

Mannheimer Studienbriefe 2

Brühl 2018

Prof. Dr. Christoph Labrenz

Rechtliche Grundlagen des Verwaltungshandelns

Verwaltungsrecht



Prof. Dr. Christoph Labrenz

Rechtliche Grundlagen des
Verwaltungshandelns

Verwaltungsrecht

Brühl/Rheinland 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-96744-002-7

Druck: Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl

Impressum:

Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung
Willy-Brandt-Str. 1
50321 Brühl

www.hsbund.de

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes, ist ohne Zustimmung des Autors unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen und die Einspeicherung und Bearbeitung in elektronischen Systemen.

Inhalt

Inhalt.....	I
Abkürzungen	III
1. Einleitung	1
2. Verwaltungsrecht und Verwaltung.....	3
2.1 Begriff und Bedeutung des Verwaltungsrechts	3
2.1.1 Verfassungs- und Verwaltungsrecht.....	3
2.1.2 Öffentliches Recht und Zivilrecht	4
2.1.3 Kategorisierungen des Verwaltungsrechts	8
2.2 Begriff und Bedeutung der Verwaltung	11
2.2.1 Verwaltungstätigkeit	11
2.2.2 Verwaltungsorganisation.....	13
2.2.3 Kategorisierungen der Verwaltungstätigkeit	20
3. Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen der Verwaltungstätigkeit.....	22
3.1 Das Rechtsstaatsprinzip; Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG	22
3.1.1 Zur Gesetzes- / Rechtsbindung der Verwaltung.....	22
3.1.2 Zur Verfassungsbindung der Verwaltung.....	26
3.2 Einzelheiten zum rechtsstaatlichen Vorgehen der Behörden	30
3.2.1 Grundrechtsbindung	30
3.2.2 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	36
3.2.3 Beurteilungsspielraum und Ermessen	39
4. Handlungsformen der Verwaltung	52
4.1 Das öffentlich-rechtliche Verwalten.....	52
4.1.1 Hoheitliche Akte.....	52
4.1.2 Nicht-hoheitliche Akte ("Gleichordnungsverhältnis")	55
4.2 Das zivilrechtliche Verwalten	56
4.2.1 Verwaltungsprivatrecht	56
4.2.2 Fiskalische Hilfsgeschäfte.....	57
4.2.3 Erwerbswirtschaftliche Betätigung	58
4.3 Probleme im Zusammenhang mit der Handlungsform.....	58
5. Das Vorgehen mittels Verwaltungsakt.....	60
5.1 Das Instrument des Verwaltungsaktes.....	60
5.1.1 Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes, § 35 Satz 1 VwVfG	60
5.1.2 Allgemeinverfügungen, § 35 Satz 2 VwVfG	64
5.2 Die Bedeutung und Funktion von Verwaltungsakten.....	67
5.2.1 Vorzüge des Verwaltungsaktes aus Behördenperspektive	67
5.2.2 Vorzüge des Verwaltungsaktes aus Bürgerperspektive.....	70
5.3 Arten von Verwaltungsakten.....	71
5.3.1 Belastende und begünstigende Verwaltungsakte	71
5.3.2 Befehlende und gestattende Verwaltungsakte.....	71
5.3.3 Rechtsgestaltende und feststellende Verwaltungsakte	72
5.4 Wirksamkeit von Verwaltungsakten	73

INHALT

5.4.1	Beginn	73
5.4.2	Ende.....	82
5.5	Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt.....	85
5.5.1	Begriff	85
5.5.2	Abgrenzung zwischen Inhalts- und Nebenbestimmung	86
5.5.3	Die wichtigsten Nebenbestimmungen.....	87
5.6	Zur Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten	90
5.6.1	Voraussetzungen einer Aufhebung.....	90
5.6.2	Zeitliche Grenzen einer Aufhebung	93
5.7	Zur Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten	94
5.7.1	Rechtsgrundlage	95
5.7.2	Formelle Rechtmäßigkeit	98
5.7.3	Materielle Rechtmäßigkeit	101
6.	Das Verwaltungsverfahren	105
6.1	Begriff	105
6.2	Die im VwVfG geregelten Verwaltungsverfahren.....	105
6.2.1	Das allgemeine Verwaltungsverfahren.....	105
6.2.2	Das förmliche Verwaltungsverfahren.....	105
6.2.3	Das Planfeststellungsverfahren	107
6.2.4	"Verfahren über einheitliche Stelle"	107
6.3	Das allgemeine Verwaltungsverfahren.....	108
6.3.1	Die Beteiligten.....	108
6.3.2	Der Ablauf.....	110
6.3.3	Näheres zur Art und Weise Verwaltungstätigkeit während des Verwaltungsverfahrens.....	112
6.3.4	Der Bescheid	124
7.	Verwaltungsrechtsschutz.....	129
7.1	Gerichtlicher Rechtsschutz.....	129
7.1.1	Rechtsschutzgarantie	129
7.1.2	Verwaltungsrechtsweg	129
7.1.3	Die statthaften Klagearten	132
7.1.4	Das Sonderproblem der Erledigung im Verwaltungsprozess..	139
7.2	Außergerichtlicher Rechtsschutz.....	141
7.2.1	Formlose Rechtsbehelfe	141
7.2.2	Förmliche Rechtsbehelfe, insbesondere Widerspruch.....	142
8.	Methodik	147
	Hinweise zum Autor.....	149
	Literaturverzeichnis.....	150

Abkürzungen

a. A.	andere Auffassung / anderer Auffassung / anderen Auffassung
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGVwGO BW	Ausführungsgesetz zur VwGO Baden-Württemberg
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Atomgesetz
ASOG	Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz
Aufl.	Auflage
BAföG	Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung (Bundesausbildungsförderungsgesetz)
BauO Bln	Bauordnung Berlin
BauO NRW	Bauordnung NRW
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld und -elternzeitgesetz)
BerlHG	Berliner Hochschulgesetz
BerlStrG	Berliner Straßengesetz
BerlVerf	Berliner Verfassung
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
EEG NRW	Enteignungs- und Entschädigungsgesetz Nordrhein-Westfalen
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung
etc.	et cetera (und so weiter)
f.	folgende/r (Seite, Paragraph etc.)
ff.	folgende (Seiten, Paragraphen etc.)
GemO BW	Gemeindeordnung Baden-Württemberg
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO NRW	Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen

ABKÜRZUNGEN

HGB	Handelsgesetzbuch
HG NRW	Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen
h. M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
HwO	Handwerksordnung
i. E.	im Ergebnis
i. d. R.	in der Regel
i.H.d.	in Höhe des / der
InsO	Insolvenzordnung
i. S.	im Sinne
i. V.	in Verbindung
JustG NRW	Justizgesetz NRW
JZ	Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
LBO BW	Landesbauordnung Baden-Württemberg
LHG BW	Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg
LVwZG	Landesverwaltungszustellungsgesetz
LWG NRW	Landeswassergesetz NRW
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MBO	Musterbauordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
OBG NRW	Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLGZ	Oberlandesgericht (Entscheidungen der OLGe in Zivilsachen)
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PolG BW	Polizeigesetz Baden-Württemberg
PolG NRW	Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen
Rdnr.	Randnummer
SaatG	Saatgutverkehrsgesetz
SächsBO	Sächsische Bauordnung
SächsGemO	Sächsische Gemeindeordnung
SächsHSFG	Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz
SächsJustG	Sächsisches Justizgesetz
SächsPolG	Sächsisches Polizeigesetz
SächsStrG	Sächsisches Straßengesetz
SächsVerf	Sächsische Verfassung
SGB II	Sozialgesetzbuch, Teil 2
SGB X	Sozialgesetzbuch, Teil 10
sog.	Sogenannte
SortSchG	Sortenschutzgesetz
StBerG	Steuerberatergesetz
StrG BW	Straßengesetz Baden-Württemberg
StrWG NRW	Straßen und Wegegesetz Nordrhein-Westfalen
u. a.	unter anderem/n

ABKÜRZUNGEN

Verf BW	Landesverfassung Baden-Württemberg
Verf NRW	Landesverfassung Nordrhein-Westfalen
vgl.	vergleiche
VO VwVG	Verordnung zur Ausführung des Verwaltungsvollstreckungsge-
NRW	setzes Nordrhein-Westfalen
NRW	
VwVfG	(Bundes-)Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
VwVG NRW	Verwaltungsvollstreckungsgesetz Nordrhein-Westfalen
VwZG	Verwaltungszustellungsgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZSKG	Gesetz über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes (Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz)

1. Einleitung

Nach Erarbeiten dieses Studienbriefs sollen die Studierenden

- | | |
|---|--|
| ✓ | einen Überblick über das Handlungsinstrumentarium sowie die Begrifflichkeiten und Mechanismen der Verwaltung geben können, |
| ✓ | die Rechtsstaatlichkeit des Einsatzes jener Handlungsinstrumente einschätzen können, |
| ✓ | die Einzelheiten eines Vorgehens mittels Verwaltungsakts kennen, |
| ✓ | die Einzelheiten eines Vorgehens mittels öffentlich-rechtlichem Vertrags kennen, |
| ✓ | das Verwaltungsverfahren in seinen Grundzügen beherrschen, |
| ✓ | praktische Anwendungsfälle vertretbar lösen können, |
| ✓ | Methodenkompetenz erworben haben. |

Lernziele

Der vorliegende Studienbrief zum Modul 2 dient der Einführung in das System des Verwaltungsrechts und in das verwaltungsrechtliche Denken. Dazu wird, ausgehend von den Begriffen "Verwaltung" und "Verwaltungsrecht" (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 2), zunächst ein Überblick über die rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen rechtsstaatlicher Verwaltungstätigkeit (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 3) sowie über die Handlungsinstrumente der Behörden des Verwaltungsrechts gegeben. Im Anschluss hieran werden einzelne dieser Handlungsinstrumente in den Blick genommen und im Detail behandelt; das gilt besonders für das in §§ 35 ff. VwVfG vorgesehene Handlungsinstrument des Verwaltungsaktes (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5).

Dabei wird versucht, möglichst jede rechtliche Erläuterung sogleich mit einem oder mehreren "Kurzbeispielen" zu illustrieren, um hierdurch von Anfang an ein "Gefühl für die Praxis" (mit-)zuvermitteln. Zu beachten gilt es hierbei, dass jene Kurzbeispiele freilich nicht im für eine fachgerechte, den Prüfungsanforderungen genügende Falllösung notwendigen Gutachtenstil gelöst werden; das Anliegen der Kurzbeispiele ist allein, das Gesagte handgreiflich zu machen. Im Unterschied dazu dienen die "Übungsfälle", auf die weiter hinten im Studienbrief verwiesen wird, einem anderen Zweck; hier sollen die Studierenden sich einmal daran versuchen, einen detaillierteren Sachverhalt rechtlich zu beurteilen. Für die Studierenden gilt es hier also, nach einer Lösung zu suchen. Ein Lösungsvorschlag findet sich deswegen ebenfalls nicht im Studienbrief, sondern lediglich auf der Lernplattform der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung.

Kurzbeispiele und
Übungsfälle

Klar zu machen gilt es sich bei alledem von vornherein, dass die hier gemachten Ausführungen angesichts ihrer Kürze und Skizzenhaftigkeit nicht dazu dienen können, eine vertiefte verwaltungsrechtliche Kenntnis der Studierenden herzustellen. Herangezogen werden muss daher mindestens ein Lehrbuch zum All-

Weiterführende
Literatur

gemeinen Verwaltungs- bzw. zum Allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht. Das Lehrbuch welcher Autorin / welches Autors verwandt wird, ist letztlich "Geschmackssache" des Studierenden; dies deshalb, weil die Studierenden in Bezug auf den Schreibstil von Autorinnen und Autoren unterschiedliche Präferenzen entwickeln. Im Studienbrief wird hauptsächlich entweder auf das Standardwerk von *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, oder von *Steffen Detterbeck*, Öffentliches Recht, Bezug genommen. Wird ein anderes Lehrbuch verwandt, sollten Vertiefungshinweise gleichwohl ernst genommen werden. Die Stelle, an welcher das betreffende Thema im bevorzugten Lehrbuch behandelt wird, muss dann freilich mithilfe des Inhaltsverzeichnisses, notfalls mithilfe des Stichwortverzeichnisses ermittelt werden.

2. Verwaltungsrecht und Verwaltung

2.1 Begriff und Bedeutung des Verwaltungsrechts

2.1.1 Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Beginnt man sich mit Verwaltungsrecht zu befassen, gilt es dieses zunächst ins rechte Verhältnis zum Verfassungsrecht zu setzen bzw. vom Verfassungsrecht abzugrenzen. Eine Verfassung enthält mit Blick auf die in der Staatstheorie tradierte Vorstellung von den "Vertragsmodellen", etwa die von *Thomas Hobbes* (Leviathan) bzw. *Jean-Jacques Rousseau* (Gesellschaftsvertrag), *staatsstatuierende Festlegungen*. D. h. sie sieht die Errichtung eines bestimmten Staates mit einer bestimmten Staatsform vor. Geklärt wird durch das Verfassungsrecht hiernach vor allem, wer Träger der Staatsgewalt ist und wie dieser sie auszuüben hat, einschließlich aller damit aufgeworfenen Folgefragen (ungeteilte oder geteilte Staatsgewalt, Art und Weise der Erlangung der Staatsgewalt, Dauer der Ämter, Verlust der Staatsgewalt usw.). Nichts anderes gilt für die bundesdeutsche Verfassung, das Grundgesetz. Es sieht in Art. 20 Abs. 1 GG ausdrücklich die Gründung eines demokratischen wie auch sozialen Bundesstaates vor. Diese Aussage impliziert die Kernfestlegung einer jeden Verfassung, nämlich die Errichtung eines *Staates*. Von besonderer Wichtigkeit für die hier anzustellenden Betrachtungen ist die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG getroffene Entscheidung für einen Rechtsstaat (vgl. zu den Staatsstrukturprinzipien im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

Wesen des Verfassungsrechts

Demgegenüber handelt es sich beim Verwaltungsrecht nur noch um *ausgeübte Staatsgewalt*, und zwar in legislativer Ausprägung; so wie auch Verwaltung und Rechtsprechung nichts anderes als ausgeübte Staatsgewalt, indessen in exekutiver bzw. in judikativer Ausprägung, sind. Die Rede ist im Zusammenhang mit Recht, das nicht Verfassungsrecht ist, gemeinhin von "einfachem Recht". Dabei tritt das Verwaltungsrecht vornehmlich in Gestalt des *formellen wie auch materiellen Gesetzes* auf, d. h. in der Gestalt "parlamentarischer allgemeiner Regeln" (vgl. zum Begriff formelles und materielles Gesetz im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Desgleichen zum Verwaltungsrecht gehören aber auch die durch Stellen der Exekutive erlassenen, lediglich *materiell-gesetzlichen* Rechtsverordnungen und Satzungen. Gemeinsam ist den allermeisten verwaltungsrechtlichen Vorschriften folglich die "allgemeine Regel". Die Eigenart von "Regeln" ist es, einen gemeinten Sachverhalt durch nähere Beschreibung zu erfassen, um vorzusehen, wie dieser Sachverhalt behördlicherseits behandelt werden soll, kurz: "Regeln" sind ein "Wenn-Dann-Mechanismus". Ersteres, d. h. die Beschreibung des gemeinten Sachverhalts, nennt man gemeinhin "Tatbestand"; im Zusammenhang mit Letzterem ist von "Rechtsfolge" die Rede. Die Regel besteht also aus den Elementen Tatbestand und Rechtsfolge. Für "allgemein" erachtet werden sog. "abstrakt-generelle"

Wesen des Verwaltungsrechts

Regeln. Dabei bedeutet "abstrakt", dass eine Regel nicht nur einen bestimmten Sachverhalt erfasst, sondern sämtliche Sachverhalte derselben Eigenart; und mit "generell" ist gemeint, dass eine Regel nicht nur für einzelne Rechtsunterworfenen gilt, sondern für alle Rechtsunterworfenen (vgl. zur Abgrenzung zu "konkret-individuellen", zu Einzelfallregeln im Einzelnen noch 4.1.1.1)

Normenbeispiel

Machen Sie sich das Gesagte anhand von § 35 Satz 1 GewO klar; hier heißt es:

§ 35 GewO

(1) ¹Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. ...

Die Vorschrift zergliedert sich in Tatbestand und Rechtsfolge: Der Tatbestand lautet: " ... wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist ... ", und die Rechtsfolge: "... Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen ... "

Vereinbarkeit von
Verfassungs- und
Verwaltungsrecht

Nahezu von selbst versteht sich angesichts der oben angestellten Überlegungen, dass es einer inhaltlichen Übereinstimmung des Verwaltungs- mit dem Verfassungsrecht bedarf. D. h. das gesamte Verwaltungsrecht hat "verfassungskonform" bzw. "grundgesetzkonform" zu sein. Sofern verwaltungsrechtliche Vorschriften mit dem Grundgesetz nicht in Einklang zu bringen sind, werden sie durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich für nichtig erklärt, beispielsweise auf eine sog. "Verfassungsbeschwerde" hin, vgl. § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG (vgl. für des Weiteren, für sog. "abstrakte" bzw. "konkrete Normenkontrollen" § 78 Satz 1 bzw. § 82 Abs. 1 BVerfGG und im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

2.1.2 Öffentliches Recht und Zivilrecht

Definition Verwaltungsrecht; modifizierte Subjektstheorie; Sonderrechtstheorie

Die Unterscheidung zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht erklärt nun allerdings noch nicht, wie das Verwaltungsrecht von den anderen beiden großen Gebieten "Strafrecht" und "Zivilrecht" abgegrenzt werden kann; denn auch Straf- und Zivilrecht gehören ja nicht dem Verfassungsrecht an, sind vielmehr, wie das Verwaltungsrecht auch, nur ausgeübte Staatsgewalt in legislativer Ausprägung, kurz: einfaches Recht (vgl. dazu im Einzelnen bereits 2.1.1). Maßgeblich für eine Abgrenzung ist die gemeinhin bekannte und gebrauchte Definition für das Öffentliche Recht, derzufolge dieses *die Rechtsbeziehung zwischen dem Staat als solchem einerseits und den Rechtsunterworfenen andererseits*

rerseits regelt, es mithin *den Staat als solchen* berechtigt oder verpflichtet (h. M., sog. "modifizierte Subjektstheorie" bzw. "Sonderrechtstheorie"). Die Betonung legt dabei auf "den Staat *als solchen*"; allein die Tatsache, dass eine Vorschrift (auch) die Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und Rechtsunterworfenen regelt, macht sie folglich noch nicht zur verwaltungsrechtlichen. Zur Verdeutlichung denke man einmal daran, dass eine Gebietskörperschaft, etwa ein Bundesland oder ein Landkreis, einem Rechtsunterworfenen eine bewegliche Sache verkauft, z. B. einen ausgedienten Polizeiwagen. Das hat zur Folge, dass das betreffende Bundesland bzw. der betreffende Landkreis nunmehr nach § 433 Abs. 1 BGB verpflichtet wird, dem betreffenden Rechtsunterworfenen die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Hingegen ist der betreffende Rechtsunterworfene seinerseits nach § 433 Abs. 2 BGB verpflichtet, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. Für den angeführten Fall regelt § 433 BGB also ganz zweifelsohne die Rechtsbeziehung zwischen Staat und Rechtsunterworfenen; gleichwohl handelt es sich bei § 433 BGB deswegen nicht um eine öffentlich-rechtliche, um eine verwaltungsrechtliche Vorschrift. Kennzeichnend für eine öffentlich-rechtliche, für eine verwaltungsrechtliche Vorschrift ist vielmehr, dass sie "den Staat *als solchen*" berechtigt oder verpflichtet, dass ihm also insbesondere im Vergleich zu Rechtsunterworfenen Sonderrechte eingeräumt bzw. Sonderpflichten auferlegt werden, d. h. Rechte bzw. Pflichten, die exklusiv ihm zustehen bzw. exklusiv ihn treffen. Das trifft z. B. auf den bereits erwähnten § 35 GewO zu; der Erlass einer gewerberechtlichen Untersagungsverfügung wird hier exklusiv dem Gewerbeamt und damit dem Staat gestattet.

Mithilfe der modifizierten Subjektstheorie lassen sich Straf- und Zivilrecht zutreffend ins bundesdeutsche Rechtssystem einordnen: Das *Strafrecht* gehört bei Lichte betrachtet dem öffentlichen Recht an; es ist freilich kein Teil des Verwaltungsrechts, sondern ein eigener, gleichsam gleichberechtigt neben dem Verwaltungsrecht stehender Teil des öffentlichen Rechts. Dagegen hebt sich das *Zivilrecht* vom öffentlichen Recht ab, bildet also einen zweiten großen Komplex des einfachen Rechts. Somit lässt sich das System des bundesdeutschen Rechts nach unterschiedlichen Gesichtspunkten wie folgt einteilen: Einerseits bilden Verfassungs-, das Verwaltungs- und das Strafrecht gemeinsam das *Öffentliche Recht*; hinzuzufügen gilt es genauigkeitshalber, dass es sich beim Verwaltungs- und Strafrecht um "einfaches öffentliches Recht" handelt. Diese Gemeinsamkeit, nämlich dass sie *einfaches Recht* sind, teilen sich andererseits wiederum das Verwaltungs-, das Straf- und das Zivilrecht.

Verwaltungsrecht,
Strafrecht, Zivilrecht

Nach der *Subordinationstheorie* kommt es für die Einordnung einer Vorschrift als öffentlich-rechtliche oder als zivilrechtliche demgegenüber darauf an, ob sie zwischen dem Staat und den Rechtsunterworfenen ein "Subordinationsverhältnis" begründet; ist dem so, soll es sich um eine öffentlich-rechtliche Vorschrift handeln, sonstigenfalls um eine zivilrechtliche. Bedenken erhoben werden gegen die Subordinationstheorie gemeinhin vor allem unter Hinweis auf die Fol-

Subordinationstheorie;
Interessentheorie

gen, die ihre Beachtung hätte. Namentlich müssten dann auch diverse Vorschriften des BGB als öffentlich-rechtliche angesehen werden; z. B. besteht zwischen Eltern und Kindern angesichts des elterlichen Erziehungsrechts des § 1626 Abs. 2 BGB ein Subordinationsverhältnis. Die genannte Vorschrift deswegen als öffentlich-rechtliche anzusehen kann mangels Beteiligung des Staates am Subordinationsverhältnis indessen nicht richtig sein. Umgekehrt gehen etwa die Vorschriften der §§ 54 ff. VwVfG mitnichten von einem Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Rechtsunterworfenen aus; sie deswegen für Zivilrecht zu nehmen, erscheint angesichts der Voraussetzung, dass von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag nur dann die Rede ist, wenn ein "Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet" wird, gleichwohl fehlsam. Die *Interessentheorie* hebt zur Abgrenzung zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht auf den Zweck der betreffenden Vorschrift ab: Vorschriften, die dem Allgemeininteresse dienen, sollen öffentlich-rechtliche sein, und Vorschriften, die dem Einzelinteresse Rechtsunterwerfener dienen, zivilrechtliche. Bemängelt werden wiederum die Folgen, die eine Anwendung dieses Leitsatzes hätte. So müsste man einerseits diverse Vorschriften des BGB, etwa § 556 d BGB, ggf. als Öffentliches Recht ansehen; andererseits wären z. B. die Grundrechte bzw. die staatshaftungsrechtlichen Vorschriften der Landespolizeigesetze, weil sie im Einzelinteresse bestehen, dem Zivilrecht zuzuschlagen. Sieht man vom Regelungszweck einmal ab und nimmt den Regelungsgehalt in den Blick, erscheint das nicht stimmig. Hinzu kommt, dass eine Vielzahl von Vorschriften gar nicht entweder dem Allgemein- oder dem Individualinteresse, sondern *sowohl dem Allgemein- als auch dem Individualinteresse* zu dienen bestimmt ist; man denke nur einmal an die in den Landesbauordnungen enthaltenen Vorschriften zu einzuhaltenden Abstandsflächen. Nach der Interessentheorie wäre eine eindeutige Zuordnung dieser Vorschriften entweder zum Öffentlichem Recht oder aber zum Zivilrecht – und einer solchen bedarf es, denn sowohl öffentlich- als auch zivilrechtliche Vorschriften kann es nicht geben – nicht möglich. Und auch solcherlei Vorschriften pauschal entweder für Öffentliches Recht oder für Zivilrecht zu erachten, wirkte zumindest befremdlich. Gleichwohl werden Subordinations- und Interessentheorie gemeinhin weniger als "gegenläufige", sondern eher als "ergänzende" Überlegungen zur Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht herangezogen; denn gänzlich unzutreffende Gedankenansätze enthalten diese Theorien sicher nicht.

Anwendungsrelevanz

Hinzugefügt sei diesen Ausführungen, dass es selten einmal notwendig sein wird, auf die angeführten Theorien zurückzugreifen, um eine Vorschrift als öffentlich-rechtliche oder als zivilrechtliche einzuordnen. Für die meisten Vorschriften steht dies nämlich fest und es erschiene merkwürdig, dies zu problematisieren. Ob eine Vorschrift als öffentlich-rechtliche oder als zivilrechtliche anzusehen ist, erhellt zumeist bereits mit Blick darauf, welchem Gesetzeswerk sie entstammt. So gehören die in öffentlich-rechtlichen Gesetzeswerken des Allgemeinen Verfahrensrechts (VwVfG) sowie des Fachrechts (BImSchG, GewO, Landesbauordnungen, Landespolizei- bzw. Landesordnungsgesetze etc.)

enthalten Vorschriften nahezu ausnahmslos dem öffentlichen Recht an. Demgemäß sind die in den zivilrechtlichen Gesetzeswerken (BGB, HGB, GmbHG, AktG usw.) enthaltenen Vorschriften in der Regel auch zivilrechtliche. Unter Abhebung auf das Gesetzeswerk lässt sich also relativ schnell feststellen, ob eine "Streitigkeit" eine öffentlich-rechtliche oder eine zivilrechtliche ist, ob also der Verwaltungsrechtsweg oder der ordentliche Rechtsweg eröffnet ist (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 7.1.2).

Die zuständige Behörde erlässt gegen die Heilemann-GmbH (H-GmbH), die eine Privatkrankenanstalt ohne Gewerbeerlaubnis betreibt, eine Untersagungsverfügung, gestützt auf § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO.

Beispiel 1

§ 15 GewO

...

(2) ¹Wird ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben, so kann die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden. ...

§ 30 GewO

(1) ¹Unternehmer von Privatkranken- und Privatentbindungsanstalten sowie von Privatnervenkliniken bedürfen einer Konzession der zuständigen Behörde.

²Die Konzession ist nur dann zu versagen, wenn

1. Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Unternehmers in Beziehung auf die Leitung oder Verwaltung der Anstalt oder Klinik dartun,

...

Durch § 15 Abs. 2 GewO wird der Staat als solcher (nicht: wie jedermann) berechtigt, eine Untersagung auszusprechen; bzw.: eine Untersagung auszusprechen ist ein dem Staat zukommendes Sonderrecht (modifizierte Subjektstheorie). Hiernach ist § 15 Abs. 2 GewO eine öffentlich-rechtliche Vorschrift. Dies bedarf angesichts des Umstandes, dass die Vorschrift der GewO entstammt, die wiederum Teil des klassischen Polizei- und Ordnungsrechts ist, eigentlich keiner näheren Begründung.

Nachdem die zuständige Behörde der H-GmbH (Beispiel 1) die Gewerbeerlaubnis erteilt hat, hebt sie diese wieder auf. Die H-GmbH, die auf das Fortbestehen der Gewerbeerlaubnis schutzwürdig vertraut hat, beansprucht nunmehr eine Entschädigung nach § 48 Abs. 3 VwVfG.

Beispiel 2

Der Staat wird hier als solcher (nicht: wie jedermann) verpflichtet, den Vermögensnachteil auszugleichen; bzw.: den Vermögensnachteil auszugleichen ist eine dem Staat zukommende Sonderpflicht (modifizierten Subjektstheorie). Damit ist § 48 Abs. 3 VwVfG eine öffentlich-rechtliche Vorschrift. Dies bedarf angesichts ihrer Verortung im VwVfG eigentlich keiner näheren Begründung.

Beispiel 3

Die finanzschwache Gemeinde Pleitenhagen (P) veräußert durch notariell beurkundeten Kaufvertrag mehrere Grundstücke an Arnulf Aufkauf (A), um kurzfristig an Geld zu gelangen.

§ 311 b BGB

(1) ¹Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. ...

...

§ 433 BGB

(1) ¹Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen.

²Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Der Staat wird durch § 433 Abs. 2 BGB nicht als solcher, sondern wie jeder andere (Rechtsunterworfenen) auch berechtigt, im Falle eines wirksamen Vertragsschlusses den Kaufpreis zu verlangen; das Recht, den Kaufpreis zu verlangen ist also kein Sonderrecht des Staates. Und der Staat wird nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht als solcher, sondern wie jeder andere (Rechtsunterworfenen) verpflichtet, das Grundstück zu übereignen; diese Pflicht ist keine staatliche Sonderpflicht. Damit ist § 433 BGB eine zivilrechtliche Vorschrift. Das folgt aber bereits eindeutig aus ihrer Verortung im BGB.

2.1.3 Kategorisierungen des Verwaltungsrechts

Einteilung des Verwaltungsrechts

Unterschieden wird angesichts der im bundesdeutschen Recht üblichen, "allgemeine Regelungen vor die Klammer ziehenden" Gesetzgebung zwischen dem "Allgemeinen Verwaltungsrecht" und dem "Besonderen Verwaltungsrecht."

Allgemeines Verwaltungsrecht

Das Allgemeine Verwaltungsrecht ist vornehmlich im VwVfG^{1, 2} geregelt und enthält allgemeine *Verfahrens-* und *Formvorschriften*; so statuiert beispielsweise § 28 VwVfG die Pflicht, Beteiligte vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes anzuhören, und § 39 VwVfG die Pflicht, schriftliche Verwaltungsakte schriftlich zu begründen. Darüber hinaus finden sich im VwVfG aber auch

¹ Bzw. aus den VwVfGen der Länder. Das sind z. T. (wortgleiche) Vollgesetze, wie beispielsweise das VwVfG NRW bzw. das LVwVfG BW / z. T. (statische / dynamische) Verweisungsgesetze, wie etwa das BerlVwVfG bzw. das SächsVwVfG.

² Anwendbar ist das VwVfG, sofern Bundesbehörden Bundesrecht bzw. Landesbehörden Bundesrecht im Auftrag des Bundes ausführen, im Übrigen Landesverfahrensrecht, vgl. dazu § 1 Abs. 1 - 3 VwVfG.

eine Vielzahl von *materiellen Vorschriften*, insbesondere zu den Handlungsinstrumenten "Verwaltungsakt" und "öffentlich-rechtlicher" Vertrag. Namentlich werden, was zunächst den *Verwaltungsakt* angeht, Festlegungen getroffen insbesondere zu Begriffsmerkmalen und Erscheinungsformen (§ 35 VwVfG), zu Wirksamkeitsanforderungen (§§ 43, 44 VwVfG), zur Zulässigkeit von Nebenbestimmungen (§ 36 VwVfG) sowie zur Aufhebung (§§ 48 ff. VwVfG). Bzgl. Des *öffentlich-rechtlichen Vertrags* enthält das VwVfG Festlegungen zum Zustandekommen und zu Erscheinungsformen (§§ 51, 55, 56 VwVfG) und zur Wirksamkeit (§§ 57, 58, 59 VwVfG). Von vornherein zu vergegenwärtigen gilt es sich, dass die Vorschriften des VwVfG immer gelten, d. h. für sämtliche Verwaltungsakte bzw. öffentlich rechtlichen Verträge, *sofern im Besonderen Verwaltungsrecht nichts Spezielleres festgelegt ist*.³

Mit Besonderem Verwaltungsrecht ist das bundes- bzw. landesrechtliche "Fachrecht" gemeint, d. h. die Festlegungen zu den einzelnen verwaltungsrechtlich reglementierten Sachmaterien (vgl. zur Zuständigkeit des Bundes und der Länder Art. 70 ff. GG und im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Zum bundesrechtlichen Fachrecht gehören z. B. das im Wesentlichen im BImSchG zusammengefasste *Bundesimmissionsschutzrecht*, das die Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebs immissionsträchtiger Anlagen regelt, und das in der GewO enthaltene *Gewerberecht*⁴, das der Überwachung der Ausübung von Gewerben dient. Um landesrechtliches Fachrecht handelt es sich etwa beim in den Landespolizei- bzw. Landesordnungsgesetzen⁵ und Landesbauordnungen⁶ verorteten *Polizei- und Ordnungsrecht* bzw. *Bauordnungsrecht*. Das Besondere Verwaltungsrecht enthält zum einen spezielle *Verfahrens- und Formvorschriften*, vor allem aber *materielle Vorschriften*, insbesondere die für das Fachrecht notwendigen gesetzlichen Ermächtigungen (vgl. zum Bedürfnis von gesetzlichen Ermächtigungen im Einzelnen noch 3.1.1.2). Derartige gesetzliche Ermächtigungen finden sich im bundesrechtlichen Fachrecht beispielsweise in den §§ 20, 25 BImSchG (zum Erlass einer Untersagungsverfügung) und in §§ 15 Abs. 2, 35 GewO (zum Erlass einer Untersagungsverfügung), im

Besonderes Verwaltungsrecht

³ Es gilt: *lex specialis derogat legi generali* = die speziellere Regel derogiert die allgemeine; vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.2

⁴ Diese inhaltliche Aufteilung zwischen allgemeinen und besonderen Rechts-Teilen ist üblich und wird immer kleinteiliger, so dass man sie anfangs schwer überblickt: Genau genommen stellt sich die Gewerbeordnung als "Besonderes Polizei- und Ordnungsrecht" dar, enthält indessen wiederum nur das "Allgemeine Gewerberecht", während das "Besondere Gewerberecht", d. h. die Vorschriften zu bestimmten Gewerbearten, in besondere Gesetze "ausgelagert" wurde, etwa ins GastG, ins PersBefG, ins KWG etc.

⁵ PolG BW, ASOG Berlin, PolG NRW und OBG NRW, SächsPolG (angelehnt an den MEPolG). Sofern landesrechtliche Vorschriften angeführt werden, werden im vorliegenden Studienbrief aus Platzgründen fortan nur Baden-Württemberg, Berlin, Nordrhein-Westfalen und Sachsen berücksichtigt. In den übrigen Bundesländern existieren indessen durchweg nahezu identische Vorschriften.

⁶ LBO BW; BauO Bln; Bau NRW und SächsBauO (angelehnt an die MBO).

landesrechtlichen Fachrecht etwa in § 29 Abs. 1 ASOG Berlin⁷ (zum Erlass eines Platzverweises) bzw. in § 78 BauO Bln⁸ (zum Erlass einer Baueinstellungsverfügung). Wie weiter oben bereits angesprochen, werden die Vorschriften des Allgemeinen Verwaltungsrechts durch die des Besonderen Verwaltungsrechts, d. h. durch das Fachrecht verdrängt. Das gilt freilich nur insoweit, wie sich dort speziellere Regelungen finden; anderenfalls gelangen die Vorschriften des Allgemeinen Verwaltungsrechts zur Anwendung.

Beispiel 4

Nachdem der in Baden-Württemberg ansässige Bertram Bau (B), ohne sich zuvor eine Genehmigung eingeholt zu haben, mit der Errichtung eines Einfamilienhauses beginnt, erwägt der bei der zuständigen Landesbehörde tätige Volkbrand Vergäll (V) erzürnt den Erlass einer Baueinstellungsverfügung. Muss V die Baueinstellungsverfügung schriftlich erlassen und muss er sie begründen?

§ 64 LBO BW⁹

(1) ¹Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder abgebrochen, so kann die Baurechtsbehörde die Einstellung der Arbeiten anordnen. ²Dies gilt insbesondere, wenn ...

Mangels spezieller Vorschriften im Besonderen Verwaltungsrecht darf V die Baueinstellungsverfügung schriftlich oder mündlich erlassen; vgl. § 37 Abs. 2 Satz 1 LVwVfG BW¹⁰. Falls V schriftlich vorgeht, bedarf es nach § 39 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG BW einer Begründung.

Beispiel 5

B (Beispiel 4) stellt die Bauarbeiten ein und beantragt den Erlass einer Baugenehmigung. Gilt für die Baugenehmigung ebenfalls Formfreiheit und ein Begründungserfordernis?

§ 58 LBO BW¹¹

(1) ¹Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. ... ³Die Baugenehmigung bedarf der Schriftform; § 3 a des LVwVfG BW findet keine Anwendung. ⁴Erleichterungen, Abweichungen, Ausnahmen und Befreiungen sind ausdrücklich auszusprechen. ⁵Die Baugenehmigung ist nur insoweit zu begründen, als sie Abweichungen, Ausnahmen

⁷ Bzw. in § 27 a PolG BW; § 34 Abs. 1 PolG NRW; § 21 Abs. 1 SächsPolG (in Anlehnung an § 12 MEPolG).

⁸ Bzw. in § 64 LBO NRW; § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW; § 79 SächsBO (in Anlehnung an § 79 MBO).

⁹ Bzw. § 78 BauO Bln; § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW; § 79 SächsBO (in Anlehnung an § 79 MBO)

¹⁰ Das LVwVfG BG entspricht wörtlich dem des VwVfG Bund.

¹¹ Bzw. § 71 Abs. 1 BerlBO; § 75 Abs. 1 BauO NRW; § 72 Abs. 1 SächsBO (in Anlehnung an § 72 MBO)

oder Befreiungen von nachbarschützenden Vorschriften enthält und der Nachbar Einwendungen erhoben hat. ...

Angesichts des § 58 Abs. 1 Satz 3 LBO BW (§ 37 Abs. 2 LVwVfG BW wird hiervon verdrängt) muss die Baugenehmigung schriftlich erlassen werden, bedarf nach § 58 Abs. 1 Satz 5 LBO BW (§ 37 Abs. 2 LVwVfG BW wird hiervon verdrängt) indessen grundsätzlich keiner Begründung.

2.2 Begriff und Bedeutung der Verwaltung

2.2.1 Verwaltungstätigkeit

Einiger einführender Überlegungen bedarf es nicht nur zum "Verwaltungsrecht" (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.1), sondern auch zur "Verwaltung". Dabei gilt es zunächst zu konstatieren, dass der Begriff "Verwaltung" mindestens zweideutig ist: Zum einen lässt sich "Verwaltung" *funktional* auffassen; diesenfalls wird "Verwaltung" mit "Verwaltungstätigkeit" gleichgesetzt. Zum anderen kann der Begriff freilich auch *organisatorisch* gemeint sein; solchenfalls sind mit "Verwaltung" etwa "eine Behörde" bzw. "die Behörden" gemeint. Hier soll vorerst die *Verwaltungstätigkeit* in den Blick genommen werden (vgl. zur Verwaltungsorganisation im Einzelnen noch Punkt 2.2.2, S. 12 f.). Verwaltungstätigkeit ist – wie Verwaltungsrecht auch – nichts anderes als *ausgeübte Staatsgewalt*, freilich zumeist nicht in legislativer, sondern in exekutiver Ausprägung (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.1.1, S. 3). Soll das Wesen der Verwaltung noch näher erfasst werden, erscheint es wenig handgreiflich, sie einer hergebrachten Überlegung folgend nach dem Ausschlussprinzip zu definieren, namentlich unter Verwaltung "alle staatliche Tätigkeit jenseits von Gesetzgebung und Rechtsprechung" zu verstehen (vgl. *Otto Mayer*, Verwaltungsrecht, Band I, S. 7). Besser ist, ihre beiden (Haupt-)Tätigkeitsfelder zu benennen: Erstens ist Verwaltung – wie die Begriffe "vollziehende" bzw. "exekutive" Gewalt bereits unmissverständlich zum Ausdruck bringen – "*Gesetzesanwendung*"¹². Verwaltend tätig zu werden heißt also, dem (Verwaltungs-)Recht im Einzelfall zur Durchsetzung zu verhelfen. Dies wiederum geschieht entweder durch den Erlass von "Einzelfallregeln", und zwar in Gestalt von Verwaltungsakten oder dem Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen; seltener, jedoch nicht unüblich, ist eine "Gesetzesanwendung durch Erlass weiterer, rangniederer Gesetze", etwa Polizeiverordnungen etc. (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 3.2.3.3). Desgleichen möglich erscheint ein gesetzesanwendendes Tätigwerden durch sog. "Realakte", denen – wie im Begriff bereits anklingt –

Wesen der Verwaltung

¹² Synonym gebraucht werden für "Gesetzesanwendung" vor allem die Begriffe "Gesetzesvollziehung" bzw. "-ausführung". Der Begriff "Gesetzesvollziehung" soll hier indessen vermieden, um eine Verwechslung mit der "Vollziehung" i. S. des VwVG bzw. der LVwVG zu vermeiden. Der Begriff der "Gesetzesausführung" ist hingegen im Verwaltungsrecht weniger üblich und daher verwirrend; vgl. indessen Punkt. 2.2.2.3.

eigen ist, dass es sich bei ihnen gleichsam um "nicht-regelnde Maßnahmen" handelt. So zutreffend es nun allerdings ist, Verwaltungstätigkeit mit Gesetzesanwendung gleichzusetzen; darauf beschränkt ist Verwaltung gewisslich nicht. Vielmehr liegt auch in der gleichsam "nicht gesetzesanwendenden" *Erfüllung öffentlicher Aufgaben* eine Verwaltungstätigkeit; um "öffentliche Aufgaben" handelt es sich bei dem Sorgetragen für die *Sicherheit* der Rechtsunterworfenen ebenso wie bei der sog. *Daseinsvorsorge* (etwa der Bereitstellung einer Wasser- und Energieversorgung, städtischer Kindertagesstätten und Bildungseinrichtungen usw.). Denkbar ist nun, dass in Bezug auf öffentliche Aufgaben gar kein einschlägiges Gesetz existiert, das angewandt werden könnte; von Gesetzesanwendung kann hier also keine Rede sein. Vielmehr handelt die Verwaltung hier entweder dadurch, dass sie ein Gesetz erlässt, um dieses dann anzuwenden (man denke an den Erlass und die Anwendung gemeindlicher Satzungen). Oder die Verwaltung wird ohne Gesetz tätig (Vorgehen im Wege des Erlasses von Organisations-, Verwaltungs- bzw. Realakten).

Beispiel 6

Der Polizeibeamte Oldwig Ordnung (O) bittet die Passantin Godeberta Glotz (G), welche im nordrhein-westfälischen Übelscheid (Ü) am Ort eines schweren Unfalls keine Einzelheit verpassen will und deswegen die Rettungsarbeiten behindert, sich doch zu entfernen. Als sie sich weigert, erteilt ihr O einen Platzverweis.

§ 34 PolG NRW¹³

(1) ¹Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten. ²Die Platzverweisung kann ferner gegen eine Person angeordnet werden, die den Einsatz der Feuerwehr oder von Hilfs- oder Rettungsdiensten behindert.
...

Der Polizeibeamte geht gesetzesanwendend vor; er erlässt einen Verwaltungsakt.

Beispiel 7

Die im Freistaat Sachsen gelegene Gemeinde Finsterwitz (F) gründet die Energie-GmbH (E-GmbH), welche die Einwohner von F fortan gegen Entgelt mit Energie versorgen soll.

F geht hier nicht gesetzesanwendend vor; gleichwohl werden durch den Organisationsakt öffentliche Aufgaben erfüllt (Daseinsvorsorge).

¹³ Bzw. § 27 a Abs. 1 PolG BW; § 29 Abs. 1 ASOG Berlin; § 21 Abs. 1 SächsPolG (angelehnt an § 12 MEPolG).

Hinzuzufügen ist dieser ersten Begriffsbestimmung von "Verwaltung" wiederum, dass im Verfassungsstaat sämtliche Verwaltungsmaßnahmen "*verfassungskonform*" sein müssen; anderenfalls hebt das Bundesverfassungsgericht Verwaltungsmaßnahmen auf, vgl. § 95 Abs. 2 BVerfGG.

Vereinbarkeit von
Verfassungsrecht
und Verwaltung

2.2.2 Verwaltungsorganisation

Einzugehen ist im Anschluss hieran auf den organisatorischen Verwaltungsbegriff, d. h. darauf, *wer* Verwaltungstätigkeit ausübt. Bislang war insofern immer ganz unspezifisch vom "Staat" die Rede. Konstatiert wurde oben etwa, das öffentliche Recht regle die Rechtsbeziehung – also die Rechte und Pflichten – zwischen dem Staat und den Rechtsunterworfenen (vgl. Punkt 2.1.2). Was bzw. wen hat man sich unter dem "Staat" vorzustellen? Zugeordnet werden verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten nur Rechtssubjekten, also gleichsam "rechtsfähigen Einheiten".

Rechtssubjekte, Ver-
waltungsträger

2.2.2.1 Verwaltungsträger, Verwaltungsorgane, Organwalter

Ein solches Rechtssubjekt aufseiten der Rechtsunterworfenen zu identifizieren, fällt nicht schwer; denn Rechtsunterworfenen sind zuvörderst "natürliche Personen", also "Menschen". Diese sind indessen nach § 1 BGB mit Vollendung der Geburt rechtsfähig. An die sog. "juristischen Personen" wie z. B. GmbHs und AGs, also an letztlich "nicht natürliche, sondern gesetzlich fingierte Personen", denkt man zwar nicht unvermittelt; gleichwohl hat man aber auch kein Problem damit, die gesetzlichen Festlegungen der § 13 GmbHG und § 1 AktG¹⁴ zu akzeptieren und sich GmbH und AG als Rechtssubjekte zu denken. Diese sind als solche freilich nicht handlungsfähig; sie handeln durch ihre Organe. Das Organ einer GmbH ist nach § 35 GmbHG ihr Geschäftsführer, das Organ einer AG nach § 78 AktG ihr Vorstand¹⁵ (wobei Untervollmachten zu erteilen freilich ohne weiteres möglich ist).

Rechtssubjekte auf-
seiten der Rechtsun-
terworfenen

Hingegen bereitet es auf den ersten Blick Schwierigkeiten zu erkennen, wer der "Staat" ist. Wer ist der "eigentlich Verwaltende", bzw., um den hierfür üblichen Begriff zu verwenden, wer ist hier der "*Verwaltungsträger*"? Die Antwort hierauf kann recht unterschiedlich ausfallen: Denkbar ist zunächst, dass der *Bund* bzw. die *Länder* als Inhaber *originärer Staatsgewalt* durch ihre Behörden *selbst Verwaltungstätigkeit* ausüben; sind Bund oder Länder selbst Verwaltungsträger, ist gemeinhin von "*unmittelbarer Staatsverwaltung*" die Rede (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 2.2.2.4). Desgleichen kann die Verwaltungstätigkeit aber auch an eine zwar staatlich errichtete, jedoch gegenüber Bund oder Ländern rechtlich verselbstständigte juristische Personen des öffentlichen Rechts dele-

Rechtssubjekte auf-
seiten des Staates,
Verwaltungsträger

¹⁴ Vgl. für den rechtsfähigen Verein § 21 BGB und für die Genossenschaft § 17 GenG.

¹⁵ Das Organ eines rechtsfähigen Vereins ist nach § 26 BGB sein Vorstand, das Organ einer Genossenschaft nach § 25 GenG ihr Vorstand.

giert sein, namentlich an sonstige Körperschaften¹⁶, Anstalten¹⁷ bzw. Stiftungen¹⁸; diese sind dann Inhaber *derivativer Staatsgewalt*. Verwaltungsträger sind hier jene verselbstständigten juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Gesprochen wird insofern deswegen von "*mittelbarer Staatsverwaltung*" (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 2.2.2.4). Entsprechend gilt das Gesagte dort, wo die Verwaltungstätigkeit durch lediglich teilrechtsfähige Einheiten¹⁹ ausgeübt wird; diese sind dann ebenfalls Verwaltungsträger und ihre Tätigkeit ist mittelbare Staatsverwaltung. Vorgestellt werden kann sogar, dass Verwaltungstätigkeit auf eine staatlich gegründete und beherrschte oder aber auf eine bereits bestehende juristische Person des Zivilrechts delegiert wird, etwa an eine GmbH oder an eine AG; in Ersterem liegt ein sog. "verwaltungsprivatrechtliches Vorgehen" (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 4.2.1), in Letzterem eine sog. "Beleihung". Beidenfalls ist der Verwaltungsträger die juristische Person des Zivilrechts (eine staatlich beherrschte GmbH bzw. AG pflegt man „privatrechtlich organisierten Verwaltungsträger“ zu nennen); beidenfalls handelt es sich um mittelbare Staatsverwaltung. Desgleichen wie die juristischen Personen des Zivilrechts sind auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts als solche nicht handlungsfähig. Vielmehr werden sie durch ihre Organe tätig; die Rede ist im Zusammenhang mit den Organen von Verwaltungsträgern nicht selten von "*Verwaltungsorganen*". Die Organe des Bundes, der Länder und der Gemeinden sind deren Behörden. Die insofern im Einzelnen tätig werdenden Personen, also die Behördenmitarbeiter, nennt man "*Organwalter*" oder auch "*Amtswalter*". Damit bildet sich folgende "Zurechnungskette": Das Verhalten der Organwalter (Behördenmitarbeiter) wird den Verwaltungsorganen (Behörden) zugerechnet, und das Verhalten der Verwaltungsorgane (Behörde) gilt als das der Verwaltungsträger (des Bundes, des Landes, der Gemeinde etc.).

¹⁶ Nach der gemeinhin anerkannten Definition ist eine "Körperschaft des öffentlichen Rechts" eine durch Staatsakt geschaffene, mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben befasste Organisation, die mitgliedschaftlich verfasst und unabhängig vom Wechsel der Mitglieder ist. Je nach dem, an welche Kriterien für das Bestehen der Mitgliedschaft angeknüpft wird, sind vor allem Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Kreise, Gemeinden) und Personalkörperschaften (Universitäten, Fachhochschulen, Medizinischer Dienst der Krankenkassen, Anwaltskammern, Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, evangelische Landeskirchen) zu unterscheiden. Ein anschauliches Beispiel ist die Rentenversicherung Bund. Von "sonstigen" Körperschaften ist im Text also deswegen die Rede, weil Bund und Länder - wie gerade klar geworden sein müsste - ja ebenfalls Körperschaften, namentlich "Gebietskörperschaften" sind.

¹⁷ Unter einer "Anstalt des öffentlichen Rechts" versteht man eine durch Staatsakt geschaffene, mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben befasste Verwaltungseinrichtung in Gestalt einer Gesamtheit von Sach- und Personalmitteln, die nicht mitgliedschaftlich verfasst ist. Beispiele sind die Bundesagentur für Arbeit, Landesrundfunkanstalten der ARD.

¹⁸ Mit "Stiftung des öffentlichen Rechts" schließlich wird eine organisatorisch selbstständige Verwaltungseinrichtung gemeint, durch die ein Bestand an öffentlichem Vermögen verwaltet und für einen öffentlichen Zweck verwandt wird. Beispielhaft genannt seien hier die Stiftung preußischer Kulturbesitz.

¹⁹ Man denke an unselbstständige Teile von Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, wie etwa Fakultäten, Personalräte und dergl.

2.2.2.3. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern

Angesichts der in Art. 20 Abs. 1 GG festgeschriebenen, föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht) kommt des Weiteren die verwaltungsorganisatorische Frage danach auf, wessen Behörden eigentlich für eine Gesetzesanwendung zuständig sind: Sind es die Behörden des Bundes oder sind es die Behörden der Länder? Diese Frage wird im Grundgesetz ausführlich beantwortet; die Antwort findet sich in Art. 83 ff. GG. Klarstellend hingewiesen sei hier freilich darauf, dass das Grundgesetz sich nicht der vorliegend favorisierten Terminologie bedient, also nicht von einer "Gesetzesanwendung", sondern von einer "Gesetzesausführung" spricht; gemeint ist damit dasselbe (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.2.1, Fußn. 12). Nach den Art. 83 ff. GG kommt es für die Zuständigkeit vor allem darauf an, ob es sich um *Bundesgesetze* oder um *Landesgesetze* handelt.

Kompetenzverteilung zwischen Bund

Was zunächst *Bundesgesetze* angeht, so greifen Art. 83 ff. GG die für die Ausübung aller staatlichen Befugnisse geltende Regel des Art. 30 GG auf und konkretisieren diese für den Bereich der Gesetzesanwendung. Namentlich werden die Bundesgesetze *grundsätzlich* – d. h. sofern das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt – durch die *Länder*, und zwar als eigene Angelegenheit ausgeführt; vgl. Art. 83, 1. Alt.; Art. 84 GG. Dabei bedeutet "Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit" vor allem zweierlei: Erstens regeln die Länder die Einrichtung der Behörden und Verwaltungsverfahren selbst; vgl. Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG (etwas anderes festgelegt sein kann nur durch Bundesgesetz und nur unter strengen Voraussetzungen; vgl. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 - 7 GG). Zweitens stehen die Länder hierbei lediglich unter der Rechtsaufsicht – d. h. insbesondere: nicht (zudem) unter der Fachaufsicht – des Bundes; vgl. Art. 84 Abs. 3 Satz 1 GG. Das bedeutet in der Sache, dass der Bund ausschließlich eine Rechtmäßigkeitskontrolle, jedoch keine Zweckmäßigkeitskontrolle ausübt (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.5.1.1). Die Länder genießen hier also eine vergleichsweise große Freiheit. Der Vollständigkeit halber ergänzend hinzugefügt sei dabei, dass den Ländern im Falle einer solchen "Ausführungszuständigkeit" auch die sog. "Ausgabenzuständigkeit" zukommt. Mit anderen Worten ausgedrückt tragen sie hier sowohl die "Zweckausgaben"²⁰ als auch die "Verwaltungsausgaben"²¹. Diese Kostentragungspflicht für die Länder folgt für die Zweckausgaben aus Art. 104 a Abs. 1 GG und für die Verwaltungsausgaben aus Art. 104 a Abs. 5 GG. Beachtenswert ist dabei, dass Bundesgesetze, die die Länder zur Erbringung von Leistungen verpflichten, der Zustimmung des Bundesrates bedürfen; vgl. Art. 104 a Abs. 4 GG. Im be-

Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit, Grundsatz

²⁰ Mit "Zweckausgaben" werden jene Ausgaben gemeint, die zur Erreichung des Gesetzeszwecks getätigt werden müssen; das sind im Falle von Leistungsgesetzen (Sozialgesetze, Subventionsgesetze) alle Leistungen einschließlich Geldleistungen.

²¹ Hiergegen versteht man unter "Verwaltungsausgaben" die Kosten für eine funktionierende Verwaltung, d. h. für eine Bereitstellung von Sach- und Personalmitteln (Anmietung von Gebäuden, Arbeitsmaterialien und Personalkosten).

schriebenen Sinne als eigene Angelegenheit ausgeführt werden beispielsweise das bereits mehrfach zu Sprache gekommene BImSchG und die GewO.

Ausführung von
Bundesgesetzen im
Auftrag des Bundes,
1. Ausnahme

Die erste Ausnahme vom Grundsatz des Art. 83 Abs. 1, 1. Alt. GG wird im Grundgesetz mit der sog. "Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder im Auftrage des Bundes" (zumeist kurz: "Bundesauftragsverwaltung") vorgesehen. Hervorzuheben gilt es hierbei den Wortlaut des Art. 83 Abs. 1, 2. GG; hiernach darf eine Bundesauftragsverwaltung nur dann erfolgen, wenn das Grundgesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt oder zulässt. Etwas "anderes bestimmt" in diesem Sinne ist in Art. 90 Abs. 2 GG; hier wird eine Bundesauftragsverwaltung durch das Grundgesetz selbst vorgesehen. Etwas "anderes zugelassen" wird hingegen durch Art. 87 b Abs. 2 GG i. V. mit § 2 Abs. 1 bzw. § 6 Abs. 2 ZSKG, durch Art. 87 c GG i. V. mit § 24 Abs. 1 AtomG sowie durch Art. 104 a Abs. 3 Satz 2 i. V. mit § 12 Abs. 2 BEEG. Zur Bundesauftragsverwaltung kommt es hier nicht bereits infolge der grundgesetzlichen Vorschrift selbst; vielmehr bedarf es, wie die angeführten Beispiele bereits deutlich machen, noch eines Zutuns des Bundesgesetzgebers. Bei der Bundesauftragsverwaltung ist die Freiheit der Länder weniger weitgehend: Zum Ersten regeln die Länder hier nur die Einrichtung der Behörden (und nicht: das Verwaltungsfahren), vgl. Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG (etwas anderes festlegen lässt sich nur durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates; Art. 85 Abs. 1 GG). Und zum Zweiten stehen die Länder nicht nur unter der Rechts-, sondern überdies unter der Fachaufsicht des Bundes, vgl. Art. 85 Abs. 3, Abs. 4 GG; es findet also eine Rechtmäßigkeits- und eine Zweckmäßigkeitskontrolle statt. Recht treffend betont wird mit Blick hierauf gemeinhin, dass der Bund bei der Bundesauftragsverwaltung im Grunde die "Sachkompetenz" ("Steuerung" der Verwaltungstätigkeit" durch detaillierte Weisungen) übernimmt, *nicht* dagegen aber die "Wahrnehmungskompetenz" (Selbstaussführung; Selbsteintrittsrecht im Einzelfall). Bei alledem bleibt die "Ausgabenzuständigkeit" für die Zweckausgaben beim Bund; vgl. Art. 104 a Abs. 2 GG. Eine Ausnahme macht das Grundgesetz hiervon nur in Fällen der gleichsam "durch freiwillige (anteilige) Kostenübernahme des Bundes verursachten Bundesauftragsverwaltung" nach Art. 104 a Abs. 3 Satz 2 GG; hier tragen den Rest der Zweckausgaben freilich die Länder. Verpflichtet werden können sie zur Erbringung von Leistungen nach Art. 104 a Abs. 4 GG aber bekanntermaßen nur durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf (vgl. Punkt 2.2.2).

Ausführung von
Bundesgesetzen in
eigener Verwaltung

Die zweite Ausnahme vom Grundsatz des Art. 83 Abs. 1, 1. Alt. GG ist die "Ausführung von Bundesgesetzen in bundeseigener Verwaltung", d. h. die Ausführung von Bundesgesetzen durch den Bund selbst, vgl. Art. 86 GG. Die Länder sind hier nicht in die Verwaltungstätigkeit einbezogen. Auch Bundesgesetze in bundeseigener Verwaltung auszuführen ist nur möglich, sofern das Grundgesetz solches ausdrücklich bestimmt bzw. zulässt; vgl. Art. 83 Abs. 1, 2. Alt. GG. "Bestimmt" ist eine bundeseigene Verwaltung durch Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG und in Art. 87 b Abs. 1 GG ("obligatorische bundeseigene Verwaltung"), und

"zugelassen" wird sie durch Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG ("fakultative bundeseigene Verwaltung"). Wie aus Art. 87 Abs. 2 GG erhellt, kann eine bundeseigene Verwaltung als unmittelbare ebenso wie als mittelbare Staatsverwaltung vorgestellt werden (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.2.2). Besondere Beachtung verdient die Öffnungsklausel des Art. 87 Abs. 3 GG; hiernach darf der Bund für alle Angelegenheiten, für die ihm die Gesetzgebung zusteht (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht), selbstständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts errichten. Was die "Ausgabenzuständigkeit" bei der Ausführung von Bundesgesetzen in bundeseigener Verwaltung angeht, so liegt diese beim Bund; demnach trägt der Bund sowohl die Zweck- als auch die Verwaltungsausgaben, ohne dass hiervon irgendwelche Ausnahmen vorgesehen sind; vgl. Art. 104 a Abs. 1 und Abs. 5 GG.

Hiergegen ist *Landesgesetze* anzuwenden Sache der Länder. Um es in der Terminologie des Grundgesetzes auszudrücken: Die Länder führen die Landesgesetze als eigene Angelegenheit aus. Das folgt aus der Regel des Art. 30 GG.

Ausführung von
Landesgesetzen

Im Prinzip zu vermeiden ist nach der Konzeption des Grundgesetzes eine "Mischverwaltung", d. h. eine – wie auch immer geartete – gemeinsame Gesetzesanwendung bzw. "-ausführung" durch Bundes- und Landesbehörden. Davon sind im Grundgesetz nur wenige Ausnahmen vorgesehen, vgl. Art. 91 a ff. GG. Als verfassungswidrige "Mischverwaltung" angesehen worden sind durch das Bundesverfassungsgericht vor einiger Zeit beispielsweise die sog. ARGE (Arbeitsgemeinschaften) bei der Anwendung des SGB II (Sog. ALG-II), in denen die Bundesagentur für Arbeit (*bundesunmittelbare Körperschaft*) einerseits und die Kommunen (Gebietskörperschaften der *Länder*) zusammenwirkten. Begegnet ist dem der Gesetzgeber mit einer Änderung des Grundgesetzes, namentlich mit Einfügung des Art. 91 e GG.

Mischverwaltung

Angesichts der fortschreitenden Entwicklungen auf supranationaler Ebene dürfen die Betrachtungen zur Gesetzesanwendung nicht auf Bundes- und Landesgesetze beschränkt bleiben. Denn angewandt bzw. "ausgeführt" werden müssen u. U. auch Vorschriften des EU-Rechts; das gilt insbesondere für die dem Sekundärrecht zugehörigen Verordnungen i. S. des Art. 288 Abs. 2 AEUV (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Europarecht). Ausdrückliche Vorschriften hierzu enthält das Grundgesetz nicht; nach h. M. sind EU-Verordnungen durch diejenige Behörde anzuwenden, welche für die Anwendung der mit ihr im Sachzusammenhang stehenden nationalen Vorschriften zuständig ist. So wird z. B. die GewO nach Art. 83 Abs. 1, 1. Alt. GG als eigene Angelegenheit durch die Länder ausgeführt; zuständig sind die Gewerbeämter (Landesbehörden). Nach der EU-Verordnung 852/2004 ist vorgeschrieben, dass Lebensmittelhändler sich bei der zuständigen Behörde zu melden haben und dort zu registrieren sind; "zuständige Behörde" sind die Gewerbeämter.

Ausführung von
Europarecht

2.2.2.4 Behördenaufbau im Bund und in den Ländern

Verwaltungsaufbau
auf Landesebene

Klarzuwerden gilt es sich schlussendlich noch über den Verwaltungsaufbau. Festgelegt wird dieser auf *Länderebene* in sog. "Verwaltungs- bzw. Verwaltungsorganisationsgesetzen"²² sowie im Fachrecht. Typisch ist eine sowohl horizontale als auch vertikale Behördengliederung. D. h. die Zuständigkeiten sind einerseits auf allgemeine Verwaltungsbehörden und Besondere Verwaltungsbehörden²³ verteilt (horizontale Gliederung); andererseits ist grundsätzlich ein Stufenaufbau in Oberstufe, Mittelstufe und Unterstufe (vertikale Gliederung) vorgesehen. Praktiziert werden dabei jeweils eine unmittelbare wie auch eine mittelbare Landesverwaltung (vgl. dazu bereits Punkt 2.2.2.1).

Unmittelbare Landesverwaltung

Was zunächst eine *unmittelbare Landesverwaltung* angeht, so wird die Oberstufe hier durch die "obersten Landesbehörden" (also vor allem die Ministerien) bzw. die "Landesoberbehörden" (etwa Landesämter²⁴) gebildet. Nachgeordnet sind der Oberstufe als Mittelstufe regelmäßig die "mittleren Landesbehörden" (je nach Bundesland sind das die Regierungspräsidien, Landesdirektionen als allgemeine mittlere Landesbehörden sowie besondere Landesbehörden²⁵). Eine Unterstufe i. S. allgemeiner "unterer Landesbehörden" gibt es indessen eigentlich nicht (besondere untere Landesbehörden existieren aber vielfach durchaus²⁶). Insbesondere handelt es sich bei den Kreisen bzw. kreisfreien Städten oder gar Gemeinden nicht einfach um allgemeine untere Landesbehörden, sondern zuvörderst um *Selbstverwaltungseinheiten*, vgl. Art. 28 Abs. 2 GG (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Sie nehmen folglich eigentlich keine Landes-, sondern *Selbstverwaltungsaufgaben*²⁷ wahr. Bei näherem Hinsehen fungieren das Landratsamt bzw. die Behörden der kreisfreien Städte freilich ggf. durchaus als allgemeine "untere Landesbehörden": Das liegt, abhängig von der jeweiligen Landesorganisation, entweder daran, dass die Länder sich das Landratsamt als Behörde leihen, sog. "Organleihe"; hier *sind* die Landratsämter bzw. die Behörden der kreisfreien Städte zweierlei, einerseits Landesbehörde, andererseits Kreisbehörde. Oder es kommt zwar nicht zur Organleihe, die Landratsämter bzw. die Behörden der kreisfreien Städte bleiben also ausschließlich Selbstverwaltungsbehörde, *erfüllen* aber zweierlei Aufgaben, erstens die Selbstverwaltungsaufgaben und zweitens die ihnen als "Auftragsangelegenheiten" bzw. als "Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung" übertragenen Landesaufgaben. Eine Entleihe von Behörden kreisange-

²² Vgl. etwa das Landesverwaltungsgesetz BW; das Landesorganisationsgesetz NRW bzw. das Sächsische Landesorganisationsgesetz.

²³ Diese werden auch als "spezielle Verwaltungsbehörden" bzw. als "Sonderbehörden" o. ä. bezeichnet.

²⁴ Z. B. Statistisches Landesamt; Landeskriminalamt; Landesamt für Besoldung und Versorgung usw.

²⁵ Etwa Forstdirektionen und Oberschulämter.

²⁶ Etwa Gewerbeaufsichtsämter bzw. Straßenbauämter

²⁷ Selbstverwaltungsaufgaben sind anerkanntermaßen Aufgaben, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder einen spezifischen Bezug zu ihr haben.

höriger Gemeinden findet demgegenüber von vornherein nicht statt. Sofern die Behörden kreisangehöriger Gemeinden mit der Erfüllung von Landesaufgaben befasst werden, sind ihnen diese ebenfalls entweder als "Auftragsangelegenheiten" oder als "Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung" übertragen. Dabei ist zu beachten, dass "Auftragsangelegenheit" und "Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung" nicht nur zwei Begriffe für dieselbe Sache sind: Ist von "Auftragsangelegenheiten" die Rede, so bleiben die Landesaufgaben *Fremdaufgaben*, die durch die Kreise und Gemeinden unter Rechts- und Fachaufsicht erfüllt werden (sog. "dualistisches Modell"). Werden die Landesaufgaben hingegen als "Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung" bezeichnet, so hat der Landesgesetzgeber die Landesaufgaben damit kurzerhand zu *Selbstverwaltungsaufgaben erklärt*²⁸ (die Landesaufgaben sind folglich *eigene Aufgaben* unter Rechts- und Fachaufsicht²⁹; sog. "monistisches Modell"). Sofern es zur Organleihe kommt, handelt es sich auch auf der Unterstufe um eine unmittelbare Landesverwaltung, anderenfalls nur um *mittelbare Landesverwaltung*.

Denkbar ist freilich, dass Landesaufgaben bereits ab der Oberstufe nur mithilfe einer mittelbaren Landesverwaltung durchgeführt werden. Hier wird die Verwaltungstätigkeit durch verselbstständigte, in der Regel unter Fachaufsicht des Landes stehende Personen des öffentlichen Rechts, etwa landesrechtliche Körperschaften³⁰, Anstalten³¹ bzw. Stiftungen, ggf. auch durch privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger bzw. Beliehene ausgeübt (vgl. dazu bereits Punkt 2.2.2.1). Dabei ist hier, genau genommen, von "Oberstufe" zu sprechen angesichts des zumeist fehlenden "Unterbaus" nicht sinnvoll.

Mittelbare Landesverwaltung

Hiergegen folgt der Verwaltungsebene auf *Bundesebene* weitgehend bereits aus dem Grundgesetz selbst. Vorgesehen sind hier im Grunde ausschließlich besondere Verwaltungsbehörden (keine horizontale Gliederung). Üblich ist indessen ein Stufenaufbau (vertikale Gliederung); dabei ist freilich die Tendenz zu erkennen, dass zunehmend auf eine Mittelstufe bzw. sogar auf Mittel- und Unterstufe verzichtet wird. Praktiziert wird auch hier eine unmittelbare wie auch mittelbare Bundesverwaltung (vgl. dazu bereits Punkt 2.2.2.1).

Verwaltungsaufbau auf Bundesebene

Eine *unmittelbare Bundesverwaltung* auf der Oberstufe findet durch "oberste Bundesbehörden" (insbesondere Bundesministerien) sowie durch "Bundesober-

Unmittelbare Bundesverwaltung

²⁸ Denn originär handelt es sich ja nicht um Selbstverwaltungsangelegenheiten, vgl. dazu nochmals Fußn. 27.

²⁹ Während bei materiellen Selbstverwaltungsaufgaben nur Rechtsaufsicht besteht.

³⁰ Z. B. Universitäten, Fachhochschulen, Medizinischer Dienst der Krankenkassen, Anwaltskammern, Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, evangelische Landeskirchen.

³¹ Z. B. Landesanstalt für Medien NRW.

behörden" (vor allem Bundesämter³²) statt. Ggf. existiert unter der Oberstufe eine Mittelstufe, existieren also "mittlere Bundesbehörden"; beispielhaft angeführt seien die dem Bundesministerium für Verkehr (oberste Bundesbehörde) nachgeordneten Wasser- und Schifffahrtsdirektionen. Auf der Unterstufe angesiedelt sind dann u. U. "untere Bundesbehörden"; ein Beispiel bilden etwa die den Wasser- und Schifffahrtsdirektionen nachgeordneten Wasser- und Schifffahrtsämter.

Mittelbare Bundes-
verwaltung

Denkbar ist desgleichen eine *mittelbare Bundesverwaltung*, also eine Ausübung der Verwaltungstätigkeit durch verselbstständigte, zumeist unter Rechts- und Fachaufsicht des Bundes stehende Personen wie vor allem Körperschaften,³³ Anstalten bzw. Stiftungen des öffentlichen Rechts bzw. privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger bzw. Beliehene, die selten, hin und wieder jedoch durchaus, einen Unterbau haben. Man denke nur einmal an die Bundesagentur für Arbeit, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, der in einer Mittelstufe die Regionaldirektionen und in einer Unterstufe die Agenturen für Arbeit nachgeordnet sind.

2.2.3 Kategorisierungen der Verwaltungstätigkeit

Eingriffs- und Leis-
tungsverwaltung

Mit Blick auf ihre Auswirkungen auf die Rechtsunterworfenen lässt sich Verwaltungstätigkeit in *Eingriffs-* und *Leistungsverwaltung* einteilen; üblich sind gemeinhin auch die Synonyme *belastende* und *begünstigende* Verwaltungstätigkeit. Nach welchen Kriterien diese Einteilung erfolgt, wird bereits an den verwandten Begriffen recht deutlich erkennbar: Um Eingriffsverwaltung handelt es sich insofern, als behördliche Maßnahmen in die Rechte Rechtsunterworfener eingreifen. Nicht gleichgesetzt werden darf "Eingriff" dabei mit "Verstoß" bzw. "Verletzung"; denn mit einem Eingriff in ein Recht liegt noch kein Verstoß bzw. noch keine Verletzung eines Rechts vor, da Eingriffe gerechtfertigt sein können (vgl. dazu im Einzelnen bereits den Studienbrief zum Verfassungsrecht sowie noch Punkt 3.2.1.4). In Rechte Rechtsunterworfener "eingegriffen" wird letztlich durch alle Verwaltungsmaßnahmen, die deren Verhalten irgendwie unerwünscht reglementieren. Das liegt vor allem am Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, dass nach einhelliger Auffassung die "Verhaltensfreiheit", d. h. jegliches Tun und Unterlassen schützt (vgl. dazu im Einzelnen bereits den Studienbrief zum Verfassungsrecht sowie noch Punkt 3.2.1.1). Damit stellt jegliches an Rechtsunterworfene ergehende Ge- bzw. Verbot einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG dar. Jede Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsaktes ist ein Eingriff in das durch jenen Verwaltungsakt statuierte Recht usw. Um Leistungsverwaltung handelt es sich hingegen insoweit, wie die

³² Etwa Bundeskriminalamt, Bundeskartellamt, Kraftfahrt-Bundesamt, Statistisches Bundesamt, Umweltbundesamt, Bundesamt für Strahlenschutz, Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr etc.

³³ Etwa Deutsche Rentenversicherung Bund, Berufsgenossenschaften oder auch Deutschlandradio.

Behörden Leistungen gewähren, welcher Art auch immer, seien es Geldleistungen, seien es Genehmigungen bzw. Erlaubnisse usw.

Die jeweils zuständigen Behörden erlassen gegen den Bauherrn Bertram Bauwut (B) eine Baueinstellungsverfügung, gegen die Gewerbetreibende Gerwine Gewinnsucht (G) eine Gewerbeuntersagungsverfügung und gegen Kunimund Knauser (K) einen Subventions-Rücknahmebescheid.³⁴

Beispiel 8

Da sich mit den Verwaltungsakten jeweils eine Verpflichtung bzw. Belastung verbindet, handelt es sich durchweg um Eingriffsverwaltung; das gilt auch insofern, als es gegenüber K mangels Anspruch auf die zurückgenommene Subvention nicht zu einem Grundrechtseingriff gekommen ist.

In Beispiel 8 erteilen die jeweils zuständigen Behörden B eine Baugenehmigung, G eine Gewerbeerlaubnis und sprechen K durch Subventionsbescheid Fördergelder i. H. von 500.000,- € zu.

Beispiel 9

Da sich mit den Verwaltungsakten jeweils eine Leistung bzw. sonstige Vergünstigung verbindet, werden die Behörden im Rahmen der Leistungsverwaltung tätig.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang vor allem, dass Eingriffs- und Leistungsverwaltung "ineinanderfließen" können, sowohl aus Perspektive des Adressaten der Verwaltungsmaßnahme als auch aus Perspektive Dritter. So sind z. B. Verwaltungsakte, die im Rahmen einer Wasserversorgung mit Benutzungszwang ergehen, aus Sicht des Adressaten sowohl eingreifend als auch leistend; ein Subventionsbescheid verändert den Wettbewerb zulasten Dritter, ist daher für den Adressaten leistend, für dessen Konkurrenten eingreifend etc.

Ggf. mangelnde
Abgrenzbarkeit



S. Detterbeck, Öffentliches Recht, § 20, § 21 und § 22.



H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1, § 3, § 5, § 21, § 22 und § 23.



C. Degenhart, Staatsorganisationsrecht, § 5, S. 185 - 193.

³⁴ Vgl. für die Baueinstellungsverfügung § 64 LBO BW; § 78 BauO Bln; § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW; § 79 SächsBO (in Anlehnung an § 79 MBO); für die Gewerbeuntersagung § 15 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO und für den Rücknahmebescheid § 48 Abs. 1 VwVfG.

3. Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen der Verwaltungstätigkeit

3.1 Das Rechtsstaatsprinzip; Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG

Verfassungsstaat,
Rechtsstaat

Durch Art. 20 Abs. 3 GG wird die Bundesrepublik Deutschland zum Verfassungsstaat sowie zum formalen Rechtsstaat³⁵. Seinen Niederschlag gefunden hat hier neben dem Prinzip der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung (Art. 20 Abs. 3, 1. Alt. GG) das – vorliegend zuvörderst interessierende – *Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung* (Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG); streitig ist, ob Verwaltung und Rechtsprechung ebenfalls unmittelbar oder nur mittelbar an die Verfassung gebunden werden (vgl. dazu im Einzelnen noch 3.2.1).

3.1.1 Zur Gesetzes- / Rechtsbindung der Verwaltung

Gesetzmäßigkeit der
Verwaltung

Besonders in den Blick genommen werden soll in den folgenden Überlegungen nachvollziehbarerweise die Gesetzmäßigkeit von *Verwaltung*, genauer: von *Verwaltungstätigkeit*. Formuliert wird in Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG dazu, dass die Verwaltung " ... an Gesetz und Recht gebunden ... " ist. Was das im Einzelnen bedeutet, wird nicht auf den ersten Blick klar.

Gesetz und Recht

Zweifelhaft erscheint bereits, was mit "Gesetz und Recht" gemeint sein könnte. Das ist im Detail äußerst streitig; Einigkeit besteht nur insofern, als "Gesetz" und "Recht" *nicht das Verfassungsrecht* erfassen soll. Über alles Weitere lässt sich diskutieren: So erhält der Regelungsgehalt des Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG, je nach dem, ob man "Gesetz" mit "formellem Gesetz" oder aber mit "materiellem Gesetz" gleichsetzt, eine eher demokratietheoretische (Ausrichtung der Verwaltungstätigkeit am im formellen Gesetz sich niederschlagenden Willen des Volkes) oder eine eher rechtsstaatstheoretische (Ausrichtung der Verwaltungstätigkeit an der im materiellen Gesetz liegenden allgemeinen Regel und damit Sicherstellung formaler Gerechtigkeit) Dimension. Insofern wird ganz überwiegend dafür gehalten, dass Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG die Verwaltung sowohl ans formelle wie auch ans materielle Gesetz binden will. Nicht von vornherein klar ist des Weiteren, weswegen der Verfassungsgeber neben dem "Gesetz" auch das "Recht" anführt. Einerseits könnte er mit "Gesetz" lediglich "formelle Gesetze" oder das gesamte "gesetzte Recht", also auch materielle Gesetze, oder aber das gesamte "positive Recht" im Auge gehabt haben, wozu auch das Gewohnheitsrecht zählt. Je nach dem, wofür man hier hält, werden

³⁵ Dafür, dass die Bundesrepublik Deutschland ein materieller Rechtsstaat ist, sind andere Vorschriften verantwortlich, insbesondere Art. 1 - 19 GG, Art 101 - 104 GG.

durch den Begriff "Recht" dann entweder die materiellen Gesetze, das Gewohnheitsrecht oder nur noch überpositives Recht erfasst. All diese Auffassungsdifferenzen können hier nicht näher nachvollzogen oder gar geklärt werden; festgehalten soll daher nur, dass die Verwaltung unstreitig an alle formellen und materiellen Gesetzes sowie ans Gewohnheitsrecht gebunden ist.

Von entscheidender Bedeutung ist schließlich, was der Verfassungsgeber mit "Gebundenheit" der Verwaltung gemeint hat:

3.1.1.1. Vorrang des Gesetzes

Nach ganz einhelliger Auffassung statuiert Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG damit jedenfalls den gemeinhin sog. "Vorrang des Gesetzes". Gemeint ist damit nichts anderes, als dass die Behörden bei ihrer Verwaltungstätigkeit *die Vorgaben der geltenden, einschlägigen Gesetze zu beachten* haben. Der Begriff erklärt sich also damit, dass im Falle eines Widerspruchs zwischen einem Gesetz und einer Verwaltungsmaßnahme ersteres den Vorrang vor der Letzteren hat. Mit anderen Worten ausgedrückt: Das Vorgehen der Behörde muss sowohl tatbestandlich als auch der Rechtsfolge nach den geltenden Gesetzen entsprechen. Was den Tatbestand anbetrifft, so darf dieser weder *zu extensiv* noch *zu restriktiv* gedeutet werden (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.6.3.1). Ja und es dürfen auch *nicht weniger*³⁶, *nicht mehr* Rechtsfolgen und es dürfen schon gar *nicht andere* Rechtsfolgen gesetzt werden (vgl. dazu im Einzelnen noch 5.6.3.2).

Der bereits mehrfach beispielhaft angeführte § 35 GewO lautet:

§ 35 GewO

(1) ¹Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. ...

Bei der GewO handelt es sich um ein formelles wie auch materielles Gesetz, dem nach Art. 20 Abs. 3, 2. GG Vorrang zukommt. Das zuständige Gewerbeamt hat hiernach einerseits den Tatbestand zu beachten. Das bedeutet, dass von der Anwendung der Vorschrift weder eine bestimmte Gruppe von Gewerbetreibenden ausgenommen³⁷ noch der Anwendungsbereich auf FreiberuflerInnen, ArbeitnehmerInnen ausgedehnt³⁸ werden darf etc. Gleichmaßen Beachtung

³⁶ Das gilt jedenfalls für sog. "zwingende Vorschriften"; vgl. dazu und zu Ermessensvorschriften im Einzelnen noch Punkt 3.2.3.3.

³⁷ Dieses Tatbestandsverständnis wäre zu restriktiv.

³⁸ Dieses Tatbestandsverständnis wäre zu extensiv.

finden muss die gesetzliche Rechtsfolge; d. h. die zuständige Behörde darf im Falle des Vorliegens des Tatbestands weder nur eine "Ermahnung" aussprechen³⁹ noch darf sie unzuverlässigen Gewerbetreibenden die "Ausübung jeglicher selbstständigen" oder gar "jeder beruflichen Tätigkeit" untersagen⁴⁰ und sie darf unzuverlässige Gewerbetreibende erst recht nicht in Gewahrsam nehmen⁴¹ usw.

3.1.1.2. Vorbehalt des Gesetzes

Vorbehalt des Gesetzes

Desgleichen verankert in Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG ist nach h. M.⁴² der sog. "Vorbehalt des Gesetzes". Was damit gemeint ist, erhellt im Grunde bereits aus dem Begriff: Die Entscheidung darüber, ob und falls ja, welche Verwaltungstätigkeit stattzufinden hat, ist dem Gesetzgeber "vorbehalten". Soweit der Vorbehalt des Gesetzes reicht, dürfen die Behörden also nur insoweit tätig werden, wie sie nach dem geltenden, einschlägigen Recht dazu ermächtigt sind.

Beispiel 11

Stellen Sie sich vor, § 35 GewO wird gestrichen:

§ 35 GewO

(1) *Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. ...*

Die Behörden dürften dann gegen unzuverlässige Gewerbetreibende nicht mittels Erlass einer Untersagungsverfügung vorgehen.

Reichweite, Wesentlichkeitstheorie

Ein besonderes Problem, das im Zusammenhang mit dem Vorbehalt des Gesetzes auftritt, ist die Frage nach seiner *Reichweite*. Denkbar wäre einerseits, den Vorbehalt des Gesetzes als ein für den Rechtsstaat typisches Prinzip zu erachten und daher seine absolute Geltung zu befürworten (so die Lehre vom "Totalvorbehalt des Gesetzes"). Würde die Verwaltungstätigkeit einem Totalvorbehalt unterliegen, bedeutete das freilich, dass die Behörden gleichsam "zu jedem Handgriff" gesetzlich ermächtigt werden müssten. Deswegen, d. h. mit dem Argument, die Behörden würden dadurch in ihrer Verwaltungstätigkeit nicht nur behindert, sondern nachgerade "gelähmt", lehnt man einen Totalvorbehalt

³⁹ Das wäre ein Zuwenig an Rechtsfolgen.

⁴⁰ Das wäre ein Zuviel an Rechtsfolgen.

⁴¹ Das wären andere Rechtsfolgen

⁴² Nach a. A. folgt der Vorbehalt des Gesetzes nicht aus Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG, sondern aus einer "Gesamtschau der Vorschriften des Grundgesetzes". Da auch hier nach die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes jedenfalls nicht in Zweifel gezogen wird, können diese Auffassungsdifferenzen beiseite bleiben.

des Gesetzes hiezulande ganz überwiegend ab.⁴³ Vorstellbar erscheint andererseits auch, den Vorbehalt des Gesetzes gleichsam als Schutzprinzip anzusehen; hiernach wäre seine Reichweite auf die Eingriffsverwaltung begrenzt. Nach h. M., insbesondere nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, gilt Folgendes: Die *Eingriffsverwaltung* steht uneingeschränkt unter dem Vorbehalt des Gesetzes. Für die *Leistungsverwaltung* und *sonstige Verwaltung*⁴⁴ hingegen ist zu differenzieren. Bzgl. *wesentlicher* Regelungsgegenstände gilt ein Vorbehalt des Gesetzes, im Übrigen nicht (sog. "Wesentlichkeitstheorie"). So plausibel dies auf den ersten Blick scheinen will; bei näherem Hinsehen fällt auf, dass der Begriff "wesentlich" sich ohne Rückgriff auf weitere Kriterien schwerlich derart weit präzisieren lässt, wie es für eine dogmatische Arbeit vonnöten wäre. Das Bundesverfassungsgericht hält sich, offenbar bewusster- und gewolltermaßen, zurück und liefert keine genauere Definition, jedenfalls keine, die hinreichend allgemein und damit über den gerade behandelten Fall hinaus brauchbar wäre. Die Rede ist vielfach nur von Regelungsgegenständen, die "grundrechtsrelevant oder sonstwie wesentlich" sind o. ä. Verkomplizierend hinzukommt, dass das Bundesverfassungsgericht nach der Wesentlichkeitstheorie keine Entweder-Oder-Kategorisierung vornimmt. Feststeht vielmehr nur, dass hinsichtlich "unwesentlicher Regelungsgegenstände" kein Vorbehalt des Gesetzes gilt. Daneben treten nun aber nicht etwa einfach "wesentliche Regelungsgegenstände", die unter dem Vorbehalt des Gesetzes stehen; sondern es gilt: Je wesentlicher die Verwaltungstätigkeit ist, desto höhere Anforderungen gelten an das notwendige Gesetz, bzgl. Parlamentsbeteiligung, bzgl. Regelungsdichte und bzgl. Bestimmtheit usw. Danach stehen ganz besonders wesentliche Regelungsgegenstände derart unter dem Vorbehalt des Gesetzes, dass es eines formellen wie auch materiellen Gesetzes mit hoher Regelungsdichte und Bestimmtheit bedarf. Für weniger wesentliche Regelungsgegenstände genügt dann ggf., dass in einem formellen Gesetz eine weniger ins Detail gehende Regelung getroffen wird, dass die Regelung der Einzelheiten auf einen Ordnungsgeber delegiert wird und damit in einem nur materiellen Gesetz erfolgt, oder dass lediglich eine parlamentarische Entscheidung (Bereitstellung von Subventionsmitteln im Haushaltsplan) getroffen wird, ohne dass überhaupt ein materielles Gesetz ergeht usw. Die Wesentlichkeitstheorie anzuwenden heißt also nicht, lediglich festzustellen, *ob* ein Regelungsgegenstand unwesentlich oder wesentlich ist, um im Falle einer Wesentlichkeit den Schluss zu ziehen, es bedürfe eines Gesetzes; vielmehr muss darüber hinaus noch festgestellt werden, *wie* wesentlich ein Regelungsgegenstand ist, um mit Blick hierauf abzuschätzen, welchen Maßes an gesetzlicher Regelung es bedarf. Mangels griffiger Definitionen bzw. Kriterien ist das keine leichte Aufgabe. Die Wesentlichkeit eines

⁴³ Im Unterschied dazu gilt der Totalvorbehalt des Gesetzes z. B. in Österreich.

⁴⁴ Nicht immer stellt sich Verwaltungstätigkeit für den Rechtsunterworfenen entweder als Eingriff oder als Leistung dar; ebenso gut kann Verwaltungstätigkeit aus der Perspektive des Rechtsunterworfenen weder Eingriff noch Leistung, sondern gleichsam "neutrales Verhalten" sein.

Regelungsgegenstandes und die Intensität der notwendigen gesetzlichen Regelung steigen mithin direkt proportional, aber "stufenlos" an.

Beispiel 12

Die Bereitstellung von Subventionen für das Handwerk wird im Haushaltsplan der Höhe nach vorgesehen und festgestellt.

Je nachdem, wie grundrechtsrelevant diese Regelung ist, genügt bereits diese "parlamentarische Entscheidung" der Bereitstellung im Haushaltsplan (es bedarf also keines Subventionsgesetzes in sowohl formeller und materieller Hinsicht).

3.1.2 Zur Verfassungsbindung der Verwaltung

Verfassungsmäßigkeit der Verwaltung

Anders als die Frage nach einer Gesetzesbindung der Verwaltung ist die Frage nach einer Verfassungsbindung der Verwaltung entgegen einem ersten Eindruck nicht ohne Weiteres zu beantworten. Klar ist freilich, dass eine *mittelbare Verfassungsbindung* der Verwaltung besteht: Denn die Vorschrift des Art. 20 Abs. 3 GG bindet den Gesetzgeber an die Verfassung (1. Alt.), die Behörden an dessen – im Normalfall ja verfassungskonforme – Gesetze (2. Alt.). Weniger klar ist, ob die Behörden jenseits dieses Normalfalls, d. h. im Falle der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, auch einer *unmittelbaren Verfassungsbindung* unterliegen sollen; das hieße, dass sie im Zweifel ein verfassungswidriges Gesetz außer Acht lassen müssten. Hebt man allein auf den Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG ab, ist man geneigt, eine unmittelbare Verfassungsbindung zu verneinen. Für eine unmittelbare Verfassungsbindung zu sprechen scheint hingegen Art. 1 Abs. 3 GG – zumindest insoweit, wie es um *grundrechtswidrige* Gesetze geht: Wie sollten die Behörden sonst Grundrechte als unmittelbares Recht beachten können?

Gebundenheit

Sich über die aufgeworfenen Fragen Klarheit zu verschaffen gelingt nur dadurch, dass die in Art. 20 Abs. 3 GG angeordnete Verfassungsbindung logisch in die damit verbundenen Anforderungen zerlegt wird und überdies verschiedene Konstellationen unterschieden werden.

3.1.2.1. Vorrang der Verfassung

Vorrang der Verfassung

Einerseits wird in Art. 20 Abs. 3 GG der Vorrang der Verfassung statuiert. Dieser gilt, wie der Wortlaut unmissverständlich deutlich macht, in erster Linie für den Gesetzgeber (1. Alt.); Einzelheiten sollen hier außer Betracht bleiben (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Für die Verwaltung ist Genauigkeitshalber zu differenzieren:

So kann es zunächst sein, dass den Behörden bei der Gesetzesanwendung ein "Berücksichtigungsspielraum"⁴⁵ zukommt. Geschuldet sein kann dies im Wesentlichen zwei Umständen: Denkbar ist erstens, dass das anzuwendende Gesetz infolge der Verwendung "weiter", ggf. sogar "unbestimmter Rechtsbegriffe" auf Tatbestands- bzw. auf Rechtsfolgenseite (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 3.2.3.2) mehrere Auslegungsvarianten zulässt. Von mehreren Auslegungsvarianten haben die Behörden ihrer Gesetzesanwendung diejenige zugrunde zu legen, die mit dem Grundgesetz, insbesondere mit den Grundrechten übereinstimmt; sog. "verfassungskonforme Auslegung" (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.2). Zweitens ist möglich, dass es sich bei dem anzuwendenden Gesetz nicht um eine "zwingende Vorschrift", sondern um eine "Ermessensvorschrift" handelt (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 3.2.3.3); auch im Rahmen jener Ermessensausübung ist das Grundgesetz, sind vor allem die Grundrechte zu berücksichtigen. Besteht ein derartiger "Berücksichtigungsspielraum", geraten die Behörden folglich überhaupt nicht in den Konflikt, entweder die Verfassung oder aber das Gesetz beachten zu müssen; vielmehr ergänzen sich Verfassungs- und Gesetzesbindung zu einem "stimmigen Ganzen".

Behördlicher "Berücksichtigungsspielraum"

Die Gewerbetreibende Selma Säumig (S), die eine Eventagentur betreibt, hat bereits seit einiger Zeit ein Problem damit, ihre Steuer rechtzeitig abzuführen. Nach Rücksprache mit dem zuständigen Finanzamt (F) erwägt man beim zuständigen Gewerbeamt (G) den Erlass einer Gewerbeuntersagung; man ist indessen zögerlich, da man weiß, dass die S zwar einerseits ihre Steuern regelmäßig zu spät abführt, dies andererseits aber dem Umstand geschuldet ist, dass sie als alleinerziehende Mutter zweier Kinder häufig Zeitprobleme hat.

Beispiel 13

§ 35 GewO

(1) ¹Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. ...

Nach der ständigen Rechtsprechung ist es zwar so, dass "steuerliche Pflichtwidrigkeiten" regelmäßig eine "Unzuverlässigkeit" begründen; jedoch lässt sich der unbestimmte Rechtsbegriff "Unzuverlässigkeit" verfassungskonform dahin auslegen, dass damit nicht Fälle erfasst werden, in denen "steuerlichen Pflichtwidrigkeiten" davon herrühren, dass der Versorgung minderjähriger Kinder der

⁴⁵ "Berücksichtigungsspielraum" ist kein in der Rechtsprechung bzw. im Schrifttum gängiger Begriff, sondern wird nur im vorliegenden Studienbrief verwandt, um die hier angeführten Fälle unter einer Sammelbezeichnung zu erfassen; er ist deswegen in Anführungsstrichen gesetzt.

Vorzug gegeben wird (berücksichtigt werden kann neben Art. 12 GG auch Art. 6 GG sowie im Zusammenhang damit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Beispiel 14

Die S (Beispiel 13) betreibt das Büro ihrer Eventagentur in einem Zimmer ihrer Eigentumswohnung in Leipzig; dies hat sie sich von der zuständigen Bauaufsichtsbehörde (B) nicht genehmigen lassen. Da S keinen Antrag auf Baugenehmigung gestellt hat, erwägt man bei B den Erlass einer Nutzungsuntersagung.

§ 59 SächsBO⁴⁶

(1) Die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 60 bis 62, 76 und 77 nichts anderes bestimmt ist. ...

§ 80 SächsBO⁴⁷

...²Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt, kann diese Nutzung untersagt werden.

Da grundsätzlich auch Nutzungsänderungen einer Baugenehmigung bedürfen, S eine solche aber nicht beantragt hat, kommt der Erlass einer Nutzungsuntersagung nach § 80 Satz 2 SächsBO in Betracht. Da es sich angesichts des Wortlauts "kann" aber um eine Ermessensvorschrift handelt, darf die besondere Situation der S als alleinerziehende Mutter auf Rechtsfolgenreihe berücksichtigt werden (also die Grundrechte / der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Kein behördlicher
"Berücksichtigungsspielraum"

Vorstellbar sind freilich auch Konstellationen, in denen ein solcher behördlicher "Berücksichtigungsspielraum" nicht besteht (mangels Auslegungs-, Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum, vgl. dazu bereits S. 27 f.).

Beispiel 15

Nachdem es Adolf Altnazi (A) nun allmählich reicht mit den Flüchtlingen, meldet er auf dem Marktplatz des baden-württembergischen Kleinheim (K) für den kommenden Sonntag eine Kundgebung an, auf der er die Deutschen dazu aufrufen will, sich " ... zu bewaffnen und gegen die Invasion der islamischen Invasionshorden gewaltsam vorzugehen." Die Veranstaltung wird von der zuständigen Versammlungsbehörde (V) verboten. Dessen ungeachtet erscheint A mit 10 Sympathisanten am Sonntag dennoch in K auf dem Marktplatz.

§ 15 VersG

(1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des

⁴⁶ Bzw. §§ 49 f. LBO BW; § 60 Abs. 1 BauO Bln; § 63 Abs. 1 BauO NRW; § 59 Abs. 1 SächsBO (in Anlehnung an § 59 Abs. 1 MBO).

⁴⁷ Bzw. § 65 LBO BW; § 79 BauO Bln; § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW (in Anlehnung an § 80 MBO).

Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

...

(4) Eine verbotene Veranstaltung ist aufzulösen.

§ 111 StGB

(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) zu einer rechtswidrigen Tat auffordert, wird wie ein Anstifter (§ 26) bestraft. ...

§ 130 StGB

(1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,
1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder
2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine Vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. ...

Nach dem Sachverhalt ist die Veranstaltung des A durch V wirksam verboten worden; dies deshalb, weil angesichts drohender Straftaten die öffentliche Sicherheit gefährdet wird. Damit liegt der Tatbestand des § 15 Abs. 4 VersG vor; Denn es steht fest, dass es sich um eine "verbotene Veranstaltung" handelt; und ob die Veranstaltung aufgelöst wird, wird von der genannten Vorschrift auf Rechtsfolgeenseite auch nicht ins Ermessen der Behörde gestellt (es besteht zumindest kein Entschließungsermessen).

In solcherlei Konstellationen hält die h. M. unter Hinweis auf den Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG dafür, dass die Behörden auch ein für verfassungswidrig erachtetes Gesetz grundsätzlich zur Anwendung zu bringen haben. Bzw., um es umgekehrt auszudrücken: Die Behörden⁴⁸ dürfen hier das betreffende Gesetz

Normenverwer-
fungskompetenz

⁴⁸ Etwas anderes gilt für Gerichte: Hält ein Gericht ein *formelles* Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so kann es eine konkrete Normenkontrolle einleiten; vgl. Art. 100 GG. Hält ein Gericht ein *materielles* Gesetz (Rechtsverordnung, Satzung), auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so kann es dieses *inter partes* "verwerfen" (d. h. in der Sache: nicht anwenden); nicht möglich ist hingegen eine "Verwerfung" *inter omnes* (d. h. eine Aufhebung bzw. Für-Nichtig-Erklärung).

nicht unangewandt lassen; sie verfügen insbesondere über keine "Normenverwerfungskompetenz". Denkbar ist, sofern ein formelles Gesetz für verfassungswidrig erachtet wird, allenfalls eine Remonstration an die Aufsichtsbehörden, in der Hoffnung, dass die Exekutivspitze eine Normenkontrolle i. S. des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG einleitet (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Für den zur Entscheidung anstehenden Einzelfall ist eine derartige Remonstration angesichts des hiermit verbundenen Zeitverlusts freilich nicht selten wenig hilfreich.⁴⁹ Wird ein materielles Gesetz für verfassungswidrig erachtet, besteht ggf. die Möglichkeit einer Normenkontrolle nach § 47 VwGO.

3.1.2.2. Vorbehalt der Verfassung

Vorbehalt der Verfassung

Ein Vorbehalt der Verfassung besteht nicht: Ein Vorbehalt der Verfassung gilt nach einhelliger Auffassung noch nicht einmal für den Gesetzgeber; denn dies bedeutete ja, dass der Gesetzgeber kein Gesetz erlassen dürfte, zu dem er nicht ausdrücklich ermächtigt ist. Solches wäre mit dem Zweck und der Funktion einer Verfassung (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.1.1) nicht in Einklang zu bringen. Erst recht keinem Vorbehalt der Verfassung unterliegen können vor diesem Hintergrund Behörden und Gerichte.

3.2 Einzelheiten zum rechtsstaatlichen Vorgehen der Behörden

3.2.1 Grundrechtsbindung

Grundrechte

Wie bereits aufgezeigt, haben die Behörden anlässlich ihrer Gesetzesanwendung die Grundrechte zu beachten (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.1.2.1 und Art. 1 Abs. 3 GG). Notwendig wird vor diesem Hintergrund eine nähere, wiederholende Betrachtung der Funktion und des Regelungsgehalts von Grundrechten.

3.2.1.1. Funktionen von Grundrechten

status negativus

Der Idee nach war den Grundrechten die Funktion zugeordnet, den Rechtsunterworfenen einen (Frei-)Raum zu verschaffen, in den der Staat grundsätzlich nicht hineinzuwirken hat (sog. "*status negativus*"); mit anderen Worten: Grundrechte sollten *Abwehrrechte gegen den Staat* sein. Diese, ihre hergebrachte Funktion sollen sie selbstverständlich auch heute erfüllen (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

⁴⁹ Vor diesem Hintergrund wird im Schrifttum erwogen, ob die Behörden nicht zumindest befugt sein sollen, dass Verwaltungsverfahren vorübergehend auszusetzen, bzw., sofern dies wegen der Dringlichkeit der Entscheidung nicht möglich ist, das anzuwendende Gesetz ausnahmsweise doch einmal unangewandt zu lassen. Die Rechtsprechung ist in Bezug auf diese Kompetenzen tendenziell äußerst zurückhaltend.

Nimmt man den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes in den Blick, fällt freilich ins Auge, dass Grundrechte den Rechtsunterworfenen vereinzelt ganz ausdrücklich einen Anspruch auf staatliches Tätigwerden verleihen (sog. "*status positivus*"); vgl. z. B. Art. 6 Abs. 4 und Abs. 5 GG. Solcherlei Vorschriften enthalten *Anspruchs-* bzw. *Teilhaberechte*. Die Überlegung, dass Grundrechte u. U. einen Anspruch verleihen, wurde mit der Zeit immer populärer und i. E. auf alle Grundrechte übertragen, unabhängig von ihrem Wortlaut (vgl. etwa Anspruch auf Bereitstellung einer hinreichenden Zahl von Studienplätzen nach Art. 12 Abs. 1 GG). Und so ist heute beispielsweise gemeinhin anerkannt, dass Grundrechte "Schutzpflichten" gegenüber dem Staat begründen; d. h. den Staat trifft die Pflicht, hinreichende Maßnahmen zu treffen, um die grundrechtlichen Schutzgüter (Leben, Gesundheit, Freiheit usw.) gegen Beeinträchtigungen Dritter abzusichern (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

status positivus

Eine weitere Funktion der Grundrechte, genauigkeitshalber eigentlich: *der Vorschriften des Grundrechtsteils*, ist es, bestimmte *Rechtsinstitute* verfassungsrechtlich festzuschreiben; so statuiert beispielsweise Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur das Grundrecht der Eigentumsfreiheit, sondern garantiert das Rechtsinstitut des Privateigentums (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

Institutsgarantien

Schließlich sind die grundrechtlichen Freiheiten auch Ausdruck einer hierzu-lande gemeinhin anerkannten *objektiven Werteordnung*; vor diesem Hintergrund bilden die Vorschriften des Grundrechtsteils vor allem eine Auslegungsmaxime für das einfache Recht (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

Objektive Werteordnung

Zu unterscheiden gilt es Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte. *Freiheitsrechte* sind etwa in Art. 2 Abs. 1 GG (Verhaltensfreiheit), Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 1. und 2. Alt. GG (Leben und körperliche Unversehrtheit), Art. 2 Abs. 1 Satz 3 GG (persönliche Freiheit) sowie Art. 4 GG (Religionsfreiheit) enthalten. Die Freiheitsrechte stehen untereinander in einem Spezialitätsverhältnis: Die Verhaltensfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG ist das allgemeinste Grundrecht (*lex generalis*) und damit als sog. "Auffanggrundrecht" überall dort einschlägig, wo kein spezielles Grundrecht eingreift; ist ein spezielles Grundrecht (*lex specialis*) einschlägig, wird die Verhaltensfreiheit verdrängt. Um *Gleichheitsrechte* handelt es sich etwa bei Art. 3 GG und Art. 6 Abs. 5 GG; auch hier findet sich in Art. 3 Abs. 1 GG ein allgemeines Gleichheitsrecht (*lex generalis*), während die anderen Gleichheitssätze spezieller sind (*lex specialis*) (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

Freiheits- und Gleichheitsrechte

Eine weitere, durch das Grundgesetz vorgegebene Kategorisierung ist die Einteilung der Grundrechte in Menschen- und Bürgerrechte. *Menschenrechte* (etwa Art. 1 - 5 GG) gelten mangels Einschränkung im Wortlaut für alle Individuen,

Menschen- und Bürgerrechte

die deutscher Staatsgewalt ausgesetzt sind, *Deutschengrundrechte* hingegen (beispielsweise Art 8 - 9 GG, Art. 12 GG), wie die Bezeichnung bereits vermuten lässt, nur für Deutsche (vgl. Art. 116 Abs. 1 GG) (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

3.2.1.2. Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete

Grundrechtsberechtigung bzw. -fähigkeit

Wiederholend klarzumachen gilt es sich des Weiteren, wer grundrechtsberechtigt (auch: "grundrechtsfähig") und wer grundrechtsverpflichtet (auch: "grundrechtsgebunden"; "Grundrechtsadressatenschaft") ist. Was zunächst die *Grundrechtsberechtigung* anbelangt, so folgt diese bereits aus der hergebrachten Funktion der Grundrechte; hiernach sind Grundrechte zuvörderst Abwehrrechte gegen den Staat (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.1.2). Grundrechtsberechtigt sind daher grundsätzlich die *Rechtsunterworfenen*. Dies sind vornehmlich *natürliche Personen, sofern sie als Private agieren*.⁵⁰ Daneben sind grundrechtsberechtigt aber auch *juristische Personen des Zivilrechts, sofern sie als Private agieren*⁵¹; zusätzlich erfüllt sein müssen hier indessen die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG ("inländische" "juristische Person"⁵², "wesensmäßige Anwendbarkeit"⁵³; vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Hiergegen sind *juristische Personen des öffentlichen Rechts* grundsätzlich *nicht grundrechtsberechtigt*. Eine *Ausnahme* wird nur für solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts gemacht, die den Rechtsunterworfenen erst die Möglichkeit eröffnen, ihre grundrechtliche Freiheit im entsprechenden Lebensbereich wahrzunehmen; jene drei abschließenden Ausnahmen sind öffentlich-rechtlich organisierte Religionsgemeinschaften für die Religionsfreiheit (Art 4 GG), öffentlich-rechtlich organisierte Rundfunkanstalten für die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. GG) und öffentlich-rechtlich organisierte Universitäten und Hochschulen für die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. GG). Vonnöten ist der in diesen drei Ausnahmen liegende Systembruch letztlich, um die Folgen eines ihm vorausgehenden Systembruchs zu kompensieren: Religionsgemeinschaften, Rundfunkanstalten und Universitäten bzw. Hochschulen sind hierzulande öffentlich-rechtlich organisiert (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

⁵⁰ Dagegen können natürliche Personen auch als Organwalter fungieren (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.2.2.1 und noch Punkt 3.2.1.2).

⁵¹ Daran fehlt es dann, wenn es sich um einen *privatrechtlich organisierten Verwaltungsträger* oder einen *Beliehenen* in Erfüllung öffentlicher Aufgaben handelt (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.2.2.1).

⁵² Der *verfassungsrechtliche* Begriff "juristische Person" in Art. 19 Abs. 3 GG ist weiter als der *zivilrechtliche*; er umfasst nicht nur "juristische Personen im zivilrechtlichen Sinne" (z. B. GmbHs und AGs; vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG und § 1 Abs. 1 AktG), sondern zudem sonstige Vereinigungen, etwa "teilrechtsfähige Personenzusammenschlüsse" (OHGs und KGs; vgl. § 124 Abs. 1 bzw. §§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 1 HGB).

⁵³ Ob ein Grundrecht seinem Wesen nach auf eine juristische Person des Zivilrechts anwendbar ist, ist mit Blick auf die konkrete Person und den konkreten Einzelfall zu beurteilen; so kann sich eine GmbH beispielsweise nicht auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG berufen, wohl aber auf Art 14 Abs. 1 Satz 1 GG.

Dagegen sind *grundrechtsverpflichtet* der Gesetzgeber, die Behörden und die Gerichte; vgl. Art. 1 Abs. 3 GG. In der Sache sind das wiederum zuvörderst *natürliche Personen*, diesmal indessen, *sofern sie als Organwalter tätig werden*.⁵⁴ Bisweilen nicht ganz unproblematisch ist freilich, wo die genaue Grenze zwischen Amtsausübung und privater Lebensführung (Autofahrt zum Dienst; kopftuchtragende Lehrerinnen usw.) verläuft. Diese Grenze zu bestimmen ist indessen unabdinglich; denn vielfach kommt es entscheidend darauf an, ob das Verhalten einer natürlichen Person als öffentlich-rechtliches oder als zivilrechtliches anzusehen ist. Besonders problematisch ist die Frage, ob dienstliche Verfügungen bzw. Anordnungen gegenüber Beamtinnen und Beamten diese nur in ihrer Amtsausübung (bzw.: im "Betriebsverhältnis") betreffen oder ob sie sich nicht doch auf deren persönliche Rechtsstellung auswirken (bzw.: auf das "Grundverhältnis"); man denke nur einmal an Versetzungen, Abordnungen bzw. besoldungsrechtlich relevante Maßnahmen. Des Weiteren grundrechtsverpflichtet sind *juristische Personen des öffentlichen Rechts*; das Gleiche gilt für juristische Personen des Zivilrechts, an denen Verwaltungsträger mehrheitlich beteiligt sind und die öffentliche Aufgaben erfüllen (zivilrechtlich organisierter Verwaltungsträger) bzw. juristische Personen des Zivilrechts, die beliehen wurden (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.2.2.1). Eine Grundrechtsverpflichtung privat agierender natürlicher Personen bzw. juristischer Personen des Zivilrechts gibt es grundsätzlich nicht. Zumindest eine, aber wirklich auch nur eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht das Grundgesetz indessen selbst, und zwar mit Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG. Hiernach sind Abreden, die das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG einzuschränken versuchen, auch gegenüber "zivilen Arbeitgebern" nichtig. Mit anderen Worten ausgedrückt: Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG entfaltet eine unmittelbare Wirkung nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber Dritten; die Rede ist deswegen gemeinhin auch von einer "*unmittelbaren Drittwirkung*". Darüber hinaus ist anerkannt, dass die Grundrechte eine "*mittelbare Drittwirkung*" entfalten; gemeint ist damit, dass auslegungsbedürftige bzw. -fähige zivilrechtliche Vorschriften im Zweifel im Lichte der Grundrechte auszulegen sind. Dabei handelt es sich um einen Unterfall der verfassungskonformen Auslegung (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.2). So ist z. B. § 626 Abs. 1 BGB, der den Vertragsparteien eines Dienstverhältnisses eine außerordentliche Kündigung aus "wichtigem Grund" gestattet, im Lichte der grundrechtlichen Werteordnung grundsätzlich dahin auszulegen, dass religiöse (Art. 4 Abs. 1 GG) bzw. politische Überzeugungen (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. GG) zumindest nicht per se einen solchen "wichtigen Grund" darstellen. Gewisse Ausnahmen hiervon werden freilich gemacht werden müssen; denn gelegentlich bilden Vorhandensein bzw. Abwesenheit einer bestimmten religiösen bzw. politischen Überzeugung in der Tat gleichsam die

Grundrechtsverpflichtung bzw. -gebundenheit

⁵⁴ Nicht: Sofern die als Private agieren; dann sind natürliche Personen *grundrechtsberechtigt*, nicht grundrechtsverpflichtet; vgl. dazu bereits Punkt 3.2.1.2.

Geschäftsgrundlage einer Zusammenarbeit (bei Tendenzbetrieben wie etwa Kirchen bzw. Gewerkschaften; bei Betrieben der Rüstungsindustrie) (vgl. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht).

3.2.1.3. Einschränkung und Einschränkung von Grundrechten

Schranken

Nochmals vor Augen zu führen gilt es sich des Weiteren den wichtigen Umstand, dass Grundrechte nicht vorbehaltlos gelten, sondern einschränkbar sind. Zu unterscheiden sind hierbei vor allem dreierlei Erscheinungsformen von Schranken: Zunächst unterliegen einige Grundrechte einem sog. "*einfachen Gesetzesvorbehalt*"; charakteristisch hierfür ist, dass das Grundgesetz für die betreffenden Grundrechte lediglich klarstellt, dass Einschränkungen durch oder aufgrund eines Gesetzes zu erfolgen haben. Das trifft beispielsweise auf die Grundrechte auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit zu; vgl. dazu nur einmal Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 1. und 2. Alt. GG i. V. mit Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG. Dagegen wird für weitere Grundrechte ein sog. "*qualifizierter Gesetzesvorbehalt*" formuliert; "qualifiziert" deshalb, weil hier zusätzliche Anforderungen an das einschränkende Gesetz gestellt werden, und zwar entweder in Bezug auf Situationen, in denen ein solches Gesetz ergehen darf (vgl. beispielsweise Art. 11 Abs. 2 GG), oder aber in Bezug auf den Inhalt, den ein solches Gesetz aufzuweisen hat (vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG i. V. mit Art. 104 GG). Schließlich sind einige Grundrechte, geht man allein vom Wortlaut des Grundgesetzes aus, *überhaupt nicht einschränkbar*; vgl. etwa Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 3 GG und, sofern es um Versammlungen in geschlossenen Räumen geht, auch Art. 8 Abs. 1 GG. Solcherlei Grundrechte können nach h. M. nur durch ein Gesetz eingeschränkt werden, das sich als Konkretisierung eines anderen Verfassungswertes darstellt; sie unterliegen gleichsam nur sog. "verfassungsimmanenten" Schranken. Hiernach findet etwa die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3, 2. Alt. GG) dort ihre Grenze, wo zu Forschungszwecken Menschenversuche bzw. Versuche mit Embryonen durchgeführt werden sollen; denn das menschliche Leben stellt ebenfalls ein grundrechtliches Schutzgut und damit einen Verfassungswert dar (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 1. Alt. GG). Vgl. zu alledem im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht.

Schranken-
Schranken

Zu beachten ist hierbei wiederum, dass Grundrechte freilich nicht "uneingeschränkt einschränkbar" sind; die grundrechtliche Freiheit lässt sich vor allem nicht "auf Null" bzw. "gegen Null gehend" einschränken. Um dies sicherzustellen, unterliegen die Grundrechtsschranken ihrerseits Schranken, den sog. "Schranken-Schranken". Bereits angesprochen worden ist die allgemeine Anforderung, dass die Einschränkung eines Grundrechts nur vermittelt durch oder aufgrund eines *Gesetzes* erfolgen darf. Für einfache und qualifizierte Gesetzesvorbehalte folgt dies bereits aus dem Wortlaut des Grundgesetzes; hier ist zumeist ausdrücklich von einer Einschränkung "durch oder aufgrund eines Gesetzes" ö. ä. die Rede (Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG; Art. 11 Abs. 2 GG). Erst recht nur durch Gesetz einschränkbar sind nach ganz h. M. aber auch die vorbehaltlosen

bzw. nur verfassungsimmanenten Schranken unterliegenden Grundrechte (Art. 4 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 3 GG). Weitere Schranken-Schranken sind in Art. 19 GG formuliert; hier werden überwiegend formelle Anforderungen an grundrechtseinschränkende Gesetze gestellt: So enthält Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG ein *Verbot von Einzelfallgesetzen*; grundrechtseinschränkende Gesetze müssen also allgemein sein, d. h.: sie bedürfen einer allgemeinen, einer abstrakt-generellen Regelung (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 4.1.1.1). Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muss das einschränkende Gesetz eigentlich alle hierdurch eingeschränkten Grundrechte unter Angabe des Artikels nennen;⁵⁵ die Rede ist insofern vom "*Zitiergebot*". Zu beachten ist dabei freilich, dass das Zitiergebot nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für eine ganze Reihe von Grundrechten gar nicht gilt, namentlich für die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Schließlich wird, überwiegend unter Hinweis auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Art. 20 Abs. 3 GG, verlangt, dass Gesetze hinreichend bestimmt formuliert sein müssen ("*Prinzip der Normenbestimmtheit*") (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Neben diese formellen gelten für grundrechtseinschränkende Gesetze aber auch materielle Schranken-Schranken. Anzuführen ist insofern einerseits Art. 19 Abs. 2 GG, der verbietet, ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt anzutasten (sog. "*Wesensgehaltsgarantie*"). Sehr streitig ist, wo der Wesensgehalt eines Grundrechts beginnt; insofern ist zu konstatieren, dass es einer durchaus intensiven Einschränkung eines Grundrechts bedarf, um eine Antastung seines Wesensgehalts in Betracht ziehen zu können (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Die wichtigste Schranken-Schranke ist der sog. "*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*", der besagt, dass Einschränkungen von Grundrechten stets auf möglichst schonende Art und Weise zu erfolgen und überdies einer vertretbaren Zweck-Mittel-Relation aufzuweisen haben (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht, sowie im Einzelnen noch Punkt 3.3.2).

3.2.1.4. Verletzung von Grundrechten

Klarzuwerden gilt es sich schließlich darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Grundrecht verletzt ist. Dies wird gemeinhin in drei Gedankenschritten überprüft: In einem Schritt 1 gilt es zu überlegen, ob ein Grundrecht die betreffenden Personen und das betreffende Verhalten überhaupt schützt; in der Fachsprache ist ersterenfalls vom *personalen*, letzterenfalls vom *sachlichen Schutzbereich* die Rede (vgl. dazu im Einzelnen bereits den Studienbrief zum Verfassungsrecht).⁵⁶ Sofern sowohl der personale als auch der sachliche Schutzbereich erfüllt sein sollte, fragt sich in einem Schritt 2, ob die als Grundrechtsein-

Schutzbereich, Eingriff, verfassungsrechtliche Rechtfertigung

⁵⁵ Vgl. beispielsweise nur einmal § 20 VersG.

⁵⁶ Dabei ist in Bezug auf den personalen Schutzbereich nochmals hervorzuheben, dass das Grundgesetz sog. "Menschen-" wie auch "Deutschengrundrechte" kennt, vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.1.1.

schränkung erwogene staatliche Maßnahme tatsächlich einen *Eingriff* darstellt. Als Eingriff gelten nach dem modernen Verständnis Maßnahmen, die das grundrechtlich geschützte Verhalten unmöglich machen oder auch nur erschweren; eine Ausnahme wird nur für solche staatlichen Maßnahmen gemacht, deren Wirkung entweder gänzlich unerheblich oder gänzlich unvorhersehbar ist (vgl. dazu im Einzelnen bereits den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Sollte ein Eingriff festgestellt werden, so ist in einem Schritt 3 zu prüfen, ob nicht möglicherweise eine *verfassungsrechtliche Rechtfertigung* für den Eingriff vorliegt. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt kann der Eingriff nur sein, wenn er durch ein Gesetz gestattet wird, das innerhalb der oben genannten Schranken-Schranken bleibt (vgl. dazu bereits Punkt 3.2.1.3 und noch Punkt 3.2.2.3). Unbedingt zu merken gilt es sich dabei vor allem, dass ein Eingriff in ein Grundrecht noch keine "Verletzung" bzw. keinen "Verstoß" darstellt; von einer Verletzung bzw. einem Verstoß darf erst im Zusammenhang mit "nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigten Eingriffen" gesprochen werden.

3.2.2 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

3.2.2.1. Ideengeschichte

Staats- bzw. polizeirechtlicher Rechtsgrundsatz

Die Anforderung einer Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen stammt aus dem Preußischen Staats- bzw. Polizeirecht (*Carl Gottlieb Svarez*; Vorträge über Recht und Staat; *Robert von Mohl*, Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates). Hergebrachterweise war mit "Verhältnismäßigkeit" das Verbot des Einsatzes übertriebener Mittel gemeint; heute wäre insofern von "Erforderlichkeit" die Rede. Darin liegt noch heute eine wichtige Teilanforderung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Das Bundesverfassungsgericht hat den Gedankenansatz des hergebrachten Verhältnismäßigkeitsverständnisses aufgegriffen und weiterentwickelt (vgl. zum heutigen Inhalt noch Punkt 3.2.2.3). Verankert sieht es den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seinen geringfügig voneinander abweichenden Entscheidungen teils "im Rechtsstaatsprinzip", teils "in Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG" und teils "im Rechtsstaatsprinzip bzw. Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. i. V. mit den Grundrechten".

3.2.2.2. Bedeutung

Wichtige Schranken-Schranke

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine äußerst wichtige Schranken-Schranke (vgl. dazu im Einzelnen bereits 3.2.1.3), ohne welche durch die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte eher nur "formale Anforderungen" an die Einschränkung gestellt würden.

Beispiel 16

Um die allnächtliche Kriminalität in diversen Großstädten einzudämmen, beschließt der Bundestag ein Gesetz, nach dem in der Nachtzeit zwischen 22.00 und 6.00 Uhr eine generelle Ausgangsperre gilt; es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass hierdurch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG eingeschränkt wird. Wird keine Ausnahmegenehmigung erteilt, haben in dieser Zeit alle in ihren Wohnungen zu verbleiben.

Das Gesetz stellt einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG dar. Die sonstigen Schranken-Schranken genügen nicht, um dieses Vorgehen des Gesetzgebers zu verhindern: Namentlich geschieht der Eingriff nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG "durch Gesetz", das hinreichend bestimmt und auch kein "Einzelfallgesetz" i. S. des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG ist. Die Einschränkungen des Art. 104 gelten bei self-executing-Gesetzen nicht. Dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ist entsprochen. Schließlich greift das Ausgangssperre-Gesetz auch nicht i. S. des Art. 19 Abs. 2 GG in den Wesensgehalt des Rechts auf persönliche Freiheit ein. Für verfassungswidrig lässt sich das Gesetz erst mit Blick auf die Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit erachten.

3.2.2.3. Inhalt

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besagt, dass Eingriffe in Grundrechte sich als "verhältnismäßig" erweisen müssen; festgestellt wird dies, kurz gesagt, durch eine Zweck-Mittel-Prüfung: Für verhältnismäßig erachtet wird der Eingriff in ein Grundrecht dann, wenn er einem legitimen Zweck dient und sich zudem als legitimes Mittel erweist.

Zweck und Mittel

Was zunächst den Zweck staatlicher Maßnahmen anbelangt, so ist dieser im Regelfall, d. h. bei unter Vorbehalt stehenden Grundrechten (vgl. dazu bereits Punkt 3.2.1.2), dann legitim, wenn er mit der Verfassung vereinbar ist (sog. "verfassungskonformer Zweck"). Für vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte (vgl. dazu bereits Punkt 3.2.1.2) bedarf es eines in der Verfassung angelegten Zwecks ("verfassungsimmanenter Zweck").

Legitimer Zweck

Demgegenüber ist das zur Herbeiführung des Zwecks eingesetzte Mittel dann legitim, wenn es geeignet, erforderlich und angemessen ist. Für *geeignet* erachtet wird ein Mittel bereits, sofern es dem Zweck irgendwie förderlich ist (es muss also nicht etwa ein besonders effektives oder gar das effektivste sein). Die Anforderung der *Erforderlichkeit* ist dann erfüllt, wenn ein Mittel das mildeste ist; das wiederum bedeutet, dass keine weniger einschneidenden und ebenso effektiven Mittel zur Verfügung stehen dürfen. Und *angemessen* ist ein Mittel unter der Voraussetzung, dass zwischen Grundrechtseingriff (Wichtigkeit des beeinträchtigten Grundrechts, Intensität des Eingriffs) und legitimem Zweck (Wichtigkeit der geschützten Rechtsgüter; Intensität ihrer etwaigen Verletzung) kein Missverhältnis besteht. Dabei gilt es die betroffenen Grundrechte und den Zweck zunächst *in abstracto* ins Verhältnis zu setzen; desgleichen bedarf es aber auch einer Abwägung *in concreto*, d. h. einer Abwägung mit Blick auf die Intensität der Beeinträchtigung der betroffenen Grundrechte einerseits und die Intensität der etwaigen Verletzung der geschützten Interessen andererseits.

Legitimes Mittel

Beispiel 17

Meinbolt Mops (M) wird nach dem Entwenden einer 4,99 € teuren Flasche Wein im WALDI-Supermarkt (W) von einem hinzugerufenen Polizeibeamten, da er nur auf diese Art und Weise von einer Flucht abgehalten werden kann, derb am Arm festgehalten. Verhältnismäßig?

§ 242 StGB

(1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 903 BGB

¹Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. ²Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.

Das derbe Festhalten des M durch den Polizeibeamten stellt sich als Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. GG und in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG dar. Verhältnismäßig wäre der Eingriff dann, wenn er einem legitimen Zweck dienen und sich als legitimes Mittel erweisen würde. Zweck ist die Sicherung des staatlichen Strafanspruchs aus § 242 StGB, zugleich freilich die Wahrung der Eigentümerinteressen des W i. S. des § 903 BGB. Dieser Zweck ist verfassungskonform und damit legitim. Um ein legitimes Mittel zu sein, müsste sich das Festhalten des M als in Bezug auf diesen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen erweisen. Dem Zweck förderlich und damit geeignet ist das Festhalten durchaus; denn der staatliche Strafanspruch wird dadurch nicht vereitelt und die Eigentümerinteressen werden gewahrt. Mildere, d. h. weniger einschneidende und gleich effektive Mittel sind nach dem Sachverhalt nicht ersichtlich (M kann nach den Sachverhaltsangaben nur durch Festhalten an der Flucht gehindert werden). Dem staatlichen Strafanspruch bzw. den Eigentümerinteressen des W fehlt es bei einer Betrachtung *in abstracto* im Vergleich zu den Grundrechten auf körperliche Unversehrtheit und persönliche Freiheit zumindest auch nicht derart an Gewicht, dass ihnen hier den Vorzug zu geben missverhältnismäßig erscheint. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch eine Betrachtung *in concreto*; zwar geht es nur um eine Flasche Wein im Wert von 4,99 €, also um eine geringe Verletzung der geschützten Interessen, jedoch werden auch körperliche Unversehrtheit und persönliche Freiheit vergleichsweise geringfügig beeinträchtigt. Hiernach ist das Festhalten verhältnismäßig (etwas anderes würde für ein An- bzw. sogar Erschießen gelten, auch wenn es das mildeste Mittel wäre).

3.2.3 Beurteilungsspielraum und Ermessen

Wie bereits behandelt, haben die Behörden bei ihrer Verwaltungstätigkeit den in Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG statuierten Vorrang des Gesetzes zu beachten (vgl. dazu bereits Punkt 3.1.1.1). Das ist oftmals möglich, ohne dass besondere Probleme auftreten. Vgl. etwa nochmals Beispiel 13: Hierauf war Tatbestandsseite klar, dass es sich bei der Kundgebung des A um eine "verbotene Veranstaltung" i. S. des § 15 Abs. 4 VersG handelt; auf Rechtsfolgenseite wird angeordnet, dass verbotene Veranstaltungen aufzulösen sind. Mitunter erscheint eine Rechtsanwendung nun allerdings nicht so einfach, und zwar deshalb nicht, weil das ermächtigende Gesetz den Anwender weniger klar instruiert, sei es auf Tatbestandsseite, sei es auf Rechtsfolgenseite, sei es auf Tatbestands- und auf Rechtsfolgenseite. Dem ist insbesondere dann so, wenn sich der Gesetzgeber *unbestimmter Rechtsbegriffe* bedient oder den Behörden *Ermessen* eingeräumt hat (vgl. bereits Punkt 3.1.2.1).

Klarheit der gesetzlichen Instruktionen

3.2.3.1. Abgrenzung unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen

Unter "unbestimmten Rechtsbegriffen" versteht man gemeinhin Begriffe, denen durch den Gesetzesanwender kein eindeutiger Inhalt zugewiesen werden kann. Gesetzliche Vorschriften enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe zumeist auf Tatbestandsseite, u. U. – seltener – aber auch auf Rechtsfolgenseite.

Unbestimmter
Rechtsbegriff

In der in Baden-Württemberg gelegenen Gemeinde Schönlingen (S), in der man stolz auf die neue Stadthalle ist, ergeht eine Satzung, deren § 25 wörtlich lautet: *"¹Personen, welche die Stadthalle hässlich bekleidet betreten, handeln ordnungswidrig. ²Gegen sie wird ein Bußgeld verhängt."*

Beispiel 18

§ 4 GemO BW⁵⁷

(1) *¹Die Gemeinden können die weisungsfreien Angelegenheiten durch Satzung regeln, soweit die Gesetze keine Vorschriften enthalten. ...*

§ 142 GemO BW⁵⁸

(1) *Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig*

1. einer auf Grund von § 4 Abs. 1 erlassenen Satzung über die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung,

...

zuwiderhandelt, soweit die Satzung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

(2) *Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.*

...

⁵⁷ Bzw. § 7 Abs. 1 GO NRW; § 4 SächsGemO.

⁵⁸ Bzw. § 7 Abs. 2 GO NRW; § 124 SächsGemO.

	§ 17 OWiG <i>(1) Die Geldbuße beträgt mindestens fünf Euro und, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, höchstens eintausend Euro.</i> Bei "hässlich" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff auf Tatbestandsseite. Die Rechtsfolge ist hingegen zwingend angeordnet.
Ermessen	Von "Ermessen" spricht man hingegen dann, wenn die Setzung der Rechtsfolge den Behörden nicht zwingend vorgeschrieben ist, etwa durch Begriffe wie "muss", "hat zu", "ist zu" o. ä. (sog. "zwingende Vorschriften"), sondern in ihr Belieben gestellt zu sein scheint, weil es "kann", "darf" oder auch "soll" heißt (sog. "Ermessensvorschrift").
Beispiel 19	Überdies ist in der Satzung (Beispiel 18) in § 26 festgelegt: ¹Ordnungswidrig handeln auch Personen, die in der Stadthalle rauchen. ²Gegen solche Personen kann ein Bußgeld verhängt werden." Auf Tatbestandsseite findet sich hier kein unbestimmter Rechtsbegriff. Wohl aber steht die Verhängung eines Bußgeldes ausweislich des Wortlauts "kann" auf Rechtsfolgenseite im Ermessen der Behörde.
Koppelungsnorm	Bei einem Zusammentreffen von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen in ein und derselben Norm spricht man auch von "Koppelungsnormen" (vgl. BVerwGE 45, 162, 164 = NJW 1974, 1634).
Beispiel 20	§ 25 der Satzung (Beispiel 18) lautet: ¹Personen, welche die Stadthalle hässlich bekleidet betreten, handeln ordnungswidrig. ²Gegen sie kann ein Bußgeld verhängt werden." Hier wird auf Tatbestandsseite ein unbestimmter Rechtsbegriff verwandt und zudem Ermessen eingeräumt.
3.2.3.2. Unbestimmter Rechtsbegriff Ehe nähere Überlegungen zum unbestimmten Rechtsbegriff erfolgen, nehmen Sie bitte zwei Beispiele hierzu aus dem Bundes- bzw. Landesrecht zur Kenntnis (die Begriffe "Unzuverlässigkeit" in § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO und "verunstaltet" bzw. "verunstaltend" in § 9 Satz 1 und 2 SächsBO).	
Normenbeispiele	§ 35 GewO <i>(1) ¹Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersa-</i>

gung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. ...

§ 9 SächsBO⁵⁹

¹Bauliche Anlagen müssen nach Form, Maßstab, Verhältnis der Baumassen und Bauteile zueinander, Werkstoff und Farbe so gestaltet sein, dass sie nicht verunstaltet wirken. ²Bauliche Anlagen dürfen das Straßen-, Orts- und Landschaftsbild nicht verunstalten.

Die Anwendung von Vorschriften, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, ist immer noch streitig: Nach h. M. ist das Vorliegen / Nicht-Vorliegen des Tatbestandes auch bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich gerichtlich voll überprüfbar. Es gibt also *grundsätzlich* keinen "Beurteilungsspielraum" dergestalt, dass zwei Behörden in Bezug auf die Frage, ob ein und der derselbe Sachverhalt bzw. zwei identische Sachverhalte von einem unbestimmten Rechtsbegriff erfasst wird / werden oder nicht, und damit ob der Tatbestand einer gesetzlichen Ermächtigung erfüllt ist oder nicht, zu zwei unterschiedlichen Ergebnissen gelangen dürften – auch nicht in Grenzfällen. Es würde also z. B. nicht akzeptiert, dass das Gewerbeamt einenorts für bestimmte Konstellationen noch von einer Zuverlässigkeit Gewerbetreibender ausgeht, während das Gewerbeamt anderenorts in vergleichbaren Konstellationen bereits eine Unzuverlässigkeit Gewerbetreibender annimmt. Denn daraus folgte ja im Umkehrschluss, dass die Verwaltungsgerichte das Erfülltsein bzw. Nicht-Erfülltsein des Tatbestandes – zumindest in Grenzfällen – gar nicht vollständig überprüfen dürften; und das wäre nach der Rechtsprechung mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar (a. A. zum Teil die im Schrifttum vertretene Ermächtigungslehre). Von diesem Grundsatz werden jedoch *Ausnahmen* gemacht, und zwar vor allem dort, wo die Subsumtion von Sachverhalten unter unbestimmte Rechtsbegriffe letztlich eine wertende Entscheidung bzw. eine Prognose- bzw. Risikoentscheidung verlangt (Prüfungsentscheidungen; beamtenrechtliche Beurteilungen; Entscheidungen weisungsfreier, mit Sachverständigen oder pluralistisch mit Interessenvertretern besetzte Ausschüsse wie bspw. Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien etc.). Hier besteht ausnahmsweise doch ein behördlicher "Beurteilungsspielraum".

Rechtliche Behandlung

Was das im Einzelnen bedeutet, sei anhand der besonders praxis- wie auch prüfungsrelevanten Ausnahmen der Prüfungsentscheidungen und beamtenrechtlichen Beurteilungen aufgezeigt; beidenfalls haben die Behörden eine "wertende Entscheidung" zu treffen (z. B. darüber, ob eine Leistung ungenügend oder noch genügend ist). Hervorzuheben gilt es von Anfang an, dass der den Behörden hier zuerkannte Beurteilungsspielraum nicht etwa bedeutet, dass die Behörden keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen; vielmehr soll die gerichtliche

Prüfungsentscheidungen, beamtenrechtliche Beurteilungen

⁵⁹ Bzw. § 11 BauO NRW; § 9 BauO Bln; § 12 BauO NRW (in Anlehnung an § 9 MBO).

Kontrolle lediglich "eingeschränkt" sein. D. h. im Einzelnen, dass den Verwaltungsgerichten zwar versagt ist, die Wertung der zuständigen Behörde durch ihre eigene Wertung zu ersetzen; durchaus gestattet sein soll ihnen aber, zu überprüfen, ob den Behörden ein *Beurteilungsfehler* unterlaufen ist. Abgesehen davon, dass die Behörden selbstverständlich nicht gegen einschlägige gesetzliche Vorschriften verstoßen dürfen, sind vor allem folgende Bewertungsfehler zu vermeiden: Zunächst ist muss das *Verfahren* eingehalten werden.⁶⁰ Ein Beurteilungsfehler ist es weiterhin, von einem *unzutreffenden Sachverhalt* auszugehen.⁶¹ Keine Rolle spielen dürfen bei der Beurteilung des Weiteren *sachfremde Erwägungen*; anderenfalls liegt ein Beurteilungsfehler vor.⁶² Schließlich müssen bei der Beurteilung *allgemein anerkannte Bewertungsmaßstäbe* angelegt werden.⁶³ Findet sich ein Beurteilungsfehler, so wird die Prüfungsentscheidung / dienstliche Beurteilung aufgehoben und die Behörde muss unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entscheiden, es sei denn, der Beurteilungsspielraum ist ausnahmsweise auf Null reduziert. Liegt kein Beurteilungsfehler vor, ist die Entscheidung nicht angreifbar.

Beispiel 21

Baltram Beamte (B) ist entrüstet, als er in der von seiner Vorgesetzten Miltraud Missgunst (M) verfassten dienstlichen Beurteilung lesen muss, dass ihm letztes Jahr bei der Bearbeitung zweier wichtiger Akten erhebliche Fehler unterlaufen sein sollen – die indessen gar nicht er, sondern sein Kollege Dietwalt Dilettant (D) bearbeitet hat –, und dass er „unkollegial und kontraproduktiv überengagierte“ sei, was sich insbesondere an seiner alltäglichen Pünktlichkeit zeige.

M ist hier zumindest von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen (Bearbeitung der beiden Akten) und hat gemeinhin anerkannte Bewertungsmaßstäbe außer Acht gelassen (Pünktlichkeit darf nicht negativ zu Buche schlagen).

3.2.3.3. Ermessen

Ehe nähere Erläuterungen zum Ermessen erfolgen, seien wieder zwei Beispiele für eine typische Ermessensvorschrift aus dem Bundes- bzw. Landesrecht angeführt (§ 15 Abs. 1 - 3 VersG; § 65 LBO BW):

⁶⁰ So ist es beispielsweise erforderlich, Prüflingen die vorgesehene Prüfungszeit und Beamten die vorgesehene Bewährungszeit einzuräumen.

⁶¹ Dem ist etwa dort so, wo der Beurteilung infolge von Verwechslungen eine unzutreffende bzw. unvollständige Prüfungs- bzw. Beamtenleistung zugrunde gelegt wird.

⁶² Sachfremd sind alle Erwägungen, die mit der zu beurteilenden Prüfungs- bzw. Beamtenleistung nichts zu tun haben, wie z. B. Antipathie bzw. Sympathie, aber auch ein besonderes, rechtlich nicht relevantes Engagement des Prüflings bzw. Beamten u. ä.

⁶³ So sind z. B. Prüfungen nach einem anerkannten Bewertungsmaßstab ab 50 % der erreichten Punktzahl mit genügend zu bewerten, eine besondere Pünktlichkeit darf dem Beamten nicht negativ angerechnet werden usw.

§ 15 VersG

(1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

(2) ¹Eine Versammlung oder ein Aufzug kann insbesondere verboten oder von bestimmten Auflagen abhängig gemacht werden, wenn

1. die Versammlung oder der Aufzug an einem Ort stattfindet, der als Gedenkstätte von historisch herausragender, überregionaler Bedeutung an die Opfer der menschenunwürdigen Behandlung unter der national-sozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erinnert, und
2. nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung konkret feststellbaren Umständen zu besorgen ist, dass durch die Versammlung oder den Aufzug die Würde der Opfer beeinträchtigt wird.

²Das Denkmal für die ermordeten Juden Europas in Berlin ist ein Ort nach Satz 1 Nr. 1. ³Seine Abgrenzung ergibt sich aus der Anlage zu diesem Gesetz. Andere Orte nach Satz 1 Nr. 1 und deren Abgrenzung werden durch Landesgesetz bestimmt.

(3) Sie kann eine Versammlung oder einen Aufzug auflösen, wenn sie nicht angemeldet sind, wenn von den Angaben der Anmeldung abgewichen oder den Auflagen zuwidergehandelt wird oder wenn die Voraussetzungen zu einem Verbot nach Absatz 1 oder 2 gegeben sind.

...

§ 65 LBO BW⁶⁴

¹Der teilweise oder vollständige Abbruch einer Anlage, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde, kann angeordnet werden, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

²Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt, so kann diese Nutzung untersagt werden.

Normenbeispiele

Die Besonderheiten einer Anwendung von Ermessensvorschriften wird am besten durch den Vergleich mit einer Anwendung von zwingenden Vorschriften deutlich (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.3.1):

Rechtliche Behandlung

Bei zwingenden Vorschriften ergeben sich auf Rechtsfolgenseite im Regelfall keine besonderen Probleme. Abgesehen einmal davon, dass im Rahmen der Anwendung genau zu ermitteln ist, welche Rechtsfolge der Gesetzgeber genau zugelassen hat, gibt es zur Setzung dieser Rechtsfolge jedenfalls keine Alternative, mit anderen Worten: Die Rechtsfolge *muss* gesetzt werden.

Vorgehensweise bei zwingenden Vorschriften

⁶⁴ Bzw. § 79 BauO Bln, § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW; § 80 SächsBO (in Anlehnung an § 80 MBO).

Beispiel 22

Im sächsischen Glattwitz (G) ergeht eine Polizeiverordnung, deren § 5 wörtlich lautet: "Im Falle witterungsbedingter Glätte ist Grundstückseigentümern auf dem Gehweg vor ihrem Grundstück zu streuen aufzugeben."

§ 9 SächsPolG⁶⁵

(1) Die allgemeinen Polizeibehörden können zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz polizeiliche Gebote oder Verbote erlassen, die für eine unbestimmte Anzahl von Fällen an eine unbestimmte Anzahl von Personen gerichtet sind (Polizeiverordnungen).

(2) Die Vorschriften dieses Gesetzes über Polizeiverordnungen sind auch dann anzuwenden, wenn ein anderes Gesetz ausdrücklich zum Erlass von Polizeiverordnungen ermächtigt.

Nach § 5 der Polizeiverordnung muss eine Streuverfügung ergehen.

Vorgehensweise bei Ermessensvorschriften

Demgegenüber gestaltet sich die Setzung der Rechtsfolge im Zusammenhang mit Ermessensvorschriften vergleichsweise kompliziert. Das liegt daran, dass mit dem eingeräumten Ermessen nicht etwa ein sog. "freies Ermessen" gemeint ist; die Behörden dürfen die Rechtsfolgen hier bei Vorliegen des Tatbestands also nicht nach ihrem Gutdünken setzen oder nicht setzen. Vielmehr wird den Behörden in Übereinstimmung mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nur ein sog. "gebundenes Ermessen" eingeräumt; vgl. § 40 VwVfG, § 114 VwGO. Das Ermessen muss fehlerfrei ausgeübt werden; genauer: es ist im Regelfall zu unterscheiden zwischen einer Mehrzahl von Vorgehensalternativen, die ermessenfehlerfrei sind, und einer Mehrzahl von Vorgehensalternativen, die ermessensfehlerhaft sind. Dabei ist sich für eine ermessenfehlerfreie Vorgehensalternative zu entscheiden rechtmäßig, sich für eine ermessenfehlerhafte Vorgehensalternative zu entscheiden dagegen rechtswidrig.

Beispiel 23

In G (Beispiel 22) heißt es in der Polizeiverordnung: "Im Falle witterungsbedingter Glätte kann Grundstückseigentümern auf dem Gehweg vor ihrem Grundstück zu streuen aufgegeben werden".

Der Erlass einer entsprechenden Verfügung ist hier nicht zwingend, sondern steht im Ermessen der Behörde.

Ermessensfehler

Unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsfolge ermessensfehlerfrei gesetzt wird, erhellt aus den § 40 VwVfG und § 114 VwGO. Hiernach sind im Wesentlichen drei Ermessensfehler zu unterscheiden.

⁶⁵ Bzw. § 10 PolG BW; §§ 55 ff. ASOG Berlin; § 27 OBG NRW.

Der erste, sich vor allem aus dem Wortlaut des § 40 VwVfG ableitende Ermessensfehler ist es, *kein Ermessen auszuüben* (vgl. § 40 VwVfG: " ... hat sie ihr Ermessen ... auszuüben ... "). Die Rede ist insofern gemeinhin von einem "Ermessensnichtgebrauch"⁶⁶. Wie daraus bereits klar wird, liegt ein Ermessensnichtgebrauch insbesondere dann vor, wenn die Behörde sich bei ihrer Entscheidung für gebunden erachtet hat, wenn sie also meinte, die Rechtsfolge setzen zu müssen, bzw., umgekehrt, wenn sie meinte, die Rechtsfolge nicht setzen zu dürfen. Gleichsam nach außen erkennbar ist ein Ermessensnichtgebrauch freilich nur über Indizien; ggf. ergiebig ist insofern insbesondere der Begründungsteil schriftlicher Bescheide (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.4.2), möglicherweise auch die Akte (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.1). Einen Ermessensnichtgebrauch bei mündlichen Verwaltungsakten nachzuweisen, ist, sofern der Organwahrer sich nicht in diese Richtung geäußert hat, dagegen schwierig.

Ermessensnichtgebrauch

In G (Beispiel 23) wird dem Grundstückseigentümer Landerich Landgraf (L) mittels einer Verfügung zu streuen aufgegeben, und zwar in der Überzeugung, dass man hierzu "rechtlich gezwungen" sei.

Beispiel 24

Der Erlass der Verfügung gegen L ist hier ermessensfehlerhaft; es wurde nicht vom Ermessen Gebrauch gemacht ("Ermessensnichtgebrauch").

Ermessensfehlerhaft ist es weiter, auf sachfremde Erwägungen zurückzugreifen; denn § 40 VwVfG verlangt ausdrücklich, dass das Ermessen zweckgemäß ausgeübt wird (vgl. § 40 VwVfG: " ... hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben ... "). Bezeichnet wird dieser Ermessensfehler zumeist als "Ermessens Fehlgebrauch".⁶⁷ Auch ein Ermessens Fehlgebrauch ist regelmäßig mithilfe des Begründungsteils schriftlicher Bescheide bzw. mithilfe der Akte nachvollziehbar, wenngleich Anhaltspunkte sich hier u. U. bereits daraus ergeben können, gegenüber wem eine Rechtsfolge gesetzt bzw. gegenüber wem eine Rechtsfolge nicht gesetzt wird.

Ermessens Fehlgebrauch

In Beispiel 23 erlässt die mit der Angelegenheit befasste Sachbearbeiterin Reimara Rachscht (R) gegen L eine Streuverfügung; eine Ausnahme könne gegenüber L, so meint sie, bereits deshalb nicht gemacht werden, weil er Urheber ihres schon in Schule und bis heute gängigen, mittlerweile sogar stadtweit verbreiteten, unschönen Spitznamens "Pfefferhexe" ist. Hingegen sieht sie gegen Bertram Bonz (B), der derzeit Bürgermeister von G ist, aus besonderem Respekt vom Erlass einer entsprechenden Streuverfügung lieber ab.

Beispiel 25

⁶⁶ Die Terminologie ist hier leider nicht einheitlich; z. T. ist, verwirrenderweise (vgl. dazu noch S. 46, Fußn. 68), auch von "Ermessensunterschreitung" die Rede.

⁶⁷ Z. T. ist aber auch von "Ermessensmissbrauch" die Rede.

Der Erlass der Streuverfügung gegen L ist ebenso wie der Nicht-Erlass einer Streuverfügung gegen B wegen Abhebens auf sachfremde Erwägungen ermessensfehlerhaft ("Ermessensfehlgebrauch").

Ermessensüberschreitung

Der prüfungs- und praxisrelevanteste Ermessensfehler liegt darin, die vorgegebenen Grenzen der Ermessensausübung zu überschreiten (vgl. § 40 VwVfG: " ... hat sie ... die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten ... "). Die Rede ist hier überwiegend von einer "Ermessensüberschreitung"⁶⁸. Etwas erschwert wird der Überblick über die Fälle der Ermessensüberschreitung durch den Umstand, dass § 40 VwVfG mit der Formulierung "gesetzliche Grenzen des Ermessens" zahlreiche, teils ungeschriebene Ermessensgrenzen Bezug nimmt. In Erinnerung zu behalten gilt es die folgenden drei wichtigen Ermessensgrenzen:

Wortlautgrenze

Beachtung verlangt zum Ersten der *Wortlaut* der einschlägigen gesetzlichen Ermächtigung; eine Überschreitung des gesetzlich vorgegebenen Rahmens ist in Anbetracht der Tatsache, dass solches regelmäßig auf einer bewussten Gesetzesmissachtung beruht, freilich weniger häufig.

Beispiel 26

In Beispiel 23 ordnet die Sachbearbeiterin Sonngard Sorgfalt (S) gegenüber L an, er habe das "für Glatteisbildung anfällige Natursteinpflaster durch eine Asphaltierung zu ersetzen".

Dem L Derartiges aufzugeben sieht die Polizeiverordnung ihrem Wortlaut nach nicht vor ("Ermessensüberschreitung").

Gleichbehandlung;
Art. 3 GG

Hinzukommt, dass die Behörden bei der Ermessensausübung gleichgelagerte Fälle auch gleich behandeln müssen. Eine zweite Ermessensgrenze ist also das Willkürverbot bzw., umgekehrt ausgedrückt, der *Gleichbehandlungsgrundsatz*; herzuleiten ist diese Ermessensgrenze freilich nicht aus dem Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Ermächtigung, sondern aus Art. 3 Abs. 1 GG, der angesichts des Art. 1 Abs. 3 GG innerhalb eines behördlichen Berücksichtigungsspielraumes zu beachten ist (vgl. dazu bereits Punkt 3.1.2.1).

⁶⁸ Gelegentlich wird die "Ermessensüberschreitung" nochmals untergliedert, und zwar in *Ermessensüberschreitung* einerseits und *Ermessensunterschreitung* andererseits. Das erklärt sich mit Blick auf Vorschriften, deren Ermessensrahmen so gesetzt ist, dass der Rechtsanwender den Eindruck hat, es gebe eine *obere* und eine *untere* Grenze: Man denke beispielsweise an eine Vorschrift, die der zuständigen Behörde die Festsetzung eines Bußgeldes i. H. von 5 bis 1.000 € gestattet; hier ist man geneigt, eine Festsetzung von 4 € als Ermessensunterschreitung, und eine Festsetzung von 1.001 € als Ermessensüberschreitung zu bezeichnen. In Wirklichkeit ist diese Unterscheidung überflüssig; denn *jenseits* der Ermessensgrenzen liegen ja beide Festsetzungen, so dass beidenfalls von einer "Ermessensüberschreitung" gesprochen werden sollte, nicht zuletzt deshalb, um eine Verwechslung mit einem Ermessensnichtgebrauch zu vermeiden, vgl. nochmals Fußn. 66.

In Beispiel 26 sieht S gegenüber Ls unmittelbaren Nachbarn Malger Mehlmann (M) vom Erlass einer Streuverfügung ab; dies deshalb, weil die meisten Anwohner wegen einer Baustelle ohnehin den Gehweg auf der anderen Straßenseite benutzen. Gegen L ergeht hingegen gleichwohl eine Streuverfügung.

Die Streuverfügung gegen L ist wegen Missachtung des Art. 3 Abs. 1 GG ermessensfehlerhaft ("Ermessensüberschreitung").

Beispiel 27

Die wichtigste Ermessensgrenze ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.2.3). Dass die Behörden verhältnismäßig vorzugehen haben, ergibt sich wiederum aus einer Kombination der Aussage des Art. 1 Abs. 3 GG und des den Behörden mit der Einräumung von Ermessen zuerkannten Berücksichtigungsspielraums (vgl. dazu bereits Punkt 3.1.2.1): Liegt in der durch gesetzliche Ermächtigung vorgesehenen Rechtsfolge ein Eingriff in ein Grundrecht (vgl. dazu bereits Punkt 3.2.1.4), der unter Außerachtlassung der Schranken-Schranke des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (vgl. dazu bereits Punkt 3.2.2.3) erfolgen würde, so liegt darin eine Verletzung des betreffenden Grundrechts (vgl. dazu bereits Punkt 3.2.1.4). Nun ist es den Behörden indessen einerseits untersagt, Grundrechte zu verletzen; vgl. Art. 1 Abs. 3 GG. Andererseits dürfen sie, da ihnen mit dem Ermessen ein Berücksichtigungsspielraum eingeräumt ist, von der Setzung der Rechtsfolge absehen; sie missachten mit einem solchen Absehen von der Rechtsfolge also nicht etwa den in Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG statuierten Vorrang des Gesetzes. Daraus ergibt sich, dass die Behörden von der Setzung einer unverhältnismäßigen Rechtsfolge absehen *müssen*. Es ließe sich folglich formulieren, dass der Gesetzgeber die ihm eigentlich bei der Gesetzgebung übertragene Aufgabe der Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit dem Erlass von Ermessensvorschriften letztlich "auf die Behörden abwälzt"; denn eine unverhältnismäßige Ermessensvorschrift zu erlassen ist unmöglich⁶⁹, womit der Gesetzgeber eigene Verhältnismäßigkeitserwägungen gar nicht anstellen muss.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

In Beispiel 26 ist L ehemaliger Eishockey-Spieler, bereits 75 Jahre alt und heißt mit Nachnamen nicht Landgraf, sondern Läsion. Den Gehweg zu streuen ist für ihn nachweislich schwer gesundheitsgefährdend. Gleichwohl erlässt S gegen ihn eine Streuverfügung.

Die Streuverfügung gegen L ist unangemessen, d. h. unverhältnismäßig und deswegen ermessensfehlerhaft ("Ermessensüberschreitung").

Beispiel 28

⁶⁹ Dies deshalb, weil der Gesetzgeber sich stets auf die pauschale Entgegnung zurückziehen kann, eine Setzung unverhältnismäßiger Rechtsfolgen sei nicht gewollt.

Intendiertes Ermessen

Einer gesonderten Betrachtung bedürfen nun noch Vorschriften, denenzufolge die vorgesehene Rechtsfolge gesetzt werden "soll"; bezeichnet werden solche Vorschriften überwiegend treffend als "Soll-Vorschriften". Da "soll" gleichsam mehr ist als "kann", indessen weniger als "muss", bilden "Soll-Vorschriften" gleichsam eine Zwischenstufe zwischen klassischen Ermessensvorschriften und zwingenden Vorschriften. Gleichwohl werden Soll-Vorschriften angesichts der Tatsache, dass sie die Behörden nicht ausnahmslos zwingen, noch den Ermessensvorschriften zugeordnet; sie bilden freilich einen "eigenen Typ von Ermessensvorschriften", für die gilt: Die Rechtsfolge ist regelmäßig, d. h. in den allermeisten Sachverhalten zu setzen; etwas anderes gilt nur insofern, als der Sachverhalt eine beträchtliche Atypik aufweist (sog. "intendiertes Ermessen"). Besonders zu beachten gilt es in diesem Zusammenhang, dass das Bundesverwaltungsgericht vereinzelt auch klassisch formulierte Ermessensvorschriften ("kann", "darf") entgegen ihrem Wortlaut wie Soll-Vorschriften behandelt.

Beispiel 29

In G (Beispiel 23) heißt es in der Polizeiverordnung: "Im Falle witterungsbedingter Glätte soll allen Grundstückseigentümern auf dem Gehweg vor ihrem Grundstück zu streuen aufgegeben werden". Gegen den L wird eine Streuverfügung erlassen; indessen ist der vor seinem Grundstück gelegene Gehweg derzeit ohnehin gesperrt.

Da es sich um eine Soll-Vorschrift handelt, werden Streuverfügungen im Regelfall erlassen. Angesichts der Sperrung liegt hier indessen gerade nicht der Regel-, sondern ein ganz atypischer Fall vor, so dass hier vom Erlass einer Streuverfügung ausnahmsweise abgesehen werden darf.

Entschließungs- und Auswahlmessen

Zu beachten gilt es im Zusammenhang mit Ermessensvorschriften schließlich die folgenden Besonderheiten: Zunächst ist es im Zusammenhang mit der Anwendung mancher gesetzlicher Ermächtigungen üblich, das behördliche Ermessen in "Entschließungs-" und in "Auswahlmessen" zu unterteilen; dabei wird mit dem "Entschließungsermessen" die Ermessensausübung darüber gemeint, *ob* die Behörde überhaupt tätig werden soll oder nicht, und mit "Auswahlmessen" die Ermessensausübung darüber, *wie* sie tätig werden soll. Der Genauigkeit halber unbedingt vonnöten ist eine Unterscheidung von Entschließungs- und Auswahlmessen für solche gesetzliche Ermächtigungen, die auf Rechtsfolge-seite keine bestimmte Maßnahme, sondern "die erforderlichen Maßnahmen" o. ä. zu treffen gestatten.⁷⁰

⁷⁰ Streng genommen ließe sich aber auch in Bezug auf die meisten anderen Ermessensvorschriften zwischen Entschließungs- und Auswahlmessen unterscheiden. So kann beispielsweise nach dem oben auf S. 43 angeführten § 65 Satz 1 LBO BW zwar ausschließlich ein "Abbruch von baulichen Anlagen" angeordnet werden, so dass auf den ersten Blick lediglich Entschließungs-, jedoch kein Auswahlmessen zu bestehen scheint; sieht man näher hin, fällt indessen auf, dass der Behörde ein Auswahlmessen immerhin noch dahin eingeräumt ist, ob sie den Abbruch der *gesamten* baulichen Anla-

Die Polizeibeamten Walram Wach (W) und Herwald Helf (H), die in Berlin auf Streife sind, beobachten entsetzt, wie der garstige Schüler Stiefbald Spott-Stänker (S) dazu ansetzt, seinen Schulkameraden Eberfried Empfindlich (E) kräftig ans Ohr läppchen zu schnipsen.

§17 ASOG Berlin⁷¹

(1) Die Ordnungsbehörden und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 18 bis 51 ihre Befugnisse besonders regeln.

§ 223 StGB

(1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 230 StGB

(1) Die vorsätzliche Körperverletzung nach § 223 und die fahrlässige Körperverletzung nach § 229 werden nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Stirbt die verletzte Person, so geht bei vorsätzlicher Körperverletzung das Antragsrecht nach § 77 Abs. 2 auf die Angehörigen über.

(2) Ist die Tat gegen einen Amtsträger, einen für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einen Soldaten der Bundeswehr während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst begangen, so wird sie auch auf Antrag des Dienstvorgesetzten verfolgt. Dasselbe gilt für Träger von Ämtern der Kirchen und anderen Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts.

Da nach einhelliger Auffassung zur "öffentlichen Sicherheit" u. a. die "Unversehrtheit der Rechtsordnung" zählt, ist der Tatbestand des § 17 Abs. 1 ASOG Berlin erfüllt; denn da es gleich zu einem Verstoß gegen § 223 StGB kommen wird, ist eine "Gefahr für die öffentliche Sicherheit" gegeben. Den Polizeibeamten wird durch § 17 Abs. 1 ASOG Berlin jedoch Entschließungsermessen eingeräumt, so dass sie Antragsdelikten bzw. Bagatelldfällen u. U. nicht verhindern

ge oder nur *eines Teils* derselben anordnet. Das trifft für die meisten Ermessensvorschriften zu, mit wenigen Ausnahmen, die in der Natur der Sache begründet liegen; so kann etwa ein "finaler Todesschuss" naturgemäß nicht "partiell" ausgeführt werden (ein Auswahlermessen besteht hier nicht).

⁷¹ Bzw. § 3 PolG BW, § 8 Abs. 1 PolG NRW, § 3 SächsPolG (in Anlehnung an § 8 MEPolG).

müssen. Außerdem haben sie, falls sie sich für ein Einschreiten entscheiden, Auswahlermessen über die im Einzelfall "notwendige Maßnahme".

Ermessensreduzierung auf Null

Von vornherein zu Kenntnis zu nehmen gilt es weiter, dass Situationen vorgestellt werden können, in denen nicht eine Mehrzahl von Vorgehensalternativen (vgl. dazu bereits Punkt 3.2.3.3), sondern nur *eine einzige* Vorgehensalternative ermessensfehlerfrei erscheint. Da hier der mit der Einräumung von Ermessen normalerweise verbundene Spielraum nicht mehr besteht, spricht man gemeinhin von einer "Ermessensreduzierung auf Null".⁷²

Beispiel 31

Im Beispiel 30 setzt S nicht dazu an, E ans Ohr läppchen zu schnipsen, sondern ihn mit seinem Messer niederzustechen. Die einzige Möglichkeit für W und H, dies zu verhindern, ist, dem S in den Arm zu fallen.

§ 211 StGB

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.

§ 212 StGB

(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

§ 222 StGB

Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 224 StGB

(1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,
2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs,
3. mittels eines hinterlistigen Überfalls,
4. mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder
5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

⁷² Bzw. einer "Ermessensschumpfung auf Null".

(2) Der Versuch ist strafbar.

Hier ist das Entschließungsermessen des W und H mit Blick auf die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates auf Null reduziert. Dasselbe gilt für das Auswahlermessen; W und H müssen die einzige Möglichkeit nutzen und S in den Arm fallen.



S. Detterbeck, Öffentliches Recht, § 13, S. 105 - 133 und § 23.



H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4, § 6, § 7 und § 8.



B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, § 1, § 2, § 3, § 4, § 5 und § 6.



C. Degenhart, Staatsorganisationsrecht, § 4, S. 101 - 156.

4. Handlungsformen der Verwaltung

Verwaltungstätig-
keit; Vorgehens-
weisen

Nachdem die rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen der Verwaltungstätigkeit aufgezeigt sind (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3), soll nun der Blick wieder auf die Verwaltungstätigkeit selbst gelenkt werden; näher zu beleuchten gilt es namentlich, welche *Handlungsformen* den Behörden zur Verfügung stehen. Dabei ist genauigkeitshalber in mehrerlei Hinsicht zu differenzieren. Um sich einen verlässlichen Überblick über das Repertoire der Handlungsinstrumente der Behörden zu verschaffen, bedarf es zunächst begrifflicher Klarheit hinsichtlich des mit "Verwaltungstätigkeit" eigentlich Gemeinten. Gleichgesetzt werden kann "Verwaltungstätigkeit" einerseits mit dem *Einsatz öffentlich-rechtlicher Instrumente*; hierfür wird gemeinhin der Begriff "Verwaltungstätigkeit im formellen Sinne" gebraucht. Andererseits kann mit "Verwaltungstätigkeit" aber auch einfach die Erfüllung *öffentlicher Aufgaben* gemeint sein; insofern wird üblicherweise von "Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne" gesprochen. Nur um der Vollständigkeit willen hinzugefügt sei, dass es sich bei einem behördlichen Vorgehen selbstverständlich ohne weiteres um Verwaltungstätigkeit im formellen wie auch materiellen Sinne handeln kann.

4.1 Das öffentlich-rechtliche Verwalten

Differenzierung;
Gebrauchmachung
bzw. Nicht-Ge-
brauchmachung von
Hoheitsgewalt

Greifen die Behörden auf Instrumente des öffentlichen Rechts zurück, so handelt es sich *stets* um Verwaltungstätigkeit im *formellen Sinne* (während durch die Behörden hier meistens, jedoch nicht zwingend öffentliche Aufgaben erfüllt werden, es sich also meistens, jedoch nicht zwingend auch um eine Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne handelt). Dabei stehen den Behörden solche öffentlich-rechtlichen Instrumente zur Verfügung, die unter Gebrauchmachung von hoheitlicher Gewalt ergehen (hoheitliche Akte), und solche, die auf eine Gebrauchmachung von hoheitlicher Gewalt verzichten (nicht-hoheitliche Akte).

4.1.1 Hoheitliche Akte

Hoheitliche Akte

Hoheitliche Akte wiederum können einerseits Rechtsakte bzw. regelnde Akte, andererseits schlicht-hoheitliche Akte sein.

4.1.1.1 Rechtsakte bzw. regelnde Akte

Rechtsakte, regelnde
Akte

Zu den Rechtsakten bzw. regelnden Akten gehören insbesondere das *materielle Gesetz* (vgl. dazu im Einzelnen bereits den Studienbrief zum Verfassungsrecht sowie Punkt 2.1.1) und der *Verwaltungsakt* (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5). Die Gemeinsamkeit von materiellen Gesetzen und Verwaltungsakten ist folglich, dass beiden Regelungscharakter zukommt; gleichwohl besteht auch ein ganz entscheidender Unterschied: Materielle Gesetze sind *allgemeine Regelungen* (abstrakt-generell) Verwaltungsakte dagegen *Einzelfallregelungen* (das sind in der Regel konkret-individuelle, aber auch abstrakt-individuelle oder konkret-generelle Regeln, vgl. dazu sogleich S. 53).

Angesichts des nicht konsequenten Durchhaltens des Prinzips der Gewaltenteilung im Grundgesetz ist es möglich, dass Gesetzgebungsbefugnisse auf Behörden delegiert werden. So können nach Art. 80 Abs. 1 GG⁷³ die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen durch Gesetz ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen; die Polizei- bzw. Ordnungsgesetze enthalten Ermächtigungen an die Polizei- bzw. Ordnungsbehörden, "Polizeiverordnungen" bzw. "ordnungsbehördliche Verordnungen" zu erlassen usw.

Materielle Gesetze

Ein den Behörden nach § 35 VwVfG⁷⁴ durchweg zur Verfügung stehendes und üblicherweise vielfach zum Einsatz kommendes Instrument ist der Verwaltungsakt.

Verwaltungsakte

In G (Beispiel 23) ergeht eine Polizeiverordnung, in der festgelegt wird, dass alle Grundstückseigentümer auf dem Gehweg vor ihrem Grundstück zu streuen haben, sofern sich witterungsbedingt Glätte bildet.

Beispiel 32

§ 9 SächsPolG⁷⁵

(1) Die allgemeinen Polizeibehörden können zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz polizeiliche Gebote oder Verbote erlassen, die für eine unbestimmte Anzahl von Fällen an eine unbestimmte Anzahl von Personen gerichtet sind (Polizeiverordnungen).

(2) Die Vorschriften dieses Gesetzes über Polizeiverordnungen sind auch dann anzuwenden, wenn ein anderes Gesetz ausdrücklich zum Erlass von Polizeiverordnungen ermächtigt.

G erlässt mit der Polizeiverordnung ein materielles Gesetz; die Polizeiverordnung ist an eine unbestimmte Vielzahl von Personen gerichtet, nämlich an alle jetzt und in Zukunft im Gemeindegebiet ansässigen Grundstückseigentümer (= generell) und betrifft eine unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten, nämlich alle "witterungsbedingten Glättefälle" (= abstrakt).

Nachdem im sächsischen G (Beispiel 23), in dem es keine Polizeiverordnung gibt, eines Wintertages bereits mehrere Personen infolge der witterungsbedingten Glätte auf dem Gehweg vor dem Grundstück der Einharde Einerlei (E) gestürzt sind, weist der Polizeivollzugsbeamte Randwig Reizbar (R) sie an, umgehend zu streuen.

Beispiel 33

⁷³ Bzw. Art. 61 Abs. 1 Verf BW Art. 64 Abs. 1 BerlVerf; Art. 70 Verf NRW; Art. 75 Abs. 1 SächsVerf.

⁷⁴ Bzw. § 35 LVwVfG BW; § 1 Abs. 1 BerlVwVfG i. V. mit § 35 VwVfG; § 35 LVwVfG NRW; § 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 35 VwVfG.

⁷⁵ Vgl. § 10 PolG BW; §§ 55 ff. ASOG Berlin; § 27 OBG NRW.

§ 3 SächsPolG⁷⁶

(1) Die Polizei kann innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken die erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, soweit die Befugnisse der Polizei nicht besonders geregelt sind.

...

§ 1 SächsVwVfG

¹Für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden des Freistaates Sachsen und der seiner Aufsicht unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976 (BGBl. I S. 1253), zuletzt geändert durch Artikel 7 § 3 des Gesetzes vom 12. September 1990 (BGBl. I S. 2002), in seiner jeweils geltenden Fassung entsprechend, soweit nicht etwas anderes bestimmt wird. ...

R geht hierdurch vermittels Verwaltungsakt vor; vgl. 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 35 VwVfG; denn die Regelung ist nur an E gerichtet (individuell) und betrifft nur einen "Glättefall" (= konkret).

Abgrenzungsschwierigkeiten

Dabei ist die Abgrenzung zwischen einer allgemeinen Regelung und einer Einzelfallregelung u. U. nicht ganz unproblematisch. Wie bereits mehrfach angesprochen (vgl. dazu S. 3, S. 35 und S. 52), gelten als "allgemeine Regelungen" solche mit "abstrakt-generellem" und als "Einzelfallregelungen" solche mit "individuell-konkretem" Erklärungsgehalt. Verwiesen sei für jene, gleichsam "klassischen" Regelungs-Erklärungsgehalte nochmals auf die vorstehenden Beispiele 32 und 33. Denkbar sind indessen zudem "abstrakt-individuelle" wie auch "konkret-generelle" Regelungen: So ließe sich, um einmal an ebenjene Beispiele anzuknüpfen, vorstellen, dass einem bestimmten Grundstückseigentümer aufgegeben wird, auf dem Gehweg vor seinem Grundstück bei witterungsbedingter Glätte stets zu streuen; nach ganz h. M. sind solche abstrakt-individuellen Regelungen als Einzelfallregelungen und damit als Verwaltungsakt zu qualifizieren (sog. "Dauerverfügung"). Möglich erscheint schließlich, dass eines Wintertages allen Grundstückseigentümern zu streuen aufgegeben wird; die Einordnung derartiger, konkret-genereller Regelungen ist streitig. Die wohl h. M. geht hier von Einzelfallregelungen und damit von Verwaltungsakten aus (u. U. können diese als Allgemeinverfügungen i. S. des § 35 Satz 2 VwVfG einzuordnen sein; vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.1.2).

4.1.1.2. Schlicht-hoheitliche Akte

Schlicht-hoheitliche, nicht regelnde Akte

Gewissermaßen das Gegenstück zu Rechtsakten bzw. regelnden Akten bilden "schlicht-hoheitliche" Akte. Durch das in diesem verbreiteten Begriff enthaltene

⁷⁶ Bzw. § 3 PolG BW, § 17 Abs. 1 ASOG Berlin, § 8 Abs. 1 PolG NRW (in Anlehnung an § 8 MEPolG).

"schlicht" soll angedeutet werden, dass es sich um Verwaltungsmaßnahmen handelt, die *keine Regelung* enthalten. Nicht selten werden solche Verwaltungsmaßnahmen auch als "Realakte" bezeichnet, womit freilich keine begriffliche Abgrenzung zu "schlichtem Verwaltungshandeln" (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 4.1.2.2) gewährleistet wird.

Nachdem die jähzornige E (Beispiel 33) vor Ärger über die Weisung des R den Außenspiegel des WMB ihres Nachbarn Farfried Fies (F) abbrechen will, fällt R ihr derb in den Arm.

§ 3 SächsPolG⁷⁷

(1) Die Polizei kann innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken die erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, soweit die Befugnisse der Polizei nicht besonders geregelt sind.

...

Das Vorgehen des R ist ein unter Inanspruchnahme hoheitlicher vorgenommener schlicht-hoheitlicher Akt bzw. Realakt,⁷⁸ der ebenfalls zulässig ist, und zwar nach § 3 Abs. 1 SächsPolG.

Beispiel 34

4.1.2 Nicht-hoheitliche Akte ("Gleichordnungsverhältnis")

Auch bei nicht-hoheitlichem Vorgehen (vgl. zum Begriff bereits Punkt 4.1) sind Rechtsakte bzw. regelnde Akte zu unterscheiden.

Nicht-hoheitliche Akte

4.1.2.1. Rechtsakte bzw. regelnde Akte

Als geläufiges "regelndes Instrument" der Behörden – bei dem sie aber auf den Gebrauch ihrer Hoheitsgewalt verzichten – ist der öffentlich-rechtliche Vertrag anzuführen; vgl. die §§ 54 ff. VwVfG. Der Sache nach sind sowohl Verwaltungsakt als auch öffentlich-rechtlicher Vertrag nichts anderes als *Einzelfallregelungen*; der Unterschied liegt allein in der Art und Weise ihres Zustandekommens: Während der Verwaltungsakt sich als *kraft hoheitlicher Gewalt einseitig auferlegte* Einzelfallregelung erweist, stellt sich der öffentlich-rechtliche Vertrag als *im gegenseitigen Einvernehmen entwickelte* Einzelfallregelung dar. Die Behörde begeben sich also auf die Gleichordnungsebene.

Rechtsakte; regelnde Akte

Die Polizeibehörde⁷⁹ in G einigt sich mit den Eigentümern der am Knochenberg gelegenen Steil-Straße, da es hier aufgrund der nach Osten gerichteten Hanglage erfahrungsgemäß besonders oft plötzlich zu überfrierender Nässe kommt,

Beispiel 35

⁷⁷ Bzw. § 3 PolG BW, § 17 Abs. 1 ASOG Berlin, § 8 Abs. 1 PolG NRW (in Anlehnung an § 8 MEPolG).

⁷⁸ Nach heute h. M. ergeht hier regelmäßig kein konkludenter Verwaltungsakt in Gestalt einer Duldungsverfügung.

⁷⁹ In Berlin und NRW: "Ordnungsbehörde".

schriftlich darauf, dass jene in solchen Fällen den Gehweg vor ihrem Grundstück streuen.

Die Polizeibehörde G schließt hier mit den Eigentümern einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i. S. der §§ 54 ff. VwVfG NRW

4.1.2.2. Schlichtes Verwaltungshandeln

Schlichte, nicht regelnde Akte

Von schlichtem Verwaltungshandeln schließlich ist die Rede überall dort, wo die Behörden sowohl nicht-regelnd als auch ohne Gebrauchmachung von Hoheitsgewalt agieren.

Beispiel 36

Die Polizeibehörde G warnt per Stadtfunk die Fußgänger, heute die Knochenstraße zu benutzen, dies zum großen Ärgernis des Botmar Bockwurst (B), der ebendort einen Imbiss betreibt.

Es handelt sich um schlichtes Verwaltungshandeln.

4.2 Das zivilrechtliche Verwalten

Differenzierung;
Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Durchaus zulässig ist nun allerdings auch, dass die Behörden gar nicht auf öffentlich-rechtliche Instrumente, sondern auf Rechtsinstitute des Zivilrechts zurückgreifen. Hier kann von einer Verwaltungstätigkeit im formellen Sinne keine Rede mehr sein. Erfüllen die Behörden mithilfe der Rechtsinstitute des Zivilrechts nun allerdings gleichwohl öffentliche Aufgaben, so handelt es sich zumindest um Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne. Vor diesem Hintergrund gilt es wie folgt zu unterscheiden:

4.2.1 Verwaltungsprivatrecht

Verwaltungsprivatrecht; unmittelbare Aufgabenerfüllung

Denkbar erscheint zunächst, dass durch das zivilrechtliche Vorgehen der Behörden *unmittelbar* öffentliche Aufgaben erfüllt werden; ist dem so, spricht man gemeinhin vom "*Verwaltungsprivatrecht*". Üblich ist ein verwaltungsprivatrechtliches Vorgehen weniger im Bereich der Eingriffs-, wohl aber im Bereich der Leistungsverwaltung, etwa der Daseinsvorsorge (Wasser- und Energieversorgung; Bildung und Kultur).

Unterscheidung
Benutzungs- und
Organisationsebene

Dabei sind genau genommen nochmals zwei Konstellationen zu unterscheiden: Entweder der Rückgriff auf Rechtsinstitute des Zivilrechts erfolgt erst auf der *Benutzungsebene*. Werden als Verwaltungsträger juristische Personen des öffentlichen Rechts tätig (Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts), genießen diese eine weitgehende Wahlfreiheit bei der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen auf Benutzungsebene. Möglich erscheinen namentlich sowohl ein öffentlich-rechtliches als auch ein zivilvertragliches Benutzungsverhältnis (Ausgestaltung durch "Satzung", "Allgemeinverfügung" oder durch "Allgemeine Geschäftsbedingungen"; Erhebung einer "Gebühr" oder

eines "Entgelts"). Oder der Rückgriff auf Rechtsinstitute des Zivilrechts erfolgt bereits auf der *Organisationsebene*; hier agieren als Verwaltungsträger juristische Personen des Privatrechts (GmbH, AG; sog. "privatrechtliche organisierte Verwaltungsträger", vgl. bereits Punkt 2.2.2.1). Mit dieser Entscheidung auf Organisationsebene ist die Wahlfreiheit gleichsam verbraucht; auf der Benutzungsebene muss nun ebenfalls zivilrechtlich vorgegangen werden.

Die nordrhein-westfälische Gemeinde Reischscheid (R), die zum Betrieb einer Schwimmhalle eine Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet hat, erlässt keine "Benutzungsordnung" (was für gewöhnlich eine Satzung oder eine Allgemeinverfügung ist) und erhebt auch keine "Benutzungsgebühren", sondern schließt mit den Besuchern "Benutzungsverträge" und verlangt ein "Entgelt"; im Eingangsbereich hängen "Allgemeine Geschäftsbedingungen" aus.

Beispiel 37

Hier ist das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet.

Betreiber der Schwimmhalle (Beispiel 37) ist nicht eine Anstalt des öffentlichen Rechts, sondern eine GmbH, deren Anteile zu 100 % von der Stadt gehalten werden.

Beispiel 38

Hier hat man sich bereits auf Organisationsebene für das Zivilrecht entschieden. Das ist möglich, jedoch muss hier auch das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet werden.

4.2.2 Fiskalische Hilfsgeschäfte

Etwas anderes gilt insofern für die sog. "*fiskalischen Hilfsgeschäfte*"; diese werden getätigt, um die Voraussetzungen für Verwaltungstätigkeit zu schaffen. Das zivilrechtliche Vorgehen dient hier also lediglich *mittelbar* der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Streng genommen sind fiskalische Hilfsgeschäfte nicht selbst Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne, sondern ermöglichen eine solche nur.

Fiskalische Hilfsgeschäfte; mittelbare Aufgabenerfüllung

Die Gemeinde R (Beispiel 37) schließt mit der Hochzieh-AG (H-AG) einen Generalunternehmervertrag, nach dem in der Ortsmitte ein neues Rathaus errichtet wird; überdies bestellt sie bei WV zehn neue Pkw als Dienstwagen. Ihre Büroartikel kauft R regelmäßig bei einem Bürogroßhändler ein, nämlich der BürGroHä-GmbH (B-GmbH).

Beispiel 39

Sowohl der Abschluss des Architekten- und Bauvertrages über die Errichtung des neuen Rathauses als auch der Abschluss der Kaufverträge über Dienstwagen und Büroartikel erweisen sich als fiskalische Hilfsgeschäfte.

4.2.3 Erwerbswirtschaftliche Betätigung

Erwerbswirtschaftliche Betätigung

Hiergegen handelt der Staat im Zusammenhang mit einer sog. "*erwerbswirtschaftlichen Betätigung*" nicht in Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern nimmt unternehmerisch und damit gleichsam wie jeder Dritte am zivilrechtlichen Geschehen teil (Betrieb von / Beteiligung an Porzellanmanufakturen, Bierbrauereien bzw. moderner Weise Banken). Mit der Überschrift "zivilrechtliches Verwalten" in Verbindung bringen lässt sich diese Betätigungsform allein deshalb noch, weil ein Verwaltungsträger beteiligt ist; es geht also lediglich noch um den personalen, nicht mehr um den funktionalen Aspekt. Mit Verwaltung im materiellen Sinne hat das eigentlich nichts zu tun.

4.3 Probleme im Zusammenhang mit der Handlungsform

Grundrechtsbindung

U. U. problematisch im Zusammenhang mit der Handlungsform ist die Frage nach einer *Grundrechtsbindung* des Verwaltungsträgers. Dies deshalb, weil es im insofern maßgeblichen Art. 1 Abs. 3 GG heißt, dass die nachfolgenden Grundrechte die " ... vollziehende Gewalt ... als unmittelbar geltendes Recht ..." binden. Bekanntlich lässt sich der Begriff "Verwaltung" nun allerdings sowohl funktional als auch organisatorisch auffassen (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.2.1 und Punkt 2.1.2); seinem Telos nach soll durch Art. 1 Abs. 3 GG eine Grundrechtsbindung in Bezug auf ein Verwalten im funktionalen Sinne ausgelöst werden. Keinerlei Schwierigkeiten bereitet vor diesem Hintergrund die Antwort auf die obige Frage dort, wo es zu einem *öffentlich-rechtlichen Verwalten* kommen (vgl. Punkt 4.1). Hier besteht Grundrechtsbindung, denn hier agieren ja in der Regel Verwaltungsträger, und zwar durch den Einsatz öffentlich-rechtlicher Instrumente; exakt formuliert: hier geht es um Verwaltung im funktionalen wie auch organisatorischen Sinne. Nahezu das Gleiche gilt i. E. aber auch im *Verwaltungsprivatrecht* (vgl. Punkt 4.2.1), und zwar unabhängig davon, ob ein Rückgriff auf zivilrechtliche Instrumente erst auf Benutzungsebene oder bereits auf Organisationsebene erfolgt; auch hier besteht Grundrechtsbindung, und zwar deshalb, weil auch hier bei Lichte betrachtet von einer Verwaltung im funktionalen Sinne (öffentliche Aufgabenerfüllung) sowie im organisatorischen Sinne (Verwaltungsträger, ggf. privatrechtlich organisiert) die Rede sein muss. Hinzu kommt, dass es für die vollziehende Gewalt anderenfalls allzu leicht wäre, sich der Grundrechtsbindung zu entziehen, oder, wie nicht selten formuliert wird, die "Flucht ins Privatrecht" anzutreten. Die im Detail umstrittene und nicht ganz leicht zu beantwortende Frage, ob und inwiefern die Grundrechte beim Tätigen *fiskalischer Hilfsgeschäfte* zu beachten sind, kann vorliegend nicht vertieft werden; Schwierigkeiten bereitet der Umstand, dass hier ein Verwalten im funktionalen Sinne zweifelhaft erscheint. Die Frage nach einer Grundrechtsbindung der Behörden im Zusammenhang mit fiskalischen Hilfsgeschäften ist aber freilich auch weniger brisant; denn die Außerachtlassung des vornehmlich einschlägigen Art. 3 Abs. 1 GG hält sich durch die zunehmend verbindliche vorgeschriebene bzw. freiwillige Ausschrei-

bungspraxis der Behörden, die letztlich den Vorgaben der Vergabe- und Vertragsordnungen für Leistungen (etwa VOB/A, VOF/F, VOL/A) folgt, zumindest in Grenzen. Keine Grundrechtsbindung besteht bei *erwerbswirtschaftlicher Betätigung* der Verwaltung; denn mit einem Verwalten im funktionalen Sinne hat das nichts mehr zu tun.



S. Detterbeck, Öffentliches Recht, § 24, S. 309 - 310, S. 349 - 378.



H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, S. 196 - 200, § 13, § 14 und § 15.

5. Das Vorgehen mittels Verwaltungsakt

Eines der oben angeführten Handlungsinstrumente der Behörden (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 4) muss nunmehr freilich noch sehr viel näher betrachtet werden; gemeint ist das besonders prüfungs- und praxisrelevante Instrument des Verwaltungsaktes.

5.1 Das Instrument des Verwaltungsaktes

Legaldefinition

Das moderne Verwaltungsrecht enthält gleich in mehreren Vorschriften Legaldefinitionen zum Verwaltungsakt, die dem Wortlaut nach übereinstimmen; sie finden sich etwa in § 35 VwVfG⁸⁰, aber auch in § 118 AO und § 31 SGB X. Hervorzuheben gilt es in diesem Zusammenhang, dass jene legaldefinierenden Vorschriften sich *ausschließlich* mit den Begriffsmerkmalen von Verwaltungsakten befassen, *nicht* dagegen mit den Rechtmäßigkeits- bzw. Wirksamkeitsvoraussetzungen (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.2.1, Punkt 5.4 und Punkt 5.7).

5.1.1 Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes, § 35 Satz 1 VwVfG

Begriffsmerkmale

Was zunächst § 35 Satz 1 VwVfG angeht, so enthält dieser die Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes: Verwaltungsakt ist hiernach " ... jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist."

Behörde

Begriffsnotwendig für einen Verwaltungsakt ist danach zunächst, dass eine *Behörde* gehandelt hat. Mit "Behörde" ist dabei nicht etwa "Behörde im organisatorischen Sinne" – dieses Verständnis wäre zu eng –, sondern "Behörde im funktionellen Sinne" gemeint; vgl. § 1 Abs. 4 VwVfG („jede Stelle, die öffentliche Aufgaben wahrnimmt“). D. h. Behörden im funktionalen Sinne sind nicht nur *Behörden im organisatorischen Sinne*, sondern darüber hinaus auch alle *anderen Stellen* (z. B. Außendienstmitarbeiter von Behörden im organisatorischen Sinne, Beliehene, Gerichte, Verfassungsorgane usw.), sofern sie *verwaltend tätig werden*⁸¹.

⁸⁰ Bzw. in den – gleichlautenden oder verweisenden – LVwVfGen.

⁸¹ So üben beispielsweise Verfassungsorgane und Gerichte ein Hausrecht aus, dürfen Ordnungsgelder verhängen usw. Werden Verfassungsorgane, etwa Parlamente, und Gerichte dagegen nicht verwaltend, sondern gesetzgebend bzw. Recht sprechend tätig, so agieren sie nicht als Behörden.

Nachdem Kolbert Kurzweil (K) wieder einmal all seine Freunde eingeladen und mit ihnen die Nacht durchgefeiert hat, erhält er von seinem Vermieter Dietwolf Durchgreif (D) am nächsten Tag eine "Auszugsverfügung", nach der er die Wohnung innerhalb von drei Tagen zu räumen hat (anderenfalls werde geräumt). Hat D einen Verwaltungsakt erlassen?

Beispiel 40

Es liegt kein Verwaltungsakt vor, da der D keine Behörde ist

Des Weiteren stellt sich ein Verwaltungsakt nach § 35 Satz 1 VwVfG als eine *Maßnahme* dar; dabei wird "Maßnahme" gemeinhin mit einem (verwaltungs-)rechtserheblichen Verhalten mit Erklärungsgehalt gleichgesetzt. Wie bereits im Wortlaut anklingt ("... Verfügung, Entscheidung oder andere Maßnahme"), sind dies freilich zuvörderst Verfügungen und Entscheidungen; keine Maßnahmen sind damit vor allem "Nicht-Entscheidungen" – im Unterschied zu "ablehnenden Entscheidungen", die durchaus Entscheidungen sind.

Maßnahme

Nachdem Bernfried Blindwut (B), um auf dem für ihn zuständigen Bürgeramt einen neuen Personalausweis zu beantragen, bereits zweimal vergeblich eine Nummer gezogen hat, die dann jeweils zum Aufruf gekommen war, als er gerade seine Parkscheibe nachzustellen sich auf die Straße begeben hatte, erklärt er der Angestellten Geralde Gemächlich (G) lautstark, er sei "... *jetzt an der Reihe...*". G weist B, während sie ihr Pausenbrot auspackt, jedoch darauf hin, dass das Bürgeramt nunmehr erst einmal für 2 Stunden (zwischen 12.00 und 14.00 Uhr) geschlossen habe. Gegen diesen "beleidigenden Verwaltungsakt" erhebt B Widerspruch. Handelt es sich denn um einen Verwaltungsakt?

Beispiel 41

Es fehlt an einem Verwaltungsakt, da die G gerade keine (verwaltungs-)rechtserhebliche Maßnahme, keine Entscheidung zu treffen bereit ist.

Die Maßnahme muss *regelnden* Charakters sein. Eine Regelung ist bekanntlich (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 4.1.1.1) eine Erklärung, die auf Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Das trifft typischerweise auf Ge- und Verbote zu. Nichts anderes gilt aber auch für deren (partielle) Aufhebung. Eine Regelung liegt damit zum einen in der Aufhebung von ge- bzw. verbietenden Verwaltungsakten (vgl. §§ 48, 49 VwVfG und dazu im Einzelnen noch Punkt 5.6). Das Gleiche gilt zum anderen aber auch für Genehmigungen und Erlaubnisse bzw. Dispense – bei denen es sich aus rechtstheoretischer Sicht um nichts anderes handelt als um partielle Aufhebungen eines gesetzlichen Präventiv- bzw. Repressivverbotes (vgl. dazu im Einzelnen noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht, Modul 8). Desgleichen um Regelungen handelt es sich aber auch bei Feststellungen sowie Rechtsgestaltungen. Keine Regelungen sind hiergegen Erklärungen, die keine Rechtsfolgen setzen sollen (beispielsweise Warnungen, Mitteilungen, Hinweise, Auskünfte, Fragen usw.) bzw. die Rechtsfolgen nicht setzen, sondern nur auslösen sollen (etwa Aufrechnungserklärungen). Erst recht

Regelung

nicht als Regelungen angesehen werden dürfen "nicht erklärende" Verwaltungstätigkeiten (Festhalten, Zahlungen etc.).

Beispiel 42

Als Reichbald Reichbin (R) von seinem Einkauf in der Kölner Innenstadt zu seinem "Parkplatz" auf dem Gehweg zurückkehrt, erblickt er die Mitarbeiterin des Ordnungsamtes Albrada Abzock (A), die gerade dazu ansetzt, ihm einen "Strafzettel" auszustellen. Nachdem R die A zunächst "im Guten" und durch Beschimpfungen versucht hatte von ihrem Vorhaben abzubringen, bricht er bettelnd in Tränen aus. Da fragt A den R – bevor sie den Strafzettel auszustellen fortfährt –, was ihn denn dazu veranlasst habe, gerade auf einem Gehweg zu parken. Hat sie damit bereits einen Verwaltungsakt erlassen?

Nein, denn es fehlt (noch) an einer Regelung. Die Frage der A ist allenfalls eine Vorbereitungshandlung.

Einzelfall

Kennzeichnend für den Verwaltungsakt sind nach § 35 Satz 1 VwVfG freilich nur *Einzelfallregelungen*. Was der Unterschied zwischen einer allgemeinen Regelung und einer Einzelfallregelung ist, ist oben bereits eingehend dargestellt worden: Einzelfallregelungen sind unstreitig konkret-individuelle, nach h. M. darüber hinaus aber auch abstrakt-individuelle und konkret-generelle Regelungen (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 4.1.1.1).

Beispiel 43

Im Anschluss an ein Fußballspiel des Dorfclub Dorf (D) räumen die Fans desselben nicht das Stadion, sondern gedenken "weiterzufeiern". Die herbeigerufenen Polizeibeamten fordern die Fans mittels Megaphon dazu auf, das Stadion umgehend zu verlassen. Nachdem dies bei den Fans nichts als Gelächter auslöst, schreit die erzürnte Polizeibeamtin Roderiga Rigoros (R) ins Megaphon, sie verfüge, dass sich fortan niemand länger als eine ½ Stunde nach einem Fußballspiel in Stadien aufzuhalten habe; alles andere sei ordnungswidrig, führe zur Verhängung eines Bußgeldes von mindestens 500,- €. Ist das ein Verwaltungsakt?

Es handelt sich nicht um eine Einzelfallregelung und damit nicht um einen Verwaltungsakt.

Hoheitlich

Die Einzelfallregelung muss des Weiteren hoheitlich ergangen sein. Dies setzt voraus, dass sie unter Inanspruchnahme hoheitlicher Gewalt und ohne Mitwirkung des betroffenen Rechtsunterworfenen zustande gebracht wird. Solches trifft auf Einzelfallregelungen zu, die einseitig auferlegt bzw. gewährt werden (Platzverweis; Gewerbeerlaubnis) – nicht dagegen auf Einzelfallregelungen, die ausgehandelt werden (hier handelt es sich vielmehr um öffentlich-rechtliche Verträge i. S. der §§ 54 ff. VwVfG, vgl. dazu bereits Punkt 4.1.2.1).

Der bei der zuständigen Bauaufsichtsbehörde beschäftigte Beamte Ingold Sch. Ikane (I) begibt sich zum Zwecke einer Ortsbesichtigung auf das Grundstück des Brunhard Bruch-Bude (B); er will sich einen Eindruck über ein ebendort befindliches baufälliges Gebäude verschaffen, von dem aus bereits mehrfach Steine auf das Nachbargrundstück gestürzt sind. I kommt angesichts seiner Fachkunde – er ist Bauingenieur – zu dem Schluss, dass das Gebäude weg müsse. Er einigt sich mit B darauf, dass dieser bis zum Monatsende den Abriss des Gebäudes veranlassen werde. Hat I damit einen Verwaltungsakt erlassen?

Beispiel 44

Nein, I hat keinen Verwaltungsakt erlassen, denn die Einzelfallregelung ist keine hoheitliche, sondern sie wurde im Einvernehmen getroffen.

Schließlich müsste die Einzelfallregelung auf *unmittelbare Rechtswirkung nach außen* gerichtet sein. Das bedeutet, dass die Regelung im Staat-Bürger-Verhältnis getroffen werden muss ("nach außen" heißt also, "aus der Behörde hinaus"). Unproblematisch erfüllt ist dieses Begriffsmerkmal für Einzelfallregelungen, die Rechtsunterworfenen betreffen (seien es natürliche oder auch juristische Personen des Zivilrechts). Probleme treten insbesondere dort auf, wo Einzelfallregelungen gegenüber Organwaltern ergehen. Hier ist eine Rechtswirkung nach außen grundsätzlich zu verneinen, sofern die Einzelfallregelung lediglich die Amtsführung betrifft ("Betriebsverhältnis"), so wie z. B. die Anordnung, eine bestimmte Akte zu bearbeiten. Etwas anderes gilt ausnahmsweise insoweit, wie der Organwalter durch die Einzelfallregelung auch in seiner persönlichen Rechtsstellung berührt wird ("Grundverhältnis"), so wie etwa durch eine Versetzung. Eben dies, nämlich die Frage, ob denn nur die Amtsführung betroffen ist oder auch die persönliche Rechtsstellung berührt wird, erweist sich für die eine und andere Konstellation freilich ggf. als nicht ganz leicht zu beantworten (vgl. etwa die Streitfälle zu kopftuchtragenden Lehrerinnen etc.).

Rechtswirkung nach außen

Der I (vgl. Beispiel 43) versucht seit Monaten zu verhindern, dass der ihm unsympathische Oswald Opfer (O) die von ihm beantragte Baugenehmigung erhält. Nachdem jegliche sonstige Arbeit deswegen an den anderen Beamten hängenbleibt, ordnet der Vorgesetzte des I kurzerhand an, dass " ... *I die Akte des O nicht mehr anrühren, sondern seinen Kollegen unter die Arme greifen* ... " solle. Ist das ein Verwaltungsakt?

Beispiel 45

Nein, es liegt kein Verwaltungsakt vor, denn die Anordnung entfaltet ersichtlich keine unmittelbare Rechtswirkung nach außen.

Zurückhaltung geboten ist mit der Voraussetzung "auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts"; dies deshalb, weil auf dem Gebiet des Zivilrechts durch Verwaltungsakt gesetzte Einzelfallregelungen überwiegend durchaus auch als Verwaltungsakte angesehen werden. Damit ist die in § 35 Satz 1 VwVfG gebrauchte Formulierung "auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts" zwar durchaus eine für

Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

die Behörden im Zusammenhang mit dem Erlass von Verwaltungsakten verbindliche Anforderung, streng genommen aber eigentlich kein *Begriffsmerkmal*; denn Begriffsmerkmalen ist ja eigen, dass es im Falle ihrer Abwesenheit am Begriff fehlt.

Beispiel 46

Die Kleinstadt Kleinstadt (K), die ihren Wohnungsbestand komplett vermietet hat, erlässt, weil sie ein Wohngebäude freiräumen will, "Auszugsverfügungen" gegen die dortigen Mieter.

Ogleich per definitionem nicht zulässig, würde man hier überwiegend davon ausgehen, dass die Behörde – freilich inkorrekterweise – Verwaltungsakte erlassen hat.

5.1.2 Allgemeinverfügungen, § 35 Satz 2 VwVfG

Verhältnis Satz 1
und Satz 2

Die Vorschrift des § 35 Satz 2 VwVfG befasst sich mit der "Allgemeinverfügung". Satz 2 regelt damit keinen anderen Fall, sondern einen Unterfall des Satz 1, womit Allgemeinverfügungen alle Begriffsmerkmale des Verwaltungsakts erfüllen müssen (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 5.1.1). Um es einmal merksatzartig auf den Punkt zu bringen: Allgemeinverfügungen sind immer auch Verwaltungsakte i. S. des Satz 1; Verwaltungsakte i. S. des Satz 1 können, namentlich dann, wenn die Voraussetzungen des Satz 2 erfüllt sind, Verwaltungsakte in Gestalt von Allgemeinverfügungen sein (besser wäre daher, von "allgemeinverfügenden Verwaltungsakten" zu sprechen). Denkbar sind hiernach im Einzelnen drei Erscheinungsformen der Allgemeinverfügung.

Adressatenbezogene
Allgemeinverfügung

Vorgesehen ist in § 35 Satz 2, 1. Alt. VwVfG zunächst die gemeinhin sog. "adressatenbezogene Allgemeinverfügung"; sie ist an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten bzw. bestimmbaren, jedoch zumindest durch Bezugnahme auf eine konkrete Begebenheit (kann sachlich, situativ oder zeitlich vermittelt sein) abgeschlossenen⁸² Personenkreis gerichtet.

Beispiel 47

Der Punker Rudmar Ruhig-Blut (R) hält in Berlin mit mehreren Bekannten ein Haus besetzt. Nicht selten verkehren dort nicht nur die "HausbewohnerInnen", sondern auch die Gäste diverser Partys und Feierlichkeiten. Die zuständige Ordnungsbehörde erlässt eine Verfügung, derzufolge alle Anwesenden das Haus umgehend zu verlassen haben (Räumungsverfügung).

§ 17 ASOG Berlin⁸³

⁸² Hier liegt der Unterschied zur gesetzlichen, zur abstrakt-generellen Regelung; diese ist an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten bzw. bestimmbaren, für die Zukunft jedoch völlig *offenen* Personenkreis gerichtet.

⁸³ Bzw. § 3 PolG BW, § 8 Abs. 1 PolG NRW, § 3 SächsPolG (in Anlehnung an § 8 MEPolG).

(1) Die Ordnungsbehörden und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 18 bis 51 ihre Befugnisse besonders regeln. ...

Es handelt sich um eine adressatenbezogene Allgemeinverfügung i. S. des § 35 Satz 2, 1. Alt. VwVfG, die alle im Haus gerade Anwesenden erfasst.

Demgegenüber bewirkt die sog. "sachbezogene Allgemeinverfügung" i. S. des § 35 Satz 2, 2. Alt. VwVfG Änderungen in Bezug auf die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache (nicht: in Bezug auf sonstige, u. a. zivilrechtliche Eigenschaften, etwa Eigentum oder Sachzustand).⁸⁴

Sachbezogene Allgemeinverfügungen

Durch die zuständige Behörde wird eine neu gebaute Autobahn für den Verkehr freigegeben, und zwar durch Widmung i. S. des Bundesfernstraßengesetzes.

Beispiel 48

§ 2 FStrG

(1) Eine Straße erhält die Eigenschaft einer Bundesfernstraße durch Widmung. ...

§ 7 FStrG

(1) ¹Der Gebrauch der Bundesfernstraßen ist jedermann im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften zum Verkehr gestattet (Gemeingebrauch). ...

§ 8 FStrG

(1) ¹Die Benutzung der Bundesfernstraßen über den Gemeingebrauch hinaus ist Sondernutzung. ²Sie bedarf der Erlaubnis der Straßenbaubehörde, in Ortsdurchfahrten der Erlaubnis der Gemeinde. ...

§ 9 FStrG

(1) ¹Längs der Bundesfernstraßen dürfen nicht errichtet werden
1. Hochbauten jeder Art in einer Entfernung bis zu 40 Meter bei Bundesautobahnen und bis zu 20 Meter bei Bundesstraßen außerhalb der zur Erschließung der anliegenden Grundstücke bestimmten Teile der Ortsdurchfahrten, jeweils gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn,

⁸⁴ Freilich gibt es "an Sachen adressierte" Regelungen eigentlich nicht. Bei näherem Hinsehen werden auch durch auf den ersten Blick sachbezogene Regelungen in Wirklichkeit stets Rechte und Pflichten gegenüber Rechtsunterworfenen begründet.

2. bauliche Anlagen, die außerhalb der zur Erschließung der anliegenden Grundstücke bestimmten Teile der Ortsdurchfahrten über Zufahrten oder Zugänge an Bundesstraßen unmittelbar oder mittelbar angeschlossen werden sollen.

²Satz 1 Nr. 1 gilt entsprechend für Aufschüttungen oder Abgrabungen größeren Umfangs. Weitergehende bundes- oder landesrechtliche Vorschriften bleiben unberührt.

...

Bei der Widmung handelt es sich um eine sachbezogene Allgemeinverfügung i. S. des § 35 Satz 2, 2. Alt. VwVfG. Dadurch, dass die Straße infolge der Widmung nunmehr zur "Bundesfernstraße" wird, folgen etwa aus §§ 7 - 9 FStrG Rechte und Pflichten für die Rechtsunterworfenen.

Benutzungsregelung

Allgemeinverfügungen i. S. des § 35 Satz 2, 3. Alt. VwVfG schließlich regeln die Benutzung einer öffentlich-rechtlichen Sache durch die Allgemeinheit (Festlegung der Rechte und Pflichten der Benutzer einer Sache); die Rede ist hier daher gemeinhin von "Benutzungsregelungen" bzw. von "benutzungsregelnden Allgemeinverfügungen". Benutzungsregelnde Allgemeinverfügungen werden nicht selten als Unterfall der adressatenbezogenen Allgemeinverfügung angesehen. Angemerkt sei der Vollständigkeit halber, dass die Abgrenzung zwischen materiellen Gesetzen und benutzungsregelnden Allgemeinverfügungen besonders große Schwierigkeiten bereitet; denn der Kreis der betroffenen Rechtsunterworfenen ist ja beidenfalls für die Zukunft offen.⁸⁵ Einen Einzelfall-Bezug erhält die benutzungsregelnde Allgemeinverfügung allein dadurch, dass sie sich auf eine konkrete (öffentlich-rechtliche) Sache bezieht.

Beispiel 49

Für das als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierte kommunale Schwimmbad "Gurgel" (G) erlässt die Anstaltsleitung eine Benutzungsregelung, derzufolge die Benutzung der Becken nur mit Badekappen zulässig ist usw.

Damit wird eine Benutzungsregelung i. S. des § 35 Satz 1, 3. Alt. VwVfG getroffen.

Spezielle Vorschriften

Spezielle (Verfahrens-)Vorschriften zu Allgemeinverfügungen, die den allgemeinen (Verfahrens-)Vorschriften zu Verwaltungsakten zumeist vorgehen, finden sich etwa in § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG sowie § 28 Abs. 2 Nr. 4 und § 39 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG; hierauf soll später im entsprechenden Kontext eingegangen werden (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.4.1.1).

⁸⁵ Dies ist im Übrigen auch der Grund dafür, weswegen Benutzungsregelungen für Anstalten des öffentlichen Rechts in der Praxis teils als Satzungen, teils als Allgemeinverfügungen erlassen werden.

5.2 Die Bedeutung und Funktion von Verwaltungsakten

Weswegen ist es, vor allem aus Sicht der Verwaltung, günstig, sich des Instruments des Verwaltungsaktes zu bedienen?

Vor- und Nachteile des Verwaltungsakts

5.2.1 Vorzüge des Verwaltungsaktes aus Behördenperspektive

Aus Behördenperspektive ist der Verwaltungsakt zuvörderst ein *schnelles* und *effektives* Instrument.⁸⁶ Das wiederum hat folgende vier Gründe:

Schnelligkeit, Effektivität

Zum Ersten werden die zuständigen Behörden in die Lage versetzt, eine Regelung *einseitig*, ohne Mitwirkung des betroffenen Rechtsunterworfenen herbeizuführen (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 5.1.1).

Einseitig auferlegte Regelung

Die auf der zuständigen Bauaufsichtsbehörde im baden-württembergischen Ordnungsheim (O) tätige Alwine Aufpass (A) stellt fest, dass das Gebäude der Hauseigentümerin Lotta Lotter (L) mittlerweile einsturzgefährdet ist. Sie erlässt gegen diese nach Aufhebung der Baugenehmigung deswegen eine Beseitigungsverfügung, die eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung enthält.

Beispiel 50

§ 13 LBO BW

(1) ¹Bauliche Anlagen müssen sowohl im ganzen als auch in ihren einzelnen Teilen sowie für sich allein standsicher sein. ...

§ 65 LBO BW⁸⁷

¹Der teilweise oder vollständige Abbruch einer Anlage, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde, kann angeordnet werden, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

...

Mit der Beseitigungsanordnung, die als Verwaltungsakt ergehen darf, kann A unter Vermeidung von "Verhandlungen" eine Regelung erlassen.

Zweitens muss der erlassene Verwaltungsakt *grundsätzlich* nicht rechtmäßig sein, um Wirksamkeit zu entfalten; vielmehr tritt die Wirksamkeit bereits mit der Bekanntgabe, unabhängig von der Rechtmäßigkeit, ein. Das folgt aus § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Bestätigt wird das durch einen Gegenschluss aus § 43 Abs. 3; § 44 VwVfG, nach denen, und das ist die *Ausnahme*, nur an besonders schwerwiegenden und offensichtlichen Fehlern leidende Verwaltungsakte

Wirksamkeit mit Bekanntgabe

⁸⁶ Der Behörde geht es dabei freilich in erster Linie um belastende Verwaltungsakte (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.2.3. und noch Punkt 5.3.1).

⁸⁷ Bzw. § 79 BauO Bln, § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW, § 80 SächsBO (in Anlehnung an § 80 MBO).

unwirksam sind (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.4.1.2). Will der betroffene Rechtsunterworfene einen rechtswidrigen Verwaltungsakt nicht hinnehmen, ist es an ihm, aktiv zu werden, und zwar durch Erhebung eines Widerspruchs bzw. einer Klage (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.4.1, Punkt 7.1.3.2 und Punkt 7.2.2).

Beispiel 51

Die L (Beispiel 50) wendet ein, ihr Haus sei gar nicht einsturzgefährdet.

Dieser Einwand ist – so erhoben – unbeachtlich⁸⁸, denn selbst wenn L damit Recht hätte, bleibt die Beseitigungsanordnung wirksam.

Bestandskraft nach kurzer Frist

Drittens gilt: Wehrt sich der betroffene Rechtsunterworfene nicht bzw. nicht rechtzeitig gegen den Verwaltungsakt, durch Erhebung eines Widerspruchs bzw. einer Anfechtungsklage, so wird der Verwaltungsakt mit Ablauf der Rechtsbehelfsfristen "*bestandskräftig*"; vgl. § 70 Abs. 1 und § 74 Abs. 1 VwGO. D. h. der Verwaltungsakt ist unangreifbar. Von diesem Grundsatz werden nur wenige *Ausnahmen* gemacht: Hat der betroffene Rechtsunterworfene die Frist unverschuldet nicht eingehalten, ist nach § 70 Abs. 2 VwGO i. V. mit § 60 VwGO (für den Widerspruch) bzw. nach § 60 VwGO direkt (für die Anfechtungsklage) eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich (vgl. dazu im Einzelnen noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht, Modul 8). Wurde der betroffene Rechtsunterworfene nicht bzw. nicht richtig belehrt, so beginnen die Fristen nicht zu laufen; der betroffene Rechtsunterworfene hat dann nach § 58 Abs. 2 VwGO die Möglichkeit, innerhalb eines Jahres Widerspruch bzw. Klage zu erheben (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.6.2.1). In seltenen Fällen ist die Behörde trotz Eintritt der Bestandskraft infolge einer Ermessensreduzierung auf Null dazu verpflichtet, den Verwaltungsakt nach § 48 Abs. 1 VwVfG aufzuheben.

Beispiel 52

Die L (Beispiel 50) bleibt nach Bekanntgabe der Beseitigungsanordnung länger als 1 Monat untätig.

Die Beseitigungsanordnung wird mit Blick auf § 70 Abs. 1 VwGO bestandskräftig, ist also nicht mehr angreifbar.

Vollziehbarkeit

Der vierte und letzte Vorteil von Verwaltungsakten ist, dass diese ohne vorheriges Beschreiten des Rechtsweges zeitnah vollzogen werden können; vollzogen werden dürfen Verwaltungsakte im Zeitpunkt des Eintritts der *Bestandskraft*, ggf. – namentlich sofern die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 - 4 VwGO entfällt – sogar bereits im Zeitpunkt ihres *Erlasses* (vgl. dazu im Einzelnen noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht,

⁸⁸ Es handelt sich bestenfalls um eine sog. „Gegenvorstellung“, vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 7.2.1.2

Modul 8). Es bedarf also keines, u. U. langwierigen Beschreitens des Rechtswegs. Das ist ein entscheidender Vorteil gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Vertrag. Hier ist ein gerichtlicher Titel vonnöten, der im Wege eines Klageverfahrens erstritten werden muss; das gilt jedenfalls im Normalfall, also sofern sich der betroffene Rechtsunterworfene nicht nach § 61 Abs. 1 Satz 1 VwVfG der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat (vgl. dazu im Einzelnen noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht, Modul 8)

Nach Ablauf eines Monats droht A der L (Beispiel 50) die Vollziehung der Beseitigungsanordnung an und beauftragt eine Baufirma mit dem Abriss des Gebäudes.

Beispiel 53

§ 2 VwVG BW⁸⁹

Verwaltungsakte können vollstreckt werden,

1. *wenn sie unanfechtbar geworden sind oder*
2. *wenn die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs entfällt.*

§ 4 VwVG BW⁹⁰

(1) Vollstreckungsbehörde ist die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

...

§ 19 VwVG BW⁹¹

(1) Zwangsmittel sind

1. *Zwangsgeld und Zwangshaft,*
2. *Ersatzvornahme,*
3. *unmittelbarer Zwang.*

...

Die Beseitigungsverfügung kann unter Einhaltung der Bestimmungen des VwVG NRW im Wege der Ersatzvornahme vollzogen werden, denn sie ist i. S. des § 2 Nr. 1 VwVG BW unanfechtbar.

Die A (Beispiel 50) erklärt die Beseitigungsanordnung für sofort vollziehbar und veranlasst sofort nach ihrem Erlass eine Vollziehung (d. h. droht eine Vollziehung an und beauftragt eine Baufirma).

Beispiel 54

⁸⁹ Bzw. § 5 a BlnVwVfG i. V. mit § 6 Abs. 1 VwVG, § 55 VwVG NRW sowie § 2 SächsVwVG.

⁹⁰ Bzw. § 5a BlnVwVfG i. V. mit § 7 VwVG Bund; § 56 VwVG NRW; § 4 Abs. 1 Nr. 3 SächsVwVG.

⁹¹ Bzw. § 5a BlnVwVfG i. V. mit § 9 Abs. 1 VwVG Bund; § 57 VwVG NRW; § 19 Abs. 2 SächsVwVG.

Die Beseitigungsanordnung für "sofort vollziehbar" zu erklären ist nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO möglich, sofern dies im öffentlichen Interesse liegt.⁹² In solchen Fällen des Entfalls der aufschiebenden Wirkung dürfen Verwaltungsakte nach § 2 Nr. 2 VwVG BW auch sofort vollzogen werden.

5.2.2 Vorzüge des Verwaltungsaktes aus Bürgerperspektive

Rechtssicherheit,
Festigkeit

Aber auch aus der Bürgerperspektive hat der Gebrauch des Instruments des Verwaltungsaktes Vorteile. So sind Verwaltungsakte für den betroffenen Rechtsunterworfenen vor allem mit *Rechtssicherheit* verbunden; dies rührt daher, dass Verwaltungsakte einerseits nach § 37 Abs. 1 VwVfG hinreichend bestimmt gefasst werden müssen, und andererseits wegen ihrer schnell eintretenden Bestandskraft (vgl. dazu bereits Punkt 5.2.1) und wegen der Vorschriften der §§ 48, 49 VwVfG (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.6) eine gewisse Festigkeit erlangen.

Belastende Verwaltungsakte

Hiernach kann sich der Rechtsunterworfene bei *belastenden Verwaltungsakten* zumindest sicher sein, welche Pflichten genau ihn treffen, und damit eben zugleich: welche Pflichten ihn *nicht treffen*. Diese Berechenbarkeit ist entgegen einem ersten Eindruck eine nicht gering zu schätzende rechtsstaatliche Errungenschaft.

Beispiel 55

Die L (Beispiel 50) ist nicht nur Eigentümerin des auffälligen, sondern noch zweier weiterer Gebäude in O.

Nach Erlass der Beseitigungsanordnung steht nun zumindest fest, dass die beiden anderen Gebäude nicht abzureißen sind.

Begünstigende Verwaltungsakte

Für *begünstigende Verwaltungsakte* kommt nun noch ein entscheidender Vorteil hinzu: Während die mit §§ 70, 74 Abs. 1 VwGO verbundene Bestandskraft sich zugunsten der Behörden und zulasten der Rechtsunterworfenen auswirkt, gilt für die §§ 48 Abs. 2 - 4, 49 Abs. 2, 3 und 6 VwVfG gewissermaßen das Gegenteil: Die nach Ablauf der Fristen der § 70 und § 74 Abs. 1 VwGO eintretende Bestandskraft stellt in der Sache gleichsam eine im Falle des Erlasses von belastenden Verwaltungsakten gegen die Rechtsunterworfenen wirkende Ausschlussfrist dar; einer freiwilligen Aufhebung durch die Ausgangsbehörde nach den §§ 48 Abs. 1, 49 Abs. 1 VwVfG steht die Bestandskraft nicht entgegen. Hiergegen setzen die §§ 48 Abs. 2 - 4, 49 Abs. 2, 3 und 6 VwVfG den Behörden bei der Aufhebung von begünstigenden Verwaltungsakten klare Grenzen. Gewährt werden unter bestimmten Voraussetzungen ein Bestands- bzw. Ver-

⁹² Freilich kann sich der Rechtsunterworfene gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit wehren, und zwar vermittelt eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO (vgl. dazu im Einzelnen noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht, Modul 8).

mögensschutz; außerdem gilt eine Aufhebungsfrist von einem Jahr (vgl. dazu im Einzelnen noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht, Modul 8).

Ein Jahr nach Abriss des baufälligen Gebäudes (Beispiel 50) erteilt A der L eine neue Baugenehmigung für die Errichtung eines neuen, ähnlichen Gebäudes.

Beispiel 56

Die A kann die einmal erteilte Baugenehmigung nicht ohne weiteres wieder aufheben. Ist die Baugenehmigung rechtmäßig, bedarf es hierfür eines Widerrufgrundes i. S. des § 49 Abs. 2 Satz 1 VwVfG; liegt ein solcher vor, läuft nach § 49 Abs. 2 Satz 2 i. V. mit § 48 Abs. 4 VwVfG zumindest eine Jahresfrist. Ist die Baugenehmigung rechtswidrig, kommt es darauf an, ob L schutzwürdig auf die Baugenehmigung vertraut hat. Ist dem so, darf die Baugenehmigung zwar aufgehoben werden, die L ist jedoch nach § 48 Abs. 2 VwVfG zu entschädigen. Fehlt es an einem schutzwürdigen Vertrauen, gilt zumindest die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG.

5.3 Arten von Verwaltungsakten

Bei näherem Hinsehen lassen sich Verwaltungsakte nach bestimmten Kriterien insbesondere wie folgt kategorisieren:

5.3.1 Belastende und begünstigende Verwaltungsakte

Zu unterscheiden sind zunächst *belastende* und *begünstigende* Verwaltungsakte. Diese Kategorisierung entspricht in der Sache der oben bereits behandelten Kategorisierung in belastende und begünstigende Verwaltungstätigkeit (vgl. dazu im Einzelnen bereits 2.2.3, S. 20 ff).

Belastung und Begünstigung

5.3.2 Befehlende und gestattende Verwaltungsakte

Denkbar ist des Weiteren, Verwaltungsakte in *befehlende* und *gestattende* einzuteilen: Befehlende Verwaltungsakte enthalten Ge- bzw. Verbote, begründen also (Verhaltens-)Pflichten, gewährende Verwaltungsakte demgegenüber Erlaubnisse bzw. Zuteilungen, verleihen also Rechte. Trotz häufiger Überschneidung ist diese Einteilung nicht mit der Einteilung in belastende und begünstigende Verwaltungsakte zu verwechseln (vgl. dazu Punkt 5.3.1 und Punkt 2.2.3). So stellt sich beispielsweise eine Rücknahme oder ein Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes (Subventionsbescheid) als belastender, indessen gleichwohl nicht als befehlender Verwaltungsakt dar.

Befehl und Gestattung

Der Polizeibeamte Oldwig Ordnung (O) bittet die Passantin Godeberta Glotz (G), welche im baden-württembergischen Kollheim (K) am Ort eines schweren Unfalls keine Einzelheit verpassen will und deswegen die Rettungsarbeiten behindert, sich doch zu entfernen. Als sie sich weigert, erteilt ihr O einen Platzverweis.

Beispiel 57

§ 27 a PolG BW⁹³

(1) Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr oder zur Beseitigung einer Störung eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten (Platzverweis).

...

Der Platzverweis ist ein befehlender Verwaltungsakt.

Beispiel 58

Dem ebenfalls in K ansässigen Bauherrn Balderich Bauwut (B) wird bzgl. seines Großvorhabens eine Baugenehmigung erteilt.

§ 58 LBO BW⁹⁴

(1) ¹Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

...

Die Genehmigungserteilung ist ein gewährender Verwaltungsakt.

5.3.3 Rechtsgestaltende und feststellende Verwaltungsakte

Rechtsgestaltung
und Feststellung

Schließlich gilt es rechtsgestaltende und feststellende Verwaltungsakte voneinander zu unterscheiden: Rechtsgestaltend werden Verwaltungsakte genannt, sofern sie ein konkretes Rechtsverhältnis begründen, ändern oder beseitigen. Dagegen ändern feststellende Verwaltungsakte nichts am Bestehen bzw. Nicht-Bestehen von Rechtsverhältnissen; vielmehr wird jenes Bestehen bzw. Nicht-Bestehen eines konkreten Rechtsverhältnisses nur (verbindlich) festgestellt.

Beispiel 59

Der in Krölln (K) studierende Isenbrand Inaktiv (I) wird, nachdem er im Wintersemester 2015/2016 seinen Semesterbeitrag auch nach letztmaliger Fristsetzung nicht bezahlt, alsbald exmatrikuliert.

§ 63 LHG BW⁹⁵

(1) ¹Die Mitgliedschaft Studierender in der Hochschule erlischt durch die Exmatrikulation. ²Die Exmatrikulation erfolgt auf Antrag der Studierenden oder von Amts wegen.

(2) Studierende sind von Amts wegen zu exmatrikulieren, wenn

...

4. sie Abgaben und Entgelte, die im Zusammenhang mit dem Studium

⁹³ Bzw. § 29 Abs. 1 ASOG Berlin; § 34 Abs. 1 PolG NRW; § 21 Abs. 1 SächsPolG (in Anlehnung an § 12 MEPolG)

⁹⁴ Bzw. § 71 Abs. 1 BauO Bln; § 75 Abs. 1 BauO NRW; § 72 Abs. 1 SächsBO (in Anlehnung an § 72 MBO).

⁹⁵ Bzw. § 15 Satz 2 Nr. 3 BerlHG; § 51 Abs. 3 lit. c und d HG NRW; § 21 Abs. 2 Nr. 8 i. V. mit § 18 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 SächsHSFG.

entstanden sind, trotz Mahnung und Androhung der Exmatrikulation nach Ablauf der für die Zahlung gesetzten Frist nicht gezahlt haben,

...

Der Verwaltungsakt ist rechtsgestaltend; die Exmatrikulation beendet den Studierenden -Status (Mitgliedschaft in der Hochschule).

In einem gegen den Bundesbeamten Bertram Brav (B) gerichteten Bescheid wird festgestellt, dass dieser die deutsche Staatsangehörigkeit hat.

Es handelt sich um einen feststellenden Bescheid.

Beispiel 60

Zu beachten ist bei alledem, dass die unter 5.3.2. und 5.3.3. genannten Merkmale sich nicht unbedingt gegenseitig ausschließen; so kann ein- und derselbe Verwaltungsakt durchaus "gewährend sowie auch rechtsgestaltend und feststellend" sein; man denke etwa an die Baugenehmigung, die dem Bauherrn ein Baurecht verleiht (gewährend), hierzu das gesetzliche Präventivverbot aufhebt (rechtsgestaltend) und das Bauvorhaben verbindlich für mit den öffentlich-rechtlichen, insbesondere den bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Vorschriften übereinstimmend erklärt (feststellend).

Ergänzende Anmerkung

5.4 Wirksamkeit von Verwaltungsakten

Was eine Wirksamkeit von Verwaltungsakten anbetrifft, so soll hier ein Bogen von ihrem Beginn bis zu ihrem Ende gespannt werden. Gemeint ist mit "Wirksamkeit" fortan zunächst einmal nur die sog. "äußere Wirksamkeit", also das In-Der-Welt-Sein bzw. Vorhandensein eines Verwaltungsakts. Die "innere Wirksamkeit", also das Eintreten der Rechtsfolgen, wird an den entsprechenden Stellen angesprochen (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.5.3.1 und Punkt 5.5.3.2).

Wirksamkeit, Definition

5.4.1 Beginn

Die Wirksamkeit von Verwaltungsakten beginnt mit der Bekanntgabe an den betroffenen Rechtsunterworfenen; vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit § 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Dabei wird "Bekanntgabe" gemeinhin mit "willentlicher Eröffnung des Inhalts des Verwaltungsakts" gleichgesetzt. Zu unterscheiden sind zwei Erscheinungsformen der Bekanntgabe, namentlich die sog. "einfache Bekanntgabe" und die sog. "Zustellung". Was das Verhältnis zwischen einfacher Bekanntgabe und Zustellung anbetrifft, so gilt: Einfach bekanntgegeben werden darf ein Verwaltungsakt solange, wie nicht ausdrücklich seine Zustellung verlangt wird; vgl. z. B. § 73 Abs. 3 Satz 1 und 2 VwGO. Dagegen ist eine Zustellung insoweit, wie sie nicht ausdrücklich verlangt wird, durchaus zulässig; dass die Behörden sich freiwillig für eine Zustellung entscheiden, hängt damit zu-

Maßgebliche Vorschrift, Bekanntgabe und Zustellung

sammen, dass sich hierüber der Zugang eines Verwaltungsaktes deutlich besser nachweisen lässt (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.4.1.1).

5.4.1.1. Bekanntgabe und Zustellung

Einfache Bekanntgabe

Eingegangen werden soll hier zunächst auf die einfache Bekanntgabe; geregelt ist diese in § 43 Abs. 1 i. V. mit § 41 VwVfG. Dabei sind genau genommen nochmals zwei Möglichkeiten der einfachen Bekanntgabe zu unterscheiden, namentlich eine *individuelle* und eine *öffentliche* Bekanntgabe.

Individuelle Bekanntgabe

Wann es zu einer individuellen Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes kommt, hängt im Einzelnen davon ab, ob er mündlich, schriftlich oder auf andere Art und Weise erlassen wird⁹⁶: Ein mündlicher Verwaltungsakt (§ 37 Abs. 2 Satz 1, 3. Alt. VwVfG) gilt dann als bekanntgegeben, wenn der betroffene Rechtsunterworfenen ihn vernommen hat bzw. vernehmen konnte. Ein schriftlicher Verwaltungsakt (§ 37 Abs. 2 Satz 1, 1. Alt. VwVfG) gilt im Regelfall der Übermittlung durch die Post 3 Tage nach Aufgabe ebendort als bekanntgegeben; beachte also die sog. "Zugangsfiktion" des § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG. Die Zugangsfiktion gilt auch dann, wenn der Verwaltungsakt früher, nicht dagegen dann, wenn er später zugegangen ist, vgl. § 41 Abs. 2 Satz 3 VwVfG. Die Zugangsfiktion ist eine Vermutungsregelung, die folglich widerlegt werden kann. Hierzu bedarf es freilich nicht nur eines einfachen, sondern eines substantiierten Bestreitens.⁹⁷ Vorgestellt werden kann darüber hinaus auch eine durch Zeichen vermittelte bzw. konkludente Bekanntgabe (§ 37 Abs. 2 Satz 1, 4. Alt. VwVfG); man denke etwa daran, dass ein Polizeibeamter einem Passanten durch heftige Armbewegungen bedeutet, einen Unfallort zu verlassen bzw. sich ihm in den Weg stellt usw.

Beispiel 61

Die Leiterin der Hardcore-Punk-Band Rambazamba (R), Plektrudis Plektrum (P) hat bei ihrer nordrhein-westfälischen Heimatgemeinde Walddorf (W) Anfang 2016 die Benutzung der Stadthalle für den 25.03. beantragt. Da die Gemeindehalle zu diesem Termin noch frei ist, fertigt die zuständige Beamtin Konrada Konfus (K) kurzerhand ein Schreiben aus, vermittels dessen P die Benutzung gestattet wird, und lässt es auf ihrem Schreibtisch liegen. Dort erblickt die Mutter der P, die bei der Gemeinde als Reinigungskraft beschäftigt ist, anlässlich ihrer Wochenendschicht hocherfreut das Schreiben. Um W die Kosten zu ersparen, steckt sie das Schreiben ein und übergibt es ihrer Tochter P. Einige Tage später erkundigt sich Heimerad Häuptling (H), Bürgermeister von W, verwundert bei K – die die Angelegenheit inzwischen längst vergessen hatte –,

⁹⁶ Auf welche Art und Weise ein Verwaltungsakt erlassen wird, ist den Behörden nach der allgemeinen Vorschrift des § 37 Abs. 2 Satz 1 VwVfG grundsätzlich freigestellt. Zu beachten sind freilich die spezielleren Vorschriften des besonderen Verwaltungsrechts.

⁹⁷ Aus gegebenen Anlass sei bereits hier angemerkt, dass es sich bei der Zugangsfiktion um *keine Frist* handelt, die *Fristenregelungen* der § 31 Abs. 3, § 222 Abs. 2 ZPO und § 193 BGB finden damit keine Anwendung.

was die zahlreichen Plakate zu bedeuten hätten; wer seien denn R und was hei-
ße es denn, dass zum Karfreitag in der Stadthalle "zum Extremtanz aufgespielt"
werde, und wieso auch noch "bis zum Morgengrauen"?

§ 8 GO NRW⁹⁸

...

*(2) Alle Einwohner der Gemeinde sind im Rahmen des geltenden Rechts berech-
tigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu nutzen und verpflichtet, die
Lasten zu tragen, die sich aus ihrer Zugehörigkeit zur Gemeinde ergeben.*

...

§ 5 FTG NRW

*(1) An Sonn- und Feiertagen sind während der Hauptzeit des Gottesdienstes
verboten ...*

§ 6 FTG NRW⁹⁹

(1) Am Volkstrauertag sind zusätzlich verboten:

...

*5. alle anderen der Unterhaltung dienenden öffentlichen
Veranstaltungen einschließlich Tanz von 5 Uhr bis 18 Uhr.*

...

(3) Am Karfreitag sind zusätzlich verboten

1. alle in Abs. 1 genannten Veranstaltungen bis zum nächsten Tag 6 Uhr, ...

Es ist kein die Benutzung der Gemeindehalle gestattender Bescheid ergangen,
mangels willentlicher Eröffnung des Inhalts.

K (Beispiel 61) gestattet P anlässlich eines behördlichen Gesprächstermins die
Benutzung der Stadthalle.

Beispiel 62

Hier ist ein mündlicher, die Benutzung gestattender Bescheid ergangen.

K (Beispiel 61) lässt das ausgefertigte Schreiben nicht auf dem Schreibtisch
liegen, sondern gibt es am Mittwoch, den 13. Januar 2016, zur Post.

Beispiel 63

Der gestattende Bescheid gilt der P nach § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG NRW¹⁰⁰
als am 16. Januar 2016 bekanntgegeben.

⁹⁸ Bzw. § 10 Abs. 2 GemO BW, Art. 3 Abs. 1 GG i. V. mit der jeweiligen Widmung der
Einrichtung in Berlin; § 10 Abs. 2 SächsGemO.

⁹⁹ Bzw. § 10 Nr. 1 LFTG BW, § 4 Nr. 3 FSchV Berlin, § 6 SächsSFG

¹⁰⁰ Das VwVfG NRW entspricht wörtlich dem VwVfG des Bundes.

Öffentliche Bekanntgabe

Die Zulässigkeit einer öffentlichen Bekanntgabe folgt aus den Vorschriften der §§ 43 Abs. 1 i. V. mit § 41 Abs. 3 Satz 1 VwVfG. Unter "öffentlicher Bekanntgabe" versteht man gemeinhin die "öffentliche Verlautbarung, die eine zumindest theoretische *Möglichkeit der Kenntnisnahme* durch den betroffenen Rechtsunterworfenen eröffnet". Die öffentliche Bekanntgabe eines regulären *Verwaltungsaktes i. S. von § 35 Satz 1 VwVfG* muss durch Vorschrift zugelassen sein. Dabei ist abermals zu unterscheiden: Ist eine öffentliche Bekanntgabe, nicht aber zugleich Schriftform vorgeschrieben, so sind grundsätzlich unterschiedliche Bekanntgabe-Formen möglich (z. B. mündlich, im Rundfunk oder Fernsehen, durch Aushang etc.); zumeist wird in der eine öffentliche Bekanntgabe vorschreibenden Vorschrift freilich zugleich die Bekanntgabe-Form geregelt, einschließlich aller Details. Ist eine öffentliche Bekanntgabe und zugleich Schriftform vorgeschrieben, so kommt im Grundsatz die allgemeine Regelung des § 41 Abs. 4 VwVfG zur Anwendung. D. h. insbesondere, dass eine ortsübliche Bekanntgabe erfolgt (Satz 1) und die Bekanntgabe nach 2 Wochen fingiert wird (Satz 3). Nicht selten werden in den betreffenden Vorschriften freilich nicht nur die öffentliche Bekanntgabe und die Schriftform, sondern darüber hinaus auch die Details hierzu vorgeschrieben; insofern gehen diese spezielleren Vorschriften der allgemeinen Vorschrift des § 41 Abs. 4 VwVfG vor. Etwas anderes gilt für *Allgemeinverfügungen i. S. des § 35 Satz 2 VwVfG*. Diese können auch ohne besondere Zulassung immer öffentlich bekanntgegeben werden, wenn eine individuelle Bekanntgabe untunlich ist; vgl. § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG. Möglich ist wieder eine Bekanntgabe auf unterschiedliche Weise (mündlich; im Rundfunk oder Fernsehen etc.); wird schriftlich bekanntgegeben, so ist grundsätzlich § 41 Abs. 4 VwVfG zu beachten; es erfolgt also vor allem eine ortsübliche Bekanntgabe und es gilt eine Bekanntgabe-Fiktion von 2 Wochen (vgl. dazu bereits oben).^{101, 102}

Normenbeispiel

Vollziehen Sie das zu Gesagte einmal anhand der folgenden speziellen Normenbeispiele nach.

§ 10 BImSchG

...

(3) ¹Sind die Unterlagen des Antragstellers vollständig, so hat die zuständige Behörde das Vorhaben in ihrem amtlichen Veröffentlichungsblatt und außerdem entweder im Internet oder in örtlichen Tageszeitungen, die im Bereich des Standortes der Anlage verbreitet sind, öffentlich bekannt zu machen. ...

...

¹⁰¹ Öffentlich bekanntgegeben werden muss nicht die Rechtsbehelfsbelehrung selbst (Umkehrschluss aus § 69 Abs. 2 S. 4 und § 74 Abs. 5 S. 2 VwVfG).

¹⁰² Öffentliche Bekanntgaben sind unwirksam, sofern der Hinweis nach § 41 Abs. 4 Satz 2 VwVfG nicht gegeben wurde; sie sind ferner ggü. jedem Rechtsunterworfenen unwirksam, der am angegebenen Ort zur angegebenen Zeit keine Einsicht nehmen konnte.

(7) ¹Der Genehmigungsbescheid ist schriftlich zu erlassen, schriftlich zu begründen und dem Antragsteller und den Personen, die Einwendungen erhoben haben, zuzustellen. ...

...

(8) ¹Die Zustellung des Genehmigungsbescheids an die Personen, die Einwendungen erhoben haben, kann durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden.

²Die öffentliche Bekanntmachung wird dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil des Bescheides und die Rechtsbehelfsbelehrung in entsprechender Anwendung des Absatzes 3 Satz 1 bekannt gemacht werden; ...

...

Der Punker R und seine hausbesetzenden Spießgesellen (Beispiel 47) werden eines Morgens davon aus dem Schlaf gerissen, dass der Einsatzleiter der angerückten Polizei-Hundertschaft mittels Megaphon verkündet, alle Personen hätten das Gebäude sofort zu räumen.

Die Räumungsverfügung ist eine Allgemeinverfügung, welche wegen der Untunlichkeit einer individuellen Bekanntgabe nach § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG¹⁰³ öffentlich bekanntgegeben werden darf.

Beispiel 64

Zur Verhinderung eines neuen, sog. "Scherbenmeers" zum Straßenkarneval wird im Amtsblatt der Stadt Köln eine „Allgemeinverfügung“ abgedruckt, derzufolge der Verkauf von Flaschenbier zwischen dem 04.02.2016 und dem 10.02.2016 verboten ist.

§ 14 OBG NRW¹⁰⁴

(1) Die Ordnungsbehörden können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren.

...

§ 4 Bekanntmachungsverordnung NRW¹⁰⁵

(1) Öffentliche Bekanntmachungen der Gemeinden, die durch Rechtsvorschrift vorgeschrieben sind, werden vollzogen

- a) im Amtsblatt der Gemeinde; dieses kann mit Amtsblättern anderer Gemeinden gemeinsam herausgegeben werden; kreisangehörige Gemeinden können stattdessen das Amtsblatt des Kreises wählen, oder
- b) in einer oder mehreren in der Hauptsatzung hierfür allgemein

Beispiel 65

¹⁰³ Das VwVfG NRW entspricht wörtlich dem VwVfG des Bundes.

¹⁰⁴ Bzw. § 3 PolG BW, § 17 Abs. 1 ASOG Berlin, § 3 Abs. 1 SächsPolG.

¹⁰⁵ Bzw. Verordnung des Innenministeriums zur Durchführung der Gemeindeordnung BW (DVO GemO BW); Sächsische Kommunalbekanntmachungsverordnung (Sächs-KomBekVO).

bestimmen, regelmäßig, mindestens einmal wöchentlich erscheinenden Zeitungen, oder

c) durch Aushang an der Bekanntmachungstafel der Gemeinde und den sonstigen hierfür bestimmten Stellen für die Dauer von mindestens einer Woche, wobei gleichzeitig durch das Amtsblatt oder die Zeitung oder das Internet auf den Aushang hinzuweisen ist.

(2) ¹Die für die Gemeinde geltende Form der öffentlichen Bekanntmachung ist durch die Hauptsatzung festzulegen. ²Amtsblätter und Zeitungen sind namentlich zu bezeichnen.

(3) In kreisangehörigen Gemeinden mit Ausnahme der Großen kreisangehörigen Städte kann die Hauptsatzung bestimmen, dass Zeit und Ort der Ratssitzung sowie die Tagesordnung nicht nach den in Absatz 1 genannten Formen, sondern allgemein durch Aushang an der Bekanntmachungstafel der Gemeinde und, soweit erforderlich, an den sonstigen hierfür in der Hauptsatzung bestimmten Stellen öffentlich bekannt gemacht werden.

...

§ 8 Hauptsatzung der Stadt Köln

(1) ¹Öffentliche Bekanntmachungen der Stadt Köln, die durch Rechtsvorschrift vorgeschrieben sind, werden im "Amtsblatt der Stadt Köln" vollzogen. ...

Die schriftliche Allgemeinverfügung, die nach § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG NRW¹⁰⁶ öffentlich bekanntgegeben werden darf, ist in Ermangelung einer speziellen Vorschrift nach § 43 Abs. 4 Satz 1 VwVfG ortsüblich bekanntzumachen. Was "ortsüblich" ist, folgt aus der Bekanntmachungsverordnung NRW i. V. mit der Hauptsatzung der Stadt Köln.

Zustellung

Wie oben bereits ausgeführt (vgl. dazu bereits 5.4.1., S. 73), können Verwaltungsakte aber auch zugestellt werden. Zugestellt werden *muss* immer dann, wenn diese durch Rechtsvorschrift vorgeschrieben ist; vgl. § 41 Abs. 5 VwVfG i. V. mit z. B. § 73 Abs. 3 Satz 1 und 2 VwGO¹⁰⁷ (vgl. dazu bereits 5.4.1); im Übrigen *kann* zugestellt werden. Zustellungsadressat ist der betroffene Rechtsunterworfenen, dessen gesetzlicher Vertreter (vgl. § 6 VwZG) oder Bevollmächtigter (vgl. § 7 VwZG). Im Einzelnen ist für die Zustellung zwischen individueller und öffentlicher Zustellung zu unterscheiden.

Individuelle Zustellung

Was zunächst die individuelle Zustellung anbelangt, so ist diese im VwZG bzw. in den LVwZGen geregelt. Vorgesehen sind hier drei Varianten: Erstens ist es nach § 4 Abs. 1 VwZG möglich, sich der Post zu bedienen und einen Verwaltungsakt per Übergabeeinschreiben oder per Einschreiben mit Rückschein zuzu-

¹⁰⁶ Das VwVfG NRW entspricht wörtlich dem VwVfG des Bundes.

¹⁰⁷ Vgl. des Weiteren etwa § 69 Abs. 2 Satz 1 / § 74 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 69 Abs. 2 Satz 1 VwVfG.

stellen; ein Übergabeeinschreiben gilt nach § 4 Abs. 2 Satz 2 - 4 VwZG drei Tage nach Aufgabe bei der Post als bekanntgegeben, ein Einschreiben mit Rückschein nach § 4 Abs. 2 Satz 1 VwZG am Tage des vom Zustellungsadressaten unterschriebenen Datums auf dem Rückschein. Die zweite Möglichkeit ist eine Zustellung durch die Post mit Zustellungsurkunde; vgl. § 3 VwZG. Der Vorteil dieser Zustellungsvariante liegt darin, dass der Zustellungsadressat die Bekanntgabe nicht zu verhindern vermag: Zugestellt werden kann überall, wo der Zustellungsadressat angetroffen wird; wird er angetroffen und verweigert er die Annahme, so gilt der Verwaltungsakt nach § 3 Abs. 2 Satz 1 VwZG i. V. mit §§ 177, 179 Satz 3 ZPO als zugestellt. Wird der Zustellungsadressat nicht angetroffen, so kann auch an sonstige, in seiner Wohnung, an seinem Arbeitsplatz oder in einer Gemeinschaftseinrichtung angetroffene Personen zugestellt werden; verweigern diese die Annahme, so gilt der Verwaltungsakt als zugestellt, vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 VwZG i. V. mit §§ 178, 179 Satz 3 ZPO. Ist auch das nicht möglich, etwa deshalb, weil an den genannten Örtlichkeiten niemand angetroffen wird, so kann die Zustellung durch Einlegen in den Briefkasten oder in ein Postfach bewirkt werden; vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 VwZG i. V. mit § 180 ZPO. Und ist ein Briefkasten oder Postfach nicht vorhanden, so erfolgt eine Zustellung durch Niederlegung; vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 VwZG i. V. mit § 181 ZPO; § 3 Abs. 2 Satz 2 VwZG. Zu beachten ist bei alledem die Protokollierungspflicht des § 3 Abs. 2 Satz 1 VwZG i. V. mit § 182 ZPO. Eine dritte Möglichkeit der Zustellung eröffnet schließlich § 5 VwZG; hiernach kann die Behörde selbst gegen Empfangsbekanntnis zustellen. Dabei gelten die §§ 177 - 181 ZPO entsprechend; lediglich die Protokollierung ist in § 5 Abs. 2 VwZG eigens geregelt. Sinnvoll ist eine Zustellung nach § 5 VwZG u. a. dann, wenn eine Zustellung mithilfe der Post zu spät kommen würde (der Behördenvertreter kann nämlich jederzeit, auch abends entsandt werden).¹⁰⁸

Hinzuweisen gilt es schließlich auf die Möglichkeit einer öffentlichen Zustellung nach § 10 VwZG. Sie ist insbesondere dort sinnvoll, wo der Aufenthaltsort des betroffenen Rechtsunterworfenen unbekannt ist und dieser auch keine Wohnung bzw. Beschäftigungsstelle hat, vgl. § 10 Abs. 1 VwZG. Die öffentliche Zustellung erfolgt nach § 10 Abs. 2 Satz 1 VwZG durch Bekanntmachung einer Benachrichtigung an der Stelle, die von der Behörde hierfür allgemein bestimmt ist, oder durch Veröffentlichung einer Benachrichtigung im Bundesanzeiger. Nach § 10 Abs. 2 Satz 6 VwZG gilt das Dokument als zugestellt, wenn seit dem Tag der Bekanntmachung der Benachrichtigung 2 Wochen vergangen sind. Vgl. auch § 10 Abs. 2 Satz 2 - 5 VwZG.

Öffentliche Zustellung

5.4.1.2 Inhaltliche Anforderungen

Bereits kurz aufgeworfen wurde oben die Frage danach, ob die "äußere Wirksamkeit" eines Verwaltungsakts auch von seinem Inhalt abhängt; hierauf gilt es

Inhaltliche Anforderungen

¹⁰⁸ Beachte für eine Zustellung im Ausland § 9 VwZG.

nun zurückzukommen. Wie bereits dargelegt, tritt die äußere Wirksamkeit *grundsätzlich unabhängig von seinem Inhalt* ein; das ergibt sich bei systematischer Gesamtbetrachtung des VwVfG und der LVwVfG sowie der VwGO, vgl. insbesondere die §§ 43 Abs. 3; 44 VwVfG; §§ 70 Abs. 1; 74 Abs. 1 VwGO (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 5.2.1). Von diesem Grundsatz sind nun allerdings, wie mit Blick auf die ersteren beiden Vorschriften ebenfalls deutlich wird, durchaus *Ausnahmen* zu machen. Voneinander zu unterscheiden sind folglich "rechtswidrige wirksame Verwaltungsakte" einerseits (Grundsatz) und "rechtswidrige unwirksame" Verwaltungsakte (Ausnahme) andererseits.

Rechtswidrige Verwaltungsakte

Im vorstehend zuerst angeführten Fall (rechtswidrige wirksame Verwaltungsakte) ist gemeinhin nur die Rede von "rechtswidrigen Verwaltungsakten"; dass diese Verwaltungsakte im Grundsatz gleichwohl wirksam sind, wird also für gewöhnlich nicht gesondert erwähnt. Es handelt sich gewissermaßen um den "Normalfall". Mit Blick auf die Vorschriften über die Rechtsbehelfsfristen der §§ 70 Abs. 1, 74 Abs. 1 VwGO ist nun freilich ebenfalls bereits klar geworden, dass rechtswidrige Verwaltungsakte zwar wirksam, wohl aber angreifbar sind, namentlich durch Widerspruch (§ 68 Abs. 1 VwGO) bzw. durch Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 2, 1. Alt. VwGO); im Rahmen eines solchen Widerspruchs- bzw. (Anfechtungs-)Klageverfahrens werden sie ggf. aufgehoben, vgl. §§ 72, 73 VwGO bzw. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, sowie im Einzelnen noch Punkt 7.1.3.2 und Punkt 7.2.2. Wird weder ein Widerspruch noch eine Anfechtungsklage erhoben, so erwachsen rechtswidrige Verwaltungsakte nach Ablauf Rechtsbehelfsfristen in Bestandskraft, sind also nicht mehr angreifbar und dürfen vollzogen werden. Diese Konstruktion ist rechtsstaatlich, vor allem kein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG; denn rechtsstaatliches Anliegen ist nicht nur die Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte, sondern auch Rechtssicherheit und -frieden. Da die genannten Rechtsbehelfsfristen nach § 58 Abs. 1 VwGO nur im Falle einer richtig erteilten Rechtsbehelfsbelehrung zu laufen beginnen, erscheinen sie auch nicht als zu kurz bemessen.

Beispiel 66

Nachdem K den Antrag der P auf Nutzung der Stadthalle abgelehnt hat (Beispiel 61), klagt P ihr Leid ihrem alten Freund Erbalb Erbe (E), der sich sogleich erbötig macht, ihr für das Konzert am Karfreitag sein Grundstück zur Verfügung zu stellen – schließlich erlaubten die Temperaturen ja bereits ein "Extremtanz open air". Die übergelückliche Mutter der P schildert diese Ereignisse am nächsten Tag der K, die die Sache ihrem Kollegen beim Ordnungsamt Dankmar Durchgreif (D) weitererzählt, der wiederum, ohne P vorher anzuhören, eine "Verfügung" verfasst, vermittlels welcher der P das Konzert am 25. März 2016 sowie am 26. März bis 6:00 Uhr verboten wird. Diese Verfügung wird von den Bediensteten am 21. Januar 2016 zur Post gegeben und geht der P bereits am 22. Januar 2016 zu. Ist dieser Verwaltungsakt wirksam?

§ 14 OBG NRW¹⁰⁹

(1) Die Ordnungsbehörden können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren

...

Die Bekanntgabe der Verfügung erfolgte am 24. Januar 2016, vgl. § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG NRW¹¹⁰. Entscheidend für die Wirksamkeit ist, dass kein Fehler im Sinne des § 44 VwVfG NRW vorliegt: Ein Unwirksamkeitsgrund i. S. von § 44 Abs. 2 VwVfG NRW ist nicht gegeben; und auch die Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 VwVfG NRW liegen nicht vor. Das folgt bei systematischer Betrachtung im Umkehrschluss aus §§ 45 Abs. 1 Nr. 3 und 46 VwVfG, denzufolge das Fehlen der Anhörung u. U. geheilt werden kann bzw. unbeachtlich ist (was gegen die Schwere dieses Fehlers spricht).

Im Zusammenhang mit Verwaltungsakten, deren Rechtswidrigkeit ausnahmsweise zur Unwirksamkeit führt, ist angesichts der gesetzlichen Terminologie von "nichtigen Verwaltungsakten" die Rede; vgl. §§ 43 Abs. 3; 44 VwVfG. Nichtig sind nach der Legaldefinition des § 44 Abs. 1 VwVfG solche Verwaltungsakte, die an besonders schwerwiegenden und zudem offensichtlichen Fehlern leiden. Dabei liefert der Gesetzgeber in § 44 Abs. 2 VwVfG positive Regelbeispiele für nichtige Verwaltungsakte; eines Rückgriffs auf die Legaldefinition bedarf es hier nicht. Hiergegen enthält § 44 Abs. 3 VwVfG gleichsam negative Regelbeispiele; hier darf nicht von einer Nichtigkeit des Verwaltungsakts ausgegangen werden. Sinnhaft ist demzufolge, bei der Prüfung des § 44 VwVfG zunächst zu beleuchten, ob der zu untersuchende Verwaltungsakt ein positives Regelbeispiel i. S. des Abs. 2 darstellt. Ist dem so, ist der Verwaltungsakt nichtig; einer weiteren Prüfung bedarf es nicht. Liegt dagegen keines der positiven Regelbeispiele vor, kommt die Legaldefinition des Abs. 1 zur Anwendung. Wäre hiernach eine Nichtigkeit zu bejahen, gilt es mit Blick in Abs. 3 auszuschließen, dass es sich nicht um ein negatives Regelbeispiel handelt.

Nichtige Verwaltungsakte

Die A (Beispiel 50) erlässt eine Beseitigungsanordnung, obgleich das Gebäude der Hausbesitzerin L zwischenzeitlich abgebrannt ist.

§ 65 LBO BW¹¹¹

¹Der teilweise oder vollständige Abbruch einer Anlage, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde, kann angeordnet werden,

Beispiel 67

¹⁰⁹ Bzw. § 3 PolG BW; § 17 Abs. 1 ASOG Berlin; § 3 Abs. 1 SächsPolG.

¹¹⁰ Das VwVfG NRW entspricht wörtlich dem VwVfG des Bundes.

¹¹¹ Bzw. § 79 BauO Bln, § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW, § 80 SächsBO (in Anlehnung an § 80 MBO).

wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

...

Die Beseitigungsanordnung ist nach § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG NRW nichtig, da ein nicht vorhandenes Gebäude abzureißen unmöglich ist (§ 44 Abs. 1 VwVfG NRW muss deswegen nicht mehr geprüft werden).

5.4.2 Ende

Maßgebliche Vorschrift

Das Ende der Wirksamkeit von Verwaltungsakten ist in § 43 Abs. 2 VwVfG geregelt; hier ist letztlich erschöpfend aufgezählt, welche Umstände im Einzelnen zu einem Ende der Wirksamkeit führen.

Rücknahme und Widerruf

Dies trifft zunächst auf eine "Rücknahme" und einen "Widerruf" von Verwaltungsakten zu. Hiermit wird auf §§ 48, 49 VwVfG Bezug genommen, die eine behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten *außerhalb eines förmlichen Rechtsbehelfsverfahrens* regeln. Dabei unterscheidet der Gesetzgeber zwischen der Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte, die er als "Rücknahme" bezeichnet (vgl. § 48 VwVfG), und der Aufhebung rechtmäßiger Verwaltungsakte, im Zusammenhang mit der er von "Widerruf" spricht (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.6).

Beispiel 68

Die rüstige Mitfünzigerin Ratgard Rast-Gern (R) ist Eigentümerin eines Hausgrundstücks in Leipzig. Als ihre Kinder allesamt "aus dem Haus sind", legt sie sich einen kleinen Sportwagen zu. Da dieser ein "Zimmerchen" benötigt, beauftragt R die Baufirma Hochzieh (H) mit der Errichtung einer Garage auf ihrem Grundstück (2,90 m mittlere Wandhöhe; 49 m² Brutto-Grundfläche). Obgleich das Vorhaben nicht gegen materielle öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, erhält sie von der Stadt Leipzig eine Baueinstellungsverfügung; dies mit der Begründung, dass das Vorhaben nicht genehmigt sei. Kurz darauf wird die Baueinstellungsverfügung wieder aufgehoben.

§ 1 SächsVwVfG

¹Für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden des Freistaates Sachsen und der seiner Aufsicht unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976 (BGBl. I S. 1253), zuletzt geändert durch Artikel 7 § 3 des Gesetzes vom 12. September 1990 (BGBl. I S. 2002), in seiner jeweils geltenden Fassung entsprechend, soweit nicht etwas anderes bestimmt wird. ...

§ 57 SächsBO¹¹²

(1) ¹Bauaufsichtsbehörden sind

¹¹² Bzw. § 46 LBO BW, § 58 BauO Bln, § 60 Abs. 1 BauO NRW (in Anlehnung an § 57 MBO).

1. die Landkreise und Kreisfreien Städte als untere Bauaufsichtsbehörden,
2. die Landesdirektion Sachsen als obere Bauaufsichtsbehörde und
3. das Staatsministerium des Innern als oberste Bauaufsichtsbehörde.

²Für den Vollzug dieses Gesetzes sowie anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften für die Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung und Beseitigung sowie die Nutzung und die Instandhaltung von Anlagen ist die untere Bauaufsichtsbehörde zuständig, soweit nichts anderes bestimmt ist.

§ 59 SächsBO¹¹³

(1) Die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 60 bis 62, 76 und 77 nichts anderes bestimmt ist.

...

§ 61 SächsBO¹¹⁴

(1) Verfahrensfrei sind

1. folgende Gebäude:

...

- b) Garagen einschließlich überdachter Stellplätze mit einer mittleren Wandhöhe bis zu 3 m und einer Brutto-Grundfläche bis zu 50 m² je Grundstück, außer im Außenbereich,

...

§ 79 SächsBO¹¹⁵

(1) ¹Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert oder beseitigt, kann die Bauaufsichtsbehörde die Einstellung der Arbeiten anordnen. ...

Da das Vorhaben nicht gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, insbesondere nicht gegen § 59 Abs. 1 SächsBO verstößt (vgl. § 61 Abs. 1 Nr. 1 b), ist die Baueinstellungsverfügung materiell rechtswidrig (gegen die formelle Rechtmäßigkeit, insbesondere die Zuständigkeit der Stadt Leipzig, bestehen keine Bedenken, vgl. § 57 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit Satz 1 Nr. 1; § 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG). Die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (= Rücknahme) ist, sofern diesem belastende Wirkung zukommt, nach § 1 SächsVwVfG i. V. mit § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG jederzeit möglich.

¹¹³ Bzw. § 49 LBO BW, § 60 BauO Bln, § 63 Abs. 1 BauO NRW (in Anlehnung an § 59 MBO).

¹¹⁴ Bzw. § 50 LBO BW; § 62 BauO Bln; § 65 BauO NRW (in Anlehnung an § 61 MBO).

¹¹⁵ Bzw. § 64 LBO BW, § 78 BauO Bln, § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW (in Anlehnung an § 79 MBO).

Beispiel 69

Die Garage ist etwas größer (3,10 m mittlere Wandhöhe und 51 m² Brutto-Grundfläche); die Stadt Leipzig genehmigt die Errichtung der Garage, dies in-
dessen unter der Auflage, zuvor die Zufahrt zum Grundstück zu befestigen. Die
R beauftragt H mit der Errichtung der Garage, die daraufhin mit den Bauarbei-
ten beginnt; eine Befestigung der Zufahrt ist bis dahin nicht erfolgt.

Die Stadt Leipzig hatte beauftragt, "zuvor", d. h. bei vernünftiger Auslegung:
"vor Errichtung der Garage", die Zufahrt zu befestigen. Nachdem diese Auflage
nicht fristgerecht erfolgt ist, darf die Baugenehmigung widerrufen werden, § 1
Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwVfG.

Behördliche Aufhe-
bung in einem Wi-
derspruchsverfahren

Mit einer "anderweitigen Aufhebung" ist in § 43 Abs. 2 VwVfG zunächst die
Aufhebung eines Verwaltungsaktes in einem Widerspruchsverfahren gemeint,
vgl. §§ 72, 73 VwGO. Das in den §§ 68 ff. VwGO geregelte Widerspruchsver-
fahren ist ein förmliches Rechtsbehelfsverfahren (vgl. dazu im Einzelnen noch
Punkt 7.2.2); die hier ggf. erfolgende Aufhebung hat nichts mit der Aufhebung
von Verwaltungsakten nach §§ 48, 49 VwVfG (vgl. dazu im Einzelnen noch
Punkt 5.6) zu tun.

Beispiel 70

Da im Beispiel 68 keine Aufhebung durch die Behörde erfolgt, erhebt R Wider-
spruch gegen die Baueinstellungsverfügung; hieraufhin wird die Baueinstel-
lungsverfügung durch die Landesdirektion Sachsen aufgehoben.

Die Landesdirektion Sachsen hat ihre Entscheidung im Rahmen eines Wider-
spruchsverfahrens i. S. der §§ 68 ff. VwGO getroffen; die Zuständigkeit der
Landesdirektion Sachsen folgt aus § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO i. V. mit
§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SächsBO.

Gerichtliche Aufhe-
bung im Rahmen
eines Anfechtungs-
verfahrens

Desgleichen um eine "anderweitige Aufhebung" i. S. des § 43 Abs. 2 VwVfG
handelt es sich bei einer Aufhebung eines Verwaltungsakts in einem Anfecht-
ungsverfahren, vgl. §§ 42 Abs. 1, 1. Alt., § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO (vgl. dazu
im Einzelnen noch Punkt 7.1.3.2).

Beispiel 71

Nachdem die Landesdirektion Sachsen den Widerspruch gegen die Baueinstel-
lungsverfügung zurückgewiesen hat, erhebt R Anfechtungsklage zum zuständi-
gen Verwaltungsgericht Leipzig (VG L).

§ 2 SächsJustG

*(1) Das Oberverwaltungsgericht hat seinen Sitz in Bautzen. Es führt die Be-
zeichnung "Sächsisches Oberverwaltungsgericht".*

(2) Die Verwaltungsgerichte haben ihren Sitz

...

3. in Leipzig

mit Zuständigkeit für die Kreisfreie Stadt Leipzig, den Landkreis Leipzig

und den Landkreis Nordsachsen.

So das VG L aufhebt, geschieht dies auf der Basis der § 42 Abs. 1, 1. Alt.; § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Zuständigkeit des VG L folgt aus § 45 VwGO; § 52 Nr. 1 VwGO; § 2 Abs. 2 Nr. 3 SächsJustG

Eine weitere Situation, welche die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes beendet, ist die sog. "Erledigung durch Zeitablauf" bzw. "zeitliche Erledigung". Eine solche ist dann gegeben, wenn die Ereignisse dergestalt ihren Fortgang nehmen, dass die Regelung des Verwaltungsaktes gleichsam ins Leere greift, gegenstandslos wird.

Erledigung durch
Zeitablauf

Im Beispiel 66 kommt der 26. März 2016, und es wird 6:01 Uhr.

Beispiel 72

Das bis zum 26. März 2016, 6:00 Uhr geltende Konzertverbot kann nicht mehr beachtet werden, es ist gegenstandslos. Die Verbotsverfügung hat sich deswegen durch Zeitablauf erledigt.

Schließlich kann sich ein Verwaltungsakt aber auch noch auf "sonstige Weise erledigen"; genauer: die Regelung eines Verwaltungsakts kann auch auf sonstige Weise gegenstandslos werden. Das gilt insbesondere für einen sog. Fortfall des Regelungsobjekts bzw. -objekts, also etwa den Tod des Regelungsadressaten oder den Untergang des Regelungsobjekts; desgleichen um eine Erledigung auf sonstige Weise handelt es sich bei Eintritt einer auflösenden Bedingung (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.5.3.2) etc.

Erledigung auf sonstige
Weise

Die R (Beispiel 68) will auch bauliche Veränderungen an ihrem Haus vornehmen; nachdem sie einen Antrag auf Baugenehmigung gestellt und diese erhalten hat, brennt das Haus infolge eines Unglücks bis auf die Grundmauern nieder.

Beispiel 73

Die Baugenehmigung hat sich erledigt (bauliche „Veränderungen“ an einem nicht existenten Haus sind nicht möglich).

5.5 Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt

Eine gesondert zu betrachtende Problematik stellen Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt dar; vgl. dazu insbesondere § 36 VwVfG

5.5.1 Begriff

Als "Nebenbestimmungen" bezeichnet man neben die Haupt-Regelung des Verwaltungsakts tretende, von diesem logisch unterscheidbare *Neben-Regelungen* (die freilich aber akzessorisch sind). Zumeist geht es um *begünsti-*

Begriff

genden Verwaltungsakten beigegefügte, *belastende* Zusätze; vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.5.2 und Punkt 5.5.3).

Beispiel 73 a

Gerbald Großbau (G) beantragt den Erlass einer Baugenehmigung für die Errichtung eines Wohnparks mit 3 zehngeschossigen Wohngebäuden und einer Freizeithalle im baden-württembergischen Städtle (S); er erhält diese Baugenehmigung, dies indessen verbunden mit der Anordnung, auf der hinter dem Grundstück gelegenen, öffentlichen Verkehrsfläche einen Kinderspielplatz zu errichten.

§ 49 LBO BW¹¹⁶

Die Errichtung und der Abbruch baulicher Anlagen sowie der in § 50 aufgeführten anderen Anlagen und Einrichtungen bedürfen der Baugenehmigung, soweit in §§ 50, 51, 69 oder 70 nichts anderes bestimmt ist.

§ 58 LBO BW¹¹⁷

(1) ¹Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. ...

Bei der Anordnung handelt es sich um eine Nebenbestimmung.

5.5.2 Abgrenzung zwischen Inhalts- und Nebenbestimmung

Hauptregelung

Abzugrenzen sind Nebenbestimmungen insbesondere von Inhaltsbestimmungen; bei Inhaltsbestimmungen handelt es sich um Ausführungen im Verwaltungsakt, die den Inhalt der Haupt-Regelung näher konkretisieren.

Verwechslungsgefahr

Eine Verwechslungsgefahr zwischen Inhalts- und Nebenbestimmungen besteht insbesondere deshalb, weil aus der Perspektive des Rechtsunterworfenen ein bestimmter, begünstigender Verwaltungsakt beantragt / erwünscht ist bzw. irgendwie vorgestellt wird; im Vergleich dazu kann der dann tatsächlich erlassene Verwaltungsakt angesichts seiner Inhaltsbestimmung "weniger", "etwas anderes (aliud)" bzw. – was freilich eher selten sein wird – "mehr" gewähren. Ausgehend vom weitergehenden Antrag / der weitergehenden Vorstellung des Antragstellers stellt sich eine derartige Einschränkung mithin als Einschränkung / als einschränkender Zusatz bzw. als Modifizierung dar. Die Rede war im Zusammenhang mit der Gewährung von "etwas anderem" zeitweise von einer "modifizierenden Auflage", die "wie eine Inhaltsbestimmung zu behandeln" sei. Richtig ist vielmehr: "Modifizierende Auflagen" *sind* Inhaltsbestimmungen (das

¹¹⁶ Bzw. § 60 BauO Bln; § 63 Abs. 1 BauO NRW; § 59 Abs. 1 SächsBO (in Anlehnung an §80 MBO).

¹¹⁷ Bzw. § 71 Abs. 1 BauO Bln; § 75 Abs. 1 BauO NRW; § 72 Abs. 1 SächsBO (in Anlehnung an § 72 MBO).

wird zunehmend auch in Rechtsprechung und Schrifttum so gesehen, so dass der Begriff modifizierende Auflage eigentlich überholt ist).

G (Beispiel 73 a) erhält nur eine Genehmigung für die Wohngebäude, nicht aber für die Freizeithalle.

Beispiel 73 b

Hier wird durch eine Inhaltsbestimmung "weniger" gewährt als G beantragt hat; es handelt sich um eine Teilablehnung.

G (Beispiel 73 a) wird die "Auflage" erteilt, auf der südlichen Seite der Wohngebäude die Fenster anders anzuordnen.

Beispiel 73 c

Hier wird durch eine Inhaltsbestimmung "etwas anderes" gewährt als beantragt (genau genommen bedeutet das: Ablehnung des beantragten und Erlass eines anderen Verwaltungsakts). Trotz Verwendung des Begriffs handelt es sich also nicht um eine "Auflage" i. S. des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG; bestenfalls könnte von "modifizierender Auflage" die Rede sein, was indessen unnötig ist.

G (Beispiel 73 a) erhält zur "Auflage", statt zehngeschossige nur fünfgeschossige Wohngebäude zu errichten.

Beispiel 73 d

Fraglich ist, ob damit "weniger" oder "etwas anderes" gewährt wird; überwiegend würde letzteres befürwortet, also dass fünfgeschossige Gebäude etwas anderes sind als zehngeschossige Gebäude. Trotz Verwendung des Begriffs handelt es sich nicht um eine "Auflage", sondern um eine Inhaltsbestimmung.

5.5.3 Die wichtigsten Nebenbestimmungen

Einen – freilich nicht abschließenden – Katalog von (praktisch häufig vorkommenden) Regelbeispielen enthält § 36 Abs. 2 VwVfG.

5.5.3.1. Befristung

In § 36 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG findet sich zunächst die "Befristung"; hierbei handelt es sich um eine Bestimmung, nach der die innere Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnt, endet, oder für einen bestimmten Zeitraum gilt. Denkbar ist zu bestimmen, dass die innere Wirksamkeit des Verwaltungsaktes mit einem *gewissen* zukünftigen Ereignis beginnt (sog. aufschiebende Befristung) oder endet (sog. auflösende Befristung) bzw. dass die innere Wirksamkeit des Verwaltungsaktes mit einem *gewissen* zukünftigen Ereignis beginnt und endet (aufschiebende und auflösende Befristung).

Befristung

Hademund Hack-Fleisch (H) möchte in einer Fußgängerzone in Leipzig mit einem sog. Bauchladengrill Thüringer Bratwürste verkaufen. Der guten Ordnung halber beantragt er im Herbst 2015 eine Straßen-Sondernutzungserlaubnis für den betreffenden Straßenbereich; unter Hinweis auf dort gerade stattfinden-

Beispiel 73 e

de Baumaßnahmen wird ihm die Sondernutzungserlaubnis aber erst ab 2016 erteilt.

§ 1 SächsVwVfG

¹Für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden des Freistaates Sachsen und der seiner Aufsicht unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976 (BGBl. I S. 1253), zuletzt geändert durch Artikel 7 § 3 des Gesetzes vom 12. September 1990 (BGBl. I S. 2002), in seiner jeweils geltenden Fassung entsprechend, soweit nicht etwas anderes bestimmt wird. ...

§ 14 SächsStrG¹¹⁸

(1) ¹Der Gebrauch der öffentlichen Straße ist jedermann im Rahmen der Widmung und der verkehrsrechtlichen Vorschriften gestattet (Gemeingebrauch). ...

§ 18 SächsStrG¹¹⁹

(1) ¹Die Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus ist Sondernutzung. ²Sie bedarf der Erlaubnis der Straßenbaubehörde, in Ortsdurchfahrten der Erlaubnis der Gemeinde. ...

Die Sondernutzungserlaubnis ist aufschiebend befristet; vgl. § 1 Satz 1 Sächs-VwVfG i. V. mit § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG

Beispiel 73 f

H (Beispiel 73 e) wird die Sondernutzungserlaubnis erteilt, unter Hinweis auf dann beginnende Baumaßnahmen aber nur bis Ende 2015.

Die Sondernutzungserlaubnis ist hier auflösend befristet; vgl. § 1 Satz 1 Sächs-VwVfG i. V. mit § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

Beispiel 73 g

H (Beispiel 73 e) erhält die Sondernutzungserlaubnis, dies indessen nur für die Zeit des Weihnachtsmarktes 2015¹²⁰.

Die Sondernutzungserlaubnis ist aufschiebend wie auch auflösend befristet; vgl. § 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

5.5.3.2. Bedingung

Bedingung

Hiergegen ist die Bedingung i. S. des § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG eine Bestimmung, nach der die innere Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes zu einem unbestimmten Zeitpunkt beginnt, endet, oder für einen unbestimmten Zeitraum gilt; vorgestellt werden kann namentlich, dass die innere Wirksamkeit des Verwal-

¹¹⁸ Bzw. § 13 StrG BW; § 10 BerlStrG; § 14 StrWG NRW.

¹¹⁹ Bzw. § 16 StrG BW; § 11 BerlStrG; § 18 StrWG NRW; § 18 SächsStrG.

¹²⁰ Vom 24.11.2015 - 23.12.2015.

tungsaktes mit einem *ungewissen* zukünftigen Ereignis beginnt (sog. aufschiebende Bedingung) oder endet (sog. auflösende Bedingung) bzw. dass die innere Wirksamkeit des Verwaltungsaktes mit einem *ungewissen* zukünftigen Ereignis beginnt und endet (aufschiebende und auflösende Bedingung).

H (Beispiel 73 e) erhält die Sondernutzungserlaubnis unter der "Voraussetzung", dass nach Abschluss der Baumaßnahmen in den beiden Parallelstraßen der Fußgängerverkehr im betreffenden Bereich merklich abnimmt und im Wege einer Rücksprache mit den Inhabern der Ladenlokale keine durchschlagenden Bedenken geäußert werden.

Die Sondernutzungserlaubnis steht unter einer aufschiebenden Bedingung; vgl. § 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG.

Beispiel 73 h

H (Beispiel 73 e) erhält die Sondernutzungserlaubnis, vorausgesetzt, dass im betreffenden Bereich in absehbarer Zeit keine privaten Baumaßnahmen beantragt werden und zu genehmigen sind.

Die Sondernutzungserlaubnis steht unter einer auflösenden Bedingung; vgl. § 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG.

Beispiel 73 i

H (Beispiel 73 e) erhält die Sondernutzungserlaubnis unter den in Beispiel 73 h und 73 i angeführten Voraussetzungen.

Die Sondernutzungserlaubnis steht unter einer aufschiebenden wie auch auflösenden Bedingung; vgl. § 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG.

Beispiel 73 j

5.5.3.3. Widerrufsvorbehalt

Der Widerrufsvorbehalt i. S. des § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG wird gemeinhin als besonderer Fall der auflösenden Bedingung (behördlicher Widerrufswille) angesehen; indessen entfällt die innere Wirksamkeit hier nicht automatisch, sondern die Behörde muss widerrufen. Zulässig ist es nach der Rechtsprechung, im Verwaltungsakt Widerrufsgünde zu formulieren, desgl. aber auch einen "jederzeitigen Widerruf" vorzubehalten.

Widerrufsvorbehalt

H (Beispiel 73 e) erhält die Sondernutzungserlaubnis; indessen heißt es darin, die Behörde behalte sich vor, dieselbe jederzeit zu widerrufen.

Die Sondernutzungserlaubnis steht unter einem Widerrufsvorbehalt; vgl. § 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG.

Beispiel 73 k

5.5.3.4. Auflage

Auflagen

Auflagen i. S. des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG sind nur bei begünstigenden Verwaltungsakten möglich (arg: Wortlaut); Auflagen verpflichten den betroffenen Rechtsunterworfenen zu einem Tun, Dulden bzw. Unterlassen. Nach der Rechtsprechung ist die Auflage ein "eigener, akzessorischer Verwaltungsakt".

Beispiel 73 m

G (Beispiel 73 a) erhält die Baugenehmigung, verbunden mit der Auflage, auf der hinter dem Grundstück gelegenen, öffentlichen Verkehrsfläche einen Kinderspielplatz zu errichten.

Bei der von der Behörde sog. "Anordnung" handelt es sich um eine Auflage; vgl. § 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.

5.5.3.5. Auflagenvorbehalt

Auflagenvorbehalt

Der Auflagenvorbehalt i. S. des § 36 Abs. 2 Nr. 5 schließlich, der ebenfalls nur bei begünstigenden Verwaltungsakten möglich ist (arg: Wortlaut), bedeutet die Befugnis, einen Verwaltungsakt nachträglich mit Auflagen zu versehen. Die Funktion eines Auflagenvorbehalts liegt hauptsächlich darin, die einschränkenden Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG außer Kraft zu setzen (insbesondere kein Vertrauen); vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.6.

Beispiel 73 n

G (Beispiel 73 a) erhält die Baugenehmigung; darin heißt es jedoch, man behalte sich vor, die Baugenehmigung nachträglich mit Auflagen zu versehen.

Die Behörde hat der Baugenehmigung damit einen Auflagenvorbehalt beigelegt; vgl. § 1 Satz 1 SächsVwVfG i. V. mit § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG.

5.6 Zur Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten

Aufhebung von
Verwaltungsakten

Wie oben bereits aufgezeigt worden ist, entfalten auch *rechtswidrige* Verwaltungsakte zumeist Wirksamkeit (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 5.2.1). Vor allem das wirft unweigerlich die Frage nach der Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten auf. Bei näherem Hinsehen kann aber auch ein Bedürfnis bestehen, *rechtmäßige* Verwaltungsakte aufzuheben, sei es deshalb, weil sie zweckwidrig sind, sei es deshalb, weil die Sachlage sich nachträglich geändert hat. Es gilt sich also einmal klar zu machen, ob, unter welchen Voraussetzungen und von wem rechtmäßige bzw. rechtswidrige Verwaltungsakte aufgehoben werden können. Wie damit bereits angeklungen ist, muss dabei in mehrfacher Hinsicht differenziert werden: So ist vor allem zwischen den Voraussetzungen und den zeitlichen Grenzen einer Aufhebung zu unterscheiden.

5.6.1 Voraussetzungen einer Aufhebung

Voraussetzungen
einer Aufhebung

Die Voraussetzungen für eine Aufhebung hängen vor allem davon ab, ob der Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist.

5.5.1.1. Rechtmäßige Verwaltungsakte

Für rechtmäßige Verwaltungsakte ist der gleichsam "verfassungsrechtliche Ausgangspunkt" darin zu nehmen, dass hier nach Art. 20 Abs. 3, 1. Alt. GG das Bestandsinteresse überwiegt, so der Verwaltungsakt *grundsätzlich aufrechtzuerhalten* ist; eine Aufhebung bildet hier die Ausnahme.

Rechtmäßige Verwaltungsakte

Deutlich anzusehen ist diese Vorgabe bereits den Vorschriften über eine *behördliche Aufhebung*: So sieht § 49 VwVfG vor, dass rechtmäßige Verwaltungsakte im Grundsatz aufrechterhalten werden. Dabei dürfen *belastende* rechtmäßige Verwaltungsakte, soweit sie im Rahmen der gebundenen Verwaltung ergehen, überhaupt nicht aufgehoben werden; vgl. § 49 Abs. 1 VwVfG (etwas anderes gilt nur für belastende Ermessensverwaltungsakte). Ja und *begünstigende* rechtmäßige Verwaltungsakte dürfen zumindest nicht ohne das Vorliegen eines gesetzlichen Widerrufsgrundes aufgehoben werden. Die Widerrufsgründe werden dabei in einem abschließenden gesetzlichen Katalog aufgezählt (vgl. § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 - 5 VwVfG für eine Aufhebung von Verwaltungsakten jeglicher Art *ex nunc* und § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 - 2 VwVfG für eine Aufhebung von Verwaltungsakten, die eine Geld- bzw. teilbare Sachleistung gewähren, *ex tunc*). Bei alledem handelt es sich bei § 49 VwVfG um eine Ermessensvorschrift; d. h. eine Pflicht zur behördlichen Aufhebung besteht nur im Ausnahmefall, namentlich bei Ermessensreduzierung auf Null (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.3.3). Erleichtert wird eine Aufhebbarkeit rechtmäßiger Verwaltungsakte insoweit, wie gegen sie Widerspruch bzw. Anfechtungsklage erhoben wurde; vgl. dazu § 50 VwVfG. Nicht verwechselt werden darf die durch § 50 VwVfG erleichterte Aufhebung *während* eines Rechtsbehelfsverfahrens mit der Aufhebung *in* einem Rechtsbehelfsverfahren.

Behördliche Aufhebung

Denkbar ist eine *behördliche Aufhebung rechtmäßiger Verwaltungsakte des Weiteren auf einen Widerspruch hin*, d. h. im Rechtsbehelfsverfahren; maßgeblich hierfür sind die §§ 68 ff. VwGO. Die Aufhebung im Widerspruchsverfahren erfolgt nach § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO im Regelfall durch die nächsthöhere Behörde, d. h. durch die *Sachaufsichtsbehörde*. Vor diesem Hintergrund überrascht es gar nicht, dass auch rechtmäßige Verwaltungsakte aufgehoben werden können; denn die Fachaufsicht erstreckt sich bekanntermaßen ja auf die Gesetzmäßigkeit und die *Zweckmäßigkeit* (vgl. für die Bundesaufsicht Art. 85 Abs. 3 und Abs. 4 GG und im Einzelnen bereits Punkt 2.2.2.3). Dass im Widerspruchsverfahren eine Aufhebung zwar rechtmäßiger, aber zweckwidriger Verwaltungsakte erzwungen werden kann (vgl. § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO), ist damit nur eine ganz folgerichtige Regelung. Bei alledem spielt es keine Rolle, ob es um den Widerspruch des Adressaten gegen einen *belastenden* Verwaltungsakt oder um den Widerspruch eines Dritten gegen einen den Adressaten *begünstigenden*, ihn jedoch (dritt-)belastenden Verwaltungsakt geht. Nachdem die Aufhebung eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes im Widerspruchsverfahren nicht nach § 49 VwVfG, sondern nach den §§ 72, 73 VwGO erfolgt, gelten die Einschränkungen des § 49 Abs. 2 - 3 VwVfG hier nicht.

Behördliche Aufhebung auf einen Widerspruch hin

Gerichtliche Aufhebung auf eine Klage hin	Eine <i>gerichtliche Aufhebung</i> eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes auf eine Klage hin ist dagegen nicht möglich. Das rührt davon her, dass Gerichte in Übereinstimmung mit Art. 19 Abs. 4 GG nur zu einer Rechtskontrolle berufen sind, und nicht zu einer Zweckmäßigkeitskontrolle; vgl. dazu den unzweideutigen Wortlaut der §§ 42 Abs. 2; 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.
	5.5.1.2. Rechtswidrige Verwaltungsakte
Rechtswidrige Verwaltungsakte	Für rechtswidrige Verwaltungsakte gilt mit Blick auf Art. 20 Abs. 3, 1. Alt. GG, dass nicht das Bestands-, sondern das Aufhebungsinteresse überwiegt; dementsprechend ist der <i>Grundsatz</i> hier die <i>Aufhebung</i> des Verwaltungsaktes, seine Aufrechterhaltung hingegen die Ausnahme.
Behördliche Aufhebung	Niedergeschlagen hat sich dies in der Struktur des § 48 VwVfG. Hiernach dürfen <i>belastende</i> rechtswidrige Verwaltungsakte nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ohne jede Einschränkung aufgehoben werden. Ganz ähnliches gilt auch für <i>begünstigende</i> rechtswidrige Verwaltungsakte; freilich werden hier wenige Ausnahmen gemacht, und zwar wegen eines möglicherweise entstandenen, schutzwürdigen Vertrauens des betroffenen Rechtsunterworfenen: So dürfen Verwaltungsakte, die eine Geldleistung bzw. eine teilbare Sachleistung gewähren, nach Abs. 2 im Falle schutzwürdigen Vertrauens gar nicht aufgehoben werden (sog. "Bestandsschutz"). Die übrigen begünstigenden Verwaltungsakte – also vor allem Genehmigungen, Erlaubnisse bzw. Konzessionen – dürfen nach Abs. 3 zwar trotz eines schutzwürdigen Vertrauens aufgehoben werden; jedoch ist den betroffenen Rechtsunterworfenen hier Entschädigung zu gewähren. Sofern gegen Verwaltungsakte entweder Widerspruch oder Anfechtungsklage erhoben ist, gelten diese Einschränkungen nicht; vgl. § 50 VwVfG. Auch § 48 VwVfG ist eine Ermessensvorschrift; eine Pflicht zur behördlichen Aufhebung besteht folglich nicht, außer bei Ermessensreduzierung auf Null (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.3.3).
Behördliche Aufhebung auf einen Widerspruch hin	Desgleichen vorgesehen ist die <i>behördliche Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte auf einen Widerspruch hin</i> ; vgl. §§ 68 ff. VwGO. Das gilt sowohl für <i>belastende</i> als auch für <i>begünstigende</i> , (dritt-)belastende Verwaltungsakte. Da die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes im Widerspruchsverfahren nach den §§ 72, 73 VwGO erfolgt, gelten die Einschränkungen des § 48 Abs. 2 - 3 VwVfG hier von vornherein nicht.
Gerichtliche Aufhebung auf eine Klage hin	Nach Art. 19 Abs. 4 GG möglich <i>sein muss</i> und nach dem geltenden Verwaltungsprozessrecht möglich <i>ist</i> darüber hinaus eine <i>gerichtliche Aufhebung</i> rechtswidriger Verwaltungsakte auf eine Klage hin; vgl. dazu abermals den Wortlaut der §§ 42 Abs. 2; 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Einschränkungen, die nach § 48 Abs. 2 - 3 VwVfG an eine "behördliche" Aufhebung gestellt werden, gelten für eine gerichtliche Aufhebung selbstverständlich nicht.

5.6.2 Zeitliche Grenzen einer Aufhebung

Ob und falls ja, welche zeitliche Grenze für die Aufhebung von Verwaltungsakten gilt, hängt von den Einzelheiten ab.

Zeitliche Grenze einer Aufhebung

5.6.2.1. Rechtmäßige Verwaltungsakte

Was zunächst rechtmäßige Verwaltungsakte anbetrifft, so ist wie folgt zu differenzieren:

Rechtmäßige Verwaltungsakte

Wie lange rechtmäßige Verwaltungsakte behördlich aufgehoben werden dürfen, richtet sich danach, ob sie belastend oder begünstigend sind: So dürfen *belastende* rechtmäßige Verwaltungsakte mangels irgendeiner Einschränkung unbefristet aufgehoben werden; für *begünstigende* rechtmäßige Verwaltungsakte gilt dagegen eine – zulasten der Behörde laufende – Frist von einem Jahr; vgl. dazu im Einzelnen § 49 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 VwVfG, beide jeweils i. V. mit § 48 Abs. 4 VwVfG.

Behördliche Aufhebung

Etwas anders liegen die Dinge bei behördlicher Aufhebung von Verwaltungsakten auf einen Widerspruch hin, unabhängig davon, ob sie belastend oder begünstigend sind. Hier muss eine Aufhebung nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO binnen einer – diesmal freilich zulasten des Widerspruchsführers laufenden – Monatsfrist begehrt werden. Nach überwiegender Auffassung *kann* die (Widerspruchs-)Behörde sich auf den Ablauf der Widerspruchsfrist berufen, sie muss es indessen nicht; in aller Regel *wird* die (Widerspruchs-)Behörde dies nachvollziehbarerweise aber tun. Von diesem Grundsatz des Laufs einer Monatsfrist werden nur wenige Ausnahmen gemacht; anzuführen sind hier vor allem die folgenden beiden: Zum Ersten hat das Unterbleiben bzw. die Unrichtigkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung nach § 58 Abs. 1 VwGO zur Folge, dass die Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginnt; vielmehr ist die Erhebung eines Widerspruchs hier nach § 58 Abs. 2 VwGO binnen einen Jahres möglich. Zum Zweiten ist, so der Widerspruchsführer ohne Verschulden daran gehindert war, die Widerspruchsfrist einzuhalten, nach § 70 Abs. 2 i. V. mit § 60 VwGO eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich.

Behördliche Aufhebung auf einen Widerspruch hin

Eine gerichtliche Aufhebung rechtmäßiger Verwaltungsakte ist bekanntermaßen nicht möglich (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 5.5.1.1); die Frage nach der zeitlichen Grenze der Aufhebbarkeit stellt sich damit nicht.

Gerichtliche Aufhebung auf eine Klage hin

5.6.2.2. Rechtswidrige Verwaltungsakte

Für rechtswidrige Verwaltungsakte differenzieren das VwVfG und die VwGO ganz entsprechend.

Rechtswidrige Verwaltungsakte

Belastende rechtswidrige Verwaltungsakte dürfen unbefristet behördlich aufgehoben werden, *begünstigende* rechtswidrige Verwaltungsakte demgegenüber nur innerhalb einer – zulasten der Behörde laufenden – Frist von einem Jahr; vgl. dazu § 48 Abs. 4 VwVfG.

Behördliche Aufhebung

Behördliche Aufhebung auf einen Widerspruch hin	Eine behördliche Aufhebung von belastenden sowie begünstigenden rechtswidrigen Verwaltungsakten auf einen Widerspruch hin muss innerhalb einer zulassen des Widerspruchsführers laufenden Monatsfrist begehrt werden; vgl. § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die (Widerspruchs-)Behörde <i>kann</i> , muss sich aber nicht auf den Ablauf der Widerspruchsfrist berufen (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 5.6.2.1). Die Ausnahmen der § 58 und § 60 VwGO gelten auch hier.
Gerichtliche Aufhebung	Das Gleiche gilt für eine gerichtliche Aufhebung von rechtswidrigen belastenden und begünstigenden Verwaltungsakten; auch eine solche muss innerhalb eines Monats begehrt werden, vgl. § 74 Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 VwGO. ¹²¹ Auch diese einmonatige Klagefrist beginnt nur zu laufen, sofern der Widerspruchs- bzw. Ausgangsbescheid eine richtige Rechtsbehelfsbelehrung enthält; anderenfalls ist die Erhebung einer Klage innerhalb eines Jahres zulässig; vgl. § 58 Abs. 1 und 2 VwGO. Und auch hier ist ggf. eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich; vgl. § 60 VwGO.

5.7 Zur Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten

Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten als maßgebliche Frage	Von besonderer Bedeutung, sowohl für die Klausur als auch für die Praxis, ist nun freilich, unter welchen Voraussetzungen Verwaltungsakte rechtswidrig sind; denn dies ist nicht selten die entscheidende Frage, sei es für die Anwendung von Vorschriften (§ 48 oder § 49 VwVfG), sei es für die Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) etc.
Prüfschema	Rechtmäßig sind Verwaltungsakte dann, wenn sie <i>zur Gänze fehlerfrei</i> sind; die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten wird von der Rechtsprechung und der h. M. im Schrifttum nach folgendem "Prüfschema" untersucht (das sich deswegen auch für die Klausur empfiehlt).

- I. Rechtsgrundlage
 1. Erforderlich?
 2. Vorhanden?
 3. Verfassungsmäßig
- II. Formelle Rechtmäßigkeit
 1. Zuständigkeit
 2. Verfahren
 3. Form

¹²¹ Ein Widerspruchsbescheid ist zwar in der Regel, jedoch nicht immer erforderlich; vgl. § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Letzterenfalls beginnt die Klagefrist nach § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO bereits mit Bekanntgabe des Ausgangsbescheides zu laufen.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestand
2. Rechtsfolge

Dabei prägen zwei Überlegungen die Reihenfolge der Prüfschritte: Zum Ersten werden aus *Effizienz*gründen die in der Regel einfacher zu beantwortenden Fragen vor den in der Regel schwieriger zu beantwortenden Fragen aufgeworfen; so wird z. B. zuvörderst untersucht, ob die Behörde überhaupt zuständig war, ehe eine u. U. komplizierte Auslegung des Tatbestandes der Rechtsgrundlage erfolgt. Zum Zweiten wird freilich auch eine gewisse *logische* Abfolge der Gedankengänge sichergestellt; dementsprechend macht es beispielsweise Sinn, zunächst zu untersuchen, ob der Tatbestand einer Rechtsgrundlage erfüllt ist, bevor Ermessenserwägungen zur richtigen Rechtsfolge angestellt werden. Zur weiteren Erläuterung soll nun auf die eine und andere dieser Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen noch etwas näher eingegangen werden:

5.7.1 Rechtsgrundlage

Wie unter Rückbesinnung auf die obigen Ausführungen zum Vorbehalt des Gesetzes (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.1.1.2) klar wird, bedarf es für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes u. U. eines *ermächtigenden Gesetzes*; das gilt jedenfalls für die Eingriffsverwaltung, ggf. aber auch für die Leistungsverwaltung. Die Rede ist in Rechtsprechung und Schrifttum insofern von "Befugnisnorm", "(gesetzlicher) Ermächtigung", "Ermächtigungsnorm", "Ermächtigungsgrundlage" oder eben – wie hier – von "Rechtsgrundlage" (gemeint ist immer dasselbe). Die Prüfung des Punktes Rechtsgrundlage zerfällt bei näherem Hinsehen nochmals in 3 Gedankenschritte:

Rechtsgrundlage

5.6.1.1 Rechtsgrundlage erforderlich?

Fragen lässt sich zunächst danach, ob eine Rechtsgrundlage überhaupt *erforderlich* ist. Unstreitig bejaht wird dies für die Eingriffsverwaltung (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.1.1.2). Jenseits der Eingriffsverwaltung hängt dies nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von der Wesentlichkeit des Regelungsgegenstandes ab (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.1.1.2).

Rechtsgrundlage
erforderlich?

5.6.1.2 Rechtsgrundlage vorhanden?

Bedarf es einer Rechtsgrundlage, gilt es weiter zu untersuchen, ob eine solche auch *vorhanden* ist. Dabei kann es freilich vorkommen, dass es an der erforderlichen Rechtsgrundlage fehlt. Häufiger werden die Dinge indessen umgekehrt so liegen, dass nicht auf den ersten Blick klar ist, welche von mehreren in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen die einschlägige ist.

Rechtsgrundlage
vorhanden?

Der Lebenskünstler Hildewin Hippie (H) ist durch eine Erbschaft Eigentümer eines Grundstücks in Baden-Württemberg geworden. Dieses grenzt unmittelbar

Beispiel 74

an die Landesstraße L 1 zwischen den Gemeinden Örtlingen (Ö) und Törtlingen (T) an. H stellt sein Wohnmobil, in dem er seit Jahren lebt, dauerhaft direkt vor dem Grundstück auf dem Seitenstreifen von L 1 ab.

§ 2 LBO BW¹²²

(1) ¹Bauliche Anlagen sind unmittelbar mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. ²Eine Verbindung mit dem Erdboden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden. ...

§ 65 LBO BW¹²³

¹Der teilweise oder vollständige Abbruch einer Anlage, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde, kann angeordnet werden, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. ...

§ 2 StrG BW¹²⁴

(1) Öffentliche Straßen im Sinne dieses Gesetzes sind Straßen, Wege und Plätze, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind.

(2) Zu den öffentlichen Straßen gehören:

1. der Straßenkörper; das sind insbesondere

a) der Straßenuntergrund, der Straßenunterbau, die Straßendecke, Dämme, Gräben, Entwässerungsanlagen, Böschungen, Stützmauern, Durchlässe, Lärmschutzanlagen, Brücken und Tunnel;

b) die Fahrbahnen, Haltestellenbuchten, Gehwege, Radwege, Parkplätze, Trenn-, Seiten-, Rand- und Sicherheitsstreifen sowie Materialbuchten;

§ 13 StrG BW¹²⁵

(1) Der Gebrauch der öffentlichen Straßen ist jedermann im Rahmen der Widmung und der Straßenverkehrsvorschriften innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen gestattet (Gemeingebrauch).

§ 16 StrG BW¹²⁶

(1) ¹Die Benutzung einer Straße über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf der Erlaubnis.

...

¹²² Bzw. § 2 BauO Bln; § 2 BauO NRW; § 2 SächsBO (in Anlehnung an § 2 MBO).

¹²³ Bzw. § 79 BauO Bln, § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW, § 80 SächsBO (in Anlehnung an § 80 MBO).

¹²⁴ Bzw. § 2 BerlStrG, § 2 StrWG NRW, § 2 SächsStrG.

¹²⁵ Bzw. § 10 BerlStrG, § 14 StrWG NRW, § 14 SächsStrG.

¹²⁶ Bzw. § 11 BerlStrG, § 18 StrWG NRW, § 18 SächsStrG.

(8) ¹Wird eine Straße ohne die erforderliche Erlaubnis benutzt oder kommt der Erlaubnisnehmer seinen Verpflichtungen nicht nach, so kann die für die Erteilung der Erlaubnis zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung oder zur Erfüllung der Verpflichtungen anordnen.

²Sind solche Anordnungen nicht oder nur unter unverhältnismäßigem Aufwand möglich oder nicht erfolversprechend, so kann sie den rechtswidrigen Zustand auf Kosten des Pflichtigen beseitigen oder beseitigen lassen.¹²⁷

§ 22 StrG BW¹²⁸

(1) ¹Außerhalb der zur Erschließung der anliegenden Grundstücke bestimmten Teile der Ortsdurchfahrten dürfen

1. Hochbauten jeder Art

- a) längs der Landesstraßen in einer Entfernung bis zu 20 Meter,
 - b) längs der Kreisstraßen in einer Entfernung bis zu 15 Meter,
- jeweils gemessen vom äußeren Rand der befestigten, für den Kraftfahrzeugverkehr bestimmten Fahrbahn,

...

nicht errichtet werden. ...

Anlage 3 zu § 42 Abs. 2 StVO, Abschnitt 1, Vorrangzeichen Zeichen 306 (🚦): Wer ein Fahrzeug führt, darf außerhalb geschlossener Ortschaften auf Fahrbahnen von Vorfahrtstraßen nicht parken. Das Zeichen zeigt an, dass Vorfahrt besteht bis zum nächsten Zeichen 205 „Vorfahrt zu gewähren“, 206 „Halt. Vorfahrt gewähren.“ oder 307 „Ende der Vorfahrtsstraße“.

§ 3 PolG BW¹²⁹

Die Polizei hat innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtmäßigem Ermessen erforderlich erscheinen.

Soll dem H aufgegeben werden, sein Wohnmobil vom Seitenstreifen zu entfernen, kommen drei unterschiedliche Rechtsgrundlagen (und damit im Übrigen auch dreierlei behördliche Zuständigkeiten) in Betracht, namentlich erstens § 65 LBO BW (denn ein Wohnmobil ist u. U., namentlich bei dauerhaftem Abstellen, als bauliche Anlage zu qualifizieren, vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 LBO BW; damit würde gegen das Bebauungsverbot des § 22 StrG BW verstoßen), zweitens § 16 Abs. 8 StrG BW (denn das dauerhafte Abstellen des Wohnmobils ist zumindest eine erlaubnispflichtige Sondernutzung; vgl. § 16 Abs. 1 StrG BW) und drittens § 3 PolG NRW (denn das dauerhafte Abstellen des Wohnmobils verstößt ggf. gegen die StVO, womit eine Störung der öffentlichen Sicherheit vorliegt).

¹²⁷ Bzw. § 14 BerlStrG, § 22 StrWG NRW, § 20 SächsStrG.

¹²⁸ Bzw. § 25 StrWG NRW, § 24 SächsStrG.

¹²⁹ Bzw. § 17 Abs. 1 ASOG Berlin, § 8 PolG NRW, § 3 Abs. 1 SächsPolG.

5.6.1.3 Rechtsgrundlage verfassungsmäßig

Rechtsgrundlage
verfassungsgemäß?

Ist eine Rechtsgrundlage als einschlägige ausgemacht, muss diese auch *verfassungsmäßig* sein. Aus der Perspektive der rechtsanwendenden Behörden betrachtet mag dieser Prüfschritt nicht so recht einleuchten, sind sie in Ansehung des Art. 20 Abs. 3, 2. Alt. GG doch ohnehin darauf verwiesen, die einschlägige Rechtsgrundlage zur Anwendung zu bringen; ob sie diese für verfassungswidrig erachten oder nicht, ist dabei gar nicht so sehr von Bedeutung (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.1.2.1). Aus der Perspektive der die Gesetzesanwendung der Behörden überprüfenden Verwaltungsgerichte wird die Relevanz der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage indessen schnell offenbar: Bekanntermaßen sind die Verwaltungsgerichte befugt, verfassungswidrige formelle Gesetz dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen und verfassungswidrige materielle Gesetze *inter partes* zu verwerfen (vgl. dazu im Einzelnen bereits Fußn. 48). Vgl. zu den Einzelheiten der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen den Studienbrief zum Verfassungsrecht.

5.7.2 Formelle Rechtmäßigkeit

Formelle Rechtmäßigkeit

Unter dem Prüfungspunkt formelle Rechtmäßigkeit wird untersucht, ob die zuständige Behörde gehandelt hat und ob die einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten worden sind.

5.6.2.1 Zuständigkeit

Zuständigkeit, sachliche und örtliche

Die Behörde muss für den Erlass des Verwaltungsakts zuständig gewesen sein; zu unterscheiden ist zwischen *sachlicher* und *örtlicher* Zuständigkeit.¹³⁰ Die *sachliche Zuständigkeit* ist durchweg im Besonderen Verwaltungsrecht, im Fachrecht geregelt; für das in der Regel durch die Länder ausgeführte Bundesrecht (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.2.2.1) ergehen in den Ländern "Zuständigkeitsverordnungen", für das Landesrecht finden sich die Zuständigkeits-Vorschriften im einschlägigen Fachgesetz. Dagegen ist die *örtliche Zuständigkeit* nur teilweise im Fachrecht geregelt; im Übrigen ist auf die allgemeine Vorschrift des § 3 VwVfG bzw. auf die LVwVfGe zurückzugreifen.

Normenbeispiel
sachliche Zuständigkeit

§ 57 SächsBO¹³¹

(1) ¹Bauaufsichtsbehörden sind

1. die Landkreise und Kreisfreien Städte als untere Bauaufsichtsbehörden,

¹³⁰ Gelegentlich wird hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit nochmals unterschieden, und zwar zwischen sachlicher Zuständigkeit im eigentlichen Sinne (Bauaufsichtsbehörden oder sonstige Fachbehörden?) und *instanzieller* Zuständigkeit (obere, mittlere oder untere Bauaufsichtsbehörde?). In Anbetracht des Umstandes, dass in aller Regel die unteren Bauaufsichtsbehörden zuständig sind, genügt es m. E., zwischen sachlicher und örtlicher Zuständigkeit zu differenzieren und unter ersterer kurz auf die instanzielle Zuständigkeit einzugehen (ein anderer Prüfaufbau ist aber freilich vertretbar).

¹³¹ Bzw. § 46 LBO BW, § 58 BauO Bln, § 60 Abs. 1 BauO NRW (in Anlehnung an § 57 MBO).

2. die Landesdirektion Sachsen als obere Bauaufsichtsbehörde und 3. das Staatsministerium des Innern als oberste Bauaufsichtsbehörde. ²Für den Vollzug dieses Gesetzes sowie anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften für die Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung und Beseitigung sowie die Nutzung und die Instandhaltung von Anlagen ist die untere Bauaufsichtsbehörde zuständig, soweit nichts anderes bestimmt ist. § 3 OBG NRW (1) Die Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörden nehmen die Gemeinden, die Aufgaben der Kreisordnungsbehörden die Kreise und kreisfreien Städte als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung (§ 9) wahr; dies gilt auch für die ihnen als Sonderordnungsbehörden übertragenen Aufgaben. (2) Landesordnungsbehörden sind die Bezirksregierungen. § 5 OBG NRW (1) Für die Aufgaben der Gefahrenabwehr sind die örtlichen Ordnungsbehörden zuständig. Werden den Ordnungsbehörden der Großen und Mittleren kreisangehörigen Städte Aufgaben durch besondere gesetzliche Vorschrift zugewiesen, nehmen sie diese als örtliche Ordnungsbehörden wahr. (2) Die Zuständigkeit der Landes- und Kreisordnungsbehörden bestimmt sich nach den hierüber erlassenen gesetzlichen Vorschriften. (3) Für den Erlass von ordnungsbehördlichen Verordnungen gelten die §§ 26 und 27.	
--	--

§ 4 OBG NRW (1) Örtlich zuständig ist die Ordnungsbehörde, in deren Bezirk die zu schützenden Interessen verletzt oder gefährdet werden. ... (im Übrigen: § 3 VwVfG bzw. entsprechende Vorschriften in den LVwVfGen)	Normenbeispiel örtliche Zuständigkeit
--	--

5.6.2.2 Verfahren

Verfahrensanforderungen gelten insbesondere für belastende Verwaltungsakte; diese Verfahrensanforderungen sind ebenfalls entweder im Allgemeinen oder im Besonderen Verwaltungsrecht geregelt.

Verfahren

Die wichtigste, da für belastende Verwaltungsakte zumeist zu beachtende Verfahrensanforderung folgt aus § 28 Abs. 1 VwVfG; hiernach ist den Beteiligten vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen zu äußern. Zur Kenntnis zu nehmen gilt es hierbei, dass eine Anhörung nach § 28 Abs. 2, Abs. 3 VwVfG entbehrlich sein kann. Ist eine Anhörung nicht entbehrlich, kann ihr Fehlen darüber hinaus nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt

Allgemeine Verfahrensanforderungen, insbesondere Anhörung

werden; diesenfalls gilt der in einer fehlenden Anhörung liegende Verfahrensfehler als geheilt. U. U. ist aber auch offensichtlich, dass dieser Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat; solchenfalls ist er nach § 46 VwVfG von vornherein unbeachtlich.

Sonstige, einschließlich besonderer Verfahrensanforderungen

Zu beachten gilt es zudem selbstverständlich sämtliche einschlägigen Verfahrensanforderungen, einschließlich derjenigen, die aus dem Besonderen Verwaltungsrecht, aus dem Fachrecht folgen. Möglich ist dabei, dass die besonderen die allgemeinen Verfahrensanforderungen *ergänzen*, desgleichen aber, dass sie diese *verdrängen*; entscheidend hierfür ist letztlich der Regelungsinhalt der betreffenden, besonderen Verfahrensvorschrift.

Normenbeispiele, besondere Verfahrensvorschriften

§ 35 Abs. 4 GewO kommt ein ggü. § 28 Abs. 1 VwVfG ergänzender Inhalt zu.

§ 35 GewO

(1) ¹Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. ...

...

(4) ¹Vor der Untersagung sollen, soweit besondere staatliche Aufsichtsbehörden bestehen, die Aufsichtsbehörden, ferner die zuständige Industrie- und Handelskammer oder Handwerkskammer und, soweit es sich um eine Genossenschaft handelt, auch der Prüfungsverband gehört werden, dem die Genossenschaft angehört. ²Ihnen sind die gegen den Gewerbetreibenden erhobenen Vorwürfe mitzuteilen und die zur Abgabe der Stellungnahme erforderlichen Unterlagen zu übersenden. ³Die Anhörung der vorgenannten Stellen kann unterbleiben, wenn Gefahr im Verzuge ist; in diesem Falle sind diese Stellen zu unterrichten.

...

Durch § 24 Abs. 3 HwO wird § 28 Abs. 1 VwVfG verdrängt, wenngleich dort letztlich nahezu dasselbe vorgeschrieben wird.

§ 24 HwO

(1) Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann für eine bestimmte Ausbildungsstätte das Einstellen und Ausbilden untersagen, wenn die Voraussetzungen nach § 21 nicht oder nicht mehr vorliegen.

(2) Die nach Landesrecht zuständige Behörde hat das Einstellen und Ausbilden zu untersagen, wenn die persönliche oder fachliche Eignung nicht oder nicht mehr vorliegt.

(3) Vor der Untersagung sind die Beteiligten und die Handwerkskammer zu hören. ...

5.6.2.3 Form

Schließlich werden Verwaltungsakte durch das Allgemeine und Besondere Verwaltungsrecht auch Formanforderungen unterworfen.

Form

Eine wichtige allgemeine Formvorschrift stellt § 39 Abs. 1 VwVfG dar; hier-nach müssen schriftlich erlassene Verwaltungsakte schriftlich begründet werden – während, ob ein Verwaltungsakt schriftlich, mündlich oder auf sonstige Weise ergehen soll, den Behörden gerade freigestellt ist; vgl. § 37 Abs. 2 VwVfG. Nach § 39 Abs. 2 VwVfG ist eine Begründung ggf. entbehrlich. Ist dem nicht so, gilt es immer § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG zu beachten, demzufolge eine Begründung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann; und u. U. ist das Fehlen der Begründung auch nach § 46 VwVfG unbeachtlich.

Schriftform,
§ 39 Abs. 1 VwVfG

Freilich ist aber nicht nur § 39 Abs. 1 VwVfG, sondern sind alle einschlägigen Formvorschriften zu beachten, einschließlich der im Besonderen Verwaltungsrecht, im Fachrecht verorteten; hierdurch werden die allgemeinen Formvorschriften entweder *ergänzt* oder auch *verdrängt*.

Sonstige, einschließ-
lich besonderer
Formanforderungen

§ 71 Abs. 2, 2. Hs ist eine besondere, die allgemeine Regelung des § 39 Abs. 1 VwVfG *verdrängende* Regelung.

Normenbeispiel,
besondere Formvor-
schriften

§ 71 BauO Bln¹³²

(1) Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind.

(2) Die Baugenehmigung bedarf der Schriftform; sie ist nur insoweit zu begründen als Abweichungen oder Befreiungen von nachbarschützenden Vorschriften zugelassen werden und die Nachbarin oder der Nachbar nicht schriftlich zugestimmt hat.

...

5.7.3 Materielle Rechtmäßigkeit

Als materielle Rechtmäßigkeit bezeichnet man den Umstand, dass die Behörde den Verwaltungsakt unter Beachtung der einschlägigen Rechtsgrundlage erlassen hat. Es empfiehlt sich, die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit in die Prüfschritte "Tatbestand" und "Rechtsfolge" zu zergliedern.

Materielle Rechtmä-
ßigkeit

5.6.3.1 Tatbestand

Unter dem Prüfschritt "Tatbestand" gilt es zu untersuchen, ob die tatbestandlich beschriebene Situation tatsächlich vorliegt (vgl. dazu bereits Punkt 3.1.1.1);

Tatbestand

¹³² Vgl. § 58 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 LBO BW, § 75 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW, § 72 Abs. 2 SächsBO (in Anlehnung an § 72 MBO).

hierzu müssen sämtliche Tatbestandsmerkmale abgeprüft werden (denn im Regelfall handelt es sich um kumulative Tatbestandsmerkmale, und nur im Einzelfall um alternative Tatbestandsmerkmale). Eine wichtige Arbeitstechnik, die bei der Tatbestands-Prüfung zur Anwendung kommt, ist die "Auslegung" (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.2). Dass das Erfülltsein des Tatbestands einer Rechtsgrundlage Voraussetzung für ein behördliches Tätigwerden ist, gilt für Rechtsgrundlagen, deren Rechtsfolge zwingend ist, desgleichen aber auch für Rechtsgrundlagen, die Ermessen einräumen. Besondere Probleme treten im Zusammenhang mit der Tatbestands-Prüfung insoweit auf, wie dort "unbestimmte Rechtsbegriffe" verwandt werden (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 3.2.3.2).

Beispiel 75

Der beim Gewerbeamt tätige Usmar Unterbind (U) möchte der Unternehmerin Inken Innovativ (I) "den Spaß am Geldverdienen verderben" und eine Gewerbeuntersagungsverfügung nach § 35 Abs. 1 GewO erlassen.

§ 35 GewO

(1) ¹Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. ...

Entscheidend ist, dass I Gewerbetreibende und dass sie unzuverlässig ist, des Weiteren, dass die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Besonders problematisch daran erscheint, dass es sich bei "Unzuverlässigkeit" um einen "unbestimmten Rechtsbegriff" handelt.

Beispiel 76

Als die beiden Polizeibeamtinnen Volkhilde Vormach (V) und Nelda Nacheifer (N) auf einem Berliner Weihnachtsmarkt erneut Rutlieb Ruprecht (R) antreffen, der als Weihnachtsmann verkleidet fortwährend Kindern dadurch Angst einflößt, dass er ihnen für den Weihnachtsabend die schmerzhafteste Prügel androht, erwägen sie, ihm einen Platzverweis zu erteilen.

§ 29 ASOG Berlin¹³³

¹Die Ordnungsbehörden und die Polizei können zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten. ²Die Platzverweisung kann ferner gegen eine

¹³³ Bzw. § 28 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PolG BW, § 35 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW, § 22 Abs. 1 Nr. 2 lit. a SächsPolG.

Person angeordnet werden, die den Einsatz der Polizei, der Feuerwehr oder von Hilfs- oder Rettungsdiensten behindert.

Entscheidend ist, dass das Verhalten des R eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.

5.6.3.2. Rechtsfolge

Sind alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, darf gleichwohl nur eine durch die Rechtsgrundlage vorgesehene Rechtsfolge gesetzt werden (vgl. dazu bereits Punkt 3.1.1.1). Die richtige Rechtsfolge zu ermitteln, kann für die Behörde in zweierlei Hinsicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sein: Erstens können sich auch auf Rechtsfolgenseite unbestimmte Rechtsbegriffe finden – wenngleich freilich seltener als auf Tatbestandsseite –; man denke nur einmal an Formulierungen wie etwa "hinreichende Maßnahmen" o. ä. Zweitens kann es sein, dass die einschlägige Rechtsgrundlage Ermessen einräumt (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.3.3).

Rechtsfolge

Handelt es sich um eine zwingende Rechtsgrundlage, so *muss* die vorgesehene Rechtsfolge gesetzt werden; ein unter Rekurs auf eine zwingende Rechtsgrundlage erlassener Verwaltungsakt ist also nur dann rechtmäßig, wenn er sich als diese Rechtsfolge darstellt (und nicht als ein "Weniger", "Mehr" oder "Anderes", vgl. dazu bereits Punkt 3.1.1.1).

Zwingende Rechts-
grundlage

Wie Beispiel 75.

§ 35 GewO

(1) ¹Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. ...

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO vor, so muss der Gewerbebetrieb – zumindest teilweise – untersagt werden (Untersagungsverfügung).

Beispiel 77

Handelt es sich hingegen um eine Ermessens-Rechtsgrundlage, so *kann* die vorgesehene Rechtsfolge gesetzt werden; es wird ein sog. Ermessensspielraum eröffnet (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.3.3). Der Verwaltungsakt ist also nur dann rechtmäßig, wenn er innerhalb des Ermessensspielraums liegt (= alle Verwaltungsakte, die ermessensfehlerfrei sind, in Bezug auf die sich also kein Ermessensnichtgebrauch / -fehlgebrauch und auch keine Ermessensüber-

Ermessens-
Rechtsgrundlage

schreitung feststellen lässt, und zwar weder was das Entschließungs- noch was das Auswahlmessen angeht; vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.3.3).

Beispiel 78

Wie Beispiel 76.

§ 29 ASOG Berlin¹³⁴

¹Die Ordnungsbehörden und die Polizei können zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten. ²Die Platzverweisung kann ferner gegen eine Person angeordnet werden, die den Einsatz der Polizei, der Feuerwehr oder von Hilfs- oder Rettungsdiensten behindert.

Die Entscheidung der V und der N muss Ausdruck einer fehlerfreien Ausübung des Entschließungs- und des Auswahlmessens sein.

Soll-
Rechtsgrundlage

Für Soll-Rechtsgrundlagen schließlich gilt, dass die Rechtsfolge regelmäßig, d. h. in den allermeisten Sachverhalten zu setzen ist; etwas anderes gilt nur im Falle des Vorliegens von atypischen Sachverhalten (sog. "intendiertes Ermessen", vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 3.2.3.3).

Beispiel 79

Der Deutsche Deutbald Deutschmann (D) sagt der Russin Ruslana Russ (R), um ihr die Flucht aus ärmlichen Verhältnissen zu ermöglichen, zu, sie "für 1 Jahr zu heiraten", um sie dergestalt in den Genuss der deutschen Staatsangehörigkeit zu bringen.

§ 9 StAG

(1) Ehegatten oder Lebenspartner Deutscher sollen unter den Voraussetzungen des § 8 eingebürgert werden, wenn

1. sie ihre bisherige Staatsangehörigkeit verlieren oder aufgeben oder ein Grund für die Hinnahme von Mehrstaatigkeit nach Maßgabe von § 12 vorliegt und
2. gewährleistet ist, daß sie sich in die deutschen Lebensverhältnisse einordnen, es sei denn, daß sie nicht über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und Abs. 4) und keinen Ausnahmegrund nach § 10 Abs. 6 erfüllen.

Der typische Fall einer "Ehe" liegt hier nicht vor, da D mit R eine Scheinehe eingegangen ist.



S. Detterbeck, Öffentliches Recht, § 24, S. 310 - 349.



H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, S. 200 - 248, § 10, § 11 und § 12.

¹³⁴ Bzw. § 28 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PolG BW, § 35 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW, § 22 Abs. 1 Nr. 2 lit. a SächsPolG.

6. Das Verwaltungsverfahren

6.1 Begriff

Der Begriff "Verwaltungsverfahren" wird er zumeist i. S. des VwVfG verwandt; vgl. hierzu § 9 VwVfG. Gemeint ist mit "Verwaltungsverfahren" dann die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet sind, einschließlich des Erlasses des Verwaltungsaktes bzw. des Abschlusses des öffentlich-rechtlichen Vertrages. D. h. *nicht* gemeint sind in aller Regel Tätigkeiten mit Außenwirkung, die auf etwas anderes als den Erlass eines Verwaltungsaktes bzw. Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sind, und *nicht* gemeint sind in aller Regel auch behördeninterne Tätigkeiten (es sei denn freilich, der Begriff "Verwaltungsverfahren" wird gar nicht im technischen Sinne, sondern einfach nur synonym für "Verwaltungstätigkeit" gebraucht).

Reguläres Verwaltungsverfahren

Neben dem "Verwaltungsverfahren" i. S. § 9 VwVfG gibt es freilich spezialgesetzlich geregelte, "sonstige Verwaltungsverfahren", die nicht auf den Erlass eines Verwaltungsaktes bzw. den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, sondern auf "andere Maßnahmen" (Rechtsverordnung, Wahl etc.) gerichtet sind.

Sonstige Verwaltungsverfahren

6.2 Die im VwVfG geregelten Verwaltungsverfahren

Geregelt sind im VwVfG bzw. in den LVwVfGen vor allem drei Arten von Verwaltungsverfahren:

VwVfG-Verwaltungsverfahren

6.2.1 Das allgemeine Verwaltungsverfahren

Das allgemeine, in §§ 9 ff. VwVfG geregelte, sog. "allgemeine Verwaltungsverfahren" findet immer dann statt, wenn keine spezielle Verfahrensart vorgeschrieben ist. Gekennzeichnet ist das allgemeine Verwaltungsverfahren dadurch, dass es vergleichsweise wenig reglementiert ist.

Allgemeines Verwaltungsverfahren

6.2.2 Das förmliche Verwaltungsverfahren

Das sog. "förmliche Verwaltungsverfahren", dass in den §§ 63 ff. VwVfG geregelt wird, ist durchzuführen, sofern eine Vorschrift dies anordnet. Schlagwortartig ausgedrückt ist der Unterschied zwischen allgemeinem und förmlichem Verwaltungsverfahren der, dass letzteres, insbesondere mit Blick auf die Beweiserhebung, eher einem Gerichtsverfahren ähnelt. Bezeichnet werden sollte das förmliche Verwaltungsverfahren dabei, um ganz genau zu sein, als "*allgemeines förmliches Verwaltungsverfahren*"; dies deshalb, weil es bei näherem Hinsehen eine ganze Reihe von besonderen förmlichen Verwaltungsverfahren

Förmliches Verwaltungsverfahren

gibt, die hier indessen beiseite bleiben müssen; vgl. etwa §§ 104 ff. BauGB (Enteignungsverfahren); §§ 17, 19 WPflG (Musterungsverfahren).

Normenbeispiele

§ 36 BBergG

¹Auf das Verfahren sind die Vorschriften über das förmliche Verwaltungsverfahren nach Teil V Abschnitt 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes mit folgender Maßgabe anzuwenden:

...

§ 41 SaatG

Auf das Verfahren vor den Sortenausschüssen und den Widerspruchsausschüssen sind die Vorschriften der §§ 63 bis 69 und 71 des Verwaltungsverfahrensgesetzes über das förmliche Verwaltungsverfahren anzuwenden.

§ 21 SortSchG

Auf das Verfahren vor den Prüfabteilungen und den Widerspruchsausschüssen sind die Vorschriften der §§ 63 bis 69 und 71 des Verwaltungsverfahrensgesetzes über das förmliche Verwaltungsverfahren anzuwenden.

§ 18 EEG NRW

...

(2) ¹Das in diesem Abschnitt geregelte Verfahren, das auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung oder den Erlass eines Enteignungsbeschlusses (§ 30) gerichtet ist, ist ein förmliches Verwaltungsverfahren im Sinne des Teils V Abschnitt 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (VwVfG. NW.). ²Die Vorschriften dieses Gesetzes sind anzuwenden, soweit nicht in den nachfolgenden Vorschriften Abweichendes bestimmt ist.

§ 143 LWG NRW

Im förmlichen Verwaltungsverfahren nach Teil V Abschnitt 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes ergehen die Entscheidungen über

- 1. die Erteilung einer Bewilligung und einer gehobenen Erlaubnis,*
- 2. den Ausgleich von Rechten und Befugnissen mit Ausnahme von Erlaubnissen untereinander,*
- 3. die Erteilung von Zwangsrechten.*

§ 16 BerlHG

(1) ¹Gegen Ordnungsverstöße im Sinne von § 28 des Hochschulrahmengesetzes können auf Antrag des Leiters oder der Leiterin der Hochschule von einem vom Akademischen Senat einzusetzenden viertelparitätisch besetzten Ordnungsausschuss Ordnungsmaßnahmen verhängt werden. ...

...

(3) ... ²Über Ordnungsmaßnahmen ist im förmlichen Verfahren zu entscheiden.

6.2.3 Das Planfeststellungsverfahren

Erwähnt sei des Weiteren das sog. Planfeststellungsverfahren; näher geregelt ist dieses in den §§ 72 ff. VwVfG. Auch das Planfeststellungsverfahren findet nur statt, sofern eine Vorschrift dies vorsieht. So wie das förmliche Verwaltungsverfahren Verfahren einem Gerichts- (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 6.2.2), so ähnelt das Planfeststellungsverfahren einem Gesetzgebungsverfahren; bezogen ist es auf die Zulassung eines bestimmten raumbezogenen Vorhabens, etwa eines Verkehrsflughafens oder einer Bundesstraße.

Planfeststellungsver-
fahren

§ 17 FStrG

¹Bundesfernstraßen dürfen nur gebaut oder geändert werden, wenn der Plan vorher festgestellt ist. ²Bei der Planfeststellung sind die von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. ³Für das Planfeststellungsverfahren gelten die §§ 72 bis 78 des Verwaltungsverfahrensgesetzes nach Maßgabe dieses Gesetzes. ⁴Die Maßgaben gelten entsprechend, soweit das Verfahren landesrechtlich durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist.

§ 18 AEG

¹Betriebsanlagen einer Eisenbahn einschließlich der Bahnfernstromleitungen dürfen nur gebaut oder geändert werden, wenn der Plan vorher festgestellt ist. ²Bei der Planfeststellung sind die von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. ³Für das Planfeststellungsverfahren gelten die §§ 72 bis 78 des Verwaltungsverfahrensgesetzes nach Maßgabe dieses Gesetzes.

§ 11 LuftVG

...

(2) ¹Für das Anhörungsverfahren gilt § 73 des Verwaltungsverfahrensgesetzes mit folgenden Maßgaben: ...

§ 9 WaStrG

(1) ¹Der Ausbau, der Neubau oder die Beseitigung von Bundeswasserstraßen bedarf der vorherigen Planfeststellung. ...

Normenbeispiele

6.2.4 "Verfahren über einheitliche Stelle"

Erwähnt sei schließlich das "Verfahren über eine einheitliche Stelle"; vgl. dazu im Einzelnen die §§ 71 a ff. VwVfG. Auch dieses "Verfahren" findet nur statt, sofern ein Gesetz auf die vorgenannten Vorschriften verweist. Die "einheitliche Stelle" übernimmt Koordinierungs- sowie Informations- und Beratungsaufgaben (Zweck: Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung).

Verfahren über ein-
heitliche Stelle

Normenbeispiele

§ 5 b HwO

Verwaltungsverfahren nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung können über eine einheitliche Stelle abgewickelt werden.

§ 73 a BRAO

¹Die Länder können durch Gesetz den Rechtsanwaltskammern allein oder gemeinsam mit anderen Stellen die Aufgaben einer einheitlichen Stelle im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes übertragen. ²Das Gesetz regelt die Aufsicht und kann vorsehen, dass die Rechtsanwaltskammern auch für Antragsteller tätig werden, die nicht als Rechtsanwalt tätig werden wollen.

§ 164 a StBerG

(1) ¹Die Durchführung des Verwaltungsverfahrens in öffentlich-rechtlichen und berufsrechtlichen Angelegenheiten, die durch den Ersten Teil, den Zweiten und Sechsten Abschnitt des Zweiten Teils und den Ersten Abschnitt des Dritten Teils dieses Gesetzes geregelt werden, richtet sich nach der Abgabenordnung. ²Das Verfahren kann über eine einheitliche Stelle abgewickelt werden. ³Dafür gelten die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes entsprechend.

6.3 Das allgemeine Verwaltungsverfahren

6.3.1 Die Beteiligten

6.3.1.1 Einzelne Beteiligte

Beteiligte

Beteiligte am Verwaltungsverfahren sind die in § 13 Abs. 1 VwVfG Genannten (= sog. "Beteiligte kraft Gesetzes") sowie die nach § 13 Abs. 2 VwVfG Hinzugezogenen (= sog. "Beteiligte kraft behördlicher Entscheidung"). Die Beteiligungsfähigkeit ist in § 11 VwVfG geregelt. Da es sich beim allgemeinen Verwaltungsverfahren nicht um ein kontradiktorisches Verfahren handelt, ist "Behörde" i. S. des § 11 Nr. 3 VwVfG deswegen nicht die Behörde, die das Verwaltungsverfahren durchführt.

6.3.1.2 Rechte der Beteiligten

Rechte der Beteiligten

Den einzelnen Beteiligten stehen kraft Gesetzes verschiedene (Verfahrens)Rechte zu.

Vertretung und Beistand

Gewährt wird erstens nach § 14 Abs. 1 VwVfG ein Recht auf Vertretung durch einen Bevollmächtigten und zweitens nach § 14 Abs. 4 VwVfG ein Recht auf Beistand bei Verhandlungen und Beratungen. Nach der Rechtsprechung folgt das Recht der Beteiligten auf anwaltliche Vertretung aus § 14 VwVfG, während dieses Recht in § 3 Abs. 3 BRAO nur vorausgesetzt wird.

Die Vorschrift des § 28 Abs. 1 VwVfG gewährt den Beteiligten ein Recht, sich vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (vgl. zu Ausnahmen § 28 Abs. 2, Abs. 3 VwVfG und im Einzelnen bereits Punkt 5.6.2.2).	Anhörung
Nach § 29 Abs. 1 VwVfG besteht ein Recht der Beteiligten auf Akteneinsicht, grundsätzlich für die Dauer des Verfahrens, ggf. aber auch noch danach, um einen Rechtsmittelgebrauch zu erleichtern; Akteneinsicht wird nur auf Antrag gewährt (vgl. zu Ausnahmen § 29 Abs. 2 VwVfG). ¹³⁵	Akteneinsicht
Die Vorschrift des § 30 VwVfG gewährt ein Recht auf Wahrung der behördenbekannten, zum persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnisse sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beteiligten (Ausnahmen von dieser Geheimhaltungspflicht bestehen dort, wo die Beteiligten einer Offenbarung zustimmen bzw. die Offenbarung gesetzlich vorgeschrieben ist).	Geheimhaltung
In gewissem Maß gewährt § 25 VwVfG ein Recht der Beteiligten auf Beratung und Auskunft (angeknüpft wird ersichtlich an die Voraussetzung, dass ein "Unvermögen zur Interessenwahrung" eines Beteiligten erkennbar ist).	Beratung und Auskunft

6.3.1.3 Pflichten der Beteiligten

Die Beteiligten sind nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht eigentlich keinen Rechtspflichten unterworfen. So "sollen" die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken, vgl. § 26 Abs. 2 VwVfG. Das ist genau genommen keine "Rechtspflicht", sondern lediglich eine "Obliegenheit"; d. h. erzwungen werden kann die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln nicht, indessen dürfen nicht angegebene Tatsachen und Beweismittel im Einklang mit dem Grundsatz freier Beweiswürdigung vernachlässigt werden (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.1). Weitergehend sind insofern die Vorschriften des besonderen Verwaltungsrechts; hier werden teils (vollstreckbare) "Rechtspflichten" statuiert; vgl. z. B. § 22 Abs. 1 GastG; § 17 HwO).	Pflichten der Beteiligten
---	---------------------------

§ 22 GastG

(1) Die Inhaber von Gaststättenbetrieben, ihre Stellvertreter und die mit der Leitung des Betriebes beauftragten Personen haben den zuständigen Behörden die für die Durchführung dieses Gesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Normenbeispiele

¹³⁵ Beachte hierbei, dass nach dem IFG (Informationsfreiheitsgesetz des Bundes) ein allgemeiner Informationsanspruch über behördliche Vorgänge, behördliche Dienstleistungen bzw. behördliches Sonderwissen bestehen kann, der nicht an die Beteiligten-Eigenschaft geknüpft ist. Denkbar ist nach der Rechtsprechung ferner ein verfassungs-unmittelbarer Informationsanspruch; so geht das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise von einem aus Art. 12 GG folgenden Informationsanspruch eines Antragstellers auf eine Genehmigung nach dem Personenförderungsgesetz aus.

...

§ 17 HwO

(1) ¹Die in der Handwerksrolle eingetragenen oder in diese einzutragenden Gewerbetreibenden sind verpflichtet, der Handwerkskammer die für die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen erforderliche Auskunft über Art und Umfang ihres Betriebs, über die Betriebsstätte, über die Zahl der im Betrieb beschäftigten gelernten und ungelernten Personen und über handwerkliche Prüfungen des Betriebsinhabers und des Betriebsleiters sowie über die vertragliche und praktische Ausgestaltung des Betriebsleiterverhältnisses zu erteilen sowie auf Verlangen hierüber Nachweise vorzulegen. ²Auskünfte, Nachweise und Informationen, die für die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nach Satz 1 nicht erforderlich sind, dürfen von der Handwerkskammer nicht, auch nicht für Zwecke der Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, verwertet werden. ³Die Handwerkskammer kann für die Erteilung der Auskunft eine Frist setzen.

6.3.2 Der Ablauf

6.3.2.1 Beginn

Beginn, grundsätzlich Ermessens-, ausnahmsweise zwingende Entscheidung

Die Behörde entscheidet grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt, vgl. § 22 Satz 1 VwVfG. Ausnahmsweise kann die Behörde freilich verpflichtet sein, ein Verwaltungsverfahren durchzuführen; dem ist namentlich dann so, wenn sie von Amts wegen oder auf Antrag tätig werden muss, vgl. § 22 Satz 2 Nr. 1 VwVfG. Umgekehrt kann die Behörde ausnahmsweise verpflichtet sein, von der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens abzusehen, nämlich dann, wenn sie nur auf Antrag tätig werden darf und es hieran fehlt, vgl. § 22 Satz 2 Nr. 2 VwVfG.

Prozessmaximen

Das bedeutet in der Sache, dass maßgeblich für das Verwaltungsverfahren grundsätzlich die sog. "Offizialmaxime"¹³⁶ und der sog. "Opportunitätsgrundsatz"¹³⁷ sind (§ 22 Satz 1 VwVfG). Klargestellt wird in der Vorschrift indessen, dass spezialgesetzlich durchaus angeordnet sein kann, dass in Abweichung von Satz 1 statt des Opportunitätsgrundsatzes der "Legalitätsgrundsatz"¹³⁸ (§ 22 Satz

¹³⁶ Die "Offizialmaxime" besagt, dass die gesetzesanwendende Instanz von Amts wegen entscheidet, ob sie tätig wird oder nicht. Das Pendant zur "Offizial-" ist die sog. "Dispositionsmaxime", derzufolge ein Tätigwerden nur auf Antrag erfolgen darf (die Dispositionsmaxime ist typisch für den Zivilprozess).

¹³⁷ Nach dem "Opportunitätsgrundsatz" ist die gesetzesanwendende Instanz nicht in jedem Fall zur Gesetzesanwendung verpflichtet, insbesondere nicht in Bagatellfällen. Sein Pendant bildet der sog. "Legalitätsgrundsatz", nach dem eine Gesetzesanwendung in jedem Fall zwingend ist (gilt grundsätzlich im Strafprozess, sofern es sich nicht ausnahmsweise um eines der seltenen Antragsdelikte handelt).

¹³⁸ Vgl. dazu bereits Fußn. 137. Die Betonung liegt also auf "muss", nicht auf von Amts wegen oder auf "auf Antrag".

2 Nr. 1 VwVfG) bzw. statt der Officialmaxime die "Dispositionsmaxime"¹³⁹ (§ 22 Satz 2 Nr. 2 VwVfG) gilt. Für die nach Eröffnung des Verwaltungsverfahrens zu bewältigende Sachverhaltsermittlung (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.1) gilt der sog. "Amtsermittlungs-" bzw. "Untersuchungsgrundsatz" (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.1).

Die beiden Polizeivollzugsbeamten Stillfried Streif (S) und Gerburg Gang (G) gewahren, wie Hildefons Hitzig (H) den Winand Widerrede (W) zu ohrfeigen ansetzt.

§ 3 SächsPolG¹⁴⁰

(1) Die Polizei kann innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken die erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, soweit die Befugnisse der Polizei nicht besonders geregelt sind.

§ 1 SächsVwVfG

¹Für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden des Freistaates Sachsen und der seiner Aufsicht unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976 (BGBl. I S. 1253), zuletzt geändert durch Artikel 7 § 3 des Gesetzes vom 12. September 1990 (BGBl. I S. 2002), in seiner jeweils geltenden Fassung entsprechend, soweit nicht etwas anderes bestimmt wird. ...

§ 223 StGB

(1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 230 StGB

(1) ¹Die vorsätzliche Körperverletzung nach § 223 und die fahrlässige Körperverletzung nach § 229 werden nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. ...

S und G entscheiden nach § 1 SächsVwVfG i. V. mit § 22 Satz 1 VwVfG, ob sie tätig werden wollen.

Beispiel 80

¹³⁹ Vgl. dazu bereits S. 111, Fußn. 136. Hier liegt die Betonung auf „auf Antrag“.

¹⁴⁰ Bzw. § 3 PolG BW; § 17 Abs. 1 ASOG Berlin; § 8 Abs. 1 PolG NRW (in Anlehnung an § 8 MEPolG).

Beispiel 81

S und G erhalten einen Funkruf und erfahren, dass zwei Straßen weiter eine Person mit einer Schusswaffe bedroht wird.

§ 211 StGB

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.

§ 212 StGB

(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

§ 222 StGB

Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Hier müssen S und G tätig werden, da ihr Entschließungsermessen auf Null reduziert ist; es liegt folglich eine Situation i. S. des § 22 Satz 2 Nr. 1, 1. Alt. VwVfG vor.

6.3.2.2 Verlauf

Verlauf, Inhalt und Rechtsrahmen der Verwaltungstätigkeit

Über den Verlauf des Verwaltungsverfahrens entscheidet die Behörde. Geprägt ist das Verwaltungsverfahren von der *Ermittlung des Sachverhaltes* (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.1) und von dem *Verstehen und der Anwendung des Rechts* (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.2). Dabei gilt vor allem der *Amtsermittlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatz* (Inquisitionsmaxime), vgl. §§ 24, 26 VwVfG (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 6.3.3.1). Zu beachten sind während des Verfahrens ferner die Vorschriften der §§ 20, 21 VwVfG und § 28 VwVfG.

6.3.2.3. Beendigung

Beendigung

Das Verwaltungsverfahren endet mit Erlass oder mit Ablehnung des (beantragten) Verwaltungsakts bzw. mit Abschluss eines öffentlichen Vertrages oder mit Scheitern der Vertragsverhandlungen.

6.3.3 Näheres zur Art und Weise Verwaltungstätigkeit während des Verwaltungsverfahrens

Sachverhaltsermittlung, Rechtsverständnis

Wie bereits angesprochen (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 6.2.2.2), werden die Behörden bei der Gesetzesanwendung u. a. sachverhaltsermittelnd und rechtsverstehend tätig – freilich nicht in dieser Abfolge, sondern im Wege

eines fortwährenden Alternierens –; beide Tätigkeiten gilt es nachfolgend kurz näher zu beleuchten.

6.3.3.1. Sachverhaltsermittlung

Was zunächst die *Sachverhaltsermittlung* angeht, so gilt es dies in dreierlei Hinsicht genauer zur Kenntnis zu nehmen:

Sachverhaltsermittlung

Zum Ersten ist zu konstatieren, dass im Verwaltungsverfahren der sog. "Amtsermittlungs-" bzw. "Untersuchungsgrundsatz" (bzw. auch: der "Inquisitionsmaxime") gilt. Das bedeutet, die Behörde muss den Sachverhalt grundsätzlich von Amts wegen ermitteln – und nicht nur, wie nach dem sog. "Beibringungsgrundsatz" (bzw. auch: der "Verhandlungsmaxime"), auf einen Beweisantrag hin;¹⁴¹ vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Gleichwohl können Beweisanträge im Verwaltungsverfahren aber freilich formlos gestellt werden (Mindestanforderung: Angabe der zu beweisenden Tatsache und des Beweismittels); die Behörde darf diese jedoch durch nicht begründeten Beweisbeschluss ablehnen.¹⁴² Dabei hat die Behörde nach § 24 Abs. 2 VwVfG alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen, auch solche, die für die betreffenden Rechtsunterworfenen günstig sind. Eine Verweigerung der Entgegennahme von Anträgen bzw. Erklärungen des Rechtsunterworfenen ist nicht möglich, insbesondere nicht deshalb, weil sie für unzulässig bzw. unbegründet gehalten werden (Ausnahme nach h. M.: querulatorische Anträge bzw. Erklärungen), vgl. § 24 Abs. 3 VwVfG. Die Ermittlungsergebnisse sind nach h. M. aktenkundig zu machen (Verstöße führen u. U. zur Umkehrung der materiellen Beweislast); ein Vermerk bzw. eine Niederschrift über die Beweiserhebung ist indessen nicht nötig. Der für das gerichtliche Verfahren übliche Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gilt im Verwaltungsverfahren nicht; denkbar ist hernach eine Übernahme von Erkenntnissen anderer Behörden im Rahmen der Amtshilfe bzw. eine Vernehmung durch andere Beamte. Zudem ist die Beweiserhebung im Verwaltungsverfahren nicht beteiligtenöffentlich und es gilt auch kein Beteiligtenfragerecht.

Amtsermittlungsgrundsatz

Falko Faul-Pelz (F) beantragt beim zuständigen Gewerbeamt G eine Gaststätterlaubnis; er hat die im Untergeschoss eines 2005 errichteten Gebäudes, in dem bis 2015 eine Szenekneipe gelegen war, angemietet und möchte dort die Bier-Gaststube "Falkoholiker" betreiben.

Beispiel 82

¹⁴¹ Nach dem "Beibringungsgrundsatz" (bzw. der "Verhandlungsmaxime") stellt die gesetzessanwendende Instanz nur auf Umstände ab, die vorgetragen sind, und wird nur auf Beweisanträge hin ermittelnd tätig. Der Beibringungsgrundsatz ist typisch für den Zivilprozess.

¹⁴² Das gilt erst recht für sog. "Beweisanregungen", bei denen also keine zu beweisende Tatsache behauptet, sondern lediglich Vermutungen geäußert werden.

§ 2 GastG

(1) ¹Wer ein Gaststättengewerbe betreiben will, bedarf der Erlaubnis. ²Die Erlaubnis kann auch nichtrechtsfähigen Vereinen erteilt werden.

(2) Der Erlaubnis bedarf nicht, wer

1. alkoholfreie Getränke,
2. unentgeltliche Kostproben,
3. zubereitete Speisen oder
4. in Verbindung mit einem Beherbergungsbetrieb Getränke und zubereitete Speisen an Hausgäste

verabreicht.

...

§ 4 GastG

(1) ¹Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere dem Trunke ergeben ist oder befürchten läßt, daß er Unerfahrene, Leichtsinnige oder Willensschwache ausbeuten wird oder dem Alkoholmißbrauch, verbotenem Glücksspiel, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird oder die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts, des Arbeits- oder Jugendschutzes nicht einhalten wird,
2. die zum Betrieb des Gewerbes oder zum Aufenthalt der Beschäftigten bestimmten Räume wegen ihrer Lage, Beschaffenheit, Ausstattung oder Einteilung für den Betrieb nicht geeignet sind, insbesondere den notwendigen Anforderungen zum Schutze der Gäste und der Beschäftigten gegen Gefahren für Leben, Gesundheit oder Sittlichkeit oder den sonst zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung notwendigen Anforderungen nicht genügen oder

2a. die zum Betrieb des Gewerbes für Gäste bestimmten Räume von behinderten Menschen nicht barrierefrei genutzt werden können, soweit diese Räume in einem Gebäude liegen, für das nach dem 1. November 2002 eine Baugenehmigung für die erstmalige Errichtung, für einen wesentlichen Umbau oder eine wesentliche Erweiterung erteilt wurde oder das, für den Fall, dass eine Baugenehmigung nicht erforderlich ist, nach dem 1. Mai 2002 fertig gestellt oder wesentlich umgebaut oder erweitert wurde,

3. der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten läßt,
4. der Antragsteller nicht durch eine Bescheinigung einer Industrie- und Handelskammer nachweist, daß er oder sein Stellvertreter (§ 9) über

die Grundzüge der für den in Aussicht genommenen Betrieb notwendigen lebensmittelrechtlichen Kenntnisse unterrichtet worden ist und mit ihnen als vertraut gelten kann.

²*Die Erlaubnis kann entgegen Satz 1 Nr. 2a erteilt werden, wenn eine barrierefreie Gestaltung der Räume nicht möglich ist oder nur mit unzumutbaren Aufwendungen erreicht werden kann.*

G hat alle nach § 4 GastStG für und gegen Genehmigungserteilung sprechenden Umstände zu ermitteln.

Zu bedienen hat sich die Behörde aller Beweismittel, die sich nach ihrem (Verfahrens-)Ermessen als für die Sachverhaltsermittlung erforderlich erweisen; vgl. § 26 Abs. 1 VwVfG. Unter *Beweismittel* versteht man gemeinhin jedes Erkenntnismittel, das die Überzeugung von der Existenz oder Nichtexistenz von Tatsachen begründen und damit dem Nachweis der Richtigkeit der zu ermittelnden Tatsachen dienen kann. Hierzu zählen nach § 26 Abs. 1 VwVfG insbesondere

- (formlose) Auskünfte (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwVfG)
- Beteiligtenanhörungen (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 1. Alt. VwVfG)
- Zeugenvernehmungen (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 2. Alt. VwVfG)
- Sachverständigenvernehmungen (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 3. Alt. VwVfG)
- Eidesstattliche Versicherung (§ 27 VwVfG)

Erforderlich ist ein Beweismittel, sofern eine entscheidungserhebliche Tatsache weder akten-, noch allgemein- noch amtskundig ist. Hierbei sind "aktenkundig" angesichts der Aktenführungspflicht solche Tatsachen, die bereits bewiesen sind, "allgemeinkundig" solche Tatsachen, von denen verständige / erfahrene Menschen in der Regel Kenntnis haben bzw. von denen sie sich jederzeit durch Benutzung allgemein zugänglicher Erkenntnisquellen überzeugen können, und "amtskundig" solche Tatsachen, die dem Amtsinhaber aus seiner amtlichen (nicht: privaten) Tätigkeit bekannt sind, ohne dass sie aktenkundig sind. Keines Beweises bedürfen freilich – zumindest einstweilen – überdies solche Tatsachen, in Bezug auf die das Gesetz eine widerlegliche bzw. unwiderlegliche Vermutung aufstellt; ersterenfalls kann eine Widerlegung nur mithilfe eines Beweismittels erfolgen, letzterenfalls ist eine Widerlegung von vornherein gar nicht möglich. Ist die im Wege des Beweises erfolgende Sachverhaltsermittlung *rechtswidrig*, so folgt daraus u. U. ein sog. "Beweisverwertungsverbot". Unstreitig ist dem dort so, wo ein Beweisverwertungsverbot spezialgesetzlich vorgesehen ist; sonstigenfalls gilt ein Beweisverwertungsverbot nach h. M. nur unter der Voraussetzung, dass die zur Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahme führenden Verfahrensverstöße schwerwiegend waren oder bewusst oder willkürlich begangen wurden (maßgeblich sind nach h. M. also die Umstände des Einzelfalls, genauer: die Art des verletzten Ge- bzw. Verbots einerseits und das Gewicht des Verstoßes andererseits).

Ermittlungsinstrumente

Grundsatz der freien Beweiswürdigung	Bei alledem gilt (auch) im Verwaltungsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung; d. h. die Behörde hat die erhobenen Beweise zu bewerten, ohne dabei formale Regeln beachten zu müssen (kein Beweisregelsystem). Hiernach gilt eine Tatsache als bewiesen, sofern die Behörde von ihr nach Beweiserhebung infolge einer gleichsam <i>hinreichenden Wahrscheinlichkeit</i> überzeugt ist; eine absolute Gewissheit ist also nicht erforderlich. Welcher Grad an Wahrscheinlichkeit dabei "hinreichend" ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab: Möglich erscheint zunächst, dass der nötige Grad an Wahrscheinlichkeit gesetzlich vorgeschrieben ist (Gesetz verlangt nur "Glaubhaftmachung", "gewisse Wahrscheinlichkeit" oder "überwiegende Wahrscheinlichkeit" etc.). Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, bedarf nach allgemeiner Auffassung "<i>eines so hohen Grades der Wahrscheinlichkeit, dass eine andere Auffassung bei vernünftiger Überlegung nicht denkbar ist</i>" (sog. "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit"). Für mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung vereinbar erachtet wird gemeinhin der sog. "Indizienbeweis" (aus Hilfstatsachen wird mittels allgemeiner Erfahrungssätze auf das Vorhandensein von Haupttatsachen geschlossen); hier sind die angestellten Schlussfolgerungen freilich nachvollziehbar darzulegen. Desgleichen als zulässig gilt nach allgemeiner Auffassung der sog. "Anscheinsbeweis" (gewisser Umstand weist nach allgemeiner Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache hin, so dass weitere, konkrete Umstände für die tatsächliche Beurteilung ohne Bedeutung sind; sog. "typischer Geschehensablauf"); umso sorgfältiger zu überprüfen ist hier freilich, ob es sich tatsächlich um einen typischen Geschehensablauf handelt. Keine Missachtung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung liegt schließlich darin, dass im Falle einer Verletzung der Obliegenheit zur Mitwirkung (§ 26 Abs. 2 VwVfG) nicht angegebene Tatsachen bzw. Beweismittel vernachlässigt werden (vgl. dazu bereits Punkt 6.3.1.3).
Beweislast	Die Frage der Beweislast ist dagegen <i>keine verfahrensrechtliche</i>, sondern eine materiell-rechtliche. Entweder ist die Beweislast (fach-)gesetzlich geregelt (durch "Beweislast-" oder "Vermutungsregelungen"). Oder es hat nach h. M. diejenige Seite (Behörde oder Beteiligter) die Folgen der Ungewissheit einer Tatsache zu tragen, die aus dieser Tatsache eine ihr günstige Rechtsfolge ableiten will (sog. "Normbegünstigungsprinzip"). D. h. die Ungewissheit geht im Rahmen der Leistungsverwaltung regelmäßig zulasten des Rechtsunterworfenen, im Rahmen der Eingriffsverwaltung regelmäßig zulasten der Behörde (auch bei Aufhebung von Verwaltungsakten).
	6.3.3.2 Rechtsverständnis
Rechtsverständnis	Bzgl. des <i>Rechtsverständnisses</i> gilt es sich Folgendes klarzumachen.
Maxime eines zutreffenden Rechtsverständnisses	Die Rechtswissenschaft ist eine hermeneutische Wissenschaft, d. h. vor allem, dass es bei dem Rechtsverständnis darum geht, den Regelungsgehalt einer Vorschrift zu ermitteln. Die Maxime eines zutreffenden Rechtsverständnisses darf also niemals sein: "Welchen Regelungsgehalt halte ich für sinnvoll?" (hiernach

vorzugehen wäre nicht Gesetzesanwendung, sondern "modifizierende Gesetzesanwendung" bzw. sogar "Gesetzgebung"), sondern muss immer sein: "Welchen Regelungsgehalt hat die gesetzessetzende Instanz der Vorschrift beigemessen?"

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass ein zutreffendes Rechtsverständnis u. U. eine *Auslegung* verlangt (die rechtstheoretische Streitfrage, ob es ein Rechtsverständnis ohne Auslegung geben kann, oder ob jedes Rechtsverständnis bereits Auslegung ist, muss hier beiseite bleiben). Dabei sind unterschiedliche Arten der Auslegung denkbar; zu differenzieren ist vor allem zwischen der einfachen bzw. echten Auslegung einerseits und der rechtskonformen (insbesondere verfassungs- bzw. europarechtskonformen) bzw. unechten Auslegung andererseits.

Auslegung, einfache und rechtskonforme

Die einfache bzw. echte Auslegung ist die Ermittlung des Regelungsgehaltes einer Vorschrift unter Heranziehung der aussagekräftigen Umstände; üblich sind hierbei vier Auslegungsmethoden: Die grammatikalische, die systematische, die historische bzw. genetische und die teleologische Auslegung.

Einfache Auslegung; Auslegungsmethoden

Ausgangspunkt eines jeden Rechtsverständnisses ist der Wortlaut der Vorschrift. Wird versucht, den Regelungsgehalt einer Vorschrift mit Blick auf ihren Wortlaut zu ermitteln, so ist gemeinhin die Rede von "grammatikalischer Auslegung". Abgehoben wird bei der Auslegungsarbeit regelmäßig auf den "allgemeinen Sprachgebrauch"; u. U. wird in Vorschriften aber auch eine "Fachsprache" verwandt, insbesondere in speziellen Rechtsgebieten wie etwa dem Bau- oder dem Umweltrecht.

Grammatikalische Auslegung

In Bonn (B) haben sich, ohne dies der Versammlungsbehörde anzuzeigen, das politisch engagierte Rentnerehepaar Siegburga und Siegwald Senior (S1 und S2) auf dem Gehweg vor einer Schwangerschaftsberatungsstelle niedergelassen, um mit einem Spruchband gegen den dort hinter verschlossenen Türen von statten gehenden "genehmigten Mord" zu demonstrieren. Die auf ein Telefonat hin hinzugerufenen Polizeibeamten Bernalde Baff (B) und Rathold Rat-Los (R) überlegen, ob sie im Falle eines Einschreitens auf § 15 VersG oder auf § 34 PolG NRW zurückgreifen müssten.

Beispiel 83

§ 15 VersG

(1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

(2) ¹Eine Versammlung oder ein Aufzug kann insbesondere verboten oder von bestimmten Auflagen abhängig gemacht werden, wenn

1. die Versammlung oder der Aufzug an einem Ort stattfindet, der als Gedenkstätte von historisch herausragender, über-

	<i>regionaler Bedeutung an die Opfer der menschenunwürdigen Behandlung unter der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erinnert, und</i> <i>2. nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung konkret feststellbaren Umständen zu besorgen ist, dass durch die Versammlung oder den Aufzug die Würde der Opfer beeinträchtigt wird.</i> ²Das Denkmal für die ermordeten Juden Europas in Berlin ist ein Ort nach Satz 1 Nr. 1. Seine Abgrenzung ergibt sich aus der Anlage zu diesem Gesetz. Andere Orte nach Satz 1 Nr. 1 und deren Abgrenzung werden durch Landesgesetz bestimmt. <i>(3) Sie kann eine Versammlung oder einen Aufzug auflösen, wenn sie nicht angemeldet sind, wenn von den Angaben der Anmeldung abgewichen oder den Auflagen zuwidergehandelt wird oder wenn die Voraussetzungen zu einem Verbot nach Absatz 1 oder 2 gegeben sind.</i> § 34 PolG NRW <i>(1) ¹Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten. ²Die Platzverweisung kann ferner gegen eine Person angeordnet werden, die den Einsatz der Feuerwehr oder von Hilfs- oder Rettungsdiensten behindert.</i> ... Da die Rechtsgrundlage des § 15 Abs. 3 VersG als <i>lex specialis</i> das allgemeine Polizeirecht – und damit auch die <i>lex generalis</i> § 34 PolG NRW – verdrängt, kommt es darauf an, ob hier eine "Versammlung" vorliegt oder nicht. Dabei ist im Wege einer grammatikalischen Auslegung maßgeblich, was dem allgemeinen Sprachgebrauch unter einer "Versammlung" zu verstehen ist, insbesondere ob bei 2 Personen bereits von einer "Versammlung" die Rede sein kann oder nicht.
--	---

Systematische Auslegung

Hilfreich ist für das Rechtsverständnis ggf. auch die gesetzliche Systematik; wird eine Vorschrift mit Blick hierauf ausgelegt, so spricht man gemeinhin von "systematischer Auslegung".

Beispiel 84

	Eine erste Vorschrift, nämlich § 7 des HaFöG NRW (Handwerksförderungs-gesetz NRW - fiktiv! -, nach dem Fördermittel beantragt werden können) lautet wörtlich: "Antragsteller haben sich über bislang erhaltene Landesmittel ausführlich zu erklären." In einer zweiten Vorschrift, in § 8 HaFöG NRW, heißt es wörtlich: "Die Erklärung ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen abzugeben." Bei isolierter Betrachtung der zweiten Vorschrift, des § 8 HaFöG NRW, ist fraglich, was mit "Erklärung" gemeint. Dies ergibt sich jedoch aus einer Gesamtschau mit der ersten Vorschrift, § 7 HaFöG NRW: Gemeint ist "eine ausführliche Erklärung über bislang erhaltene Landesmittel".
--	--

Des Weiteren ergeben Anhaltspunkte auf den Inhalt der Vorschrift sich ggf. aus den Umständen bei Erlass der Vorschrift (Historie) bzw. aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (Genese). Es gilt also zu beachten, welche Fälle dem Gesetzgeber bei Normenerlass vor Augen standen bzw. worüber man sich im gesetzgebenden Gremium auseinandergesetzt hat; aufschlussreich hierüber ist ggf. die Gesetzesbegründung. Geht man derart vor, betreibt man eine "historische bzw. genetische Auslegung").

Historische bzw. genetische Auslegung

Eine erste, neu ins SGB III eingefügte Vorschrift - fiktiv! - verlangt von Rechtsunterworfenen unter bestimmten Voraussetzungen wörtlich "... *eine ausführliche Erklärung über alle bisherigen beruflichen Tätigkeiten.*" Nicht eindeutig ist, ob damit nur Berufs- oder auch Berufsausbildungszeiten gemeint sind. Hierüber ist, so zeigt ein Blick in die Gesetzgebungsprotokolle, im Gesetzgebungsverfahren diskutiert worden; am Ende hatte die F-Fraktion einen Antrag auf Änderung des Entwurfs-Wortlauts von "*berufliche Tätigkeiten*" in "*Berufsausbildungs- und Berufsausübungszeiten*" verlangt, der aber abgelehnt worden war, nachdem ein Abgeordneter der S-Fraktion eine Rede gehalten hat, derzufolge es nur darum gehe, durch die Vorschrift praktische Zeiten zu erfassen, wovon bei Berufsausbildungszeiten nicht die Rede sein könne.

Beispiel 85

Mithilfe einer genetischen Auslegung gelangt man hier zu dem Ergebnis, dass Berufsausbildungszeiten nicht erfasst werden sollen.¹⁴³

Historische und genetische Auslegung sind nicht uneingeschränkt hilfreich (vgl. zur teleologischen Auslegung noch S. 121). Das liegt daran, dass der "objektive Regelungsgehalt" einer Vorschrift nur im Rahmen eines vorhandenen Auslegungsspielraums durch die "(subjektive) Regelungsabsicht" der gesetzgebenden Instanz erklärt werden kann; eine historische Auslegung *contra legem* ist dagegen niemals möglich.

Grenzen der historischen bzw. genetischen Auslegung

Während einer Bundestagsdebatte spricht sich die überwiegende Mehrzahl von Abgeordneten dafür aus, das Strafmaß für Körperverletzungsdelikte deutlich zu verschärfen. Alsdann wird im Rahmen der Abstimmung jedoch über eine Gesetzesänderung entschieden, derzufolge das Strafmaß für Körperverletzungsdelikte leicht abgesenkt wird.

Beispiel 86

¹⁴³ Je nach dem, was im Parlament besprochen wird, kann aus der Ablehnung eines Änderungsantrags bei genetischer Auslegung aber auch das Gegenteil folgen. Dies ist wäre im Beispiels dann so, wenn die Begründung der Ablehnung des Antrags lauten würde, der Wortlaut erfasse "Berufsausbildungszeiten" ohnehin bereits.

	Obgleich die genetische Auslegung eher dafür spricht, dass man das Strafmaß verschärfen wollte, wurde es dem Wortlaut nach abgesenkt; sich über diesen Wortlaut mithilfe einer genetischen Auslegung hinwegzusetzen ist unzulässig.
Teleologische Auslegung	Schließlich ist ein Rechtsverständnis mit Blick auf den Sinn und Zweck (griechisch: "Telos") der Vorschrift möglich (das Telos wiederum folgt entweder bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift bzw. wenigstens aus den Umständen, wie etwa Gesetzesbegründung etc.). Die Rede ist bei einer derartigen Abhebung auf das Telos einer Vorschrift von einer "teleologischen Auslegung".
Beispiel 87	Eine neue Vorschrift im StrWG NRW verbietet es aus Gründen " ... der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, größere Gegenstände auf Landstraßen zu verbringen." Weil es ihm mit den Milchpreisen jetzt reicht, treibt Bardulf Bauer (B) fünf Kühe auf die an seinem Hof vorüberführende Landesstraße L 1. Kühe sind zwar streng genommen keine "Gegenstände", mit Blick auf das Telos (Gewährleistung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs) indessen durchaus mitgemeint.
Grenzen der teleologischen Auslegung	Auch die teleologische Auslegung ist nicht ganz unbedenklich, dies wegen der Maßgeblichkeit des "objektiven Regelungsgehaltes" einer Vorschrift, nicht der "(subjektiven) Regelungsabsicht" der gesetzgebenden Instanz. Vor allem hier besteht die Gefahr einer Überdehnung des Wortlauts durch umfassende Zweckverfolgung.
Beispiel 88	Im Beispiel 87 fragt sich die zuständige Beamtin Wiebke Wie-Jetzt (W), ob es der Thorgard Tierschutz (T) nach der straßenrechtlichen Vorschrift auch verboten ist, eigenmächtig die Fahrbahn zu unterhöhlen, um so Fröschen und Lurchen und weiterem Getier einen Tunnel in die Freiheit zu graben. Hier greift die Vorschrift angesichts ihres Wortlauts nicht mehr ein.
Rechtskonforme Auslegung	Wie bereits angekündigt (vgl. dazu bereits Punkt 6.3.3.2), ist neben der bereits aufgezeigten, einfachen Auslegung nun allerdings auch eine sog. rechtskonforme, insbesondere eine verfassungs- bzw. europarechtskonforme Auslegung möglich. Die verfassungs- bzw. europarechtskonforme Auslegung ist ein besonderes Instrument zur "Rettung von Gesetzen" (in gewisser Weise ist sie Missachtung des gesetzgeberischen Willens, also eine gleichsam "unechte" Auslegung).
Beispiel 89	Angesichts der neuesten PISA-Studie gelangt der Bundestag zu der Auffassung, dass es den bundesdeutschen Schülern an vielem, vor allem aber an Motivation fehle. Selbige könne den Schülern nicht "mit Engelszungen eingesäuselt", sondern allenfalls "mit instruktiven Hieben eingeprügelt" werden. Es ergeht deswe-

gen ein Gesetz, dass eine Ermächtigung erhält, ggü. Schülern "... körperliche Zwangsmittel anzuwenden ... "

Eine einfache Auslegung der Rechtsgrundlage (insbesondere teleologische Argumentation) ergibt hier eigentlich, dass durch das betreffende Gesetz die Prügelstrafe eingeführt werden soll. Misst man ihr diesen Regelungsgehalt zu, verstößt die Rechtsgrundlage indessen gegen die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2, Satz 1, 2. Alt. GG und Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Der eher weite Wortlaut (körperliche Zwangsmittel) lässt jedoch möglicherweise zu, die Norm "verfassungskonform auszulegen", d. h. ihr einen Regelungsgehalt beizumessen, der mit der Verfassung in Einklang steht. Denken ließe sich vielleicht daran, dass als "Zwangsmittel" lediglich Nachsitzen, "Draußenstehen" u. ä. angesehen werden.

Die Grenze der rechtskonformen, insbesondere also der verfassungskonformen Auslegung bildet wiederum der Wortlaut der Vorschrift. Eine verfassungskonforme Auslegung *contra legem* ist nicht möglich; hier lässt sich die Vorschrift nicht "retten", sondern ist verfassungswidrig.

Grenze der rechtskonformen Auslegung

Im Beispiel 89 heißt es im Gesetz wörtlich, dass ggü. "... auf andere Art und Weise unlenkbaren sowie ausdauernd lernunwilligen SchülerInnen ..." im Einzelfall " ... eine Prügelstrafe verhängt ... " werden darf.

Eine verfassungskonforme Auslegung ist hier nicht möglich, da sie dem Wortlaut zuwiderliefe ("Prügelstrafe").

Beispiel 90

Abgesehen von Auslegungsschwierigkeiten kann ein weiteres Problem beim Rechtsverständnis sein, dass ein Sachverhalt von mehreren, miteinander unvereinbaren Vorschriften erfasst wird (sog. "Normenkollision")

Vorschriftenkollisionen, Rangregeln und Unbestimmtheit

Hier greifen ggf. sog. "Rangregeln" ein; Rangregeln führen jedenfalls zu einem "Anwendungsvorrang", ggf., bei besonderer Anordnung, sogar zu einem "Geltungsvorrang" der vorrangigen Vorschrift. Zu unterscheiden im Einzelnen sind vor allem drei gemeinhin anerkannte Rangregeln:

Rangregeln

Die erste dieser Rangregeln lautet *lex specialis derogat legi generali* (das speziellere Gesetz verdrängt das allgemeinere Gesetz); dabei kommt dem spezielleren Gesetz zumeist Anwendungsvorrang zu. Seltener, aber denkbar, sind auch sog. "ergänzende Spezialregelungen" (= keine echte *lex specialis*, sondern nur eine Erweiterung der allgemeinen Regelungen).

Lex specialis derogat legi generali

In der baden-württembergischen Gemeinde Tümpingen (T) ergeht eine "Benutzungs-Satzung über die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde T", deren § 3 zufolge das Baden auf " ... sämtlichen Gewässern des Gemeindegebietes verboten ..." wird. Für den am Marktplatz gelegenen Teich, der von den Einwohnern

Beispiel 91

liebevoll "Rathaus-Pfütze" genannt wird, soll nach § 4 der Einrichtungs-Benutzungs-Satzung das Baden " ... vom 15. Mai bis zum 30. September an Wochenenden von 9 bis 16 Uhr erlaubt ... " sein.

§ 4 GemO BW

(1) ¹Die Gemeinden können die weisungsfreien Angelegenheiten durch Satzung regeln, soweit die Gesetze keine Vorschriften enthalten. ...

Nachdem § 3 das Baden auf "sämtlichen Gewässern" einschließlich des Rathaus-Pfützes verbietet, während § 4 solches zu bestimmten Zeiten auf dem Rathaus-Pfütze erlaubt, liegt eine Normenkollision vor. Dabei wird § 3 vom spezielleren § 4 der Satzung verdrängt.

Lex posterior derogat legi priori

Die zweite Rangregel lautet *lex posterior derogat legi priori* (das spätere Gesetz verdrängt das vorherige Gesetz); zumeist kommt dem späteren Gesetz Geltungs-¹⁴⁴, ggf. aber auch nur Anwendungsvorrang¹⁴⁵ zu. Vorgestellt werden können darüber hinaus wiederum auch "spätere Ergänzungen", denen freilich keine verdrängende Wirkung zukommt.

Beispiel 92

Im Gemeinderat von T (Beispiel 91) beschließt man ein "Tourismusförderungsprogramm". Vorgesehen wird im Einzelnen u. a., dass die Ufer zweier größerer Teiche von T jeweils auf einer Seite derart mit Sand aufgeschüttet werden, dass ein Badestrand entsteht. Zudem erfolgt eine Einzäunung der Badestrände. In einer "Tourismus-Förderungs-Satzung" wird festgelegt, dass hier ein Baden gegen Entgelt gestattet ist, und dass hier jeweils eine/ein KassiererIn und eine/ein BademeisterIn beschäftigt werden; in den Übrigen Gewässern erfolge ein Baden auf eigene Gefahr.

Die Tourismus-Förderungs-Satzung geht der Einrichtungs-Benutzungs-Satzung als späteres Gesetz vor.

Lex superior derogat legi inferiori

Drittens gilt: *Lex superior derogat legi inferiori* (das ranghöhere Gesetz verdrängt das rangniedere); dabei ist regelmäßig von einem Geltungsvorrang des ranghöheren Gesetzes auszugehen. Auch hier gilt, dass auch "spätere Ergänzungen" möglich sind, denen keine verdrängende Wirkung zukommt.

Beispiel 93

Nachdem es zu mehreren tragischen Badeunfällen gekommen ist (vgl. Beispiele 91 und 92), ergeht in Baden-Württemberg ein Gesetz, nach dem ein Baden an unbeaufsichtigten Gewässern verboten wird.

¹⁴⁴ So vor allem dann, wenn das betreffende Rechtsgebiet neu geregelt wird; hier kommt es im Zweifel zu einer Ersetzung der bislang geltenden Vorschriften.

¹⁴⁵ Dies ggf. dann, wenn ein anderes Rechtsgebiet geregelt und damit in den Regelungsgegenstand der Vorschrift übergriffen wird.

Das Landesgesetz geht der Tourismus-Förderungs-Satzung als ranghöheres Gesetz vor.

Greift keine der angeführten Rangregeln ein, so lässt sich entweder im Rahmen der Auslegung (vgl. oben) klären, welche Vorschriften den Vorrang genießen soll, oder es liegt ein Fall der Unbestimmtheit (vgl. dazu im Einzelnen den Studienbrief zum Verfassungsrecht) vor.

Unbestimmtheit

Der Bundestag erlässt ein Gesetz, das einerseits vorsieht, dass Asylbewerber sich regelmäßig, mindestens aller zwei Wochen bei der Ausländerbehörde zu melden haben, während andererseits von einer Pflicht zur wöchentlichen Meldung die Rede ist.

Beispiel 94

Lässt sich der Widerspruch hier nicht im Wege der harmonischen Auslegung auflösen, gibt es gar keine gesetzliche Meldepflicht.

Darüber hinaus kann es sein, dass gleichsam nicht "zu viele einschlägige" Vorschriften, sondern "zu wenige einschlägige" Vorschriften das Problem sind; hier ist es u. U. möglich, eine andere Vorschrift, die die gewünschte Rechtsfolge enthält, analog anzuwenden. Analoge Anwendung einer Vorschrift bedeutet also die Übertragung ihrer Rechtsfolge auf eine Situation, die nicht von ihrem Tatbestand erfasst wird. Möglich ist die analoge Anwendung von Rechtsvorschriften grundsätzlich unter drei Voraussetzungen:

Analogie

- Zunächst bedarf es einer Regelungslücke; d. h. es darf für die betreffende Situation keine geltende Vorschrift direkt einschlägig sein.
- Darüber hinaus muss die Regelungslücke auch planwidrig sein. D. h. es muss nachweislich sein, dass der Gesetzgeber die betreffende Situation regeln wollte, aber nicht geregelt hat.
- Schließlich muss die Situation, auf die die Rechtsfolge übertragen werden soll, der Interessenlage nach mit denjenigen Situationen vergleichbar sein, die durch die Vorschrift tatbestandlich erfasst werden.

Voraussetzungen

Die hochengagierte Karlina Karriere (K) möchte Fashion Journalism an der amerikanischen University of Cleveland studieren. Hierzu beantragt sie beim BAföG-Amt die anfallenden Studiengebühren i. H. von 9.000,- €. Das BAföG-Amt lehnt die Erstattung der Studiengebühren über 4.600 € hinaus indessen unter Hinweis auf § 3 Abs. 1 der BAföGAuslandszuschlagsV ab; eine Ausnahme nach Abs. 2 Nr. 1 könne bereits deshalb nicht gemacht werden, weil man den Studiengang Fashion Journalism ebenso gut an der University of Smartland belegen könne – was zutrifft. Die Studiengebühren in Smartland sind indessen ebenso hoch. Ein vergleichbarer Studiengang im Inland wird nicht angeboten; weitere vergleichbare ausländische Studienangebote, etwa im UK sind noch teurer.

Beispiel 95

§ 3 BAföG-AuslandszuschlagsV

(1) Nachweisbar notwendige Studiengebühren werden längstens für die Dauer eines Jahres bis zur Höhe von 4.600 Euro geleistet.

(2) Über den in Absatz 1 genannten Betrag hinaus können Studiengebühren nur geleistet werden, wenn

1. die Ausbildung nur an der gewählten Hochschule durchgeführt werden kann

...

Richtig ist, dass eine höhere Erstattung nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 BAföGAuslandszuschlagsV nur dann erfolgen darf, wenn die Ausbildung lediglich an der gewählten Hochschule möglich ist, was hier aber nicht zutrifft. Denkbar ist indessen, § 3 Abs. 2 Nr. 1 BAföGAuslandszuschlagsV analog anzuwenden: Hierzu müsste zunächst eine Regelungslücke gegeben sein; eine solche liegt vor, denn Abs. 2 Nr. 1 erfasst den vorliegenden Fall nicht. Es ist keine Regelung für Fälle getroffen, in denen die Ausbildung zwar an mehreren Universitäten absolviert werden kann, diese indessen alle hohe Studiengebühren erheben. Fraglich ist, ob diese Regelungslücke auch planwidrig ist; dafür spricht die Willkür, die mit einer wortlautgetreuen Anwendung verbunden wäre: Würde der Studiengang lediglich an der University of Cleveland angeboten, so hätte K einen Anspruch auf Zuschläge i. H. von 9.000 €; in dem Moment, in dem eine zweite Universität eine vergleichbare Ausbildung ebenso teurer anbietet, entfielen dieser Anspruch. Die Absicht des Gesetzgebers war es sicher nicht, dass derart zufällig verfahren werden soll, sondern dass Studierende, die keine andere Wahl haben, als die gewünschte Ausbildung nur unter Aufwendung hoher Studiengebühren zu absolvieren, zuschlagsberechtigt sein sollten (hinzukommt, dass ein willkürliches Verfahren des Gesetzgebers mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG gar nicht verfassungskonform wäre). Daraus folgt bereits, dass eine vergleichbare Interessenlage gegeben ist: Im geregelten Fall sind Studierende in derselben Zwangslage wie im nicht geregelten Fall. Damit liegen die Voraussetzungen für eine Analogie vor; § 3 Abs. 2 Nr. 1 BAföGAuslandszuschlagsV kann angewandt werden.

6.3.4 Der Bescheid

Bescheid

Wie bereits dargestellt (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 6.3.2.3), endet das Verwaltungsverfahren im Regelfall mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes (bzw. dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages). Eine besondere Bedeutung kommt dabei dem sog. "Bescheid" zu.

6.3.4.1. Begriff

Begriff

Begrifflich wird Bescheid gemeinhin gleichgesetzt mit

- einem schriftlichen Verwaltungsakt, desgleichen denkbar ist aber, dass ein Bescheid

- mehrere schriftliche Verwaltungsakte

enthält. Umgekehrt ist eine Bescheidform nicht die Voraussetzung dafür, dass ein schriftlicher Verwaltungsakt vorliegt.

Beispiel 96

Schöntrud Schludrig (S) möchte an ihrem in Berlin gelegenen Einfamilienhaus anbauen; sie beantragt beim zuständigen Bauaufsichtsamt Reinickendorf (R) eine Baugenehmigung. Zwei Monate später wird ihr die Baugenehmigung schriftlich erteilt.

§ 71 BauO Bln

- (1) Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind.*
- (2) Die Baugenehmigung bedarf der Schriftform; sie ist nur insoweit zu begründen als Abweichungen oder Befreiungen von nachbarschützenden Vorschriften zugelassen werden und die Nachbarin oder der Nachbar nicht schriftlich zugestimmt hat.*
- (3) Die Baugenehmigung kann unter Auflagen, Bedingungen und dem Vorbehalt der nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage sowie befristet erteilt werden.*
- (4) Die Baugenehmigung wird unbeschadet der Rechte Dritter erteilt.*
- (5) ¹Vor Baubeginn eines Gebäudes müssen die Grundrissfläche abgesteckt und seine Höhenlage festgelegt sein. ²Baugenehmigungen, Bauvorlagen sowie bautechnische Nachweise müssen an der Baustelle von Baubeginn an vorliegen.*
- (6) Die Bauherrin oder der Bauherr hat den Ausführungsbeginn genehmigungsbedürftiger Vorhaben und die Wiederaufnahme der Bauarbeiten nach einer Unterbrechung von mehr als drei Monaten mindestens eine Woche vorher der Bauaufsichtsbehörde schriftlich mitzuteilen (Baubeginnanzeige).*
- (7) Mit der Bauausführung oder mit der Ausführung des jeweiligen Bauabschnitts darf erst begonnen werden, wenn*
 - 1. die Baugenehmigung der Bauherrin oder dem Bauherrn zugegangen ist oder die Frist nach § 70 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 1 abgelaufen ist,*
 - 2. die erforderlichen bautechnischen Nachweise der Bauaufsichtsbehörde vorliegen und*
 - 3. die Baubeginnanzeige der Bauaufsichtsbehörde vorliegt.*

Es ergeht ein schriftlicher Bescheid; es handelt sich hier um einen Verwaltungsakt.

Beispiel 97

Da der Anbau nach den durch S (Beispiel 96) eingereichten Bauplänen nicht standsicher ist, wird ihr Vorhaben nicht genehmigt, sondern erhält sie einen Bescheid, in dem die Baugenehmigung abgelehnt und eine Beseitigung angeordnet wird.

§ 12 BauO Bln

- (1) ¹Jede bauliche Anlage muss im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen für sich allein standsicher sein. ²Die Standsicherheit anderer baulicher Anlagen*

und die Tragfähigkeit des Baugrundes der Nachbargrundstücke dürfen nicht gefährdet werden.

...

§ 79 BauO Bln

¹Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlagen anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. ²Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt, kann diese Nutzung untersagt werden.

Es ergeht ein schriftlicher Bescheid, der aber zwei Verwaltungsakte enthält (Ablehnung der Erteilung der Baugenehmigung; Beseitigungsanordnung).

6.3.4.2. Aufbau eines Bescheides

Aufbau

Der Bescheid wird üblicherweise wie folgt aufgebaut:

- ("Bescheidskopf")
- Tenor
- Gründe
- Rechtsbehelfsbelehrung
- (Unterschrift / Dienstsiegel)
- (im Entwurf: Bearbeitungsvermerke¹⁴⁶)

Kennzeichnend allein für den Bescheid sind freilich nur Tenor, Gründe und Rechtsbehelfsbelehrung (denn einen (Brief-)Kopf und eine Unterschrift bzw. ein Dienstsiegel enthalten ja auch andere dienstliche Schreiben; deswegen sind diese Teile oben in Klammern gesetzt).

Stil

Hervorzuheben ist, dass Bescheide nicht im Gutachten- sondern im sog. "*Urteilsstil*" abgefasst werden; d. h., sie nehmen das Ergebnis vorweg, um dann die Begründung zu liefern. Dies schlägt sich zum einen im Aufbau des Bescheides nieder (erst der Tenor, dann die Gründe), zum anderen auch in der Darstellung (erst das Subsumtionsergebnis, dann die Begründung hierfür). Der *Schreibstil* hingegen ist aus rechtlicher Perspektive irrelevant; denkbar ist je nach Geschmack, mehr oder weniger "unpersönlich"¹⁴⁷ bzw. "persönlich"¹⁴⁸ zu formulieren.

¹⁴⁶ Gefertigt werden Bearbeitungsvermerke etwa darüber, wer eine Kopie bzw. Ausfertigung (= zweite Reinschrift, die dieselben Wirkungen entfaltet wie das Original) erhält. So ist es insbesondere ratsam, allen, für die der Bescheid von Interesse ist, eine Kopie bzw. eine Ausfertigung zu übersenden (z. B. Übersendung einer Kopie der Baueinstellungsverfügung an die zuständige Polizeidienststelle usw.).

¹⁴⁷ Keine Anrede, kein Gruß; Behörde bezeichnet sich selbst als "die Stadt", "der Kreis" usw., den betroffenen Rechtsunterworfenen als "den Antragsteller", den "Widerspruchsführer", ggf. als "Herrn X" oder "Frau Y" usf.

¹⁴⁸ Anrede und Gruß; es ist die Rede von "ich" oder "wir" bzw. "Sie"

Was den Inhalt des Tenors anbetrifft, so ist dies der "verfügende Teil des Verwaltungsakts"; er enthält die Regelung, beispielsweise das Ge- bzw. Verbot, die Erteilung bzw. Versagung einer Genehmigung, den rechtsgestaltenden Ausspruch usw., vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 5.1.1 "Regelung" meint dabei nicht nur die "Haupt-", sondern auch alle "Nebenregelungen" (insbesondere ggf. Nebenbestimmungen, Zwangsmittellandrohung, Anordnung der sofortigen Vollziehung sowie Kostenentscheidung).

Tenor

In einem mit Beispiel 96 vergleichbaren Fall könnte die Hauptregelung etwa lauten:

Beispiel 98

1. Das Bauvorhaben der Antragstellerin in X-Stadt, Y-Straße, Flurstück Z, wird nach Maßgabe der beiliegenden Pläne genehmigt.
...
oder
1. Für das Bauvorhaben in X-Stadt, Y-Straße, Flurstück Z erteilen wir / erteile ich Ihnen nach Maßgabe der beiliegenden Pläne die beantragte Baugenehmigung.
...
oder ähnlich.

In einem mit Beispiel 97 vergleichbaren Fall könnte es heißen:

Beispiel 99

1. Der Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung vom ... wird abgelehnt.
2. Es wird angeordnet, die auf dem Grundstück der Gemarkung X-Stadt, Y-Straße, Flurstück Z bereits errichteten Teile des Bauvorhabens zu beseitigen.
...
oder
1. Ihren Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung vom ... lehne ich ab.
2. Ihnen wird aufgegeben, die auf dem Grundstück der Gemarkung X-Stadt, Y-Straße, Flurstück Z bereits errichteten Teile des Bauvorhabens zu beseitigen.
...
oder ähnlich.

Eine Begründung von Bescheiden ist grundsätzlich erforderlich; vgl. beispielsweise § 39 Abs. 1 VwVfG (bzw. § 35 SGB X; § 121 AO) sowie § 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO; etwas anderes gilt freilich insofern, als spezielle Vorschriften die Begründungspflicht aufheben (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 5.6.2.3). Die Begründung wird im Bescheid unter der Überschrift "Gründe" gegeben; sie gliedert sich in

Gründe

- Abschnitt I. (Sachverhaltsdarstellung) und

- Abschnitt II. (rechtliche Würdigung).

Unter dem Abschnitt II. ist nochmals zu gliedern in

- 1. (Ausführungen zur Zuständigkeit),
- 2. (materiell-rechtliche Ausführungen) sowie
- 3. - ? (Ausführungen zur etwaigen Nebenregelungen)

Unter 2. ist, ausgehend von der Rechts- bzw. Anspruchsgrundlage, zu erläutern, dass und weswegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen / nicht vorliegen, bzw. dass und weswegen die Rechtsfolge gesetzt werden muss bzw. (ermessensfehlerfrei) gesetzt werden kann / nicht gesetzt werden darf. Bei Widerspruchsbescheiden ist dabei nochmals zu trennen zwischen Ausführungen zur Zulässigkeit und zur Begründetheit (vgl. dazu im Einzelnen noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht, Modul 8.)

Rechtsbehelfs-
belehrung

Der Bescheid schließt mit einer Rechtsbehelfsbelehrung; einer solchen bedarf es nach § 37 Abs. 6 VwVfG; § 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO sowohl im Ausgangs- als auch im Widerspruchsbescheid. Vgl. weiter etwa § 36 SGB X; § 157 Abs. 1 Satz 3 AO; § 211 BauGB.



H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 19.

7. Verwaltungsrechtsschutz

Einen Überblick zu geben gilt es schließlich über die "verfahrensrechtliche Seite" des bislang Gesagten; dabei geht es darum, was die Rechtsunterworfenen tun können, um eine belastende Verwaltungstätigkeit abzuwehren bzw. eine (versagte) begünstigende Verwaltungstätigkeit zu erzwingen.

Rechtsschutz

7.1 Gerichtlicher Rechtsschutz

7.1.1 Rechtsschutzgarantie

Dass sie etwas tun können müssen, verlangt Art. 19 Abs. 4 GG; hier ist die gemeinhin sog. "Rechtsschutzgarantie" verankert. Sie besagt, dass in Situationen, in denen (1) durch die Ausübung von Staatsgewalt (2) jemand in subjektiven Rechten verletzt wird, die Möglichkeit bestehen muss, hiergegen Rechtsschutz zu erlangen (es geht also um die Verletzung von *eigenen* subjektiven Rechten; nicht genügend für den Anspruch ist die Verletzung subjektiver Rechte anderer sowie Verletzung objektiven Rechts).

Rechtsschutzgarantie

Nicht eindeutig und deswegen streitig ist, gegen Akte welcher Gewalt der Rechtsweg garantiert ist; Art. 19 Abs. 4 GG spricht nur ganz allgemein von "öffentlicher Gewalt". Unstreitig ist deswegen nur, dass Rechtsschutz gegen Akte der *Exekutive* erlangbar sein muss. Was Akte der *Legislative* anbetrifft, so muss es hiergegen nach h. M. keinen Rechtsschutz geben; ganz im Gegenteil folgt aus einer Gesamtschau insbesondere der grundgesetzlichen Vorschriften der Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG und Art. 100 GG ein "Normenverwerfungsmonopol" des Bundesverfassungsgerichts – das gilt jedenfalls für formelle Gesetze (vgl. zu materiellen Gesetzen sogleich noch Punkt 7.1.3.5). Ebenso wenig garantiert ist der Rechtsweg gegen Akte der *Judikative*; hier etwas anderes zu vertreten, hieße zu befürworten, dass gegen jede, auch gegen jede letztinstanzliche gerichtliche Entscheidung ein weiteres Rechtsmittel zugelassen werden muss. Solches hätte einen "Instanzenzug *ad infinitum*" zur Folge.

Öffentliche Gewalt

7.1.2 Verwaltungsrechtsweg

Aus verwaltungsrechtlicher Sicht von besonderem Interesse ist der sog. "Verwaltungsrechtsweg" zu den *Verwaltungsgerichten* (VG, OVG bzw. VGH, BVerwG); er ist abzugrenzen vom sog. "ordentlichen Rechtsweg" zu den *ordentlichen Gerichten* (AG, LG, OLG, BGH).

Ordentlicher und verwaltungsrechtsweg

Eröffnet wird der Verwaltungsrechtsweg entweder nach einer speziellen Vorschrift, so wie etwa § 126 Abs. 1 BBG (für Bundesbeamte) bzw. § 54 Abs. 1

Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

BeamStG für (für Landesbeamte)¹⁴⁹ und § 82 Abs. 1 und 2 SG für Soldaten; die Rede ist insofern von "aufdrängenden Sonder-" bzw. "Spezialzuweisungen". Oder aber es ist auf die allgemeine Vorschrift des § 40 Abs. 1 VwGO zurückzugreifen. Hiernach ist der Verwaltungsrechtsweg für alle "öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art" eröffnet. "Öffentlich-rechtlich" ist eine Streitigkeit nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte dann, wenn das Rechtsverhältnis, aus dem der Klageanspruch abgeleitet wird, ebenfalls öffentlich-rechtlich ist. Das gemeinte "Rechtsverhältnis" ist dabei zumeist eine Vorschrift ("streitentscheidende Norm"), seltener auch ein Vertrag. Ob eine Vorschrift öffentlich-rechtlich ist, steht zumeist eindeutig fest. Nur sofern dem nicht so ist, muss eine Abgrenzung mithilfe der "Interessentheorie", "Subordinationstheorie" bzw. "modifizierten Subjektstheorie" geleistet werden (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 2.1.2). "Nicht-verfassungsrechtlich" ist eine Streitigkeit, sofern sie nicht "doppelt verfassungsunmittelbar" ist, d. h. sofern keine Verfassungsorgane beteiligt sind und auch nicht unmittelbar über Verfassungsrecht gestritten wird.

Normenbeispiele

§ 126 BBG

(1) Für alle Klagen der Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis sowie für Klagen des Dienstherrn ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

...

§ 54 BeamStG

(1) Für alle Klagen der Beamtinnen, Beamten, Ruhestandsbeamtinnen, Ruhestandsbeamten, früheren Beamtinnen, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis sowie für Klagen des Dienstherrn ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

...

§ 82 SG

(1) Für Klagen der Soldaten, der Soldaten im Ruhestand, der früheren Soldaten, der Dienstleistungspflichtigen gemäß § 59 Abs. 3 Satz 1 und der Hinterbliebenen aus dem Wehrdienstverhältnis ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gesetzlich vorgeschrieben ist.

(2) Für Klagen des Bundes gilt das Gleiche.

¹⁴⁹ Streitig ist das Verhältnis zwischen § 54 BeamStG und dem immer noch geltenden § 126 BRRG (§§ 121 - 133 f BRRG sind nach wie vor in Kraft). Teilw. ist man der Auffassung, dass beide Regeln nebeneinander gelten, teilw. der Auffassung, dass die neuere Vorschrift des § 54 BeamStG nach der *lex-posterior*-Regel Vorrang genießt.

Zu berücksichtigen ist dabei, dass auch in diesem Sinne öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art durch eine sog. "abdrängende Sonder-" bzw. "Spezialzuweisung" einem besonderen Verwaltungsrechtsweg (vgl. § 51 SGG; § 33 FGO) oder dem ordentlichen Rechtsweg (vgl. Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG; Art. 34 Satz 3 GG; § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO; § 43 Abs. 1 OBG NRW¹⁵⁰ bzw. § 67 PolG NRW; § 23 EGGVG) zugewiesen sein kann.

Abdrängende Sonder- bzw. Spezialzuweisungen

§ 51 SGG

(1) Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit entscheiden über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten

1. in Angelegenheiten der gesetzlichen Rentenversicherung einschließlich der Alterssicherung der Landwirte,
2. in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und der privaten Pflegeversicherung (Elftes Buch Sozialgesetzbuch), ...
3. in Angelegenheiten der gesetzlichen Unfallversicherung mit Ausnahme der Streitigkeiten aufgrund der Überwachung der Maßnahmen zur Prävention durch die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung,
4. in Angelegenheiten der Arbeitsförderung einschließlich der übrigen Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit,
- 4a. in Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitssuchende,
5. in sonstigen Angelegenheiten der Sozialversicherung,
6. in Angelegenheiten des sozialen Entschädigungsrechts mit Ausnahme der Streitigkeiten aufgrund der §§ 25 bis 27 j des Bundesversorgungsgesetzes (Kriegsopferfürsorge), auch soweit andere Gesetze die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften vorsehen,
- 6a. in Angelegenheiten der Sozialhilfe und des Asylbewerberleistungsgesetzes,

...

§ 33 FGO

(1) Der Finanzrechtsweg ist gegeben

1. in öffentlich-rechtlichen Abgabenangelegenheiten, soweit die Abgaben der Gesetzgebung des Bundes unterliegen und durch Bundesfinanzbehörden oder Landesfinanzbehörden verwaltet werden,

§ 68 OWiG

(1) ¹Bei einem Einspruch gegen den Bußgeldbescheid entscheidet das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Verwaltungsbehörde ihren Sitz hat. ²Der Richter beim Amtsgericht entscheidet allein.

Normenbeispiele

¹⁵⁰ Bzw. § 58 PolG BW; § 65 ASOG Berlin; § 58 SächsPolG (in Anlehnung an § 51 MEPolG).

(2) Im Verfahren gegen Jugendliche und Heranwachsende ist der Jugendrichter zuständig.

...

Verweisung, § 17 a
GVG

Ist der Rechtsweg nach Auffassung des Gerichts nicht gegeben, so wird die Klage nicht als unzulässig abgewiesen, sondern sie wird an das für zuständig erachtete Gericht verwiesen; vgl. § 17 a Abs. 2 Satz 1 GVG.

Verfassungsge-
richtsbarkeit

Nicht der "Rechtsweg" beschritten wird durch die Erhebung einer sog. "Verfassungsbeschwerde" (sog. "außerordentlicher Rechtsbehelf"); vielmehr ist die Verfassungsbeschwerde gerade erst dann zulässig, wenn der "Rechtsweg erschöpft" ist; vgl. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. Deswegen betont das Bundesverfassungsgericht regelmäßig, es sei keine "Superrevisionsinstanz" und prüfe daher nur spezifische Verfassungsrechtsverletzungen (vgl. dazu im Einzelnen bereits den Studienbrief zum Verfassungsrecht). Ausgeübt wird die Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte – wobei zu beachten ist, dass die Landesverfassungsgerichte nicht etwa Vorinstanzen des Bundesverfassungsgerichts sind, sondern in gleichsam in "voneinander abgegrenzten Verfassungsräumen" agieren.

7.1.3 Die statthaften Klagearten

Das betreffende Rechtsschutzbegehren muss mit der richtigen bzw., fachsprachlich ausgedrückt, mit der "statthaften" Klageart verfolgt werden.

7.1.3.1. Das Klagebegehren

Klagebegehren

Damit ist bereits ausgesprochen, dass maßgeblich für die statthafte Klageart das sog. "Klagebegehren" ist; dieser Gedanke des *ne ultra petita* (nicht mehr / nichts anderes als beantragt) hat sich in § 88 VwGO niedergeschlagen. Hiernach ist der Klageantrag auszulegen. Die Auslegungsmaxime lautet hierbei: Beantragt ist nicht, was aus Sicht des Gerichts sinnvollerweise beantragt hätte werden sollen, sondern beantragt ist, was die Klägerin / der Kläger mit Blick auf ihr / sein Rechtsschutzbegehren des Klägers beantragen wollte. Bei anwaltlich vertretenen Parteien werden freilich grundsätzlich strengere Maßstäbe angelegt. Etwas anderes gilt hier nur dann, wenn das Rechtsschutzbegehren eindeutig von der Antragsfassung abweicht.

7.1.3.2. Die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

Anfechtungsklage

Das für Studierende in der Regel nachvollziehbarste Klagebegehren ist, dass die Klägerin / der Kläger gegen einen sie / ihn belastenden Verwaltungsakt vorgehen möchte. Zu erheben ist hier eine sog. "Anfechtungsklage", vgl. § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO. Auf eine Anfechtungsklage hin werden rechtswidrige und die Klägerin / den Kläger in ihren / seinen Rechten verletzende Verwaltungsakte durch die Gerichte aufgehoben, vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Nachdem Gerulf Geschmack-Los (G) auf seinem Grundstück im Außenbereich der nordrhein-westfälischen kreisfreien Strengstadt (S) eine kleine Gaststube errichtet hat, erlässt der bei der Bauaufsichtsbehörde tätige Reimar Recht-Hab (R) nach § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW eine Abrissverfügung. Was wäre die statthafte Klageart?

§ 61 BauO NRW¹⁵¹

(1) ¹Die Bauaufsichtsbehörden haben bei der Errichtung, der Änderung dem Abbruch, der Nutzung, der Nutzungsänderung sowie der Instandhaltung baulicher Anlagen ... darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften ... eingehalten werden. ²Sie haben die in Wahrnehmung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen ...

§ 63 BauO NRW¹⁵²

(1) ¹Die Errichtung, die Änderung und der Abbruch baulicher Anlagen ... bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 65 bis 67, 79 und 80 nichts anderes bestimmt ist. ...

§ 35 BauGB

(1) ¹Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es
1. einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt ... usw.

...

(2) Sonstige Vorhaben können im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist.

...

Statthaft ist hier eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO.

Ähnlich gut nachzuvollziehen ist, dass Situationen eintreten können, in denen der Klägerin / dem Kläger ein begünstigender Verwaltungsakt versagt wird; hier kann Verpflichtungsklage erhoben werden; vgl. § 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO. Ist die Ablehnung rechtswidrig und verletzt sie die Klägerin / den Kläger in ihren / seinen Rechten, besteht also ein Anspruch auf Erteilung des begünstigenden Verwaltungsakts, so wird die Behörde nach § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO zum Erlass des Verwaltungsakts verpflichtet. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Sache "nicht spruchreif" ist, also weitere Ermittlungen erfolgen

Verpflichtungsklage

¹⁵¹ Bzw. § 65 Satz 1 LBO NRW; § 79 BauO Bln; § 80 Satz 1 SächsBO (in Anlehnung an § 80 Satz 1 MBO).

¹⁵² Bzw. §§ 49 f. LBO BW; § 60 Abs. 1 BauO Bln; § 59 Abs. 1 SächsBO (in Anlehnung an § 59 Abs. 1 MBO).

müssen; hier wird die Behörde nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO dazu verpflichtet, die Klägerin / den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Beispiel 101

Nachdem G (Beispiel 100) gegen die Abrissverfügung Anfechtungsklage erhoben hat, beantragt er zum Ärger des R eine Baugenehmigung für die Gaststube. Diese wird von R abgelehnt. Statthafte Klageart?

§ 63 BauO NRW¹⁵³

(1) ¹Die Errichtung, die Änderung und der Abbruch baulicher Anlagen ... bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 65 bis 67, 79 und 80 nichts anderes bestimmt ist. ...

§ 75 BauO NRW¹⁵⁴

(1) ¹Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. ²Die Baugenehmigung bedarf der Schriftform; sie braucht nicht begründet zu werden. ³Eine Ausfertigung der mit einem Genehmigungsvermerk versehenen Bauvorlagen ist der Antragstellerin oder dem Antragsteller mit der Baugenehmigung zuzustellen.

§ 35 BauGB

(1) ¹Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es
1. einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt ... usw.

...

(2) Sonstige Vorhaben können im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist.

...

Statthaft ist eine Verpflichtungsklage; § 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO.

7.1.3.3. Die Feststellungsklage

Allgemeine Feststellungsklage

Gesetzlich geregelt ist neben Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auch die Feststellungsklage, und zwar zunächst in der Erscheinungsform als "Allgemeine Feststellungsklage", die darauf gerichtet ist, das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses feststellen zu lassen; vgl. § 43 Abs. 1, 1. Alt. VwGO.

¹⁵³ Bzw. §§ 49 f. LBO BW; § 60 Abs. 1 BauO Bln; § 59 Abs. 1 SächsBO (in Anlehnung an § 59 Abs. 1 MBO).

¹⁵⁴ Bzw. § 58 LBO BW; § 71 Abs. 1 BauO Bln; § 72 Abs. 1 SächsBO (in Anlehnung an § 72 Abs. 1 MBO).

Feststellungsgegenstand ist hier, um es etwas vereinfacht auszudrücken, das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer Berechtigung bzw. Verpflichtung.

G (Beispiele 100 und 101) scheitert mit seinen beiden Klagen vor dem VG S. Gleichwohl gibt er keine Ruhe; vielmehr teilt er R in einem Schreiben mit, er werde die kleine Gaststube nicht abreißen, sondern in eine Schutzhütte für Wanderer umbauen, wozu es keiner Genehmigung bedürfe. Vermittels eines Antwortschreibens fordert R den G dazu auf, umgehend einen entsprechenden Bauantrag zu stellen. Was wäre die statthafte Klageart?

§ 63 BauO NRW¹⁵⁵

(1) *Die Errichtung, die Änderung und der Abbruch baulicher Anlagen ... bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 65 bis 67, 79 und 80 nichts anderes bestimmt ist. ...*

§ 65 BauO NRW¹⁵⁶

(1) *Die Errichtung ... folgender baulicher Anlagen ... bedarf keiner Baugenehmigung ...*

...

7. Schutzhütten für Wanderer

...

Statthaft ist eine Allgemeine Feststellungsklage, mit der eine Genehmigungsfreiheit festgestellt werden kann, § 43 Abs. 1, 1. Alt. VwGO.

Beispiel 102

Neben die "Allgemeine Feststellungsklage tritt die sog. "Nichtigkeitsfeststellungsklage"; § 43 Abs. 1, 2. Alt. VwGO. Sie ist deshalb notwendig, weil die VwGO zwischen "rechtswidrigen, aber dennoch *wirksamen*" Verwaltungsakten einerseits, und "schwerwiegend und offensichtlich rechtswidrigen und deswegen *nichtigen*" Verwaltungsakten andererseits differenziert (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 5.4.1.2). Rechtswidrige, jedoch wirksame Verwaltungsakte werden auf eine Anfechtungsklage hin aufgehoben (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 7.1.3.2). Nichtige Verwaltungsakte können hingegen nicht aufgehoben werden, sondern hier lässt sich nur feststellen, dass sie nichtig sind.

Nichtigkeitsfeststellungsklage

Kurz nachdem G (Beispiele 100 - 102) seine Feststellungsklage erhoben hat, kommt es indessen zur Vollziehung der Abrissverfügung, genauer: zum Abriss aller Gebäudeteile. Um den R endlich "in seine Schranken zu verweisen", teilt ihm G bald darauf in einem weiteren Schreiben mit, seine wiedererrichtete

Beispiel 103

¹⁵⁵ Bzw. §§ 49 f. LBO BW; § 60 Abs. 1 BauO Bln; § 59 Abs. 1 SächsBO (in Anlehnung an § 59 Abs. 1 MBO).

¹⁵⁶ Bzw. § 50 Abs. 1 LBO BW i. V. mit Anlage, Nr. 1 lit. i; § 62 Abs. 1 Nr. 1 lit. f BauO Bln; § 61 Abs. 1 Nr. 1 lit. f SächsBO (in Anlehnung an § 61 Abs. 1 Nr. 1 lit. f MBO).

Waldpension – die es in Wirklichkeit aber gar nicht gibt – erfreue sich allergrößter Beliebtheit, und ob R denn nicht auch einmal Lust verspüre, zur Erholung von der schweren Arbeit bei der Bauaufsicht in jenem rustikalen Domizil zu nächtigen. Der mittlerweile schwer gereizte R erlässt, so wie G es erhofft hatte, ohne nähere Ermittlungen anzustellen eine weitere Abrissverfügung, vermittels der er den Abriss der Waldpension anordnet. G will klagen. Klageart?

§ 61 BauO NRW¹⁵⁷

(1) ¹Die Bauaufsichtsbehörden haben bei der Errichtung, der Änderung dem Abbruch, der Nutzung, der Nutzungsänderung sowie der Instandhaltung baulicher Anlagen ... darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften ... eingehalten werden. ²Sie haben die in Wahrnehmung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen ...

§ 44 VwVfG NRW

...

(2) Ohne Rücksicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 ist ein Verwaltungsakt nichtig,

...

4. den aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann;

...

Da es unmöglich ist, ein nicht vorhandenes Gebäude abzureißen, ist die Abrissverfügung nach § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG NRW nichtig. Statthaft ist damit eine Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 43 Abs. 2, 2. Alt. VwGO.

7.1.3.4. Die Leistungsklage

Positive Leistungsklage

Neben Anfechtungs- und Verpflichtungsklage tritt die "Leistungsklage" bzw. auch "positive Leistungsklage. Die positive Leistungsklage ist in der VwGO nicht geregelt; dass zulässigerweise Leistungsklage erhoben werden kann, setzt der Gesetzgeber in § 43 Abs. 2; § 111 Satz 1; § 113 Abs. 4 VwGO aber ersichtlich voraus. Mit der positiven Leistungsklage kann eine Verwaltungstätigkeit erzwungen werden, die kein Verwaltungsakt ist.

Beispiel 104

Diesmal hat G (Beispiele 100 - 103) mit seiner Anfechtungsklage Erfolg. Indessen ist die Abrissverfügung zwischenzeitlich bereits im Wege der Ersatzvornahme vollzogen worden. Nachdem er auch den darauffolgenden Kostenbescheid (in dem die Auslagen der Ersatzvornahme sowie 10 % Gebühren verlangt werden) – diesmal erfolgreich – angefochten hat, macht G mittels eines Schreibens an die Stadt S geltend, dass die ihm hierdurch auferlegten und

¹⁵⁷ Bzw. § 64 Abs. 1 LBO NRW; § 78 BauO Bln; § 79 SächsBO (in Anlehnung an § 79 MBO).

bereits beglichenen Vollziehungskosten umgehend zurückzuzahlen seien. Mit welcher Klageart könnte er dies durchzusetzen versuchen?

§ 59 VwVG NRW

(1) ¹Wird die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (vertretbare Handlung), nicht erfüllt, so kann die Vollzugsbehörde auf Kosten des Betroffenen die Handlung selbst ausführen oder einen anderen mit der Ausführung beauftragen. ²Entsprechende Kostenanforderungen sind sofort vollziehbar.

...

§ 77 VwVG NRW

(1) ¹Für Amtshandlungen nach diesem Gesetz werden nach näherer Bestimmung einer Ausführungsverordnung VwVG von dem Vollstreckungsschuldner oder dem Pflichtigen Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben.

²Kostengläubiger ist der Rechtsträger, dessen Behörde die Amtshandlung vornimmt, bei Auslagen auch der Rechtsträger, bei dessen Behörde die Auslagen entstanden sind.

(2) ¹Das für Inneres zuständige Ministerium und das Finanzministerium werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Ausführungsverordnung VwVG zu erlassen. ²In der Ausführungsverordnung VwVG sind die gebührenpflichtigen Tatbestände zu bestimmen. ... ⁶Die Gebühren sind durch feste Sätze oder Rahmensätze zu bestimmen. ⁷Im Falle der Ersatzvornahme kann auch eine Pauschale vorgesehen werden. ⁸Die Pauschale beträgt zehn vom Hundert des Betrages, der aufgrund des § 59 Abs. 1 dieses Gesetzes vom Pflichtigen zu zahlen ist. ⁹Soweit der zu zahlende Betrag über 2.500,- Euro hinausgeht, beträgt die Pauschale für den Mehrbetrag fünf vom Hundert. ¹⁰Für den über 25.000,- Euro hinausgehenden Mehrbetrag beträgt die Pauschale drei vom Hundert und für den über 50.000,- Euro hinausgehenden Mehrbetrag eins vom Hundert.

§ 15 VO VwVG

(1) ¹Verwaltungsgebühren werden erhoben für die nachfolgend aufgeführten Amtshandlungen der Vollzugsbehörden im Zusammenhang mit dem Verwaltungszwang. ²Im Falle einer Pauschale wird auf die in § 77 Absatz 2 Satz 6 bis 10 Verwaltungsvollstreckungsgesetz NRW festgelegten Vomhundertsätze verwiesen.

Tabelle:

...

4. Beseitigung eines baurechtswidrigen Zustandes, Pauschale, mindestens 25 €

Statthaft ist eine positive Leistungsklage auf Rückzahlung der erstatteten Vollziehungskosten (da eine "Rückzahlung" kein Verwaltungsakt ist, ist keine Verpflichtungsklage möglich).

Negative Leistungsklage Hiergegen wird mit der "Unterlassungsklage" bzw. "negativen Leistungsklage" eine Verwaltungstätigkeit abgewehrt. Auch die negative Leistungsklage erachtet man für "in § 43 Abs. 2; § 111 Satz 1; § 113 Abs. 4 VwGO mitgedacht".

Beispiel 105 Den R (Beispiele 100 - 104) freut es ungemein, dass vor dem Wohnhaus des G mehrere Glascontainer aufgestellt werden; denn deswegen ist der G, wie er selbst wütend ausführt, einem "Höllenglärm" ausgesetzt. G will sich das nicht gefallen lassen. Was wäre die richtige Klageart?

Statthaft ist hier eine negative Leistungsklage.

7.1.3.5. Die Normenkontrollklage

Normenkontrollklage U.U. kann auch gegen materielle Gesetze¹⁵⁸ um Rechtsschutz nachgesucht werden; vgl. § 47 VwGO. Verfassungsrechtlich garantiert ist solches indessen nicht (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 7.1.1). Bundesgesetzlich festgelegt ist ein entsprechender Rechtsschutz durch § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO lediglich für Satzungen, die nach dem BauGB erlassen werden, sowie für Rechtsverordnungen i. S. des § 246 Abs. 2 BauGB. Für andere im Rang unter Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften darf ein Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten aber landesgesetzlich vorgesehen werden; vgl. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO.

Normenbeispiele *§ 4 AGVwGO BW*
Der Verwaltungsgerichtshof entscheidet in der Besetzung von fünf Richtern im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit über die Gültigkeit von Satzungen und Rechtsverordnungen der in § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO genannten Art sowie von anderen im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften.

§ 24 SächsJustG
(1) Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht entscheidet im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit von Rechtsvorschriften, die im Rang unter dem Landesgesetz stehen.
 ...

Beispiel 106 Ein weiteres Mal freut R (Beispiele 100 - 105) sich; denn seitens der Gemeinde wird für das Gebiet, in dem das Wohnhaus des G gelegen ist, ein neuer Bebauungsplan erlassen, durch den statt wie bislang ein Reines Wohngebiet (WR) nunmehr ein Allgemeines Wohngebiet festgesetzt wird (WA). Die Freude des R rührt daher, dass nun mehr Nutzungen zulässig sind, die den lärmempfindlichen G stören könnten. G möchte umgehend zum Gegenangriff übergehen. Gibt es eine statthafte "Klageart"?

¹⁵⁸ Nicht: gegen formelle Gesetze; vgl. zum sog. Normenverwerfungsmonopol des Bundesverwaltungsgerichts im Einzelnen bereits Punkt 7.1.1.

§ 10 BauGB

(1) Die Gemeinde beschließt den Bebauungsplan als Satzung. ...

Möglich ist hier nach § 47 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. VwGO ein Normenkontrollantrag beim OVG Münster.

7.1.4 Das Sonderproblem der Erledigung im Verwaltungsprozess

Eine besondere Lage tritt dann ein, wenn die Streitsache, insbesondere der angegriffene Verwaltungsakt bzw. Antrag auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts, sich erledigt hat (vgl. zur Erledigung im Einzelnen bereits Punkt 5.4.2). Hier sind unterschiedliche Konstellationen auseinanderzuhalten.

Erledigung

7.1.4.1. Erledigung in Anklagesituationen

Denkbar ist zunächst, dass eine Erledigung in Anfechtungssituationen eintritt. Dabei sind nochmals zwei Situationen auseinanderzuhalten.

Anfechtungssituation

Erledigt sich der belastende Verwaltungsakt *nach Klageerhebung und vor Urteilsverkündung*, so kann ein aufhebendes Urteil mangels wirksamen Verwaltungsakts freilich nicht mehr ergehen; vgl. § 43 Abs. 2, Abs. 3 VwVfG. Die Anfechtungsklage wäre also erfolglos; nun hat die Klägerin / der Kläger indes u. U. nicht nur ein Interesse an der Vermeidung einer negativen Kostenfolge (dies zu verhindern hilft die übereinstimmende bzw. einseitige Erledigterklärung; die Einzelheiten müssen hier beiseite bleiben), sondern an einem klarstellenden Urteil. Für die Anfechtungssituation hat der Gesetzgeber dies gesehen und in § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO eine Regelung getroffen: Hat die Klägerin / der Kläger ein berechtigtes Interesse (z. B. Wiederholungsgefahr; Rehabilitationsinteresse oder dergl.) daran, so spricht das Verwaltungsgericht auf Antrag aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist.

Erledigung nach Klageerhebung

G (Beispiel 100) erhebt Anfechtungsklage gegen die Abrissverfügung. Kurz darauf nimmt R die Abrissverfügung zurück.

Beispiel 107

Die Abrissverfügung hat sich durch Rücknahme erledigt, vgl. § 43 Abs. 2, 1. Alt. VwVfG NRW. Die Anfechtungsklage des G müsste nun eigentlich abgewiesen werden (mangels eines aufhebbaren Verwaltungsakts). Denkbar ist allerdings, dass das VG auf Antrag hin feststellt, dass die Abrissverfügung rechtswidrig gewesen ist; erforderlich ist dafür ein sog. "Fortsetzungsfeststellungsinteresse". Das alles folgt aus einer direkten Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO.

Erledigt sich der Verwaltungsakt *vor Klageerhebung*, so ist die gerade herangezogene Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nicht einschlägig. Sowohl ihr

Erledigung vor Klageerhebung

Wortlaut als auch ihre Verortung im System der VwGO machen deutlich, dass sie nur für eine Erledigung im Zeitraum zwischen Klageerhebung und Urteilsverkündung gilt. Da ein Rechtsschutz gegen sich schnell erledigende, u. U. aber eingriffsintensive Verwaltungsakte sonst nicht möglich wäre, greift die h. M. im Wege der Analogie auf § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zurück und erachtet eine sog. "Fortsetzungsfeststellungsklage" (= Klage, die gegen bereits erledigte Verwaltungsakte erhoben werden darf) für zulässig, sofern ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht.

Beispiel 108

In Beispiel 107 nimmt R die Abrissverfügung bereits zurück, bevor G überhaupt Anfechtungsklage erheben kann.

Hier greift § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nicht direkt ein; denn dafür ist Voraussetzung, dass die Erledigung nach Klageerhebung, aber vor Urteilsverkündung eintritt. Nach h. M. kann G aber nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog eine sog. "Fortsetzungsfeststellungsklage" erheben. Erforderlich ist freilich auch hier ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

7.1.4.2. Erledigung in Verpflichtungssituationen

Verpflichtungssituation

Desgleichen ist vorstellbar, dass eine Erledigung der Streitsache deshalb eintritt, weil der beantragte begünstigende Verwaltungsakt doch noch erteilt wird.

Erledigung nach Klageerhebung

Dazu kann es wiederum *nach Klageerhebung und vor Urteilsbegründung* kommen. Bereits hier ist die auf die Anfechtungssituation zugeschnittene Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO aber eigentlich nicht anwendbar. Und die Vorschrift des § 113 Abs. 5 VwGO trifft keine vergleichbare Regelung für die Verpflichtungssituation. Da indessen auch hier ein anzuerkennendes Interesse an einem klarstellenden Urteil bestehen kann; wird § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO auch auf diese Situationen analog angewandt.

Beispiel 109

Im Beispiel 101 lehnt R die Erteilung der Baugenehmigung zunächst ab, um sie, nachdem G Verpflichtungsklage erhoben hat, doch kurzerhand zu erteilen.

Die Ablehnung der Baugenehmigung hat sich durch ihre Erteilung erledigt, vgl. § 43 Abs. 2, 5. Alt. VwVfG NRW. Die Verpflichtungsklage müsste nun eigentlich abgewiesen werden (beantragter Verwaltungsakt ist erteilt). Nach h. M. kann das VG jedoch auf Antrag hin feststellen, dass die Ablehnung rechtswidrig gewesen ist, sofern ein "Fortsetzungsfeststellungsinteresse" besteht. Das folgt aus einer analogen Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO.

Erledigung vor Klageerhebung

Schlussendlich kann vorgestellt werden, dass eine Erledigung in Verpflichtungssituationen bereits *vor Klageerhebung* eintritt. Auch für solche Situationen wird § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO im Wege einer Analogie zur Anwendung gebracht; namentlich wird, sofern ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht,

die Erhebung einer Fortsetzungsfeststellungsklage für zulässig erachtet. Da die Vorschrift des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO "in doppelter Hinsicht" nicht passt (erstens nicht auf Verpflichtungssituationen, und zweitens nicht auf Situationen, in denen eine Erledigung nach Klageerhebung eintritt), wird hier nicht selten scherzhaft der Begriff "doppelte Analogie"¹⁵⁹ verwandt.

In Beispiel 109 erteilt R die Baugenehmigung bereits, bevor G überhaupt Verpflichtungsklage erheben kann.

Hier soll, sofern ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht, eine "Fortsetzungsfeststellungsklage" erhoben werden können, und zwar auf Feststellung, dass die Ablehnung rechtswidrig gewesen ist.

Beispiel 108

7.2 Außergerichtlicher Rechtsschutz

7.2.1 Formlose Rechtsbehelfe

Was den außergerichtlichen Rechtsschutz angeht, so sind insofern zunächst die sog. formlosen Rechtsbehelfe zu erwähnen.

7.2.1.1. Grundrechtliche Absicherung

Formlose Rechtsbehelfe zu erheben genießt über Art. 17 GG verfassungsrechtlichen Schutz: Hiernach hat jedermann das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden.

Formlose Rechtsbehelfe

7.2.1.2. Beschwerdearten

Mit den "zuständigen Stellen" (vgl. Art. 17, 1. Alt. GG) sind die Behörden gemeint; üblich sind in der Praxis die folgenden Arten von "Beschwerden".

Beschwerdearten

Eine Erwähnung verdient zunächst die "Sachaufsichtsbeschwerde"; wie im Namen bereits anklingt, handelt es sich hier um eine schriftliche Beschwerde über eine *Sachentscheidung*, die regelmäßig an die Fach- bzw. Rechtsaufsichtsbehörde¹⁶⁰ gerichtet wird. In Betracht zu ziehen ist eine Sachaufsichtsbeschwerde immer dann, wenn es an einem Verwaltungsakt fehlt, ein Vorverfahren (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 7.2.2) also nicht möglich ist.

Sachaufsichtsbeschwerde

Geht es der Beschwerdeführerin / dem Beschwerdeführer nicht um eine Beseitigung der Sachentscheidung, sondern um persönlichen Verhalten des Be-

Dienstaufsichtsbeschwerde

¹⁵⁹ Eine doppelt analoge Anwendung gibt es freilich ebenso wenig wie eine "doppelt richtige" bzw. "doppelt falsche" Aussage. Eine Aussage ist nur entweder richtig oder falsch.

¹⁶⁰ Weswegen gelegentlich auch, je nach dem, von "Fach-" bzw. "Rechtsaufsichtsbehörde" die Rede ist.

diensteten, so ist gemeinhin von einer "Dienstaufsichtsbeschwerde"; die Dienstaufsichtsbeschwerde wird ebenfalls schriftlich erhoben, dies indessen sinnhaftermaßen beim Dienstvorgesetzten.

Gegenvorstellung Demgegenüber wird von einer "Gegenvorstellung" gesprochen, sofern sich die Betroffene / der Betroffene schriftlich an die handelnde Behörde wendet, um die eigene, von der behördlichen abweichende Sicht der Sach- bzw. Rechtslage darzulegen.

Petition i. e. S. Von einer "Petition i. e. S." ist schließlich dann die Rede, wenn Beschwerden direkt an die Volksvertretung gerichtet werden; vgl. Art. 17, 2. Alt. GG.

Sonstige Beschwerden Darüber hinaus können freilich weitere Beschwerden erhoben werden; insbesondere sind auch mündliche Beschwerden möglich, wenngleich diese freilich nicht den grundrechtlichen Schutz des Art. 17 GG genießen.

7.2.1.3. Vor- und Nachteile formloser Rechtsbehelfe

Vor- und Nachteile Die Vor- und Nachteile formloser Rechtsbehelfe liegen auf der Hand. Einerseits können sie – abgesehen einmal von der Schriftform – ohne die Einhaltung irgendwelcher Formalien erhoben werden, was sie als gleichsam besonders "unbürokratische Hilfsmittel" erscheinen lässt. Andererseits besteht aber auch nur ein Anspruch der Beschwerdeführerin / des Beschwerdeführers gegen die Behörde auf Entgegennahme, Prüfung sowie Mitteilung des Ergebnisses, d. h. insbesondere *kein* Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung. Vor diesem Hintergrund ist nicht selten davon die Rede, kennzeichnend für jene Rechtsbehelfe seien seinen "drei große F"; namentlich seien jene Rechtsbehelfe zwar formlos und fristlos erhebbar, aber auch fruchtlos.

7.2.2 Förmliche Rechtsbehelfe, insbesondere Widerspruch

Förmliche Rechtsbehelfe Neben die formlosen Rechtsbehelfe tritt nun allerdings vor allem ein wichtiger, förmlicher Rechtsbehelf: Der Widerspruch; vgl. §§ 68 ff. VwGO. Im Rahmen des auf den Widerspruch folgenden Vorverfahrens prüft zunächst die Ausgangs- und dann ggf. auch die Widerspruchsbehörde nochmals Rechtmäßigkeit sowie Zweckmäßigkeit des belastenden Verwaltungsaktes bzw. der Ablehnung des begünstigenden Verwaltungsaktes.

7.2.2.1. Allgemeines

Sinn und Zweck Sinn und Zweck des Vorverfahrens ist neben der Gewährung von Rechtsschutz bereits auf administrativer Ebene auch, dass der Verwaltung eine *Selbstkontrolle* ermöglicht werden und dass eine gewisse *Entlastung der Gerichte* eintreten soll.

Verfassungskonformität Die zwingend vorgeschriebene Durchführung eines Vorverfahrens wird gemeinhin für mit dem Grundgesetz, insbesondere für mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar erachtet. Dies deshalb, weil die Rechtsunter-

worfenen ein Vorverfahren ja nicht anstatt eines Klageverfahrens, sondern (zusätzlich) *vor* einem Klageverfahren durchführen müssen. Dass mangels ordnungsgemäßer Durchführung eines Vorverfahrens die Klagemöglichkeit entfällt (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 7.2.2.4), wird hierbei für unbedenklich gehalten.

7.2.2.2. Erforderlichkeit eines Vorverfahrens

Grundsätzlich muss ein Vorverfahren nur vor der Erhebung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen durchgeführt werden; vgl. § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO sowie § 68 Abs. 2 VwGO. Sofern spezialgesetzlich angeordnet, ist es aber auch vor sonstigen, ggf. sogar vor allen Klagen durchzuführen. Beachte im Einzelnen vor allem § 126 Abs. 2 BBG für Bundesbeamte, § 54 Abs. 2 BeamStG für Landesbeamte und § 82 Abs. 4 Satz 1 SG.

Geltungsbereich

§ 126 BBG

...

(2) ¹*Vor allen Klagen ist ein Vorverfahren nach den Vorschriften des 8. Abschnitts der Verwaltungsgerichtsordnung durchzuführen. ...*

§ 54 BeamStG

...

(2) ¹*Vor allen Klagen ist ein Vorverfahren nach den Vorschriften des 8. Abschnitts der Verwaltungsgerichtsordnung durchzuführen ...* ³*Ein Vorverfahren ist nicht erforderlich, wenn ein Landesgesetz dieses ausdrücklich bestimmt.*

...

§ 82 SG

...

(4) ¹*Soweit Aufgaben des Bundesministeriums der Verteidigung in den Geschäftsbereich eines anderen Bundesministeriums übertragen worden sind, ist vor allen Klagen ein Vorverfahren nach den Vorschriften des 8. Abschnitts der Verwaltungsgerichtsordnung durchzuführen. ...*

Normenbeispiele

Zu beachten ist im Zusammenhang mit dem Vorverfahren des Weiteren, dass § 68 Abs. 1 Satz 2 eine ganze Reihe von *Entbehrlichkeits*gründen vorsieht.

Entbehrlichkeit

Zum allerwichtigsten geraten ist in den vergangenen Jahren der Entbehrlichkeitsgrund des § 68 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. VwGO: Hiernach bedarf es eines Vorverfahrens nicht, sofern ein Gesetz dies bestimmt. Weniger, genau genommen: gar keine Bedeutung kommt dem für bundesrechtliche Gesetze zu, wie beispielsweise § 70 VwVfG oder § 75 VwGO. Sich selbst bräuchte der Bundesgesetzgeber nämlich nicht mithilfe einer solchen Öffnungsklausel zu gestatten, eine abweichende Regelung zu treffen; hier gälte ohnehin: *lex specialis derogat legi generali* (vgl. dazu im Einzelnen bereits Punkt 6.3.3.2). Ermöglicht wird durch § 68 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. VwGO vielmehr, das Vorverfahren landes-

§ 68 Abs. 1 Satz 2,
1. Alt. VwGO

rechtlich für entbehrlich zu erklären. Von dieser Möglichkeit haben unter dem Hinweis auf eine notwendige Entbürokratisierung und Deregulierung eine ganze Reihe von Bundesländern Gebrauch gemacht; namentlich wurde das Vorverfahren grundsätzlich abgeschafft (Bayern, Hessen, zuletzt auch NRW).

§ 68 Abs. 1 Satz 2,
2. Alt., Nr. 1 VwGO

Entbehrlich ist ein Vorverfahren nach § 68 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt., Nr. 1 VwGO weiter dann, wenn der Verwaltungsakt von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde erlassen wurde; etwas anderes gilt, sofern eine anderweitige Regelung getroffen wurde, so wie etwa durch § 126 Abs. 2 Satz 1 BBG für Bundesbeamte bzw. § 54 Abs. 2 Satz 2 BeamStG für Landesbeamte.

Normenbeispiele

§ 126 BBG

...

(2) ¹Vor allen Klagen ist ein Vorverfahren nach den Vorschriften des 8. Abschnitts der Verwaltungsgerichtsordnung durchzuführen. ²Dies gilt auch dann, wenn die Maßnahme von der obersten Dienstbehörde getroffen worden ist.

...

§ 54 BeamStG

...

(2) ¹Vor allen Klagen ist ein Vorverfahren nach den Vorschriften des 8. Abschnitts der Verwaltungsgerichtsordnung durchzuführen. ²Dies gilt auch dann, wenn die Maßnahme von der obersten Dienstbehörde getroffen worden ist. ³Ein Vorverfahren ist nicht erforderlich, wenn ein Landesgesetz dieses ausdrücklich bestimmt.

...

§ 68 Abs. 1 Satz 2,
2. Alt., Nr. 2 VwGO

Den dritten und letzten gesetzlich geregelten Fall einer Entbehrlichkeit des Vorverfahrens regelt § 68 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt., Nr. 2 VwGO: Eines (nochmaligen) Vorverfahrens bedarf es nicht, sofern der Abhilfe- bzw. Widerspruchsbescheid eine erstmalige (nach h. M. auch: eine zusätzliche) Beschwer enthält.

Gesetzlich nicht
geregelte Fälle einer
Entbehrlichkeit

Darüber hinaus ist ein Vorverfahren nach der Rechtsprechung auch in den folgenden beiden, gesetzlich nicht geregelten Konstellationen entbehrlich: Erstens muss die Widerspruchsführerin / der Widerspruchsführer für den Fall, dass der Ausgangsbescheid nach einer Aufhebung im Vorverfahren erneut erlassen wird bzw. dass der Ausgangsbescheid im Vorverfahren teilweise aufgehoben wird, nicht abermals ein Vorverfahren durchführen. Zweitens ist ein Vorverfahren nach h. M. auch dann entbehrlich, wenn die Widerspruchsbehörde sich in der Sache auf eine Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage eingelassen hat, ohne das Fehlen eines ordnungsgemäßen Vorverfahrens zu rügen (vgl. dazu im Einzelnen noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht, Modul 8).

7.2.2.3. Ablauf eines Vorverfahrens

Der Ablauf eines Vorverfahrens ist anhand der §§ 69 ff. VwGO gut nachvollziehbar: Das Vorverfahren beginnt mit der Erhebung eines Widerspruchs (§ 69 VwGO). Hernach erhält die Ausgangsbehörde zunächst die Möglichkeit, dem Widerspruch abzuweichen (§ 72 VwGO) oder der Widerspruchsbehörde vorzulegen (§ 73 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Letzterenfalls erlässt die Widerspruchsbehörde (§ 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 - 3 VwGO / § 73 Abs. 1 Satz 3 VwGO i. V. mit Landesrecht) nach Prüfung der Recht- und Zweckmäßigkeit den Widerspruchsbescheid ("Stattgabe" / "Zurückweisung"), der mit einer Begründung versehen und zugestellt wird (§ 73 Abs. 3 VwGO).

Ablauf

7.2.2.4. Ordnungsgemäße Durchführung eines Vorverfahrens

Bekanntlich setzt die Zulässigkeit einer Anfechtungs- und Verpflichtungsklage voraus, dass ein Vorverfahren durchgeführt wurde; dabei genügt die "Durchführung" bei Lichte betrachtet nicht, sondern es bedarf einer "ordnungsgemäßen Durchführung". D. h., dass zumindest die Widerspruchsführerin / der Widerspruchsführer alle formellen Vorgaben beachtet haben muss, um klagen zu können.¹⁶¹ Sie / er hat sich namentlich an die zuständige Behörde zu wenden sowie Form und Frist der Widerspruchserhebung zu wahren.

Ordnungsgemäße
Durchführung eines
Vorverfahrens

Empfangszuständig für den Widerspruch sind nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO die *Ausgangsbehörde* und nach § 70 Abs. 1 Satz 2 VwGO die *Widerspruchsbehörde*. Die Einlegung eines Widerspruchs bei einer anderen als der Ausgangs- bzw. Widerspruchsbehörde genügt also nicht; hierdurch wird insbesondere nicht die Frist (vgl. dazu im Einzelnen noch Punkt 5.2.2.4) gewahrt. Die unzuständige Behörde hat den Widerspruch zwar "unverzüglich im normalen Geschäftsgang" an die zuständige Behörde weiterzuleiten; zu besonderen Eilmaßnahmen (etwa Weiterleitung durch Telefax) ist die Behörde aber nicht verpflichtet. Sofern eine Weiterleitung innerhalb der Widerspruchsfrist erfolgt, gilt die Frist als gewahrt. Sofern die Behörde die "Weiterleitungspflicht" verletzt, ist eine Wiedereinsetzung zu gewähren (vgl. dazu im Einzelnen noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht, Modul 8).

Zuständige Behörde

Was die Form angeht, so ist der Widerspruch nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO entweder schriftlich oder zur Niederschrift der Behörde zu erheben (vgl. zu den Besonderheiten einer Übermittlung durch Telefax noch den Studienbrief zum Verwaltungsrecht, Modul 8).

Form

Schließlich muss der Widerspruch nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO binnen eines Monats ab Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erhoben werden. Für den Zeitpunkt der Bekanntgabe kommt es darauf an, ob der Verwaltungsakt mündlich

Frist

¹⁶¹ Werden die formellen Vorgaben behördlicherseits missachtet, kann dies freilich nicht zulasten der Widerspruchsführerin / des Widerspruchsführers gehen.

oder schriftlich, ob er einfach oder förmlich bekanntgegeben (zugestellt) wurde (vgl. dazu im Einzelnen Punkt 5.4.1). Die Monatsfrist beginnt sodann nach §§ 79, 2. Hs; 31 Abs. 1 VwVfG i. V. mit § 187 Abs. 1 BGB¹⁶² am Tag nach der Bekanntgabe, um 0:00 Uhr, zu laufen, und sie endet nach §§ 79, 2. Hs; 31 Abs. 1 VwVfG i. V. mit § 188 Abs. 2 BGB¹⁶³ im Monat darauf an dem Tag, der dem Bekanntgabetag entspricht, und zwar um 24:00 Uhr. Handelt es sich bei dem Tag, auf den das Fristende fällt, um einen Samstag, einen Sonntag oder um einen gesetzlichen Feiertag, so ist nach § 31 Abs. 3 VwVfG¹⁶⁴ der nächste Werktag maßgebend.



S. Detterbeck, Öffentliches Recht, § 24, S. 397 - 431.



C. Degenhart, Staatsorganisationsrecht, § 4, S. 157 - 170.

¹⁶² Nach a. A. nach §§ 70 Abs. 2, 57 Abs. 2 VwGO i. V. mit § 222 Abs. 1 ZPO i. V. mit § 187 Abs. 1 BGB-

¹⁶³ Bzw. nach §§ 70 Abs. 2, 57 Abs. 2 VwGO i. V. mit § 222 Abs. 1 ZPO i. V. mit § 188 Abs. 2 BGB.

¹⁶⁴ Bzw. nach §§ 70 Abs. 2, 57 Abs. 2 VwGO i. V. mit § 222 Abs. 2 ZPO.

8. Methodik

Abschließend bedarf es eines Blickes auf die Methodik der Fallbearbeitung; möglich ist grundsätzlich die Erstellung von Gutachten, bei der es sich des sog. "Gutachtenstils" zu bedienen gilt, und die Erstellung von Urteilen/Urteilsentwürfen und Bescheiden, die im sog. "Urteilsstil" abgefasst werden.

Gutachten- und
Urteilsstil

In Klausuren an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung wird durchweg die Fertigung eines Gutachtens verlangt, so dass es sich den Gutachtenstil besonders zu verinnerlichen gilt. Im Gutachtenstil zu schreiben bedeutet, Rechtsfragen stets in folgenden vier Schritten zu beantworten:

Näheres zum Gut-
achtenstil

- Fragestellung (= Obersatz),
- Definition (begriffliche Bestimmung des Obersatzes)
- Subsumtion (Fassung des Sachverhaltes unter die Definition)
- Ergebnissatz

Diese vier Schritte gilt es gleichsam im Großen wie auch im Kleinen zu durchlaufen. So beginnt etwa ein Gutachten über die Rechtmäßigkeit einer Verfügung mit dem Obersatz: *"Fraglich ist, ob die Verfügung der Behörde rechtmäßig ist"*. Hieran schließt sich die Definition an, etwa wie folgt: *"Rechtmäßig wäre die Verfügung dann, wenn sie sich, soweit erforderlich, auf eine Rechtsgrundlage stützen kann und zudem formell und materiell rechtmäßig ist"*. Nach einer Subsumtion lautet der Ergebnissatz dann: *"Die Verfügung ist rechtmäßig / rechtswidrig."* Das Schwierige an dieser Vorgehensweise ist, dass sich an die Definition auf der höheren Ebene zumeist als gleich wieder die nächste Fragestellung auf der nächstniedrigeren Ebene und eine weitere Definition anschließt, und zwar solange, bis die aufgeworfene Frage durch einfache Subsumtion des Sachverhaltes beantwortet werden kann; es entsteht also eine "Verschachtelung": Im obigen Beispiel würde auf die Definition also sofort die nächste Fragestellung und die nächste Definition folgen: *"Zu untersuchen ist also zunächst, ob es einer Rechtsgrundlage bedarf und falls ja, ob eine solche Rechtsgrundlage vorhanden ist (Fragestellung); unstreitig erforderlich ist eine Rechtsgrundlage nur im Bereich der Eingriffsverwaltung; jenseits der Eingriffsverwaltung werden unterschiedliche Auffassungen vertreten (Definition). Damit kommt es darauf an, ob es sich hier um Eingriffsverwaltung handelt (Fragestellung). Dem wäre dann so, wenn die Verfügung in (Grund-)Rechte eingreifen würde (Definition). Da es sich hier um ein an den Kläger adressiertes Ge- bzw. Verbot handelt, greift die Verfügung zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG ein (Subsumtion). Es handelt sich mithin um Eingriffsverwaltung, weswegen es einer Rechtsgrundlage bedarf (Zwischenergebnis). Zu prüfen wäre daher weiter, ob eine Rechtsgrundlage vorhanden ist (Fragestellung) ... usw. usf.* Ganz am Ende eines Rechtmäßigkeitsgutachtens steht dann der letzte Ergebnissatz: Die Verfügung ist rechtmäßig/rechtswidrig.

Übungsfälle 1 - 3

Bitte nehmen Sie zur Verinnerlichung des Gutachtenstils nun nochmals die Übungsfälle 1 - 3 zur Hand und vollziehen Sie diese nicht nur inhaltlich, sondern auch methodisch nach. Bitte beachten Sie, dass es sich, was den Sprachstil anbelangt, bei den genannten Übungsfällen nur um Vorschläge handelt; ob Sie als Obersatz also beispielsweise formulieren: "*Fraglich ist, ob die Verfügung rechtmäßig/ rechtswidrig ist*", "*Der Untersuchung bedarf, ob die Verfügung rechtmäßig/ rechtswidrig ist*" oder "*Zu prüfen ist die Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit der Verfügung*" usw., spielt letztlich keine Rolle, sondern ist Geschmackssache und steht in Ihrem Ermessen.

Hinweise zum Autor

Dr. Christoph Labrenz ist seit 2016 Professor für Verwaltungsrecht an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung am Fachbereich Bundeswehrverwaltung in Mannheim. Vorher war er zunächst als angestellter bzw. selbstständiger Rechtsanwalt in Berlin, Frankfurt/M. und Leipzig, als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Leipzig sowie als Lehrstuhlvertreter an der Bergischen Universität Wuppertal tätig.

Literaturverzeichnis

Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 25. Auflage, 2009

Detterbeck, Steffen, Öffentliches Recht, 8. Auflage, 2011

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011

Pieroth, Bode/Schlink, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht I, 25. Auflage, 2009

Impressum:



Hochschule des Bundes
für öffentliche
Verwaltung

Hochschule des Bundes
für öffentliche Verwaltung

- Wissenschaftlicher Dienst -
Willy-Brandt-Straße 1, 50321 Brühl