	442
1. Aufhebung wegen des Zustandes anfänglicher Rechtswidrigkeit .	442
2. Aufhebung wegen Änderung der Sach- oder Rechtslage	443
3. Erledigung wegen Nichtgebrauchs	445
II. Nachträgliche Anordnung i.w.S.	447
1. Vorbemerkungen	447
2. Die Ausgestaltung der nachträglichen Anordnung	
in den Referenzgebieten	449
a) Gewerberecht	449
b) Immissionsschutzrecht	451
c) Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz	453
d) Frequenzzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz	454
e) Wasserrechtliche Erlaubnis	455
f) Wasserrechtliche Bewilligung	456
3. Würdigung	456
a) Funktion der nachträglichen Anordnung	456
b) Gegenstände nachträglicher Anordnung	457
c) Nachträgliche Anordnung (i.w.S.) und Widerruf	458
d) Modifikationen der Risikoverteilung	460
III. Befristung	461
1. Obligatorische Befristungen und Regelbefristungen	461
a) Funktion der Befristung	461
b) Spannungsverhältnis gegenüber nachträglicher Anordnung	
und Widerruf	463
2. Fakultative Befristungen	465
2. Kapitel: Die Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen	
bei der Ermessensausübung	466
I. Strukturierung des Prüfungsaufbaus	466
II. Bemessung des zeitlichen Umfangs des Investitionsschutzes	468
1. Bedeutung der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer	468

2. Auslegung des Begriffs der Amortisation	470
a) Personenbeförderungsrecht	471
b) Frequenzzuteilungsrecht	471
III. Funktionale und umgekehrt funktionale Betrachtungsweise	472
1. Funktionale Betrachtungsweise	472
2. Umgekehrt funktionale Betrachtungsweise	477
IV. Würdigung	478

6. Teil

Anforderungen an ein systemgerechtes Zulassungsrecht – zugleich eine kritische Würdigung des Fachrechts

1. Kapitel: Gefahrenvorsorge und -abwehr (Prävention)	483
I. Verhältnis von Aufhebungsverfügung und ordnungsrechtlicher Betriebs- und Nutzungsuntersagung	483
1. Rechtstechnisch begründete Differenzierungen zwischen Normallage und Zulassungsrecht	483
2. Das Schutzniveau in der Normallage als Referenzmaßstab	485
3. Neutralität der Ausgestaltung des Zulassungsrechts?	489
a) Zustand anfänglicher Rechtswidrigkeit	489
b) Zustand anfänglicher Rechtmäßigkeit	492
aa) Einfacher und qualifizierter Bestandsschutz	492
bb) Vermögensschutz	496
II. Niedrigschwelligere Maßnahmen	497
1. Lage nach dem Standardmodell	497
2. Lage im Fachrecht	499
III. Folgen des Nichtgebrauchs der Zulassung	502
2. Kapitel: Bedürfnis nach qualifiziertem Rechtsgüterschutz (repressive Verbote)	505
3. Kapitel: Schutz des öffentlichen Interesses am Gebrauch der Zulassung	509
4. Kapitel: Förderung des Wettbewerbs/Konkurrentenschutz	515

7. Teil

Zusammenfassung der Erkenntnisse in Leitsätzen

<i>1. Kapitel:</i> Leitsätze zum ersten Teil: Grundbegriffe, Erkenntnisinteresse und Untersuchungsansatz	521
<i>2. Kapitel:</i> Leitsätze zum zweiten Teil: Grundwertungen des Investitionsschutzes – die „Normallage“	523
<i>3. Kapitel:</i> Leitsätze zum dritten Teil: Das Standardmodell der §§ 48–50 VwVfG	525
<i>4. Kapitel:</i> Leitsätze zum vierten Teil: Risikoverteilung im Fachrecht	528
I. Erkenntnisziele und Auswahl der Referenzgebiete	528
II. 1. Gruppe: Kontrollerlaubnisse	529
III. 2. Gruppe: Ermessensabhängige Zulassungen in potentiell sozialschädlichen Bereichen	529
IV. 3. Gruppe: Zulassungsentscheidungen bei gesteigertem öffentlichen Wahrnehmungsinteresse	530
<i>5. Kapitel:</i> Leitsätze zum fünften Teil: Ordnung der Erkenntnisse zur Ausgestaltung des Fachrechts	532
V. Isolierte und kumulative Wirkung der Regelungsinstrumente	532
VI. Die Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen bei der Ermessensausübung	533
<i>6. Kapitel:</i> Leitsätze zum sechsten Teil: Anforderungen an ein systemgerechtes Zulassungsrecht	535
VII. Gefahrenabwehr und -vorsorge	535
VIII. „Repressive“ Verbote, staatliches Wahrnehmungsinteresse und Schutz des Wettbewerbs	537
Literaturverzeichnis	539
Register	553

1. Teil

Einleitung

1. Kapitel

Die Begründung des Erkenntnisinteresses

I. Der Schutz des Unternehmers im Zulassungsrecht

1. Das Zulassungsrecht als Untersuchungsgegenstand – Begriffsbestimmungen und Wegpunkte seiner Entwicklung

Mit der Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte und der Anerkennung ihres vorstaatlichen Ursprungs bekennt sich das Grundgesetz zu einer freiheitlichen Ordnung. Die Positionierung der Grundrechtsbestimmungen vor den Regelungen über Organisation und Funktion des Bundes spiegelt die herausragende Bedeutung der Grundrechte wider, welche die Menschenwürde als den obersten Wert des Grundgesetzes und tragendes Konstitutionsprinzip¹ konturieren² und so von elementarer Bedeutung für die Verwirklichung der in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG niedergelegten Pflicht zu Achtung und Schutz der Menschenwürde sind.³ Die Grundrechtsverbürgungen, vom Bundesverfassungsgericht als der „eigentliche Kern der freiheitlich-demokratischen Ordnung des staatlichen Lebens im Grundgesetz“⁴ und „Essentiale der geltenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland“⁵ bezeichnet, bilden so in ihrer Gesamtheit eine Sphäre der Freiheit.⁶

¹ BVerfGE 96, 375 (399); in BVerfGE 45, 187 (227) spricht das Gericht vom „höchsten Rechtswert innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung“; s. auch *Matthias Herdegen*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, Art. 1 Abs. 1 Rn. 4.

² BVerfGE 93, 266 (293); BVerfG NJW 2008, 2907 (2909); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 24; *Detlef Merten*, Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen (§ 27), in: ders./Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, Heidelberg 2006, Rn. 38; zu Art. 2 Abs. 1 GG *Udo Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. I, Art. 2 Abs. 1 Rn. 4.

³ Dagegen geht mit der Voranstellung keine Verstärkung ihrer Geltungskraft gegenüber sonstigen Verfassungsbestimmungen einher (*Merten*, HBGrR Bd. II, § 27 Rn. 6 f., 9, der darauf hinweist, dass das Recht der Staatsorganisation aufgrund abweichender Wirkrichtung der Grundrechte weithin grundrechtsresistent sei).

⁴ BVerfGE 31, 58 (73); ähnlich *Herbert Bethge*, Staatszwecke im Verfassungsstaat, DVBl. 1989, 841 (843), der sie als „Herzstück der Verfassung“ bezeichnet.

⁵ BVerfGE 37, 271 (280).

⁶ *Merten*, HBGrR Bd. II, § 27 Rn. 38; so auch *Werner Heun*, Freiheit und Gleichheit, HBGrR Bd. II, § 34 Rn. 14.

Daraus, dass diese Freiheit nicht positiv durch den Staat geschaffen wird, sondern ihm vorausliegt, ergibt sich für die rechtliche Bestimmung des Verhältnisses zwischen individueller Freiheit und staatlicher Ordnung menschlicher Koexistenz, dass Beschränkungen der Freiheit durch staatliche Maßnahmen der Rechtfertigung bedürfen.⁷ Mit anderen Worten: Die individuelle Freiheit ist die Regel, ihre Beschränkung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.⁸ Dabei ist zu vergegenwärtigen, dass staatliche Eingriffe nicht nur ihrer Art nach – also sachbezogen – der Rechtfertigung bedürfen, sondern auch hinsichtlich des Zeitpunkts ihrer Wirkung. So wiegt eine gesetzliche Regelung, die den Gebrauch individueller Freiheit von vornherein verbietet, schwerer als ein erst nachträglich ausgesprochenes Verbot, auch wenn beide Eingriffe den Schutz desselben Rechtsguts bezwecken. Wenn im Schrifttum insoweit zutreffend festgestellt wird, die hoheitliche Inanspruchnahme des Einzelnen erfolge normalerweise erst im Nachgang privater Freiheitsausübung,⁹ ist dies somit keine Beschreibung der tatsächlichen Wirkung der geltenden ordnungsrechtlichen Bestimmungen. Vielmehr macht die Aussage deutlich, dass eine vorbeugende staatliche Maßnahme gerade auch aufgrund der ihr innewohnenden Vorverlagerung der Freiheitsbeschränkung der Rechtfertigung bedarf.

Im Gewerberecht hat die Anerkennung originärer Freiheit in der „Gewerbe-freiheit“ prägnanten Ausdruck gefunden. Gekennzeichnet ist dieser Zustand dadurch, dass der Einzelne entsprechend dem Grundsatz „neminem laedere“ Störungen der Allgemeinheit oder Privater zu unterlassen hat und gegebenenfalls beseitigen muss.¹⁰ Doch auch wenn die individuelle staatliche Freigabe unternehmerischer Betätigung de jure Ausnahme vom Grundsatz der Gewerbefreiheit ist, zeichnet die Rechtswirklichkeit ein anderes Bild. So ist namentlich im Hinblick auf kapitalintensive Betätigungen festzustellen, dass das Erfordernis vorheriger behördlicher Zulassung mitnichten eine Ausnahmeerscheinung ist. Im Gegenteil lässt sich kaum eine derartige Betätigung nennen, die nicht infolge ihrer Einwirkung auf die natürlichen Lebensgrundlagen¹¹ oder aufgrund der Zuordnung zu

⁷ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 24.

⁸ *Merten*, HBGrR Bd. II, § 27 Rn. 44; in diesem Sinne auch BVerfGE 13, 97 (104 f.); 17, 306 (313), wobei das BVerfG in diesem Zusammenhang auch von einer „grundsätzlichen Freiheitsvermutung“ bzw. „allgemeinen Freiheitsvermutung“ spricht (kritisch zu dieser Terminologie *Merten*, a.a.O.).

⁹ *Johannes Masing*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht (§ 7), in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, Rn. 163.

¹⁰ Vgl. bereits *John Stuart Mill*, On Liberty, 2. Aufl. London 1859, S. 22.

¹¹ Typischerweise werden zu den natürlichen Lebensgrundlagen i.S.d. Art. 20a GG – auch unter Berücksichtigung einfachgesetzlicher Bestimmungen – neben den Umweltmedien Boden, Luft und Wasser auch die natürlichen, insbesondere nichterneuerbaren Ressourcen, das Klima, die organischen Naturgegebenheiten von Pflanzen- und Tierwelt sowie die Landschaft gezählt (*Rupert Scholz*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, Art. 20a Rn. 36). Synonym hierzu wird auch von „natürlicher Um-

einem als überwachungsbedürftig angesehenen Wirtschaftsbereich staatlicher Zulassung bedarf.

Die Bezeichnung „Zulassung“ ist dabei hier und im Folgenden als Oberbegriff für Verwaltungsentscheidungen zu verstehen, durch die einer Person die Ausübung einer gesetzlich verbotenen Tätigkeit im Einzelfall erlaubt wird,¹² wobei unternehmerische Tätigkeiten im Mittelpunkt der Untersuchung stehen werden. Derartige Normen finden sich ganz überwiegend in denjenigen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts, die dem Wirtschaftsverwaltungsrecht und dem Umweltrecht¹³ zugeordnet werden. Dieser Normbestand, der in Abgrenzung vom Verwaltungsverfahren- und allgemeinen Ordnungsrecht im Folgenden auch als „Fachrecht“ bezeichnet werden wird, offenbart insoweit eine beachtliche terminologische Vielfalt. So werden Freigabeentscheidungen als Erlaubnis¹⁴, Genehmigung¹⁵, Konzession¹⁶, Bewilligung¹⁷, Zuteilung¹⁸ und Lizenz¹⁹ bezeichnet, wobei die beiden letztgenannten Begriffe als Unterformen der Erlaubnis angesehen werden²⁰. Der Begriff „Zulassung“ selbst findet sich nur vereinzelt im Landesrecht²¹ sowie seit kurzer Zeit auch in der Gewerbeordnung²². Zwar lassen sich vereinzelt Korrelationen zwischen der Verwendung dieser Begriffe und der jeweiligen (fach-) rechtlichen Ausgestaltung der Zulassung ausmachen. Auch lässt

welt“ gesprochen (Vgl. *Astrid Epiney*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, 6. Aufl. München 2010, Art. 20a Rn. 16; Scholz, a.a.O.).

¹² Für das hier zugrundegelegte Begriffsverständnis spricht sich auch *Rolf Gröschner*, Das Überwachungsrechtsverhältnis, Baden-Baden 1992, S. 180 ff. aus; daneben wird auch der Begriff „Genehmigung“ als Oberbegriff verwendet, so etwa von *Meinhard Schröder*, Genehmigungsverwaltungsrecht, Baden-Baden 2015, S. 5.

¹³ Die Abgrenzung beider Bereiche fällt jdf. in den jeweiligen Randbereichen nicht leicht. Ordnet man dem Wirtschaftsverwaltungsrecht diejenigen Normen des öffentlichen Rechts zu, die in spezifischer Weise (und damit nicht nur reflexartig) unternehmerisches Handeln steuern, so ließen sich hierunter auch Regelungen des Umweltrechts subsumieren. Jene unterscheiden sich von sonstigen Regelungen des Wirtschaftsverwaltungsrechts allerdings im Motiv der Ordnung der Wirtschaft, das in der Umweltpflege liegt (s. hierzu auch *Peter-Christoph Storm*, Umweltrecht, 8. Aufl. Berlin 2005, S. 26, der insoweit von einer stärker ökologischen anstatt ökonomischen Tönung des Rechts spricht).

¹⁴ Z.B. § 1 Abs. 2 ApoG, § 2 GastG, § 3 Abs. 1 GüKG, § 32 KWG, § 33a Abs. 1 S. 1, § 33 b Abs. 1 S. 1, § 33c Abs. 1 S. 1 GewO sowie § 7 BBergG, § 7 Abs. 1 LuftVG, § 8 Abs. 1 Alt. 1 WHG.

¹⁵ Z.B. §§ 6, 7 AtG, § 4 BImSchG, § 4 EnWG, § 35 KrWG, § 6 LuftVG, § 2 PBefG sowie in Landesbauordnungen (so z.B. in § 59 Abs. 1 Nds. BauO).

¹⁶ Z.B. § 30 Abs. 1 GewO.

¹⁷ Z.B. § 8 Abs. 1 Alt. 2 WHG, § 8 BBergG.

¹⁸ Z.B. § 55 Abs. 1 Satz 1 TKG, wobei die Zuteilung aber eine Form der „Erlaubnis“ ist.

¹⁹ Z.B. § 5 Abs. 1 PostG.

²⁰ § 55 Abs. 1 Satz 2 TKG, § 5 Abs. 1 PostG.

²¹ Z.B. § 2 Nds. SpielbG; § 4 SpielbG NRW spricht dagegen von einer „Erlaubnis“.

²² So in § 31 Abs. 1 GewO, der durch Gesetz v. 4.3.2013, BGBl I 2013, 362 in die GewO eingeführt wurde.

sich erkennen, dass der Gesetzgeber anlagenbezogene Freigabeentscheidungen tendenziell als Genehmigung bezeichnet, personenbezogene Freigabeentscheidungen dagegen tendenziell als Erlaubnisse²³. Mitnichten aber kann die Rede davon sein, dass der Gesetzgeber einzelnen Begriffen stets einen spezifischen Regelungsgehalt beigemessen hätte. Stattdessen vermittelt die gegenwärtige Rechtslage den Eindruck einer mehr oder weniger zufälligen Verwendung der genannten Begriffe.²⁴ Ein tragender Grund hierfür dürfte vor allem in der Fortentwicklung bestehender Zulassungstypen liegen, die maßgeblich durch die zunehmende Diversifikation insbesondere des Wirtschaftsverwaltungsrechts angestoßen wurde.

Dies zugrunde gelegt umfasst der hier verwendete Begriff „Zulassungsrecht“ rechtsgebietsübergreifend diejenigen Normen, welche die Erteilung, Änderung oder Erledigung von Zulassungsentscheidungen zum Gegenstand haben. Dabei zeigt eine an dieser Stelle noch kursorische Betrachtung des Normbestands, dass der Satz an Instrumenten, die der Gesetzgeber der Verwaltung zur Erteilung, Änderung oder Aufhebung von Zulassungen zur Verfügung stellt, von einer bemerkenswerten Homogenität ist. Es ist diese Einheitlichkeit der zulassungsspezifischen Regelungsinstrumente²⁵, die es rechtfertigt, vom „Zulassungsrecht“ als Untersuchungsgegenstand zu sprechen. Dies bedeutet allerdings weder, dass die im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht enthaltenen zulassungsbezogenen Regelungen in ihrer konkreten Ausgestaltung homogen wären, noch dass der Gesetzgeber bei der sachbereichsspezifischen Ausgestaltung der Zulassungsregelungen einen ohne weiteres erkennbaren „Gesamtplan“ verfolgt hätte, der sich gleich einem roten Faden durch das Zulassungsrecht zieht. Doch ist es gerade diese Ambivalenz zwischen Homogenität zulassungsbezogener Regelungsinstrumente und der Heterogenität der Ausgestaltung der Zulassungsregelungen in den einzelnen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, die die nähere Befassung mit dem Zulassungsrecht lohnenswert erscheinen lässt. Dem möglicherweise entstehenden Eindruck, dass mit der Verwendung des Be-

²³ In § 7 Abs. 2 LuftVG dient der Begriff der Erlaubnis dagegen zur Abgrenzung gegenüber der umfassenderen Genehmigung, indem zwischen einer „Genehmigung“ zur Anlegung und Betrieb von Flugplätzen (§ 6) und einer „Erlaubnis“, die nur Vorbereitungshandlungen hierfür erfasst (§ 7 Abs. 1), differenziert wird. Eine ähnliche Differenzierung liegt den § 7 (Erlaubnis) und § 8 (Bewilligung) BBergG zugrunde.

²⁴ So fasst z.B. § 29 Abs. 1 GewO unter die gewerberechtliche Erlaubnis auch Konzessionen, Zulassungen und (sonstige) Erlaubnisse, ohne dass ein qualitativer Unterschied erkennbar wäre. Wasserhaushalts- und Bergrecht stimmen zwar insoweit überein, als sie zwischen „Erlaubnis“ und „Bewilligung“ differenzieren, ein sachgebietsübergreifender gemeinsamer Regelungsgehalt lässt sich dagegen allenfalls rudimentär bei den Bewilligungen nach § 8 Abs. 1 Alt. 2 WHG und § 8 BBergG erkennen.

²⁵ Die Begriffe „Regelungsinstrument“ oder schlicht „Instrument“ werden hier als Oberbegriff für diejenigen Regelungen verwendet, die es der Verwaltung ermöglichen, auf den äußeren oder inneren Fortbestand eines Verwaltungsakts in seiner ursprünglichen Form einzuwirken.

griffes „Zulassungsrecht“ die Existenz eines eigenständigen Teilrechtsgebiets des öffentlichen Rechts gleichsam vorausgesetzt wird, ist allerdings entgegenzutreten. Ob die zulassungsrelevanten Regelungen einen derartigen inneren Zusammenhang aufweisen, der es rechtfertigt vom „Zulassungsrecht“ als einem Teilrechtsgebiet zu sprechen, lässt sich a priori – zumal ohne Klärung der Vorfrage, was ein (Teil-) Rechtsgebiet überhaupt ausmacht – nicht feststellen.

Die Bedeutung des Fortbestands einer Zulassungsentscheidung für den Schutz einer Investition²⁶ brachte der Wiener Staatsrechtslehrer *Rudolf Herrmann Herrnritt* in seinen „Grundlehren des Verwaltungsrechts“ bereits im Jahr 1921 auf den Punkt, indem er die Frage aufwarf, ob eine Partei im Vertrauen auf den unveränderten Bestand einer Verwaltungsentscheidung etwa ihr Vermögen in dem auf Grund der Entscheidung in das Leben gerufenen Unternehmen investieren könne, oder ob sie nicht jederzeit gewärtig sein müsse, dass die Verwaltungsbehörde wieder zurücknehmen werde, was sie festgestellt und eingeräumt habe.²⁷ Diese Aussage Herrnriffs zu einem der, wie er feststellte, wichtigsten Probleme des Verwaltungsrechts,²⁸ zeigt, dass die Auseinandersetzung mit dem rechtlichen Schutz von Investitionen, die aufgrund einer Zulassungsentscheidung getätigt wurden, keineswegs neu ist. So enthielt bereits die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869 investitionsschützende Bestimmungen²⁹ und in der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts nahm die Frage des Bestandsschutzes – zunächst im Bau-, später auch im Gewerberecht – bereits im ausgehenden 19. Jahrhundert einigen Raum ein³⁰.

Die durch Schrifttum und Rechtsprechung vorangetriebene Rechtsentwicklung konzentrierte sich zunächst darauf, dem bis dato fragmentarischen Individualrechtsschutz den Boden zu bereiten: Galt es zunächst, politisch motivierte Einflüsse auf Zulassungsentscheidungen zu unterbinden und (formale) Rechtsstaatlichkeit durchzusetzen, rückte in den Mittelpunkt des juristischen Diskurses in den ersten drei Dekaden des 20. Jahrhunderts die Überwindung des Dogmas der „freien“, lediglich Willkür ausschließenden, Widerruflichkeit³¹ von Verwaltungsakten, um letztlich einem (auch) materiellen Verständnis der Rechtsstaatlichkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Die metaphorische Bezeichnung der Zulassung als „Schutzschild“ des ansonsten wenig wehrhaften Einzelnen gegenüber Eingriffen der Obrigkeit findet hier ihre Berechtigung, selbst

²⁶ Unter einer Investition ist allgemein eine Verwendung von Kapital zu verstehen, die auf die Erzielung zukünftiger, das eingesetzte Kapital übersteigender Erträge abzielt; s. so gleich näher unter 2 a).

²⁷ *Rudolf Herrmann Herrnritt*, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, Tübingen 1921, S. 315.

²⁸ Ebd.

²⁹ Siehe hierzu 4. Teil, 2. Kapitel, III 2 (S. 319).

³⁰ Siehe hierzu 3. Teil, 1. Kapitel, II 3 b) cc) (S. 176).

³¹ Siehe hierzu 3. Teil, 1. Kapitel, II 1 (S. 156).

wenn sie später mit anderer Konnotation gebraucht wurde.³² Nach Gründung der Bundesrepublik standen dagegen weniger spezifische Belange des Investitionsschutzes im Vordergrund. Vielmehr rankte sich die rechtswissenschaftliche Diskussion um allgemeine Fragen der Aufhebung von Verwaltungsakten und hierbei vornehmlich um die Bedeutung des Vertrauensschutzes in den Fortbestand von Verwaltungsentscheidungen.

Suchte man die Aktualisierung der Problematik des Investitionsschutzes an einem Datum festzumachen, so liegt es nahe, auf den 14. Oktober 1971 abzustellen. An diesem Tage legte die Bundesregierung ihr Umweltprogramm vor,³³ das den Beginn einer umfassenden, zunehmend durch das Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht³⁴ beeinflussten und bis heute nicht vollendeten Neuausrichtung derjenigen Teile des öffentlichen Wirtschaftsrechts markierte, die heute vielfach als „Umweltrecht“ bezeichnet werden. Die sich hieraus ergebenden Folgen für die unternehmerische Betätigung sind in der Entwicklung des Verwaltungsrechts ohne Beispiel und denkbar vielfältig. Exemplarisch genannt werden sollen hier nur die Zulässigkeit nachträglicher Anordnungen im Immissionsschutzrecht,³⁵ der beklagte Bedeutungsverlust der Bewilligung bei der Zulassung wasserwirtschaftlicher Betätigungen³⁶ und aus jüngerer Zeit die rechtliche Würdigung des Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes vom 31. Juli 2011, die das entschädigungslose Erlöschen der Betriebsgenehmigung für sechs Kernkraftwerke binnen sechs Tagen vorsah.³⁷ Zwar eint die Beispiele vordergründig kaum

³² Mit der Bezeichnung „Schutzschild“ wurde im Schrifttum seit Mitte der 1980er Jahre insbesondere eine (mögliche) Wirkung der Zulassungen beschrieben, nach der diese zu einer substantiellen Verlagerung des Risikos nachträglicher Entwicklungen auf den Staat führte. Diese Annahme dürfte maßgeblich beeinflusst worden sein durch die im „Mülheim-Kärlich-Beschluss“ getroffene Aussage des Ersten Senats des BVerfG, der Staat übernehme mit der Genehmigung eine eigene Mitverantwortung für die von einem Kernkraftwerk ausgehenden Gefährdungen (BVerfGE 53, 30 (58); s. hierzu *Georg Hermes*, Die Wirkung behördlicher Genehmigungen: Privates Risiko oder staatliche (Mit-)Verantwortung bei veränderter Sachlage?, in: Kathrin Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), *Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht*, Stuttgart 1991, S. 188; *Dietrich Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985, S. 59 ff.; vgl. auch *Karsten Sach*, Genehmigung als Schutzschild?, Berlin 1994, S. 24). Nach einem allgemeineren Verständnis umschreibt die Metapher des Schutzschilds die durch eine Genehmigung begründete wehrhafte Position des Inhabers ggü. staatlichen (auch privat initiierten) Eingriffen in die zugelassene Tätigkeit. Dies betrifft z.B. die Frage nach der Legalisierungswirkung von Zulassungen sowie ihre z.T. privatrechtsgestaltende Wirkung (siehe die Querverweise in Fußn. 440 des 2. Teils).

³³ BT-Drs. 6/2710.

³⁴ Siehe hierzu näher in diesem Teil 3. Kapitel, I 2 b) (S. 44).

³⁵ Vgl. § 17 Abs. 1 BImSchG. Die nachträgliche Anordnung ist zwar kein Spezifikum des Zulassungsrechts – sie findet sich z.B. auch in § 24 BImSchG für zulassungsfreie Anlagen –, doch hat sie namentlich bei zulassungspflichtigen Gewerben weite Verbreitung gefunden.

³⁶ Siehe hierzu *Jürgen Salzwedel*, Investitionsschutz im Wasserrecht, ZfW 2008, 2 (2 f.).

³⁷ Vgl. § 7 Abs. 1a Nr. 1 AtG; das BVerfGE erachtete die Novellierung als im Wesentlichen mit dem GG in Einklang stehend (BVerfGE 143, 246). Zur Problematik des Investi-

mehr als der Zusammenhang mit der Zulassung einer unternehmerischen Betätigung – sei es durch Einwirkung auf eine bereits zugelassene Tätigkeit oder die inhaltliche Ausgestaltung einer Zulassungsentscheidung –, doch weisen sie eine für die nachfolgende Untersuchung wegweisende Parallele auf: Sie vermitteln den Eindruck einer zunehmenden Marginalisierung der wirtschaftlichen Interessen des Unternehmers infolge der Neujustierung des materiell-rechtlichen Ausgleichs zwischen öffentlichem Interesse und Individualinteresse.

Neben der Sensibilisierung für Belange des Umweltschutzes ist in nicht minderem Maße ein gewandeltes Verständnis von den Aufgaben des Staates im Bereich der Daseinsvorsorge als Impulsgeber der Ausweitung staatlicher Eingriffsoptionen im Zulassungsrecht auszumachen. Die mit dem Aufbrechen von Monopolstrukturen seit Beginn der 1990er Jahre verbundene Eröffnung neuer Marktchancen im Bereich der Energieversorgung, des Verkehrs und der Erbringung von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen brachte zwar einen Zuwachs wirtschaftlicher Freiheiten, indem privatwirtschaftliche Betätigung überhaupt erst ermöglicht wurde. Sie erhöhte aber zugleich die Abhängigkeit des einzelnen Marktteilnehmers von der Einräumung und Aufrechterhaltung von Zulassungsentscheidungen des insoweit bloß noch „regulierenden“ Staates. Diese Entwicklung wurde durch die Europäische Union – die auf dem ihr ureigenen Feld des Wettbewerbsschutzes, aber auch bei der Förderung des technischen Fortschritts, insoweit eine beachtliche Rechtssetzungstätigkeit entfaltet hat – nicht nur befördert, sondern mitinitiiert.³⁸ Für die Erfassung des Untersuchungsgegenstandes ist dabei die Erkenntnis von Bedeutung, dass die Marköffnung neben einer quantitativen Erweiterung zulassungsbedürftiger Tätigkeiten auch zu einer weiteren inhaltlichen Ausdifferenzierung des Zulassungsrechts führte: Während die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit zumeist im Interesse des Unternehmers lag, besteht im Bereich der Daseinsvorsorge ein nicht selten verfassungsrechtlich niedergelegtes Eigeninteresse des Staates an der Wahrnehmung der privatisierten Aufgaben – mit der Folge, dass ein Bedürfnis der Implementierung rechtlicher Instrumente zur Sicherung der Erbringung der Leistungen entstand. Zwar ließ und lässt sich ein staatliches Eigeninteresse an der Wahrnehmung einmal zugelassener Tätigkeiten auch außerhalb des Infrastrukturrechts beobachten, doch dürften diese Regelungen zu einem nicht unerheblichen Teil fiskalisch motiviert sein.³⁹

tionsschutzes in diesen Fällen s. auch *Meinhard Schröder*, Verfassungsrechtlicher Investitionsschutz beim Atomausstieg, NVwZ 2013, 105 (107 ff.).

³⁸ Siehe z.B. zum Post- und Telekommunikationsrecht *Hubertus Gersdorf*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. III, 6. Aufl. München 2010, Art. 87f Rn. 1; *Joachim Wieland*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 2. Aufl., Tübingen 2008, Art. 87f Rn. 4 f.

³⁹ Zu nennen sind insoweit etwa das Bergrecht, denn der Staat partizipiert an der Gewinnung von Bodenschätzen durch die Erhebung von Förderabgaben (§ 31 BBergG); eine par-

Da überdies der Zutritt zu privatisierten Märkten etwa im Bereich der Telekommunikation und der Personenbeförderung aus technischen und wirtschaftlichen Gründen beschränkt ist, lässt sich durch eine entsprechende Ausgestaltung der Zulassungsbestimmungen die Eröffnung von Marktzutrittschancen⁴⁰ regeln. Hiermit in engem Zusammenhang steht das Erfordernis, trotz der limitierten Öffnung des Marktes für Private die Aufrechterhaltung eines Wettbewerbs und damit die Ausbildung privater Machtstellungen zu verhindern. Die historisch bedeutendste Funktion des Zulassungsvorbehalts – die Verwirklichung primär präventiv-polizeilicher Ziele – bleibt zwar neben den genannten hinzutretenden öffentlichen Belangen weiterhin bestehen. Jedoch hat auch die rechtliche Ausgestaltung des Erlaubnisvorbehalts in den letzten Jahrzehnten infolge der bereits erwähnten zunehmend dynamisch ausgestalteten Verhaltenspflichten des Zulassungsinhabers erhebliche Veränderungen erfahren. Bedient sich der Staat zur Aufgabenwahrnehmung Privater, behält er es sich gar vor, unabhängig von der Bewerberlage nach freiem Ermessen über Einräumung und Aufhebung eines Nutzungsrechts zu entscheiden, so offenbart sich die Abhängigkeit des Einzelnen von der Ausgestaltung des Zulassungsregimes. Spätestens hier ist die Zulassung nicht länger „Schutzschild“, sondern vielmehr „Achillesferse“⁴¹ unternehmerischer Tätigkeit. Letztlich, so scheint es zumindest, ist es doch der Staat, der die durch ihn vertretenen Interessen gegenüber dem Unternehmer durchsetzt.

Nun ist es zwar vornehmste Sache der Grundrechte, die Belange des Einzelnen zu schützen; einzig ist deren Wirkkraft just bei gewerblichen Tätigkeiten in vielerlei Hinsicht nicht gänzlich geklärt. Dies betrifft namentlich die Eigentumsgarantie. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht die von ihm in der Nassauskiesungsentscheidung entwickelte Linie mittlerweile wohl etwas abgemildert. Die dort getroffene Aussage, Gegenstand und Umfang des durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Bestandsschutzes ergäben sich aus der Gesamtheit der verfassungsmäßigen Gesetze, die den Inhalt des Eigentums bestimmen,⁴² zeigt jedoch, welche Gestaltungsfreiheit dem Gesetzgeber zukommt. Die Einschränkung auf „verfassungsmäßige Gesetze“ suggeriert dabei dem unbefangenen Leser eine verfassungsrechtliche Kontrolldichte, die sich so nicht erkennen lässt. Um den nachfolgenden Ausführungen nicht vorzugreifen, soll insoweit hier die treffende Feststellung *Walter Leisners* genügen, dass weder qualitativ noch quantitativ eindeutig festgestellt worden ist, wie weit ein schrankenlegitimierender

tielle Abschöpfung des Ertrags kennt auch das Spielbankenrecht (so z.B. § 4 Nds. SpielbG); s. hierzu auch *Joachim Wieland*, Die Konzessionsabgaben, Berlin 1991, S. 24 ff. und 42 ff.).

⁴⁰ Ausf. hierzu *Ferdinand Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, Tübingen 2010.

⁴¹ *Otto Depenheuer, Judith Froese* in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 7. Aufl. München 2018, Art. 14 Rn. 175.

⁴² BVerfGE 58, 300 (338).

Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG vordringen darf.⁴³ Die Berufsfreiheit dagegen ist schon ob ihrer personenbezogenen Schutzrichtung kaum geeignet, primär objektbezogene Eingriffe einem signifikanten Rechtfertigungszwang zu unterwerfen.

Ablesen lässt sich die rasante Entwicklung des Zulassungsrechts in den vergangenen 40 Jahren schließlich auch in zunehmenden Differenzierungen bei der Typenbildung einzelner Zulassungsformen. Die lange Zeit gebräuchliche Differenzierung zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt⁴⁴ scheint heute allenfalls noch zur groben Abgrenzung einzelner Zulassungsformen tauglich zu sein; die Bildung neuer, die skizzierten Rechtsentwicklungen umfassender abbildende Typen befindet sich dagegen noch im Fluss.⁴⁵

2. Investitionsschutz im Zulassungsrecht der Gegenwart

Angesichts des Umstandes, dass der Unternehmer durch die wachsende Eröffnung staatlicher Eingriffsoptionen zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter zunehmend in eine defensivere Lage geriet, drängt sich die Frage auf, ob der Gesetzgeber der Wahrung der Interessen des Unternehmers bei Ausgestaltung zulassungsrechtlicher Regelungen angemessen Rechnung getragen hat. Die Beantwortung dieser Frage setzt freilich voraus, sich Klarheit über einige Grundbegriffe zu verschaffen. Dies gilt in erster Linie für den bislang nur angerissenen Begriff der Investition sowie die Bedeutung des Faktors Zeit für die Investitionsentscheidung. Angesichts der Komplexität der betriebswirtschaftlichen Investitionslehre muss sich dies auf Grundzüge beschränken.⁴⁶ Hiervon ausgehend lassen sich sodann der Begriff des Investitionsschutzes sowie dessen Formen ermitteln, letztgenanntes sowohl abstrakt als auch im Hinblick auf das gegenwärtig geltende Recht.

⁴³ Walter Leisner, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, Heidelberg 2010, § 173 Rn. 151.

⁴⁴ Verwendet insbesondere von Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. München 2017, § 9 Rn. 52 ff.; ähnlich Christoph Gusy, Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – Verbot mit Dispensvorbehalt, JA 1981, 80 ff., der inhaltsgleich vom „Dispensvorbehalt“ spricht.

⁴⁵ Vgl. Masing, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 7 Rn. 165 ff.

⁴⁶ Die gilt insbesondere für die Investitionsrechnung bei sog. Investitionsketten.

a) Der Investitionsbegriff

aa) Betriebswirtschaftliches Verständnis

Der Begriff der Investition ist in erster Linie in den *Wirtschaftswissenschaften* beheimatet, wo er in einer Vielzahl unterschiedlicher Akzentuierungen gebraucht wird.⁴⁷ Nach dem innerhalb der Betriebswirtschaftslehre als „klassisch“ zu bezeichnenden und wohl noch immer herrschenden, seinerseits aber vielfachen Ausprägungen unterliegenden *vermögensbestimmten Investitionsbegriff* handelt es sich bei einer Investition um eine Form der Umwandlung von (Eigen- oder Fremd-) Kapital (Passiva) in Vermögen (Aktiva).⁴⁸ Demnach stellt eine Investition also eine Kapitalverwendung dar. Uneinigkeit besteht dagegen bzgl. der Frage, ob jedwede Form der Kapitalverwendung als Investition anzusehen ist.⁴⁹ Nach dem *dispositionsbestimmten Investitionsbegriff* ist unter einer Investition die langfristige Bindung von finanziellen Mitteln im Anlagevermögen zu verstehen.⁵⁰ Zentrale Bedeutung kommt hier also weniger dem Vermögenseinsatz als solchem als vielmehr dem Umstand zu, dass die Dispositionsfreiheit des Unternehmers durch eine Investition eingeschränkt wird. Vermögens- und dispositionsbestimmter Investitionsbegriff eint trotz der Unterschiede im Detail, dass eine Investition zumindest die Anschaffung eines Wirtschaftsguts zu betrieblichen Zwecken meint (gemischt finanz-leistungswirtschaftliche Betrachtungsweise).⁵¹ In den meisten Fällen wird überdies vorausgesetzt, dass das Wirtschaftsgut dem Anlagevermögen zuzuordnen ist. Gemäß § 247 Abs. 2 HGB muss es daher dazu bestimmt sein, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Durch das zeitliche Element der dauernden Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen unterscheidet es sich vom nur kurzfristig dem Unternehmen dienenden Umlaufvermögen.

⁴⁷ Vgl. *Louis Perridon/Manfred Steiner/Andreas Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 17. Aufl. München 2017, S. 31.

⁴⁸ *Thomas Wedemeier*, Unternehmen mit unterschiedlicher Auftragsstruktur: Finanzierung und Investition, Wiesbaden 1994, S. 39; *Hans Krasensky*, Zur Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, in: Erich Loitlsberger (Hrsg.), Festschrift zum 60. Geburtstag von Leopold Illetschko, Wiesbaden 1963, S. 79 ff.; *Hans Münstermann*, Geschichte und Kapitalwirtschaft, Wiesbaden 1963, S. 65 m.w.N.

⁴⁹ Uneinigkeit besteht dagegen bzgl. der Frage, ob jedwede Form der Kapitalverwendung als Investition anzusehen ist oder ob lediglich der Erwerb von Anlagevermögen erfasst ist; s. hierzu *Wolfgang Lücke* (Hrsg.), Investitionslexikon, 2. Aufl. München 1991, S. 151 f. Stichwort „Investition“ m.w.N.

⁵⁰ *Wedemeier*, Unternehmen mit unterschiedlicher Auftragsstruktur: Finanzierung und Investition, S. 40 m.w.N.

⁵¹ Ähnlich *Perridon/Steiner/Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, S. 32, die unter einer Investition den zielgerichteten Einsatz von finanziellen Mitteln zur Beschaffung von Gütern verstehen; siehe zu weiteren Ausprägungen des Investitionsbegriffs *Wedemeier*, Unternehmen mit unterschiedlicher Auftragsstruktur: Finanzierung und Investition, S. 40 m.w.N. sowie die Darstellung bei *Wolfgang Lücke*, Investitionslexikon, S. 151 f. (Stichwort „Investition“).

bb) „Investition“ als Rechtsbegriff

Im *nationalen Recht* hat der Begriff der Investition nur sporadisch Verwendung gefunden. Dies gilt namentlich für das (Einkommen-) Steuerrecht⁵² und das Investitionszulagengesetz⁵³, für das er namensgebend war. Für ein allgemeines Begriffsverständnis lässt sich hieraus indes nicht viel gewinnen. So bezieht sich das Investitionszulagengesetz nur auf bestimmte, dem Förderungszweck des Gesetzes unterliegende Investitionen. Zu diesen „begünstigten Investitionen“ zählen gemäß § 2 InvZulG die Anschaffung und die Herstellung von neuen abnutzbaren beweglichen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens. Ähnliches gilt für § 7g Abs. 1 Satz 1 EStG, der nur die Anschaffung oder Herstellung von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens erfasst. Deutlich weiter ist demgegenüber der Begriff der Kapitalanlage, der anstelle des Begriffes „Investition“ in den von Deutschland abgeschlossenen sog. *Investitionsschutzabkommen*⁵⁴ Verwendung gefunden hat. Dieser umfasst „alle Vermögenswerte“⁵⁵ bzw. „Vermögenswerte aller Art“⁵⁶, zu denen insbesondere dingliche Rechte, Beteiligungen, Forderungen, industrielle Werte und Rechte gezählt werden. Der Begriff der Kapitalanlage weist so Ähnlichkeiten zum vermögensbestimmten Investitionsbegriff auf.⁵⁷ Da die durch Deutschland völkervertraglich eingegangenen Verpflichtungen regelmäßig nicht über den ohnehin im Inland garantierten rechtlichen Schutz hinausgehen, erweisen sich die Abkommen vor allem als Instrument, um kapitalexportierenden deutschen Unternehmen namentlich in Entwicklungs- und Schwellenländern ein Mindestmaß an rechtlichem Schutz zu gewährleisten⁵⁸.

⁵² So z.B. in § 7g Abs. 1 Satz 1 EStG („Investitionsabzugsbeträge“) und § 15b Abs. 2 Satz 1 EStG („Investition“).

⁵³ Investitionszulagengesetz 2010 v. 7.12.2008 (BGBl. I S. 2350), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 22.12.2009 (BGBl. I S. 3950).

⁵⁴ Die im Schrifttum geläufige Bezeichnung „Investitionsschutzabkommen“ (z.T. ergänzt um den Zusatz „Investitionsförderungsabkommen“) entspricht nicht der offiziellen Titulierung der in Bezug genommen Vertragswerke, die fast ausnahmslos „Abkommen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen“ lauten (so bereits *Helmut Frick*, *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern*, Berlin 1975, S. 178; dieser Befund gilt noch heute).

⁵⁵ *Michael Banz*, *Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen*, Berlin 1988, S. 40; s. auch *Frick*, *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern*, S. 178.

⁵⁶ *Banz*, *Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen*, S. 40.

⁵⁷ Allerdings ist doch zu konstatieren, dass die Investitionsschutzabkommen weniger auf den Akt der Vermögensverwendung abheben als vielmehr auf Eigentumspositionen oder wesentliche Betriebsgrundlagen, die nicht notwendigerweise im Eigentum des Unternehmens stehen (wie z.B. Konzessionen); insoweit bestehen Parallelen zur Figur des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs.

⁵⁸ Zu den Zielen der deutschen Verhandlungsseite *Frick*, *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern*, S. 182.

Investitionsschutz in diesem Sinne meint also den Schutz deutscher Unternehmer bei wirtschaftlichen Aktivitäten im Ausland.

cc) Berücksichtigung finanzwirtschaftlicher Zielsetzungen

Da unternehmerisches Handeln primär finanzwirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt, würde das Wesen eines Investitionsvorgangs nur unvollkommen erfasst, wenn man diesen auf den – möglicherweise eigentumsrechtlich relevanten – Akt der Umwandlung von liquiden Mitteln in konkrete Güter reduzierte. Bei wirtschaftlicher Betrachtung kommt es nämlich entscheidend auf die mit der Investition verbundenen Ein- und Auszahlungen an (finanzwirtschaftliche Betrachtungsweise).⁵⁹ So trifft der Unternehmer die Entscheidung für eine Investition in der Erwartung, dass die Geldrückflüsse die Auszahlungen für die Investitionen übersteigen.⁶⁰ Unter einer Investition lässt sich daher ein Akt der Kapitalverwendung verstehen, der auf die Erzielung zukünftiger, das eingesetzte Kapital übersteigender Erträge abzielt. Dabei wählt der Unternehmer unter mehreren Investitionsmöglichkeiten typischerweise diejenige, die die größte Reinvermögensmehrung erwarten lässt.⁶¹ Die Entscheidung für eine Investition erweist sich damit im Regelfall zugleich als Entscheidung gegen eine andere Investitionsform.

b) Die Zukunftsgerichtetheit als prägendes Merkmal der Investition

Aufgrund ihrer Zukunftsgerichtetheit ist einer Investition typischerweise inhärent, dass sie unter Ungewissheit über die zukünftige Entwicklung verschiedener (insbesondere durch den Unternehmer nicht beeinflussbarer) Faktoren getroffen wird.⁶² Dies ist stets der Fall, wenn für die Investitionsrechnung relevante Größen abhängig von später eintretenden Umweltkonstellationen unterschiedliche Werte annehmen können (Zufallsvariablen).⁶³ Zu diesen Variablen, deren Volatilität freilich unterschiedlichen Wahrscheinlichkeiten unterliegt, zählen u.a. die Verfügbarkeit der Infrastruktur, die Marktakzeptanz des Produkts, die Entwicklung der Kosten und Erlöse, aber auch die rechtlichen Rahmenbedingungen. Da Rechtsnormen auf sämtliche Prozesse wirtschaftlicher Betätigung einwirken, beeinflussen sie unternehmerische Entscheidungen in erheblichem Maße. Dies gilt zum einen für allgemeine wirtschaftliche Rahmenbedingungen, die keinen spezifischen Zusammenhang zu einer bestimmten Investition aufweisen, für die Investitionsrechnung aber gleichwohl von Bedeutung waren (z.B. ar-

⁵⁹ Perridon/Steiner/Rathgeber, Finanzwirtschaft der Unternehmung, S. 31.

⁶⁰ Ebd., S. 11, 14.

⁶¹ Dieter Schneider, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 7. Aufl. Wiesbaden 1992, S. 66.

⁶² Ebd., S. 35.

⁶³ Hartmut Bieg/Heinz Kußmaul/Gerd Waschbusch, Investition, 3. Aufl. München 2016, S. 185.

beits-, steuer- und gesellschaftsrechtliche Bestimmungen). Die Rechtssicherheit gewinnt so bedeutenden Einfluss auf die Investitionsentscheidung. Dabei sinkt mit zunehmender Rechtssicherheit des Investors das Risiko einer möglichen negativen Abweichung der prognostizierten Zahlungsströme und die Investition ist dadurch eher vorteilhaft als eine unsicherheitsbehaftete Investition.

aa) Amortisationsdauer

Da sich mit wachsendem Investitionszeitraum auch die Unsicherheit der Vorteilhaftigkeit erhöht, bemisst sich die Investitionsentscheidung auch nach dem Zeitpunkt, zu dem die eingesetzten liquiden Mittel an die Investoren zurückgeflossen sind⁶⁴ und damit weder dem unternehmerischen Risiko noch eventuellen Liquiditätsproblemen ausgesetzt sind. Es handelt sich hierbei um den Zeitpunkt der Amortisation; der bis dahin verstrichene Zeitraum wird als Amortisationsdauer bezeichnet.⁶⁵ Der Berechnung der Amortisation liegt die Annahme zugrunde, dass Rückflüsse aus der Investition zunächst ausschließlich zur Amortisation verwendet werden. Ab dem Amortisationszeitpunkt dienen sie allein der Kapitalverzinsung.⁶⁶ Dabei lässt sich grundsätzlich zwischen statischer und dynamischer Amortisationsrechnung unterscheiden. Die statische Amortisationsrechnung gibt Auskunft über die Zeitdauer, innerhalb derer die Anschaffungskosten einer Investition durch die Einzahlungsüberschüsse zurückerwirtschaftet werden.⁶⁷ Die dynamische Amortisationsdauer betrifft dagegen den Teil des Planungszeitraumes, in dem das für ein Investitionsprojekt eingesetzte Kapital zuzüglich einer Verzinsung in Höhe des Kalkulationszinssatzes aus den Rückflüssen des Projektes wiedergewonnen werden kann.⁶⁸

bb) Nutzungsdauer

Von der Amortisationsdauer zu unterscheiden ist die Nutzungsdauer. Für die Untersuchung ist dabei insbesondere die Differenzierung zwischen der technischen und der wirtschaftlichen Nutzungsdauer maßgeblich.⁶⁹ Erstgenannte erfasst den Zeitraum, in dem das Investitionsobjekt technisch in der Lage ist, Leistungen abzugeben; eine exakte prognostische Bestimmung dieser Dauer ist aufgrund der Vielzahl der hierfür maßgeblichen Parameter nicht möglich. Die

⁶⁴ Hans Blohm/Klaus Lüder/Christina Schaefer, *Investition*, 10. Aufl. München 2012, S. 72.

⁶⁵ Perridon/Steiner/Rathgeber, *Finanzwirtschaft der Unternehmung*, S. 46.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ Bieg/Kußmaul/Waschbusch, *Investition*, S. 63.

⁶⁸ Blohm/Lüder/Schaefer, *Investition*, S. 72; Klaus Lüder, *Zur dynamischen Amortisationsrechnung*, DB 1966, 117 ff.

⁶⁹ Die rechtliche Nutzungsdauer beschreibt den Zeitraum, währenddessen der Unternehmer zivilrechtlich zur Nutzung der Sache berechtigt ist (Bieg/Kußmaul/Waschbusch, *Investition*, S. 138).

wirtschaftliche Nutzungsdauer meint dagegen den Zeitraum, währenddessen ein Investitionsobjekt (Wirtschaftsgut) unter finanzwirtschaftlichen Gesichtspunkten vorteilhaft genutzt werden kann. Dieser Zeitraum ist zumeist kürzer als der Zeitraum der technisch möglichen Nutzung. Eine Investitionsentscheidung orientiert sich zweckmäßigerweise an der wirtschaftlichen Nutzungsdauer, da sie zu einer optimalen Erfüllung der monetären (finanzwirtschaftlichen) Unternehmensziele führt.⁷⁰ Da die Investition auf einen Totalüberschuss der Rückflüsse abzielt, ist die statische Amortisationsdauer selbst bei einmaligen Investitionen typischerweise kürzer als die wirtschaftliche Nutzungsdauer eines Vermögensgegenstandes. Dagegen besteht zwischen dynamischer Amortisationsdauer und wirtschaftlicher Nutzungsdauer aufgrund der berücksichtigten Kapitalverzinsung eine größere Kongruenz, jedoch nicht notwendigerweise eine Identität der Zeiträume.

In der Rechtsordnung hat der Begriff der wirtschaftlichen Nutzungsdauer dagegen keine Verbreitung gefunden. Dies gilt zum einen für das Handelsrecht. Für die hier interessierenden beweglichen und unbeweglichen Vermögensgegenstände des Sachanlagevermögens, deren Nutzung zeitlich begrenzt ist, legt § 253 Abs. 3 Satz 1 HGB fest, dass die Anschaffungs- oder die Herstellungskosten um planmäßige, d.h. im Voraus festgelegte, Abschreibungen zu vermindern sind. Die planmäßige Abschreibung nach § 253 Abs. 3 Satz 1 HGB verteilt die ursprünglichen Anschaffungs- oder Herstellungskosten auf die Jahre der Nutzung.⁷¹ Die Nutzungsdauer wird hier durch das voraussichtliche Ende der Nutzung beschränkt, wobei sich die Prognose auf die theoretische Nutzungsmöglichkeit im konkreten Betrieb bezieht und damit auf die betriebsindividuelle Nutzungsdauer.⁷² Dabei dient die technische Nutzungsdauer als Ausgangspunkt, die um rechtliche und wirtschaftliche Erwägungen ergänzt (und damit i.E. reduziert) wird.⁷³ Das Ertragsteuerrecht knüpft zur Ermittlung des Wertverzehr eines abnutzbaren Wirtschaftsguts an die „betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer“ (§ 7 Abs. 1 Satz 2 EStG) an. Diese bestimmt sich grundsätzlich nach dem Zeitraum, in dem das Wirtschaftsgut unter Berücksichtigung der jeweiligen betrieblichen Verhältnisse eingesetzt wird.⁷⁴ Dabei ist für die voraussichtliche Einsatzdauer maßgeblich die objektive Nutzbarkeit unter Berücksichtigung der beson-

⁷⁰ Bieg/Kußmaul/Waschbusch, Investition, S. 138.

⁷¹ Hanno Merkt, in: Adolf Baumbach/Klaus Hopt, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 38. Aufl. München 2018, § 253 Rn. 12 m.w.N.

⁷² Wolfgang Schubert/Kai Andrejewski, in: Bernd Grottel u.a., Beck'scher Bilanzkommentar, 11. Aufl. München 2018, § 253 HGB Rn. 229.

⁷³ Peter Brandis, in: Blümich, Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, § 7 EStG, Rn. 338 ff.; Schubert/Andrejewski/Roscher, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 253 HGB Rn. 230 ff.

⁷⁴ BFH NV 2001, 1255; Volker Pfirrmann, in: Paul Kirchhof (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 15. Aufl. Köln 2016, § 7 Rn. 49.

deren betriebstypischen Beanspruchung.⁷⁵ Auch hier wird die Bestimmung des Nutzungszeitraums durch die technische Nutzungsdauer beschränkt, die zugleich den Ausgangspunkt der Bemessung der Nutzungsdauer bildet. Sie wird modifiziert durch Besonderheiten der wirtschaftlichen Abnutzung und rechtliche Nutzungsbegrenzungen.⁷⁶ Besondere praktische Bedeutung kommt dabei den sog. AfA-Tabellen⁷⁷ des BMF zu, die zwar Hilfsmittel zur Schätzung der Nutzungsdauer sind, als solche die Gerichte aber grundsätzlich nicht binden.⁷⁸ Sie orientieren sich grosso modo eher an der technischen Nutzungsdauer,⁷⁹ was den fiskalischen Interessen entspricht. Soweit sich die Bestimmung der betrieblichen bzw. betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer nach Handelsbilanz- bzw. Steuerrecht eher an der technischen Nutzungsdauer orientiert, reicht sie über die typischerweise für Investitionsentscheidungen maßgebliche wirtschaftliche Nutzungsdauer hinaus.

c) Begriff und Formen des Investitionsschutzes

Ist einer Investition das Streben nach Erträgen, die das eingesetzte Kapital übersteigen, inhärent, so ergibt sich hieraus zwanglos, dass der Unternehmer ein Interesse daran hat, dass die gewerbliche Tätigkeit zumindest über denjenigen Zeitraum, den er seiner Kalkulation zugrunde gelegt hat, vor nachträglichen staatlichen Maßnahmen geschützt ist. Demgegenüber besteht ein im Einzelfall zu konkretisierendes öffentliches Interesse daran, dass die unternehmerische Tätigkeit an Veränderungen der Sach- oder Rechtslage angepasst wird – mit potentiell nachteiligen Auswirkungen auf die Rentabilität der Investition. Im Mittelpunkt der Auflösung dieses Interessenwiderstreits steht dabei letztlich die Beantwortung der Frage, wer das wirtschaftliche Risiko trägt, dass eine unternehmerische Tätigkeit – sei es von Anfang an oder infolge der nachträglichen Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände – gegen die geltende Rechtsordnung verstößt.⁸⁰ Hinsichtlich der Art und Weise des Investitionsschutzes lassen sich zwei Grundformen unterscheiden. Zum einen kann die Rechts-

⁷⁵ BFH BStBl. II 2011, 696 (699).

⁷⁶ Pfirrmann, in: Kirchhof, EStG, § 7 Rn. 50 ff.

⁷⁷ AfA („Absetzung für Abnutzung“, vgl. § 7 EStG) meint die (steuer-) bilanzielle Abbildung des planmäßigen Wertverzehr eines Wirtschaftsguts.

⁷⁸ BFH BStBl. II 1992, 1000 (1003); Gernot Nolde, in: Carl Hermann/Gerhard Heuer/Arndt Raupach (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, § 7 EStG Rn. 195.

⁷⁹ Pfirrmann, in: Kirchhof, EStG, § 7 Rn. 54.

⁸⁰ Die sich aus der prognostischen Natur der Investitionsentscheidung ergebenden Unsicherheiten betreffen nicht nur „äußere“ Einwirkungen auf die gewerbliche Tätigkeit, vielmehr können sich auch die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmers nach Erteilung der Zulassung ändern, sodass dieser ein Bedürfnis nach deren inhaltlicher Anpassung entwickelt. Typischer Fall dürfte hier die Ausweitung der zugelassenen Tätigkeit sein; umgekehrt ist es aber auch möglich, dass ein Unternehmer z.B. Versorgungsleistungen, zu deren Erbringung er in der Zulassungsentscheidung verpflichtet wird, nicht wirtschaftlich

ordnung die einmal begonnene unternehmerische Tätigkeit vollständig schützen, indem der Unternehmer nicht zur Anpassung seiner Tätigkeit an eine veränderte Sach- oder Rechtslage verpflichtet werden darf. Soweit ein derartiger absoluter Bestandsschutz nicht besteht, können staatliche Eingriffe in die wirtschaftliche Betätigung aufgrund überwiegender öffentlicher oder privater Interessen gerechtfertigt werden. Der Unternehmer genießt dann nur einen relativen Bestandsschutz, der in seinem zeitlichen oder sachlichen Umfang hinter dem absoluten Bestandsschutz zurückbleibt. Soweit eine hieraus resultierende ökonomische Belastung allerdings durch staatliche Kompensationszahlungen ausgeglichen wird, erleidet der Unternehmer keinen wirtschaftlichen Nachteil, da die Rentabilität der Investition gewahrt bleibt. Das wirtschaftliche Risiko einer Änderung der Sach- oder Rechtslage trägt der Unternehmer folglich nur, soweit eine Kompensation nicht stattfindet. Es lässt sich daher zwischen einem die (wenn auch nur zeitlich oder sachlich begrenzte) Fortsetzung der gewerblichen Tätigkeit ermöglichenden *primären Investitionsschutz* (Bestandsschutz) und einem auf die Kompensation wirtschaftlicher Einbußen gerichteten *sekundären Investitionsschutz* (Vermögensschutz) differenzieren.

d) Grundstrukturen der Verwirklichung des Investitionsschutzes im Zulassungsrecht

aa) Heterogene Ausgestaltung des Fachrechts – Homogenität der Regelungsinstrumente

Da Zulassungsentscheidungen zumeist in Form eines Verwaltungsaktes ergehen, wird der Ausgleich zwischen öffentlichen Interessen und Individualinteressen (und damit auch der Grad des Investitionsschutzes) rechtstechnisch durch Regelungen herbeigeführt, die den zeitlichen oder inhaltlichen Fortbestand eines Verwaltungsaktes betreffen. Zum Kanon dieser Regelungen sind neben den aus dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht bekannten Instrumenten der Befristung, der Rücknahme und des Widerrufs die im Fachrecht geregelten zulassungsspezifischen Instrumente des Erlöschens von Zulassungen kraft Gesetzes zu zählen. Hinzu treten mit der nachträglichen Anordnung sowie der (temporären oder endgültigen) Untersagung der Ausübung der Tätigkeit zwei weitere Instrumente. Die zuletzt genannten Instrumente knüpfen rechtstechnisch zwar nicht an das Bestehen einer Zulassung an, haben im Zulassungsrecht aber weite Verbreitung gefunden und beeinflussen so – namentlich was die nachträgliche Anordnung anbelangt – in erheblichem Maße die Stellung des Unternehmers. In diesen Regelungen manifestieren sich die Wertungen, die der Gesetzgeber hinsichtlich der Verteilung des Risikos des Eintritts nachträglicher Umstände getroffen hat.

erbringen kann, sodass sein Interesse auf eine Reduzierung des Umfangs der zugelassenen Tätigkeit gerichtet ist.

Zwar erweist sich das Recht der gewerblichen Zulassungen aufgrund der Spezifika der jeweiligen Sachbereiche und damit auch der Regelungsziele als überaus heterogen – allein das Bundesrecht enthält mehr als ein Dutzend Einzelgesetze, die entweder die unternehmerische Tätigkeit als solche oder, sofern davon unterscheidbar, die Art ihrer Ausübung einem Zulassungsvorbehalt unterwerfen.⁸¹ Versuche, diese Einzelgesetze teilbereichsübergreifend neu zu ordnen, gab es – soweit ersichtlich – nur im Umweltrecht.⁸² Nach dem Scheitern der Kodifikation des Umweltgesetzbuchs kam es dort zwar zu einer partiellen Umsetzung der Gesetzesentwürfe in einzelnen Rechtsbereichen wie etwa dem Wasserhaushalts- oder dem Naturschutzrecht.⁸³ Die fachbereichsübergreifende Implementierung der „integrierten Vorhabengenehmigung“⁸⁴ fand jedoch nicht die erforderliche Zustimmung. Trotz des Fortbestands dieses heterogenen Zustands ist festzustellen, dass die einzelnen im allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht enthaltenen zulassungsrechtlichen Bestimmungen – über das Umweltrecht hinaus – auf denselben Kanon an Regelungsinstrumenten zurückgreifen. Die Heterogenität der Rechtsbereiche und der unterschiedliche zeitliche Kontext ihrer Entstehung bedingen wiederum, dass das Fachrecht eine erstaunliche Vielfalt hinsichtlich des Einsatzes dieser Instrumente entwickelt hat. Dies betrifft zum einen die Verwendung der Instrumente als solche. Vor allem aber zeigt sich die Heterogenität in der konkreten Ausgestaltung einzelner Instrumente, ihrer Wechselbezogenheit sowie im Umfang des der Verwaltung eingeräumten Ermessensspielraums.

Prägnantes Beispiel für einen Zulassungstyp, der einzelne Instrumente zu einer Wirkungseinheit kombiniert, ist die schon erwähnte wasserrechtliche Bewilligung, die ausweislich der Regierungsbegründung zum Wasserhaushaltsgesetz (WHG) 1953 dem Investitionsschutz dient.⁸⁵ Die Bewilligung sah in ihrer ursprünglichen Form einen weitgehenden Bestandsschutz sowie eine diesen

⁸¹ Siehe oben Fußn. 14–21 (S. 5).

⁸² Siehe hierzu Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 4.12.2008 zum Umweltgesetzbuch, sowie die vorbereitenden Arbeiten der wissenschaftlichen Arbeitsgruppen (*Michael Kloepper u.a.*, in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, Berlin 1990; *Hans D. Jarass u.a.*, in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Umweltgesetzbuch – Besonderer Teil, Berlin 1994).

⁸³ *Michael Kotulla*, Das novellierte Wasserhaushaltsgesetz, NVwZ 2010, 79 (79); *Hans-Jürgen Müggendorf/Anja Hentschel*, Neues Wasser- und Naturschutzrecht, NJW 2010, 961 (961).

⁸⁴ Kapitel 2 des UGB I-E 2008.

⁸⁵ Wörtlich heißt es in BT-Drs. 2/2072, S. 24, dass dem Unternehmer die Durchführung seines Vorhabens ohne gesicherte Rechtsstellung im allgemeinen nicht zugemutet werden kann (so eine Voraussetzung der Bewilligung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 WHG 1957), wenn „erhebliches Kapital investiert werden muss und der Unternehmer sich deshalb vor der Investierung gegen zu erwartende Untersagungs- oder Ersatzansprüche sichern will“; den investitionsschützenden Charakter der Bewilligung betonen auch *Manfred Czychowski/ Michael Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz, 9. Aufl. München 2007, § 8 Rn. 24.

flankierende Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos wasserwirtschaftlicher Entwicklungen auf die Allgemeinheit vor. Mit der Novellierung des WHG im Jahr 2009⁸⁶ wurde die Bewilligung zwar weiter für wasserwirtschaftliche Entwicklungen geöffnet, doch hat sie ihren investitionsschützenden Charakter im Kern beibehalten.⁸⁷ Da eine „Versteinerung“ der mit der zugelassenen Tätigkeit verbundenen Gewässernutzung dem öffentlichen Interesse an einer geordneten wasserwirtschaftlichen Entwicklung allerdings schon bei Erlass des WHG 1957 entgegenstand, sieht das WHG bis heute die obligatorische Befristung der Bewilligung vor. Der Ausgleich zwischen Eingriffs- und Bestandsinteresse wird also durch das Zusammenwirken von Befristung und (eingeschränkter) Widerruflichkeit herbeigeführt. Spezifisches Merkmal der Bewilligung ist ferner, dass sie Investitionsschutz nicht nur im Staat-Bürger-Verhältnis verwirklicht, sondern aufgrund ihrer privatrechtsgestaltenden Wirkung auch im Verhältnis Privater untereinander.⁸⁸

Andererseits ist es ebenfalls das Wasserhaushaltsrecht, das mit der Erlaubnis einen von der Bewilligung abweichenden Zulassungstyp kennt, der durch eine andere Komposition der Regelungsinstrumente der Behörde weitgehende Befugnisse einräumt. Insbesondere sieht § 18 Abs. 1 WHG eine der historischen Entwicklung des Rechtsgebiets geschuldete und in den meisten Rechtsgebieten nicht mehr verwendete „freie“ Widerruflichkeit vor, sodass der Widerruf der Erlaubnis nicht von der Verwirklichung abschließend genannter Gründe abhängt; eine obligatorische Befristung ist daher – anders als bei der Bewilligung – nicht vorgesehen. Mit der „gehobenen“ Erlaubnis erweitert das Wasserhaushaltsrecht die Position des Zulassungsinhabers zwar um eine privatrechtsgestaltende Wirkung, lässt aber die nach dem Grundtyp der Erlaubnis bestehenden Eingriffsbefugnisse der Verwaltung unberührt.

bb) Die materiell-rechtliche Ausgestaltung der Rechtsposition des Zulassungsinhabers

(1) Überwiegende Delegation der Abwägungsentscheidung an die Verwaltung

Die Anwendung nahezu sämtlicher in den Fachgesetzen enthaltener Regelungsinstrumente steht im Ermessen der Verwaltung. Zwar ist nicht zu bestreiten, dass der komplexe Ausgleich widerstreitender Interessen im Einzelfall die Flexibilität voraussetzt, welche sich (nur) durch behördliches Ermessen herstellen lässt. Wie

⁸⁶ Wasserhaushaltsgesetz v. 31.7.2009 (BGBl. I S. 2585), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 15.11.2014 (BGBl. I S. 1724).

⁸⁷ Im Entwurf des Umweltgesetzbuchs II war dagegen noch der Fortfall der Bewilligung vorgesehen, siehe 4. Teil, 4. Kapitel, III 3 (S. 423).

⁸⁸ Im Gegensatz hierzu hat die „einfache“ Erlaubnis keine privatrechtsgestaltende Wirkung, siehe 4. Teil, 3. Kapitel, II 2 (S. 367).

aber ist das private Interesse an der fortdauernden Nutzung einer emittierenden Anlage gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Luftreinhaltung zu bewerten, wie das Rentabilitätsinteresse des Anbieters von Telekommunikationsleistungen gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Vermeidung der Bildung und Verfestigung von Monopolstrukturen und effizienter Frequenznutzung?

Zieht man bei der Suche nach einer Antwort auf diese Fragen zunächst die Verfassung heran, so gilt im Grundsatz nichts anders als für jede andere Abwägungsentscheidung. Genießen die in Ausgleich zu bringenden Rechtsgüter Verfassungsrang, so ist im Ausgangspunkt festzustellen, dass sich ein Vorrang einzelner Regelungen aufgrund der Gleichrangigkeit der verfassungsrechtlichen Bestimmungen nicht auf einen in der Normenhierarchie begründeten „Derogationseffekt“ stützen lässt.⁸⁹ Die im Grundgesetz manifestierten Wertungen lassen sich nicht als Ausdruck eines abstrakten vorkonstitutionellen Wertesystems begreifen, sodass sich eine verfassungsimmanente Vorrangordnung schwerlich begründen ließe.⁹⁰ Doch selbst wenn sich dem Grundgesetz eine allgemeingültige abstrakte Wertordnung entnehmen ließe, wäre die Vorstellung verfehlt, aus dieser eine Auflösung widerstreitender verfassungsrechtlich fundierter Interessen in den jeweiligen Sachgebieten schematisch ableiten zu können. Eine solche Lösung würde dem Gerechtigkeitspostulat als oberster Leitidee des Rechts widersprechen. Dieses nämlich verlangt einen situationsbedingten Interessenausgleich, bei dem die abstrakte Wertigkeit eines verfassungsrechtlich fundierten Guts nur ein entscheidungserheblicher Aspekt unter vielen sein kann.⁹¹ Konkrete Abwägungsergebnisse lassen sich daher nicht aus der Verfassung „ablesen“.

Überließe man die Abwägung vollständig – und damit ohne einfachgesetzliche Vorgaben – der Verwaltung, wäre daher zu erwarten, dass die Heranziehung unterschiedlicher Abwägungsmaßstäbe zu einem ungleichmäßigen Gesetzesvollzug führt, der nicht durch die Besonderheiten der zu entscheidenden Einzelfälle zu begründen ist und letztlich eine nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit zur Folge hätte. Dies zu verhindern ist Aufgabe des (Verwaltungs-) Rechts, das als Grundlage und Grenze der Verwaltungstätigkeit die rechtsstaatlichen Anforderungen der Berechenbarkeit des Rechts, der Rechtssicherheit und des grundrechtlichen Schutzes des Einzelnen sichert.⁹² Aber nicht nur rechts-

⁸⁹ Vgl. zu den Grundrechten *Hans Heinrich Rupp*, Einteilung und Gewichtung der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, Heidelberg 2006, § 36 Rn. 30.

⁹⁰ Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 (1534); *Rudolf Wendt*, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104 (1979), 414 (460). Dies gilt bei näherer Betrachtung selbst für die Ausgestaltung der Gesetzesvorbehalte, vgl. *Rupp*, in: Merten/Papier, HBGrR Bd. II, § 36 Rn. 33.

⁹¹ *Wendt*, AöR 104 (1979), 414 (460) m.w.N.

⁹² Vgl. *Peter Badura*, Grundrechte und Wirtschaftsordnung, in: Merten/Papier, HBGrR Bd. II, § 29 Rn. 5.

staatliche, auch demokratiethoretische Anforderungen verlangen eine Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben durch das Parlament. So folgt aus dem Demokratieprinzip, dass das Ausfüllen der sich aus der Verfassung ergebenden Wertungs- und Gestaltungsspielräume prinzipiell Sache des Parlaments ist; die mittelnde Funktion des einfachen Gesetzes dient somit auch der Wahrung politischer Entscheidungsvollmacht und der Leitungsaufgabe der parlamentarischen Volksvertretung.⁹³ Zwar gelten diese Grundsätze nicht nur für das Zulassungsrecht, sondern für jegliche Abwägungsentscheidung. Im Zulassungsrecht ist das Bedürfnis nach einfach-gesetzlicher Konkretisierung indes aufgrund der rechtlichen Besonderheiten der typischerweise kollidierenden Rechtsgüter besonders stark ausgeprägt. So wird die Entscheidungsfindung des Rechtsanwenders bei abstrakter Betrachtung der widerstreitenden Verfassungsgüter dadurch erschwert, dass die individualschützende Wirkung der sog. Wirtschaftsgrundrechte Art. 12 Abs. 1 und 14 GG bei unmittelbaren wie auch bei mittelbaren (d.h. durch Einwirkungen auf die Zulassung erfolgenden) Eingriffen in gewerbliche Betätigungen keineswegs als geklärt angesehen werden kann. Zwar ist bei ausschließlich sachbezogenen staatlichen Maßnahmen eine Qualifikation als Inhalts- und Schrankenbestimmung naheliegend. Erhebliche Schwierigkeiten bereitet aber die Würdigung solcher Maßnahmen, die – wie es häufig der Fall ist – lediglich die konkrete Verwendung einer Sache im Rahmen eines Gewerbebetriebs betreffen. Hier besteht häufig in zweifacher Hinsicht ein Konkretisierungsbedürfnis: Nicht nur kommt dem Gesetzgeber nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG die Aufgabe zu, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, auch bedürfen die mit der Eigentumsfreiheit potentiell in Konflikt stehenden Rechtsgüter häufig der Konkretisierung⁹⁴ durch das einfache Recht.⁹⁵ Eine – an dieser Stelle notwendigerweise vor-

⁹³ Vgl. ebd.

⁹⁴ So spricht etwa *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20a Rn. 35, im Hinblick auf die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG von einem „permanenten Konkretisierungsauftrag“, der „vor allem über die Gesetzgebung immer wieder neu anhand der wechselnden, konkreten Situationen oder Bedarfslagen in der gesellschaftlichen Realität zu aktualisieren ist“.

⁹⁵ Namentlich im Hinblick auf das Umweltrecht stellt sich die Frage, ob die geringe Regelungsdichte nicht dessen prägendes Element ist und es einer „Verdichtung“ durch die Aufdeckung lückenfüllender Leitlinien daher gar nicht bedarf, der Gesetzgeber von der Normierung ermessenslenkender Bestimmungen vielmehr bewusst abgesehen haben könnte. Zwar ist der Gesetzgeber nach der st. Rspr. des BVerfG verpflichtet, „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ (vgl. nur BVerfGE 49, 89 (126 f.); 83, 130 (142); 101, 1 (34), jeweils m.w.N.) und „diese nicht dem Handeln oder der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen“ (BVerfGE 83, 130 (142) m.w.N.; s. auch BVerfGE 98, 218 (256)) – was sowohl für das „Ob“ einer Regelung als auch für ihre inhaltliche Ausgestaltung gilt (vgl. BVerfGE 83, 130 (142); 101, 1 (34)). Allerdings hat die sachbereichsspezifische Präzisierung dieser „Wesentlichkeitslehre“ (vgl. hierzu BVerfGE 49, 89 (127)) vielfach dazu geführt, dass die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an die Regelungsdichte bei komplexen Risiko- und Abwägungsentscheidungen als reduziert angesehen wird (vgl. *Udo Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Tübingen 1994,

erst kursorische – Betrachtung des Zulassungsrechts lässt allerdings erwarten, dass der Gesetzgeber die abwägungsrelevanten Individualinteressen nur punktuell näher konkretisiert hat.⁹⁶

(2) Vertrauensbasierter Vermögensschutz

Daneben ist den zulassungsrelevanten Bestimmungen der Fachgebiete gemein, dass sie in unterschiedlichem Maße den Rückgriff auf die §§ 48 und 49 VwVfG⁹⁷ zulassen; damit wird – von wenigen Ausnahmen abgesehen – auch fachgebietsübergreifend der Ausgleich enttäuschten Vertrauens durch Ersatz negativen Interesses nach § 49 Abs. 6 VwVfG ermöglicht. Zwar ist es bei wirtschaftlicher Betrachtung denkbar, dass Investitionsschutz nicht nur durch objekt- und tätigkeitsbezogenen (Bestands-) Schutz, sondern auch durch Schutz des in dem Investitionsobjekt verkörperten Werts bzw. der mit der Investition verbundenen Gewinnerwartungen verwirklicht werden kann. Aufgrund des eigentumsrechtlichen Grundsatzes der Realvermeidung von Eingriffen⁹⁸ besteht aber Gewissheit darüber, dass eine Einbuße von Eigentümerbefugnissen allenfalls unter engen Voraussetzungen ersatzfähig ist. Die Erwägung, die Interessen des Unternehmers durch einen Vermögensschutz generell als hinreichend gewahrt anzusehen,

S. 465; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR 130 (2005), 5 (54f.)). Das BVerfG hat diese Auffassung erstmals in seiner „Kalkar I“-Entscheidung zum Ausdruck gebracht (BVerfGE 49, 89 (137)). Hiervon ausgehend wurde in der Folge der Exekutive namentlich im Bereich des Umweltschutzes die dynamische Festlegung von Grenzwerten überantwortet (*Rainer Wahl*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VBlBW 1988, 387 (391)). Diese Regelungskonzeption mag zwar in Lebensbereichen, die durch hohe technische Innovationskraft gekennzeichnet sind, ohne praktikable Alternative sein, das Problem der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts erübrigt sich hierdurch aber nicht, sondern wird noch verschärft: Werden nämlich für den Grundrechtsschutz wesentliche Regelungen dem exekutiven Normgeber überantwortet (*Görg Haverkate*, Gesetzesgestaltung und Rechtsanwendung im Leistungsrecht, NVwZ 1988, 769 (771 f.)), spricht insoweit von der „Umkehrung der Wesentlichkeitsdoktrin“; eine ähnliche Formulierung findet sich auch bei *Wahl*, a.a.O.) löst dies ein umso dringenderes Bedürfnis nach Lenkung der Exekutive durch formelles Recht im Hinblick auf solche entscheidungserheblichen Gesichtspunkte aus, die nicht aus Flexibilitätsgründen an die Exekutive delegiert sind. Tragendes Element einer solchen Lenkung ist neben einer individualrechtsschützenden Ausgestaltung des Verfahrensrechts die Festlegung inhaltlicher Grundlinien der Rechtsgüterabwägungen (vgl. *Bernd Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VI Rn. 115 m.w.N. in Fußn. 9).

⁹⁶ Zu nennen ist hier etwa § 17 Abs. 2 S. 2 BImSchG, der bei der Entscheidung über den Erlass einer nachträglichen immissionsschutzrechtlichen Anordnung neben der Gefährlichkeit der Emissionen die Berücksichtigung der Nutzungsdauer und technischen Besonderheiten der Anlage verlangt; ähnliche Bestimmungen finden sich etwa im Personenbeförderungsrecht. Auch die Verwaltung selbst hat den durch den Gesetzgeber eröffneten Rahmen durch ermessenslenkende Vorschriften bislang nur in geringem Umfang präzisiert.

⁹⁷ Verwaltungsverfahrensgesetz i.d.F. der Bekanntmachung v. 23.1.2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 25.7.2013 (BGBl. I S. 2749).

⁹⁸ BVerfGE 100, 226 (245).

ist daher von vornherein zu verwerfen. Ist die Entschädigung auf das negative Interesse beschränkt und knüpft sie nicht an den Verlust einer Eigentumsposition an, bleibt zwar grundsätzlich Raum für einen additiven Vermögensschutz auf der Grundlage enttäuschten Vertrauens, allein stellt sich die Frage worauf dieses Vertrauen gründen soll. Und selbst wenn es sich begründen ließe, so steht doch außer Frage, dass der von vornherein begrenzte Umfang des Ersatzes nicht ohne weiteres als geeignet angesehen werden kann, den Interessen des Unternehmers angemessen Rechnung zu tragen.

cc) Drei Thesen zur Verwirklichung des Investitionsschutzes im status quo

Damit bleibt als Ausgangspunkt der weiteren Untersuchungen festzuhalten, dass der Gesetzgeber im Bereich des Zulassungsrechts zwar einerseits die Einwirkungsbefugnisse der Verwaltung sachbereichsspezifisch ausgestaltet und damit an die sich wandelnden öffentlichen Interessen angepasst hat. Andererseits aber hat er Art und Gewicht der seitens der Behörden zu berücksichtigenden Individualinteressen nur rudimentär konkretisiert. Auf administrativer Ebene existieren überdies kaum Verwaltungsvorschriften, die den Gebrauch des durch den Gesetzgeber eingeräumten Ermessensspielraums lenken. Die Erwägung, die Interessen des Unternehmers durch einen Vermögensschutz als hinreichend gewahrt anzusehen, überzeugt dabei nicht. Abgesehen davon, dass die Ersatzansprüche keinen umfassenden vermögensrechtlichen Investitionsschutz i.S. eines Schadenersatzes vorsehen, ist diesem Ansatz durch die moderne Eigentumsdogmatik und den Vorrang der Realvermeidung unverhältnismäßiger Eigentumseingriffe die Grundlage entzogen.

Thesenartig lässt sich der status quo des Investitionsschutzes im Zulassungsrecht folglich dahingehend zusammenfassen, dass (1.) der Verwaltung sowohl bei der erstmaligen Ausgestaltung von Zulassungen als auch bei der Einwirkung auf bestehende Zulassungen ein umfassendes Ermessen eingeräumt ist, (2.) das Zulassungsrecht aber deutliche Leitlinien für dessen Ausübung vermissen lässt, wobei es namentlich an einfach-gesetzlichen Konkretisierungen der verfassungsrechtlichen Grenzen des behördlichen Ermessens fehlt. Schließlich lässt sich (3.) effektiver Investitionsschutz nur verwirklichen, indem die Interessen des Zulassungsinhabers bereits auf der Primärebene, d.h. bei der Entscheidung über Gewährung eines Bestandsschutzes, angemessen berücksichtigt werden.

Ein maßgeblicher Grund für diesen Befund dürfte in der historischen Entwicklung des Zulassungsrechts liegen. Durch den vollständigen oder partiellen Rückgriff auf § 48 und insbesondere § 49 Abs. 2–6 VwVfG stehen selbst vergleichsweise junge Regelungsregime wie die Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz mittelbar in der Tradition der historischen Rechtsentwicklung des frühen 20. Jahrhunderts. Namentlich die Widerrufsregeln des VwVfG gehen in weiten Teilen auf die thüringische Landesverwaltungsordnung

von 1925 zurück, welche im Wesentlichen den bis dato erreichten Stand der Rechtsprechung und Forschung kodifizierte. Der status quo des Investitionsschutzes im Zulassungsrecht ist so geprägt durch eine bereichsspezifische Diversifizierung einerseits und andererseits ein gemeinsames ideengeschichtliches Fundament, dessen Ursprung einem modernen Verständnis der Aufgaben des Staates und Grundrechtsgeltung vorausliegt.

II. Erkenntnisinteresse

Die Legitimation eines Investitionsschutzes, der durch eine Vielzahl fachrechtsspezifischer, bisweilen „zusammengewürfelt“ anmutender Eingriffsoptionen, eine mitunter erhebliche Entscheidungskompetenz der Fachbehörden sowie partielle Gewährung eines Vermögensschutzes gekennzeichnet ist, erscheint höchst fragwürdig. Dieser wenigstens pointierte, so doch die wesentlichen Züge des geltenden Zulassungsrechts abbildende Befund drängt danach, die Sachgesetzhelken des Investitionsschutzes in seiner gegenwärtigen Gestalt zu erforschen und Leitlinien für die Ausgestaltung des Investitionsschutzes im Recht der gewerblichen Zulassungen zu identifizieren. Nachzuspüren ist den gesetzgeberischen Grundentscheidungen mit dem Ziel, übergreifende Regelungsstrukturen freizulegen. Idealerweise könnte es so gelingen, einen *modularen Aufbau des Zulassungsrechts* offenzulegen, bei dem einzelne Regelungsinstrumente abhängig von Art und Gewicht der durch die Ausgestaltung des Zulassungsrechts verfolgten öffentlichen Interessen kombiniert werden. Verstärkt wird dieses Interesse dadurch, dass zwar über das Erfordernis einer individualschützenden Ausgestaltung des Zulassungsrechts Einigkeit besteht – zu erinnern sei in diesem Zusammenhang nur an das dieser Arbeit vorangestellte, auf *Forsthoff* zurückgehende Zitat aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes⁹⁹ –, nicht aber über Grund und Reichweite dieses Schutzes. So lässt etwa die im Schrifttum gebrauchte Formulierung, dass eine Genehmigung „dem Bedürfnis des Betreibers nach Rechtssicherheit Rechnung tragen muss“, ¹⁰⁰ auf ein Verständnis schließen, nach dem der Aufhebungsschutz nicht allein Korrektiv der durch die Zulassung begründeten Abhängigkeit des Unternehmers ist, sondern umgekehrt die Zulassung einen durch den Aufhebungsschutz verwirklichten Investitionsschutz erst ermöglicht. Die Zulassung wird so zu einem Instrument aktiven Investitionsschutzes.

⁹⁹ BT-Drs. 7/910, S. 72 (zu § 45 Abs. 2 VwVfG-E); ähnlich bereits *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München 1973, S. 265; siehe auch 3. Teil, 1. Kapitel, II (S. 156).

¹⁰⁰ So aber *Karsten Sach*, Genehmigung als Schutzschild?, S. 20, der insoweit eine „Übereinstimmung“ mehrerer Auffassungen sieht.

Macht man sich daran, die Verwirklichung des Investitionsschutzes im Zulassungsrecht zu untersuchen, ist zu berücksichtigen, dass die Ausgestaltung des Investitionsschutzes Ergebnis der Abwägung kollidierender Interessen ist. Diese Abwägung ist dem Gesetzgeber anheimgegeben, soweit er sich im Rahmen des verfassungs- und unionsrechtlich Zulässigen bewegt. Davon ausgehend setzt es sich die vorliegende Abhandlung nicht zum Ziel, ein Konkurrenzmodell zur optimalen Verwirklichung des Investitionsschutzes im Zulassungsrecht zu entwickeln. Wohl aber soll sie einen Beitrag zur dogmatischen Durchdringung und Rationalisierung der Ausgestaltung des Zulassungsrechts in seiner gegenwärtigen Gestalt leisten. So mag dem einfachen Gesetzgeber durch die Verfassung zwar ein weitreichender Einschätzungs-, Gestaltungs- und Abwägungsspielraum zugestanden sein. Trifft er aber grundlegende Entscheidungen zur Ausgestaltung des Investitionsschutzes, schafft er dadurch selbst eine Sachgesetzlichkeit, die als Referenzmaßstab dienen und übergreifend verbindliche Regelungsstrukturen ausbilden kann. Unabhängig davon, wie ein Abweichen von dieser Sachgesetzlichkeit gleichheitsrechtlich zu würdigen ist, besteht doch in Rechtsprechung¹⁰¹ und Schrifttum¹⁰² Einigkeit darüber, dass die Folgerichtigkeit einfachgesetzlicher Wertungen Grundvoraussetzung einer rationalen und damit sachgerechten Gesetzgebung (und auch Rechtsanwendung) ist.

Wenn es dabei richtig ist, dass Investitionsschutz im Zulassungsrecht im Wesentlichen auf drei Säulen beruht – nämlich erstens den Wirkungen der durch den Gesetzgeber eingesetzten Regelungsinstrumente, zweitens der generell-abstrakten Verteilung des Risikos nachträglicher Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage und drittens der Ermittlung und Gewichtung der wirtschaftlichen Interessen des Unternehmers im Einzelfall, so muss eine Analyse des Investitionsschutzes folgende drei (Leit-) Fragen in den Mittelpunkt rücken:

- Welcher Regelungsinstrumente bedient sich der Gesetzgeber zur Verwirklichung bereichsspezifischer Ziele und wie lassen sich diese Instrumente kombinieren?

¹⁰¹ Vgl. z.B. BVerfGE 11, 283 (293); 17, 122 (132); 34, 103 (115); 50, 50 (51); 66, 214 (223 f.); zu einem Abriss über die Entwicklung der Rspr. des BVerfG im Steuerrecht siehe *Steffen Lampert*, Doppelbesteuerungsrecht und Lastengleichheit, Baden-Baden 2009, S. 209 ff.

¹⁰² Vgl. hierzu *Angelika Nußberger*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. München 2018, Art. 3 Rn. 98; *Rudolf Wendt*, Der Gleichheitssatz, NVwZ 1988, 778 (782 ff.); vgl. zum Steuerrecht, das bislang im Mittelpunkt jedenfalls der verfassungsgerichtlichen Rspr. zu den Anforderungen an die Folgerichtigkeit gesetzlicher Wertungen stand, z.B. *Karl Heinrich Friauf*, Steuergleichheit, Systemgerechtigkeit und Dispositionssicherheit als Prämissen einer rechtsstaatlichen Einkommensbesteuerung, StuW 1985, 308 ff.; *Klaus Tipke*, Steuergerechtigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Folgerichtigkeitsgebots, StuW 2007, 201 ff.

- Welchen Prämissen folgt der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Risikoverteilung und wie differenziert er zwischen Vermögens- und Bestandschutz?
- Welcher Kriterien bedient er sich, um die Ermittlung und Gewichtung der Interessen des Unternehmers bei der Ermessensausübung der Verwaltung zu steuern?

Dabei unterscheiden sich diese Fragen durch den Grad der Konkretisierung: So setzt der Gesetzgeber durch Verwendung bestimmter Regelungsinstrumente der Risikoverteilung einen äußeren Rahmen. Durch die inhaltliche Ausgestaltung dieser Instrumente konkretisiert er die Risikoverteilung in generalisierender Weise näher und durch abstrakt-generelle Vorgaben etwa über die Bestimmung der Grenze des dem Unternehmer Zumutbaren wirkt er schließlich auf die rechtliche Bewertung von Einzelfällen durch die Verwaltung ein. Gelänge es auf diese Weise, die dem Zulassungsrecht inhärenten Grundentscheidungen aufzuspüren und so die übergreifenden Regelungsstrukturen nachzuzeichnen, könnten diese dem Rechtsanwender etwa bei der Beantwortung von Zweifelsfragen – namentlich der Gewichtung der Interessen des Unternehmers bei der Ermessensausübung im Einzelfall – ebenso Orientierung bieten wie dem Gesetzgeber selbst, wenn er erneut öffentliche und private Interessen durch die Komposition einzelner Regelungsinstrumente und die materiell-rechtliche Risikoverteilung in Ausgleich zu bringen hat.

2. Kapitel

Systembildung

als Methode der Erkenntnisgewinnung

I. Aufgaben der Systembildung

Besteht somit Gewissheit über das Erkenntnisinteresse, ist in einem nächsten Schritt zu klären, mit Hilfe welchen methodischen Vorgehens sich diese Erkenntnisse gewinnen lassen könnten. Ausgehend von dem Ziel, gesetzgeberische Grundentscheidungen und übergreifende Regelungsstrukturen aufzudecken, gerät der Bereich der „Systembildung“ in den Blick. Hierbei handelt es sich – ganz allgemein gesprochen – um den Versuch, für größere Regelungsbereiche Vergleichbarkeiten, Zusammenhänge und Entwicklungslinien aufzuzeigen.¹⁰³ So hat *Larenz* den Begriff der Systembildung, allerdings bereits unter Zugrundelegung eines spezifischen Verständnisses des Begriffs „System“, dahingehend umschrieben, Systembildung sei „die Aufdeckung der Sinnzusammenhänge, in denen die einzelnen Rechtsnormen und Regelungen miteinander und mit den leitenden Prinzipien der Rechtsordnung stehen und ihre Darstellung in einer die Übersicht ermöglichenden, geordneten Weise (...)“.¹⁰⁴

Die Zuordnung der Untersuchung zum Bereich der Systembildung wird durch den möglichen Nutzen der Untersuchungsergebnisse bestätigt. Zu den als „klassisch“ zu bezeichnenden Funktionen der Systembildung im Bereich der Verwaltungswissenschaft¹⁰⁵ zählen etwa nach der Differenzierung *Schmidt-Aßmanns* vornehmlich die rechtspraktische, rechtsdogmatische und rechtspolitische Aufgabe.¹⁰⁶ Aus *rechtspraktischer* Sicht erfüllt Systembil-

¹⁰³ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. Heidelberg/Berlin 2006, S. 3 f.

¹⁰⁴ *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin 1975, S. 429; *ders./Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. München 1995, S. 263.

¹⁰⁵ Die allgemeine Bedeutung der Systembildung als zentrale Aufgabe der Rechtswissenschaften muss an dieser Stelle nicht näher erläutert werden; s. hierzu nur *Friedrich Carl v. Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814 (Nachdruck der Ausgabe von 1840, Hildesheim 1967, S. 22); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 263 ff.

¹⁰⁶ Hinzu kommt die in spezifischer Weise dem Zusammenhang zum Unionsrecht ent-

dung die Funktion, für die Vielzahl der im Verwaltungs- und Gerichtsalltag immer wieder ähnlich auftretenden Fragen in abstrakter Form Aussagen bereitzuhalten, die Standardantworten ermöglichen.¹⁰⁷ In *rechtsdogmatischer* Hinsicht kommt einem System die Aufgabe zu, konkrete Rechtsfragen unter Rückgriff auf das System argumentativ nachvollziehbar zu entscheiden, indem Vorschriften des Fachrechts mit Hilfe vertrauter Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute des allgemeinen Verwaltungsrechts ausgelegt und vice versa die Regelungen des allgemeinen Verwaltungsrechts vom Fachrecht ausgehend auf ihre fortdauernde Berechtigung hin überprüft werden.¹⁰⁸ In ihrer *rechtspolitischen* Funktion erfüllt Systembildung die Aufgabe, Wertungswidersprüche und Entwicklungsrückstände innerhalb und zwischen einzelnen Rechtsgebieten aufzudecken und so Anstöße für eine sinnvolle Fortentwicklung des Rechts zu geben.¹⁰⁹

Im Bereich des Zulassungsrechts kommen diese Anliegen der Systembildung in geradezu idealtypischer Weise zum Tragen. Ein Grund hierfür liegt in dessen Offenheit: Der Verwaltung ist bei der Einwirkung auf bestehende Zulassungen, teilweise sogar bei deren erstmaliger Ausgestaltung, ein umfassendes Ermessen eingeräumt. Hinzu kommt, dass die maßgeblichen ermessensleitenden und insbesondere ermessensbegrenzenden Gesichtspunkte aber ihrerseits einfachgesetzlich nur in wenigen Fällen konkretisiert und darüber hinaus auch verfassungsgesetzlich nur schwach vorgezeichnet sind. Ob sich Leitlinien für die Ermessensentscheidung – zu denken ist hierbei weniger an konkrete Einzelfälle, sondern eine gedachte Vielzahl von Sachverhalten – aus der inneren Systematik des jeweiligen Teilbereichs des Zulassungsrechts oder aber aus dessen Gesamtzusammenhang ergeben, lässt sich nur klären, wenn Gewissheit über die inneren Zusammenhänge des Rechtsgebiets, hier also die allgemeinen zulassungsrechtlichen Konkretisierungen verfassungsrechtlicher Vorgaben durch den Gesetzgeber, besteht. Das Unterfangen der Systembildung dient damit auch hier nicht nur rechtspraktischen, sondern darüber hinaus rechtsdogmatischen Bedürfnissen, indem sie ermöglicht, die fachrechtsspezifischen Regelungsmechanismen zur Interessenabwägung sowie das im allgemeinen Verwaltungsverfahrensniedergelegte Regelungsregime auf ihre innere Überzeugungskraft hin zu untersuchen. Die Dringlichkeit dieses Anliegens ergibt sich aus der zeitversetzten Entwicklung einzelner Teile des „modernen“ Zulassungsrechts, dessen Anfänge sich bis weit ins 19. Jahrhundert hinein

springende rezeptionsleitende Funktion; s. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 6.

¹⁰⁷ Ebd., S. 4; vgl. hierzu auch *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen (§ 33) in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, München 2008, Rn. 3 f.

¹⁰⁸ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 4 f.

¹⁰⁹ Ebd., S. 5 f.

nachverfolgen lassen.¹¹⁰ Da das Zulassungsrecht somit nicht „aus einem Guss“ geformt, sondern vielmehr Spiegel gesellschaftlicher und staatlicher Entwicklungen ist, trägt Systembildung zur Beantwortung der Frage bei, inwieweit ältere Bereiche des Zulassungsrechts diesen Entwicklungen Rechnung zu tragen vermögen und kann dem Gesetzgeber so einen ggf. bestehenden legislativen Anpassungsbedarf aufzeigen. Systembildung trägt damit auch dazu bei, zu klären, inwieweit ältere Bereiche des Zulassungsrechts „zukunftsfest“ sind und „neuen“ Wertentscheidungen des Gesetzgebers entsprechen. Dieser Aspekt ist freilich viel mehr als „nur“ ein rechtspolitischer, denn er betrifft in seinem Kern die Widerspruchsfreiheit des Zulassungsrechts.

II. Ordnung und Einheit als prägende Elemente des Systembegriffs

Lässt sich Systembildung begreifen als das „Aufdecken von Sinnzusammenhängen, in denen die einzelnen Rechtsnormen und Regelungen miteinander und mit den leitenden Prinzipien der Rechtsordnung stehen, und ihre Darstellung in einer die Übersicht ermöglichenden, geordneten Weise“,¹¹¹ so bleibt zunächst festhalten, dass die ordnende Darstellung der Erkenntnisse am Ende dieses Prozesses steht. Diese Ordnungsfunktion wird in den in der Jurisprudenz gebräuchlichen Definitionen des Begriffes „System“ übergreifend als eines der beiden begriffsbestimmenden Elemente angesehen.¹¹² Der Begriff der Ordnung allein sagt allerdings noch nichts über die ordnungsstiftenden Kriterien aus. Wie diese Kriterien beschaffen sein müssen, hängt indes vom jeweiligen Systemverständnis und der durch die Systembildung zu bewältigenden Aufgabe ab und lässt sich kaum abstrakt bestimmen. Immerhin lässt sich festhalten, dass dem Begriff „Sinnzusammenhang“ – der offensichtlich an die von *v. Savigny* gewählte For-

¹¹⁰ Zu denken ist hier namentlich an die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund aus dem Jahr 1869; einzelne Bereiche des heutigen Zulassungsrechts wie etwa das Bergrecht lassen sich zwar noch wesentlich weiter zurückverfolgen, enthielten aber noch nicht die im Mittelpunkt vorliegender Untersuchung stehenden Regelungsinstrumente.

¹¹¹ Siehe Fußn. 104.

¹¹² Vgl. nur *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. Berlin 1983, S. 12 m.w.N.; *August Hegler*, Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozessrechts, in: Heinrich Stoll (Hrsg.), Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, Tübingen 1931, S. 216. In seinem Werk „System des heutigen römischen Rechts“ beschreibt *Friedrich Carl v. Savigny* ein System als „inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft“ (Bd. I, 2. Neudruck der Ausgabe von 1840, Aalen 1981, S. 214); zwar verwendet er den Begriff der Ordnung nicht explizit, doch ist er der von ihm gewählten Begriffsbestimmung immanent.